

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé

soutenue le 7 avril 2015

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉ ANONYME EN DROIT VIETNAMIEN. REGARDS CROISÉS AVEC LE DROIT FRANÇAIS



Université Panthéon-Assas

VU Van Tinh

Sous la direction de :

M. NGUYEN Ngoc Dien

Professeur à l'Université des Économies et Droits, Vietnam.

M. Michel GRIMALDI

Professeur à l'Université Panthéon – Assas (Paris II), France.

Membres du jury :

M. Michel GRIMALDI, Professeur à l'Université Panthéon – Assas (Paris II).

M. Michel GERMAIN, Professeur à l'Université Panthéon – Assas (Paris II).

M. Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Panthéon – Sorbonne (Paris I).

Mme. Nga NGUYEN – BAUD, Docteur en droit, avocat aux Barreaux de Hanoi et Paris.

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À la mémoire de mes parents

J'espère que j'ai répondu aux espoirs que vous avez fondés en moi.

À NGUYEN Thu Hien, mon épouse

Pour son amour, son soutien et ses encouragements

*Et bien sûr à mes deux petits anges, VU Phan Anh et VU Minh Duc à qui j'ai volé des
weekends.*

REMERCIEMENT

Je tiens à remercier ici tout particulièrement M. le Professeur Michel GRIMALDI et M. le Professeur NGUYEN Ngoc Dien pour avoir accepté de diriger cette thèse. Leurs écoutes, leurs encouragements et leurs conseils ont permis à ce travail d'aboutir.

Je remercie profondément Mme la Professeure Joëlle Nguyen Duy Tan qui a consacré son temps pour relire et corriger avec soin ma thèse et me donner de précieux conseils.

Lorsque l'on rédige une thèse dans une autre langue que sa langue maternelle, on a un besoin accru d'aide. Je tiens ainsi à remercier Jean BRESSON, Elie PEREZ, Francis WOMDJIOU, Jean-François SICET, Thomas CLERMONT et notamment Fuchsia DESMAZIERES qui ont pris la peine de corriger avec soin les fautes orthographiques de ma thèse. Il en va de soi que j'assume la responsabilité de toute imprécision ou lacune qui pourrait demeurer dans ce document.

J'aimerais en outre remercier Mme TRAN My Duyen qui m'a accordé une précieuse aide financière me permettant de mener à bien ce travail de recherche.

Mes remerciements s'adressent également aux amis et collègues qui m'ont aidé à trouver d'inédits arrêts concernant ma thèse, notamment M. NHU Thang (La Cour Populaire Suprême) et Maître TRUONG Thanh Duc.

J'aimerais remercier Maître NGUYEN Thi Vu Thinh qui a partagé avec moi des expériences pratiques sur le droit vietnamien des sociétés.

Ma gratitude va également à PHAM Manh Hung et NGUYEN Quang Tam qui ont accepté de me loger lors de mes séjours de recherche.

Je tiens enfin à exprimer mes remerciements à tous ce qui m'ont soutenu durant les années de travail.

Paris, janvier 2015

RÉSUMÉ.

La thèse examine la responsabilité civile des dirigeants de sociétés anonymes en droit vietnamien et droit français. Il s'agit d'une première étude académique qui aborde l'état actuel du droit vietnamien de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés anonymes et fait des comparaisons avec celui de l'actuel ordre juridique français. Quels avantages pourrait-il y avoir à aborder une étude du droit vietnamien touché par des illustrations en droit français ? Les deux pays sont proches sur le plan juridique. Le droit de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés n'échappe pas à cette réalité. La responsabilité civile des dirigeants reste fondée sur la faute, mais elle a connu certaines adaptations. Le système actuellement existant dans chacun des deux pays s'est vu par ailleurs complété par des nouvelles sources, justifiées par la mondialisation. Le droit français est très riche en illustrations jurisprudentielles alors que le droit vietnamien est purement théorique et caractérisée par les nouveaux concepts prêtés des principes proposés par la doctrine anglo-saxonne du gouvernement d'entreprise. Ainsi, la conclusion qui s'en dégage est que certaines dispositions du droit français pourraient utilement inspirer le législateur vietnamien et vice versa.

Mots-clés : *Vietnam, Dirigeants, Sociétés, Responsabilité civile, Gouvernement d'entreprise, Devoir de diligence, Devoir de loyauté.*

SUMMARY

“Directors’ liability in public limited companies in Vietnamese law. Crossed views with French law”

The thesis examines the personal liability of public limited companies directors in Vietnamese law and French law. This is the first academic literature that addresses the current rules on the civil liability of directors of limited companies in Vietnamese law. What benefit is there to be to conduct a study of Vietnamese law affected by French law? The two countries are close in law. The law of civil liability of corporate directors does not escape from this fact. Liability of director remains based on fault, but it has experienced some adaptations. The existing system in each country was also supplemented by new sources which are justified by globalization process. French law is then very rich jurisprudential illustrations while Vietnamese law is purely theoretical and characterized by new concepts borrowed from the corporate governance doctrine of common law. Thus, the conclusion that emerges is that some provisions of French law could usefully inspire the Vietnamese legislator and vice versa.

Keywords: *Vietnam, Civil Liability, Corporate, Directors, Corporate Governance, Duty of care, Duty of loyalty.*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
PARTIE INTRODUCTIVE: BRÈVE DESCRIPTION DES DIRIGEANTS DONT LA RESPONSABILITÉ PEUT ÊTRE MISE EN CAUSE EN DROIT VIETNAMIEN.	23
TITRE I. L'ACCÈS AUX FONCTIONS DES DIRIGEANTS.	29
TITRE 2. LA FIN DE FONCTIONS DES DIRIGEANTS.....	50
TITRE 3. LE RÔLE ET LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS.	57
PREMIÈRE PARTIE : LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS SOCIAUX.	98
TITRE 1. LE RÉGIME GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS EN SOCIÉTÉ IN BONIS.	98
TITRE 2. LE RÉGIME SPÉCIAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS DANS LA SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ.....	229
DEUXIÈME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE	244
TITRE 1. LES ACTIONS À L'ENCONTRE DES DIRIGEANTS SOCIAUX	244
TITRE 2. LES OBSTACLES À L'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ	268
CONCLUSION GÉNÉRALE	277
BIBLIOGRAPHIE	281

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFEP	Association Française des Entreprises Privées
A.L.I., Principes	American Law Institut Principles of Corporate Governance
AMF	Autorité des Marchés Financiers
art.	article
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation</i>
<i>Bull.Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i>
CC	Commissariat aux comptes
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. monét. fin	Code monétaire et financier
CA	Conseil d'Administration
Cass.	Cour de cassation
Cass. 1 ^{ère} civ.	arrêt de la première Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. 2 ^{ème} civ.	arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. 3 ^{ème} civ.	arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. com.,	arrêt de la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de

	Cassation
Chron.	Chronique
Cir.	Circulaire
CJCPS	Conseil des Juges de la Cour Populaire Suprême.
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
comm.	Commentaire
CPC	Code de Procédure Civile
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. Aff.</i>	<i>Dalloz Affaires</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
DG	Directeur Général
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Revue Droit et patrimoine</i>
<i>Dr.sociétés</i>	<i>Droit des sociétés</i>
éd.	Édition/ éditeur
etc.	<i>et cetera</i>
fasc.	fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
IFA	Institut Français des Administrateurs
IFC	International Financial Corporation

<i>in</i>	<i>dans</i>
<i>infra</i>	<i>au-dessous</i>
<i>J.-Cl. Civil</i>	<i>Juris-Classeur Code civil</i>
<i>J.-Cl. Commercial</i>	<i>Juris-Classeur Commercial</i>
<i>JCP E</i>	<i>La Semaine Juridique Édition Entreprises et Affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>La semaine juridique édition notariale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal Officiel</i>
LC 1990	Loi sur les Compagnies 1990
LE	Loi sur les Entreprises
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
<i>L.Rev</i>	<i>Law Review</i>
LVM 2006	Loi sur les Valeurs Mobilières 2006
M.	Monsieur
Mme	Madame
MBCA	Model Business Corporation Act
MEDEF	Le Mouvement des Entreprises de France
Modèle de Statut	Modèle de Statut des sociétés cotées 2012
n ^o	numéro

not.	notamment
obs.	observations
<i>Op. cit.</i>	ouvrage cité
ord.	ordonnance
p.	page
<i>P.A</i>	<i>Petites Affiches</i>
préc.	précité (e)
préf.	préface
rapp.	rapport
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép. com. Dalloz</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial</i>
<i>Rép. Soc. Dalloz</i>	<i>Répertoire des Sociétés</i>
<i>Rev.</i>	<i>Revue</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>Rev. Soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJ Com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de Jurisprudence de Droit des affaires</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy de droit des affaires</i>

RLDC

Revue Lamy de droit civil

RTD civ.

Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.

*Revue trimestrielle de droit commercial et
économique*

ss.

suivants

supra

ci-dessus

INTRODUCTION

« Les questions de responsabilité sont toujours passionnantes pour les esprits curieux des choses humaines, car elles ouvrent l'espace d'un instant, la scène du théâtre social, avant que le droit ne recouvre de son manteau doré ces réalités entr'aperçues que sont l'habileté ou la semi-habileté, l'erreur ou la faute, le désir de lucre ou la compétence, l'escroquerie intellectuelle ou le génie prophétique » - Michel GERMAIN

1. Le sujet de notre étude est consacré à la responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme en droit français et en droit vietnamien. Un tel sujet n'est pas neuf pour les juristes français, mais pour nous, les juristes vietnamiens, c'est la première fois qu'il est abordé dans le cadre d'une étude à titre académique. De plus, ce sujet crée toujours des interrogations et des perplexités nouvelles¹.

2. En réalité, la question de la responsabilité des dirigeants sociaux est devenue un réel sujet de débat des penseurs juridiques dans le monde depuis les années 2000, notamment après les scandales financiers de grandes sociétés américaines telles que Worldcom, Tyco et Enron². Dans la zone économique européenne, le thème de la responsabilité civile suscite de virulentes discussions également. On peut citer, à titre d'exemple, l'affaire Manesmann qui s'est déroulée de 2004 à 2006 dans le cadre de fusion de Manesmann avec Vodafone. La question de droit dans cette affaire était de savoir si le président du directoire d'une société pouvait verser des primes à des employés, primes auxquelles, selon le contrat, ils n'avaient pas le droit³.

¹Voir. GERMAIN M., «La responsabilité civile des dirigeants sociaux : rapport de synthèse », *Rev. sociétés* 2003, p. 284

²Voir. "Enron, Tyco, WorldCom... des sociétés dans la tourmente », *Les Echos*, 08 janvier 2003, disponible en ligne à : http://www.lesechos.fr/08/01/2003/LesEchos/18818-120-ECH_enron--tyco--worldcom---des-societes-dans-la-tourmente.htm#CS6h1PPI5ib7LfYQ.99; ANTONY W.DNES, « Enron, Corporate Governance and Deterrence », *Managerial and Decision Economics*, Vol. 26, No. 7, Corporate Governance: An International Perspective (Oct. - Nov., 2005), pp. 421-429; voir également, RENEE B. ADAMS, BENJAMIN E. HERMALIN and MICHEAL S. WEISBAC "The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey", *Journal of Economic Literature*, Vol. 48, No. 1 (MARCH 2010), pp. 58-107.

³Voir. REDENIUS – HOEVERMANN J., *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, préf. de Michel Germain, L.G.D.J /Lextenso éditions, 2010. p.2

3. En droit français, l'affaire Crédit Martiniquais a également attiré l'opinion publique avec un long procès qui s'est déroulé de 1998 à 2013. En effet, le conseil d'administration du Crédit Martiniquais avait arrêté des comptes infidèles, ce qui avait contraint le Fonds de Garantie des Dépôts à intervenir afin de rétablir la situation financière de la banque. À la suite de cette intervention, ledit Fonds avait assigné, entre autres, les anciens administrateurs de la banque⁴.

4. Au Vietnam, le procès Nguyen Duc Kien qui s'est déroulé en 2014 a également suscité une vive réaction, tant dans les médias que dans l'opinion publique⁵. Un des objets de la procédure est la mise en cause de la responsabilité des administrateurs de l'Asia Commercial Bank (ACB) relative à la prise d'une décision du 22 mars 2010 permettant aux employés d'utiliser de l'argent de l'ACB pour placer dans autres banques afin de gagner les intérêts⁶.

5. Dans les scandales précités, c'est le thème de la responsabilité pénale qui apparaît au premier plan. Pourtant, la fonction du droit pénal ne doit pas être celle de sanctionner les dirigeants en matière de responsabilité civile⁷. Il est alors important d'envisager la fonction de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, notamment les dirigeants des sociétés anonymes.

6. Fonction de la responsabilité civile des dirigeants sociaux.- Au sens strict, la responsabilité civile est l'obligation pour une personne de réparer le dommage subi par autrui, à la suite d'un acte ou d'un événement qui l'engage. L'objet de la responsabilité civile est l'octroi à la personne lésée d'une réparation pécuniaire⁸. En matière de droit des sociétés, la responsabilité civile des dirigeants connaît une double fonction : la fonction normative et la fonction réparatrice. La fonction normative consiste à imposer à une personne le versement de dommages et intérêts à une autre, alors que la fonction

⁴Voir notamment, MICHEL A., « Les anciens dirigeants du Crédit martiniquais pourront être poursuivis devant la justice », Le Monde, 09.12.2005 ; CONSTANTIN L., « L'actualité jurisprudentielle et législative concernant les organes sociaux », *Dalloz Actualité*, 20 mars 2011 ; NODIN J., « L'affaire du crédit martiniquais : jugement rendu aujourd'hui », Martinique 1^{er}, 28 février 2013, disponible en ligne à : <http://martinique.lalere.fr/2013/02/28/l-affaire-du-credit-martiniquais-jugement-rendu-aujourd-hui-17557.html>

⁵ Voir arrêt N° 219/2014/HSST du 9 juin 2014 de la Cour Populaire de la ville de Hanoi (ci-après citer « *arrêt Nguyen Duc Kien* » ou « *Affaire Nguyen Duc Kien* »).

⁶Voir. HOANG Duy, « Hoàn cảnh nào "đẩy" ACB mang 28.000 tỷ đồng gửi ngân hàng khác trong vụ "bầu" Kiên? » (Pourquoi l'ACB place 28.000 milliard de Dong à d'autres banques ?), *Tin Nhanh Chung Khoan*, 9 décembre 2014

⁷ Voir. REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.*, p.2

⁸ Voir. GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, Litec, 1995, p.422.

réparatrice est liée au fait que la responsabilité sert à gommer les effets du dommage survenu à la suite de la violation des normes définies par la fonction normative de la responsabilité civile⁹.

Selon le professeur Dondéro, la responsabilité civile est également considérée comme la boussole qui oriente les comportements des dirigeants sociaux¹⁰. Pour M. Carbonnier « *la crainte d'avoir à payer des dommages et intérêts peut contribuer à rendre les conduites plus prudentes, plus diligentes, plus morales peut-être* »¹¹. Ainsi, la responsabilité civile des dirigeants de société anonyme constitue un pilier fondamental de succès économique d'une entreprise¹².

7. La société anonyme.- Dans notre étude, nous choisissons d'étudier la responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme. En droit vietnamien la société anonyme est définie comme « *une entreprise où : (i) Le capital statutaire est divisé en parts égales dénommées "actions" ; (ii) l'actionnaire peut être une personne physique ou morale ; le nombre des actionnaires ne peut être inférieur à 3 ; le nombre maximal n'est pas limité ; (iii) les actionnaires ne supportent les dettes et les autres obligations patrimoniales de la société qu'à concurrence de leurs apports ; (iv) les actionnaires sont libres de céder leurs actions à autrui [...]* »¹³. Ainsi, notre choix est expliqué en premier lieu par le fait que la société anonyme est une forme de société prédominante sur le marché international de capitaux¹⁴. En deuxième lieu, sous les yeux des investisseurs, les sociétés anonymes, notamment les sociétés cotées, sont plus transparentes et plus sûres dans la mesure où ces sociétés doivent remplir strictement des obligations d'informations financières sous la surveillance sévère des autorités compétentes. En troisième lieu, l'entrée et la sortie des actionnaires sont plus simples que dans les SARL ou les sociétés de personnes. En quatrième lieu, la société anonyme peut émettre plus facilement des valeurs mobilières à bon prix pour mobiliser le capital. De plus, le risque des actionnaires ne se limite qu'à concurrence de la valeur nominative de l'action¹⁵.

⁹Voir. DIDIER Ph., « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 238

¹⁰Voir. DONDERO B., « La responsabilité civile, boussole des dirigeants ? », *Gaz. Pal*, 06 avril 2013 n° 96, p. 3

¹¹ Voir. CARBONNIER J., *Droit civil*, vol. 2, PUF, 2004, p. 2253

¹² Voir. REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.* p.3

¹³ LE 2014.art. 110.1

¹⁴Voir. REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.* p.4

¹⁵ Voir. IFC, *Corporate Government Manuel*, 2010, p.46

8. Les dirigeants de société anonyme. – La société anonyme est une personne juridique qui est dotée des prérogatives et obligations conformément au droit des personnes morales¹⁶. Pourtant, la société ne peut qu'agir, c'est-à-dire qu'elle n'exerce ses prérogatives et obligations que par le biais de ses dirigeants. En d'autres termes, les dirigeants sont les personnes qui détiennent les pouvoirs de gestion des affaires sociales et de représenter la société vis-à-vis des tiers¹⁷.

9. La responsabilité civile des dirigeants. – Dans l'exercice de leurs fonctions, il arrive que les dirigeants puissent, par la négligence ou par l'intention, avoir des comportements fautifs qui causent des préjudices à la société, aux actionnaires ou aux tiers¹⁸. Le droit vietnamien et le droit français reconnaissent un principe selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »¹⁹, on parle alors de la responsabilité civile.

10. La problématique. - Pourtant, lorsque le dirigeant agit sous le couvert d'un mandat social, l'enjeu principal est de déterminer la clé de répartition entre les responsabilités du dirigeant et de la personne morale²⁰. Dans le cadre de notre étude, nous s'interrogeons sur la question « *sous quelles conditions vont –ils les dirigeants répondre de leurs actes ?* »

11. La position française.- La question de la responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme est régie par l'article L.225-251 du Code de commerce. Ainsi, les administrateurs et le directeur général sont responsables envers la société ou envers les tiers pour des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes. Pourtant, les critères d'application de la mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants envers la société ou envers les tiers ne sont pas les mêmes. En réalité, pour retenir la responsabilité des dirigeants envers la société, les juges français appliquent les critères prévus par la loi, c'est-à-dire ils se fondent sur « *les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes* », alors que pour qualifier une responsabilité civile envers les tiers des dirigeants sociaux, les juges français ont consacré la théorie de faute séparable

¹⁶ Par exemple, l'article 7 et article 8 de la LE 2014 prévoient respectivement les prérogatives et obligations d'une société ;

¹⁷ Pour la définition de dirigeant, voir notamment GIBIRILA D., « Dirigeants sociaux. - Désignation. Exercice et cessation des fonctions », *JurisClasseur Commercial*, fasc. 1050.

¹⁸ Voir. DOMINGUEZ HIDALGO C., « Les sanctions du pouvoir dans les sociétés - Le rapport général », *Journée chilienne de l'Association Henri – Capitant 2012*, éd. Bruylant, 2014, p. 447.

¹⁹ Tel est l'article 1832 du Code civil français et ce principe est reconnu dans l'article 604.1 du Code civil 2005 du Vietnam.

²⁰ Voir. PAILLER P., « Actualité de la responsabilité des dirigeants : les tendances », *RLDC*, 2011 – n°81

des fonctions. Pourtant, si le dirigeant n'est pas suffisamment prudent et diligent, il sera tenu de réparer les préjudices causés aux tiers par les actes qui peuvent parfois se rattacher également à la vie sociale²¹.

Outre la responsabilité envers la société et envers les tiers, le dirigeant devient responsable progressivement envers les actionnaires sur le fondement d'un devoir de loyauté.

12. La position vietnamienne.- Les hypothèses d'engagement de la responsabilité civile des dirigeants de société anonyme est prévue dans l'article 161 de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel la responsabilité civile des dirigeants envers la société sera engagée essentiellement lorsqu'ils manquent aux devoirs imposés par la loi. Pourtant, en dehors de la responsabilité envers la société, le droit vietnamien des sociétés anonymes ne prévoit pas expressément la responsabilité civile envers les actionnaires et les tiers. À ce propos, en l'absence du droit des sociétés, il apparaît que l'on peut appliquer la règle générale de la responsabilité civile de personne morale selon laquelle la personne morale est responsable des préjudices causés à d'autrui par les faits de ses préposés sous les conditions applicables à cette responsabilité. En réalité, le principe général est que les personnes qui agissent en tant que préposés de la personne morale ne sont pas responsables envers les tiers des actes fautifs s'ils ont été accomplis dans l'exercice de leurs missions. Cette dernière hypothèse nous permet de déduire une large ambiance d'irresponsabilité des dirigeants envers les tiers dans la mesure où la société personne morale est le bouclier protégeant les dirigeants contre toutes les attaques²². D'où vient la nécessité de faire une comparaison avec le droit français pour trouver un modèle équilibré de la responsabilité civile spécifique aux dirigeants sociaux.

13. Valeur comparative.- On peut se demander quels avantages pourraient avoir une telle comparaison des droits français et vietnamien. L'étude préliminaire nous donne l'idée que, entre rigueur juridique et pragmatisme, la jurisprudence française actuelle paraît trouver son point d'équilibre en matière de responsabilité civile des dirigeants sociaux²³. Ainsi, la richesse de la jurisprudence française constituerait une inspiration incontournable pour ceux qui veulent combler les insuffisances en droit vietnamien de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. En contrepartie, il apparaît opportun de dire que le droit des

²¹ Voir. GUYON Y., LE BARS B., Responsabilité civile des administrateurs, *Jurisclasseurs Société Traité et Formulaire*, [mis à jour 20 Novembre 2013], Fasc.132 -10, n° 1.

²² Voir *infra* n° 450.

²³ Voir. PAILLER P., *op.cit.*, n°81

sociétés vietnamiennes fait preuve d'audace et de pragmatisme, et qu'elle pourrait inspirer à son tour le droit français. Il s'agit notamment de la technique juridique consistant à transposer les concepts de « *fiduciary duties* » de *common law* en droit des sociétés. En plus, il en va de même de la présomption de faute du dirigeant qui dans certains cas lorsque la société se trouve en situation de difficulté financière²⁴. Dans ces aspects, nous pouvons observer un développement du droit vietnamien que nous pouvons qualifier de courageux. Mais ce constat ne nous empêche pas de reconnaître le rôle de guide qu'a été celui du droit français pour le droit vietnamien en plusieurs disciplines, par exemple, en matière de droit économique et financier.

14. Pour comprendre cette influence qui est celle du droit français sur le développement juridique vietnamien, il conviendrait de revenir sur l'évolution historique du droit des sociétés vietnamiennes.

15. L'époque coloniale (1858-1945). - Pendant la période coloniale française, le droit des sociétés applicable au Vietnam se soumet, d'une façon générale, aux dispositions prévues par la loi française de base du 24 juillet 1867 ainsi que certaines lois ultérieures qui l'ont modifiée et qui ont été mise en application au Vietnam²⁵. Le Vietnam retrouve son indépendance le 2 septembre 1945, mais en attendant la promulgation d'une nouvelle législation vietnamienne, le régime colonial reste en vigueur²⁶. À titre d'illustration, en matière de sociétés commerciales, l'article 5 de l'annexe de la Convention judiciaire franco – vietnamienne du 29 décembre 1954 stipule que dans l'attente de la promulgation de nouveaux codes vietnamiens, il sera fait application du Code de Commerce français et des textes modificatifs ainsi que des lois ou décrets spéciaux régissant les affaires commerciales.

16. L'époque du droit socialiste. - L'époque 1954 -1975 marque la rupture du pays avec l'Occident et ses systèmes juridiques. Le Vietnam s'est tourné vers les pays de l'Europe de l'Est et particulièrement vers l'URSS dont il a adopté les conceptions politiques, les

²⁴ Voir *infra* n° 492 ss.

²⁵ Voir notamment. NGO Ba Thanh, « Opportunité d'une réforme du droit des sociétés au Vietnam », *Journal d'Extrême – Orient*, 18, 25 mai, 1^{er}, 8, 15, 22, 29 juin, 6 et 13 juillet 1963; BUI Xuan Hai and CHIHIRO Nunoi, « Corporate in Vietnam : a system in transition », *Hitotsubashi Journal of Commerce and Management* 42 (2008), pp.45-65 ; LE Minh Tam, VU Thi Nga (éditeurs en chef), *Giao trinh nha nuoc va phap luat Vietnam (Cours sur l'État et le Droit du Vietnam)*, éd. Cong An Nhan Dan, Ha Noi, 2010, p. 367 ss.

²⁶ En effet, en vertu de l'article 106 du Décret 18 octobre 1949 portant réorganisation des juridictions nationales, « à titre provisoire et jusqu'à l'unification de la législation applicable sur tout le territoire du Vietnam, les tribunaux doivent continuer à appliquer les codes actuellement en vigueur dans chaque partie du Vietnam, exception faite des dispositions contraires à l'organisation politique, administrative et judiciaire dont est doté le Vietnam »

modes de régulation, où il envoie se former tous ses cadres et avec lesquels il commerce presque exclusivement. Le collectivisme étatique s'est imposé dans tous les domaines²⁷.

17. L'époque de « Doi Moi » (Rénovation). Après avoir reconnu que l'économie du pays était tombée dans un état catastrophique, situation qui s'est caractérisée par le chômage, l'inflation et la montée du mécontentement, le Parti communiste, lors de son VI^{ème} Congrès de décembre 1986 a décidé d'établir une nouvelle politique dite de Doi Moi (Rénovation). Il s'agit d'un changement total de cap économique qui tend à consacrer dorénavant l'économie de marché et ce qui en découle : reconnaissance de la liberté d'entreprendre, de la liberté contractuelle, de la propriété des moyens de production²⁸.

18. Pour assurer le nouveau redressement économique, le Vietnam a pris conscience qu'il avait besoin de droit. Pourtant, pour établir un système de droit nouveau, les Vietnamiens se sont heurtés à de graves difficultés. Ils ignoraient la réalité d'une économie de marché et des règles qui pourraient lui être appliquées. Leurs juristes formés au droit socialiste n'étaient pas en mesure de résoudre seuls les problèmes posés²⁹. C'est pour ces raisons que le Vietnam a eu d'une part recours à des juristes étrangers pour préparer des nouveaux textes³⁰. Les autorités vietnamiennes ont d'abord invité de préférence les experts français à venir soutenir le Vietnam à améliorer son système de droit afin d'atteindre les objectifs fixés. En effet, d'une part, le droit français a laissé des traces profondes et dans bien des domaines et, d'autre part, le droit français est riche des solutions européennes qui peuvent servir de référence. À cet effet, depuis les années 1990, plusieurs experts français sont venus au Vietnam et la coopération entre les deux pays a donné le jour à des textes très importants tels que, le Code civil adopté par l'Assemblée Nationale le 28 octobre 1995 ou le Code de commerce de 1996³¹.

19. En matière de droit des sociétés, la première loi sur les sociétés commerciales est la Loi sur les Compagnies 1990, qui a été fortement inspirée de la loi française du 24 juillet 1867, notamment les dispositions concernant la société anonyme. En effet, en ce qui concerne

²⁷Voir. BEZARD P., « L'élaboration de la nouvelle codification vietnamienne », in *Histoire de la Codification juridique au Vietnam. Lich Sử Điển – Chế - Pháp – Luật ở Việt Nam* [Bernard Durand; Philippe Langlet; Chanh Tam Nguyen], Faculté de droit de l'Université Montpellier, 2001 (Temps et droits), p. 379 ss.

²⁸ Voir. BEZARD P., *op. cit.*, p. 381.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹Voir. BEZARD P., *op. cit.*, p. 392; la "Maison du Droit vietnamo-française" est un organe essentiel de la coopération entre deux législations.

l'organisation interne d'une société anonyme, la LC 1990 a adopté la formule classique du droit français, c'est-à-dire que la société est administrée par un CA. Ainsi, on voit une formule habituelle qui est similaire à celle de la loi du 24 juillet 1966 « *le CA est l'organe de gestion de la société, composé de trois à douze membres. Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, il peut décider toutes les affaires relatives à l'objet social, aux intérêts de la société, sous réserve de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires* »³². Avec l'amendement de la Loi sur les Entreprises 1999, les législateurs vietnamiens ont transposé plusieurs principes de *corporate governance* en droit des sociétés mais l'essentiel de la première loi des Compagnies 1990, d'inspiration française, reste applicable, en particulier s'agissant l'organisation de la société et la détermination des pouvoirs du CA et du DG.

20. Objectifs de l'étude.- Cet objet est double. En premier lieu, cette thèse ambitionne d'appréhender les hypothèses susceptibles d'engager la responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme en droit français et en droit vietnamien.

En deuxième lieu, l'approche comparative du droit français et droit vietnamien permet de savoir s'il existe des divergences ou de convergences entre le droit de la responsabilité civile des dirigeants sociaux de deux législations. La richesse jurisprudentielle du droit français peut susciter chez les juristes vietnamiens une question : est-ce que l'encadrement juridique du droit positif vietnamien assure une répartition équilibrée entre la responsabilité de la société et de ses dirigeants?

21. Apports de la thèse.- La responsabilité civile des dirigeants de société est considérée comme un pilier fondamental du succès économique d'une entreprise³³. Malheureusement, cette question est presque ignorée par les juristes vietnamiens³⁴. Ainsi,

³² LC 1990.art. 38 al. (1) et (2).

³³ Voir en ce sens, GERMAIN M., *op.cit.*, p. 284 ; REDENIUS – HOEVERMANN J., *op .cit.*. p.3

³⁴ Antérieurement à notre étude, il n'y a aucune étude à titre académique portant sur le sujet de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Les juristes se concentrent essentiellement sur la question de devoirs et pouvoirs des dirigeants dans le contexte de *corporate governane*, voir par exemple : BUI Xuan Hai & Gordon Walker, "Transitional Adjustment Problems in Contemporary Vietnamese Company Law", *Journal of International Banking Law & Regulation, the United Kingdom*, 2005, Vol. 20(11); BUI Xuan Hai, "Vietnamese Company Law: The Development and Corporate Governance Issues", *Bond Law Review*, Australia, (2006) Vol. 18(1); BUI Xuan Hai, « Vietnamese Corporation Law: Corporate Governance Issues », *Asia Pacific Week Conference*; the Australian National University, Canberra, Australia, February 2006; BUI Xuan Hai & CHIHIRO Nunoi, "Corporate Governance in Vietnam: a System in Transition", *Hitotsubashi Journal of Commerce and Management*, Japan, 42(1), Oct 2008; BUI Xuan Hai, "Internal Corporate Governance Structures in Vietnamese Companies", Research Paper, Hitotsubashi University, Tokyo, Japan, Jan 2008; LE Minh Toan and GORDON W, "Corporate Governance of Listed Companies in Vietnam," *Bond Law Review*: V ol. 20 (2008), 2, Article 6, disponible en ligne à <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol20/iss2/6>; DANG Xuan Hop et LE Hoai Nam., « Some practical issues in

notre thèse souhaite de fournir des informations importantes relatives à la responsabilité civile des dirigeants dans l'espoir qu'elles sont utiles pour les dirigeants dans la prise des décisions, pour les juristes dans la rédaction des clauses statutaires régissant les devoirs des mandataires de la société et pour les juges dans la qualification des fautes mettant en cause la responsabilité civile des dirigeants sociaux. En plus, notre thèse sera intéressante pour les juristes étrangers en ce sens qu'ils trouvent comment les concepts de théorie de *fiduciary duties* de *common law* sont transposés dans le système de droit d'un pays asiatique caractérisée par la tradition juridique confucianiste et socialiste.

Nous espérons également que les informations abordées par notre étude seront utiles à la communauté des investisseurs français qui s'intéressent à l'entreprise vietnamienne dans un marché potentiel avec plus de 90 million d'habitants³⁵.

22. Plan.- La thèse se déclinera ainsi en deux parties. La première sera consacrée à l'analyse des conditions de la responsabilité civile des dirigeants de société anonyme (**Partie I**). La seconde à la présentation de mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité civile après la réunion des conditions exigées par la loi (**Parti II**). Pour faciliter la compréhension de la question de la responsabilité civile telle que conçue par les différents droits ici visés, et dans la mesure où notre étude s'adresse avant tout aux juristes français, un titre préliminaire est consacré à la présentation générale des dirigeants responsables en droit vietnamien.

the Vietnamese law on enterprise", in *Dong A Journal of International Business Transaction Law Review*, Vol. 1 , No.1, Fall 2009, p.47; NGUYEN Ngoc Bich, NGUYEN Dinh Cung, *Cong ty. Von, Quan Ly va Tranh Chap. (Société. Capital, administration et Disputes)*, éd. Tri Thuc, 2009. NGUYEN Dinh Cung, "Corporate governance in Vietnam: Regulations, practices and problems", *CIEM and GTZ*, Hanoi, 2008 ; PEARCE J. "Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam", *Bond University ePublications@bond*, 6 novembre 2010, disponible en ligne à : <http://epublications.bond.edu.au/cgej/17>.

Une minorité d'études consacre le droit de l'exercice de l'action des actionnaires en générale, voir, BUI Xuân Hải, "Khởi kiện người quản lý công ty: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn trong pháp luật doanh nghiệp Việt Nam", *Tạp chí Nhà nước & Pháp Luật*, số 01/2011, p.29; NGUYEN Hoang Thuy Trang, « Quyên khởi kiện phải sinh của cơ đông công ty có phần theo pháp luật Anh và bài học đối với Việt Nam » (La *derivative action* des actionnaires de la société anonyme en droit anglais et les leçons pour le Vietnam), *TCKHPL* No 5/2011, p. 36 ss ; QUACH Thuy Quynh, "Does more litigation mean more justice for shareholders? The case of derivative actions in Vietnam", in WRBKA S., VAN UYTSEL S., SIEMS M (Sous la direction de) *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, éd. Cambridge University Press, 2012; QUACH Thuy Quynh, "Transplantation of Derivative Actions to Vietnam – Tip-Offs from Absence of Academic Debate", *7 Asian Journal of Comparative Law*, March 22, 2012.

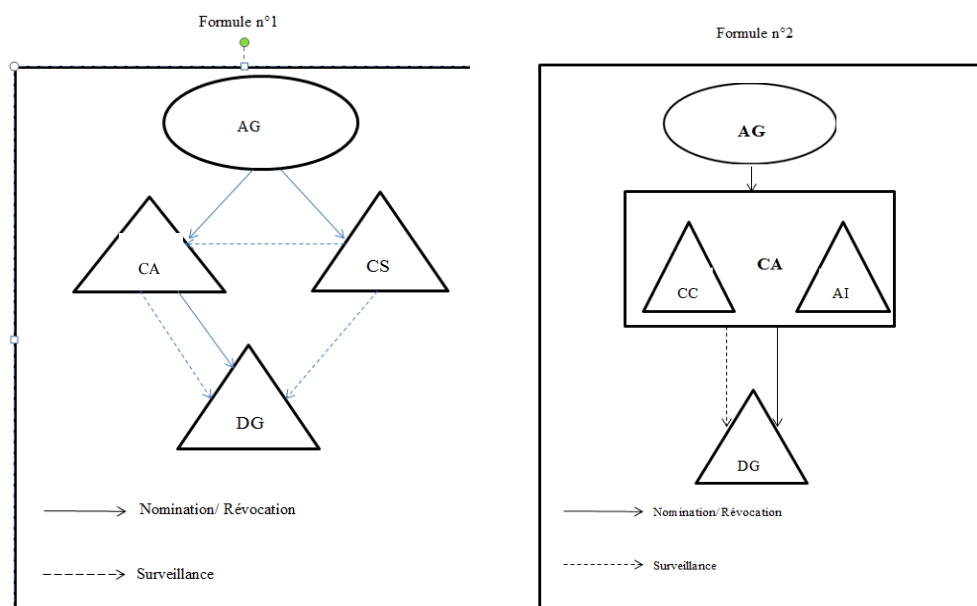
³⁵ Jusqu'à 2013 la France était le premier investisseur occidental au Vietnam bien en flux qu'en stocks (mais a dû céder cette place aux Etats-Unis en 2006, puis aux Pays-Bas en 2007). Près des deux tiers des investissements français sont réalisés dans le secteur des services, un cinquième dans l'industrie (eau, gaz et électricité), 7% dans l'agriculture et 5% dans la distribution. Voir en ce sens, DELALANDE P., « La France doit resserrer ses liens avec le Vietnam », *Le Monde.fr*, 24 septembre ; La France et le Vietnam, disponible à <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/vietnam/la-france-et-le-vietnam>

**PARTIE INTRODUCTIVE: BRÈVE DESCRIPTION DES DIRIGEANTS DONT
LA RESPONSABILITÉ PEUT ÊTRE MISE EN CAUSE EN DROIT
VIETNAMIEN.**

23. La structure de gestion de société anonyme. – La Loi sur les Entreprises 2014 a offert à la société le choix entre deux formules de l'organisation de gestion interne de leur société anonyme:

La première formule est celle de type classique consacrée par les antérieures lois avec le Conseil d'administration (CA), le Directeur général (DG) et la faculté d'instituer un Conseil de surveillance (CS)³⁶.

La deuxième formule est une formule nouvelle avec le CA et le DG. Dans ce cas, il faut qu'au moins 20% des membres du CA soient l'administrateur indépendant et que le CA doive instituer le Commissariat aux comptes (CC)³⁷.



Par l'introduction de la formule nouvelle de gestion de société anonyme, il apparait que les législateurs vietnamiens sont attirés par l'insuffisance de la surveillance des comptes. En effet, le conseil de surveillance dans la formule ancienne était un organe juridiquement

³⁶ Selon l'article 134.1(a) de la LE 2014, l'institution du conseil de surveillance n'est pas obligatoire lorsque la société anonyme a moins de 11 actionnaires et les actionnaires personnes morales détiennent moins de 50% des actions de la société.

³⁷ LE 2014.art.134.1(b)

indépendant du CA, mais on lui a reproché d'être incompetent³⁸. Ainsi, la formule nouvelle renforce la surveillance interne de l'organe de gestion en instituant le CC et la nomination des administrateurs indépendants³⁹.

24. Dirigeants de droit. – Les dirigeants sont les personnes qui ont été investies du pouvoir de gérer les affaires sociales et de représenter la société. En se basant sur la structure de la société anonyme, l'article 6.18 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que les personnes suivantes seront considérées comme les dirigeants d'une société anonyme: le président du CA, l'administrateur, le Directeur ou DG⁴⁰ ou de tout autre titulaire de poste de dirigeant déterminé par les statuts. Ainsi, on se demande qui peut être qualifié comme le dirigeant statutaire.

25. Les dirigeants statutaires. – En respectant la liberté de convention des actionnaires, la loi leur permet de déterminer dans le statut social celui qui peut être le dirigeant de la société, à l'exception de ceux qui sont déterminés par la loi précités. En principe, les dirigeants statutaires doivent être les personnes qui participent directement dans la gestion des affaires de la société. Dans la pratique vietnamienne, les statuts mentionnent en général les vices – directeurs généraux, les directeurs des branches, les chefs des comités institués par le CA tels que le comité de rémunération, comité de conseil juridique et le chef comptable⁴¹.

26. On se demande si le statut peut classer le membre du CS dans la liste des « dirigeants » de la société. La réponse semble positive car, d'une part, la loi ne dispose pas de limite à la volonté des actionnaires dans la détermination des postes de dirigeant dans le statut et, d'autre part, les articles 168.2 et 168.3 de la Loi sur les Entreprises 2014 disposent explicitement que les membres du CS se soumettent également aux obligations de bonne foi, de diligence et de loyauté comme les autres dirigeants prévus par la loi. En

³⁸ Voir par exemple : TRAN Minh Son, « Ban Kiem Soat trong cong ty co phan » (le conseil de surveillance dans la société anonyme), VCCI 25 février 2010, disponible en ligne à : <http://www.vibonline.com.vn/Phobienphapluat/1802/Ban-Kiem-soat-trong-cong-ty-co-phan.aspx>

³⁹ Voir *infra* n° 50 ss.

⁴⁰ La loi prévoit deux titres : le Directeur et le Directeur Général. Puisqu'il n'y aucune différence entre le statut du Directeur et du Directeur Général, dans cette étude nous utilisons le terme commun Directeur Général (DG)

⁴¹ Sous le régime de l'économie planifiée, le chef de comptable restait une position très importante dans les entreprises de l'Etat (V. Décret 175-CP de Conseil du Gouvernement du 28 octobre 1961 sur le Statut du régime de comptable de l'Etat; Décret No 26-HDBT du Conseil des Ministres du 18 mars 1989 sur le Statut de Chef de l'entreprise étatique). Cette pratique influence donc les désignations des dirigeants de nos jours.

plus, l'article 168.5 de la même loi prévoit que la responsabilité personnelle des membres du CS sera engagée lorsqu'ils manquent aux obligations imposées par la loi.

En résumé, comme le droit français, le droit vietnamien détermine les dirigeants sociaux à travers les titres qu'ils détiennent dans les organes de gestion de la société, peu importe que le dirigeant ait exercé ou non ses fonctions de manière effective⁴². En ce qui concerne le droit de la responsabilité, le mot "dirigeant" doit être pris dans son sens le plus large. Il s'applique donc non seulement dirigeants prévus par la loi ou par les statuts, mais encore à toute personne qui participe activement aux décisions de gestion des affaires de la société : on parle alors des *dirigeants de fait*.

27. Dirigeant de fait. - Au Vietnam, le sujet de *dirigeant de fait* intéresse peu les législateurs, malgré que cette question soit une réalité de l'entreprise. À titre d'exemple, on peut citer le cas concernant un fonctionnaire qui est interdit de créer une société commerciale⁴³, il demande à une autre personne de créer la société de type de prête-nom, c'est-à-dire la dernière personne assume de manière purement fictive les fonctions de direction d'une société, lorsque le fonctionnaire en cause assume de manière purement fictive les fonctions de direction de cette société. Pourtant, lorsque les contentieux surviennent, chacun (dirigeant de droit et dirigeant de fait) tente de se retrancher derrière son rôle effectif.

En réalité, la question de dirigeant de fait n'est devenu un sujet de discussion qu'après l'affaire Nguyen Duc Kien⁴⁴. En espèce, Nguyen Duc Kien était un ex- administrateur de la banque Asia Commerce Bank (ACB), une banque commerciale privée. Il n'est pas donc un dirigeant *ès qualité* de ACB. Pourtant, Kien aurait contraint le CA d'approuver une

⁴² Dans les pays du droit de *common law*, les dirigeants sociaux ne sont pas déterminés par les titres occupés dans la société mais par ce qu'ils ont fait dans la société. Par exemple, en droit américain, l'article §8.01 du MBCA prévoit que « *All corporate powers shall be exercised by or under the authority of the board of directors of the corporation, and the business and affairs of the corporation shall be managed by or under the direction, and subject to the oversight, of its board of directors [...]* ». Ainsi, toutes les affaires de la société sont gérées par ou sous la direction ou surveillance du *board of directors* qui se compose des *directors*. Le nombre des *directors* se varie entre 3 et 15 dans la plupart des pays de droit de *common law*, particulièrement il y a 32 *directors* dans certaines sociétés américaines. Voir en ce sens, BAXT R, RAMSAY I. and STEPLEDON *Corporate Governance in Australia: the Evolving legal Framework and Empirical Evidence*, in KEONG L.C (editeur en chef) *Corporate Governance: An Asia Pacific Critique*. Éd. Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2002, p. 179.

⁴³ La liste des personnes qui sont interdites de créer la société commerciale est prévue dans l'article 18.2 de la LE 2014.

⁴⁴ Voir arrêt N° 219/2014/HSST du 9 juin 2014 de la Cour Populaire de la ville de Hanoi (ci-après citer « *arrêt Nguyen Duc Kien* » ou « *Affaire Nguyen Duc Kien* »).

décision selon laquelle l'ACB charge des employés d'utiliser de l'argent de l'ACB pour en placer dans d'autres banques afin de gagner des bénéfices plus élevés⁴⁵.

Il est intéressant de voir que dans l'affaire *Nguyen Duc Kien*, il y avait un DG d'une société constituée par Kien qui n'a pas été poursuivie par l'action publique pour le délit d'évasion fiscale. Selon les procureurs publics, la DG en cause a « *accompli les actes sous la direction directe de Kien, [c'est-à-dire] elle a agi sans connaissance de cause de ces affaires et elle n'a pas gagné de bénéfices personnels* »⁴⁶. Par déduction, on a prouvé que Kien est *le dirigeant de fait* de cette société et qu'il est accusé pour ses actes illégaux de participation à la gestion directe des affaires de la société.

En réalité, la question de responsabilité civile n'est pas retenue dans ce cas, pourtant, la position du tribunal nous donne une suggestion pour la qualification du *dirigeant de fait*. En effet, *le dirigeant de fait* impliquerait la personne « *qui n'est pas administrateur mais il joue le rôle décisif dans toutes les activités de la banque ACB, [...] il a le droit de participer à toutes les réunions du CA et de recevoir tous les rapports des activités de la banque ACB* »⁴⁷. Qu'est-ce que c'est « *le rôle décisif* » d'une personne qui participe *de facto* à la gestion de la société ? Dans le contexte de cette affaire, le rôle décisif de Nguyen Duc Kien est qualifié par le fait que tous les autres administrateurs de l'ACB n'osent pas agir contrairement à la décision verbale de Nguyen Duc Kien⁴⁸.

En matière de responsabilité civile, il faut certes trouver un faisceau d'indices définissant le dirigeant de fait pour que les victimes puissent leur demander la réparation des préjudices. Ce qui nous amène à dire que la détermination d'un dirigeant de fait peut se baser sur les critères suivants : (i) il donne directement ou indirectement aux dirigeants de droit des instructions concernant la gestion de société; (ii) les dirigeants de droit ne peuvent pas faire autrement que suivre ses instructions, autrement dit, c'est une personne

⁴⁵ Selon les médias, Kien n'est pas administrateur de ACB mais il utilise le pouvoir de de l'actionnaire majoritaire de révocation des administrateurs *ad nutum* pour faire la pression sur le CA de ACB pour que cet organe doive obéir à ses directions. Voir par exemple, PetroTimes « *Bầu Kiên 'đọa' ông Trần Xuân Giá thế nào?* » (comment Bau Kien menace Tran Xuan Gia ?), *PetroTimes.vn*, 13/08/2013, disponible en ligne sur <http://vtc.vn/1-408670/kinh-te/bau-kien-doa-ong-tran-xuan-gia-the-nao.htm>

⁴⁶ Voir. PetroTimes, « *Vì sao vợ và em gái "bầu" Kiên thoát vòng lao lý?* » (Pourquoi la femme et la sœur de Bau Kien ne sont pas poursuivies ?), *PetroTimes.vn*, 10/08/2013, disponible à <http://petrotimes.vn/news/vn/phap-luat/vi-sao-vo-va-em-gai-bau-kien-thoat-vong-lao-ly.html>

⁴⁷ Affaire Nguyen Duc Kien, p. 65.

⁴⁸ Voir par exemple, PetroTimes « *Bầu Kiên 'đọa' ông Trần Xuân Giá thế nào?* » (Comment Bau Kien menace Tran Xuan Gia ?), *PetroTimes.vn*, 13/08/2013, disponible en ligne <http://vtc.vn/1-408670/kinh-te/bau-kien-doa-ong-tran-xuan-gia-the-nao.htm>

qui est capable d'influencer le processus décisionnel ou le fonctionnement d'une société à travers les organes de gestion de ladite société.

Ainsi, Il faut que les législateurs vietnamiens prévoient un régime spécial pour régler ce phénomène. Dans l'attente d'une solution législative, les actionnaires peuvent prévoir dans les statuts une clause qui est susceptible d'identifier les dirigeants de fait en cas de nécessité.

28. Le dirigeant *de facto* en droit français.- À la différence du droit vietnamien, le droit français consacre expressément l'expression de « *dirigeant de fait* » dans la société en difficulté⁴⁹ et le terme « *en fait* » dans le cadre d'infractions pénales⁵⁰. Pourtant, en ce qui concerne la société *in bonis*, le droit des sociétés positif français, en revanche, demeure muet. C'est donc la doctrine qui en donne une abondance de qualifications. En effet, selon Monsieur Rives-Lange le dirigeant de fait est « *la personne poursuivie doit avoir eu une activité positive, une activité positive de direction, une activité positive de direction exercée souverainement, en toute liberté et indépendance* »⁵¹.

La jurisprudence s'est attachée à en préciser les contours, définissant le dirigeant de fait comme celui qui en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction. Par exemple, dans l'arrêt du 25 janvier 1994, la Cour de cassation définit les dirigeants de fait comme « *les personnes tant physiques que morales qui, dépourvues de mandat social, se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, celles qui en toutes souveraineté et indépendance, ont exercé une activité positive de gestion et de direction engageant la société sous couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux.* »⁵². Il est intéressant de noter que la jurisprudence vise

⁴⁹ Par exemple, l'article L. 653-1 du Code de commerce dispose que « Lorsqu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les dispositions du présent chapitre sont applicables : [...] 2° Aux personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de personnes morales[...] »

⁵⁰ Par exemple, l'article L. 245-16 du Code de commerce prévoit que les dispositions relatives aux infractions pénales « visant le président, les administrateurs, les directeurs généraux et les gérants de sociétés par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux. »

⁵¹ Voir. RIVES-LANGE J.-L., « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », D. 1975, chr., p. 41.

⁵² Cass. com. 25 janvier 1994 n° 91-20.007; voir d'autres arrêts portant sur les dirigeants de fait: Cass. com., 9 mai 1978, n° 77-10.104 et 77-10.661, D. 1979, p. 419; Cass. com., 25 janv. 1994, n° 91-20.007, *RJDA* 1994, n° 457; Cass. com., 23 juin 1982, n° 81-10.560; Cass. com., 15 déc. 1982, n° 81-14.054; Cass. com., 3 avr. 1984, n° 83-11.464; Cass. com., 7 juill. 1987, n° 86-10.248; Cass. com., 23 nov. 1999, n° 97-14.693, *RJDA* 2000, n° 270; Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-20.115, *Dr. sociétés* oct. 2001, comm. 140, obs.

non seulement la personne physique, mais encore la personne morale. C'est le cas d'une banque qui est qualifiée de dirigeant de fait et est condamnée en responsabilité pour insuffisance d'actif d'une société parce qu'elle était intervenue par personne interposée⁵³. Il s'agit également de la qualification comme dirigeant de fait d'une société mère qui implique dans la gestion des affaires de filiales d'un groupe⁵⁴.

En matière de responsabilité civile, les tribunaux français refusent d'appliquer aux dirigeants de fait les textes du droit des sociétés en matière de responsabilité civile⁵⁵. De façon générale, les juges français imposent au dirigeant de fait toutes les obligations légales qu'un dirigeant de droit doit remplir, tant en matière de fiscalité qu'en matière de responsabilité civile et pénale, sans pouvoir se prévaloir des règles favorables en faveur de dirigeant de droit⁵⁶. Pourtant, la Cour de cassation énonce régulièrement que la responsabilité civile de dirigeant de fait est engagée non sur le fondement des dispositions du Code de commerce mais sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁵⁷. En matière de prescription de l'action de responsabilité civile, le dirigeant de fait ne peut pas se prévaloir de la prescription triennale comme le dirigeant de droit⁵⁸. En outre, la responsabilité du dirigeant de fait n'efface en rien celle du dirigeant de droit et réciproquement ; ainsi, le fait pour un dirigeant de droit de s'être déchargé de ses fonctions sur un dirigeant de fait n'est pas une cause d'exonération de responsabilité pénale⁵⁹.

LEGROS J.-P. ; Cass. com., 4 mars 2003, n° 01-01.115, *RJDA* 2003, n° 724; voir également. Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux, étude 480.

⁵³ Cass. com., 27 juin 2006, no 04-15.831, à paraître au Bulletin : est responsable « la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaires, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société » ; rejet de CA Versailles, 13e ch., 29 avr. 2004, Chouraqui c/ Me Segard, *JCP E* 2005, no 32, p. 34, note CAMPANA M.-J.

⁵⁴ Cass. com., 2 nov. 2005, no 02-15.895.

⁵⁵ Voir en ce sens, Cass. com., 6 oct. 1981, n° 77-15.264, *D.* 1983, jur., p. 133, note SOINNE B., *JCP G* 1982, II, n° 19891, note NOTTE G. ; Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13.721, *Bull. civ.* IV, n° 98, *Rev. sociétés* 1995, p. 501, note SAINTOURENS B., *JCP G* 1996, II, n° 22603, note REINHARD Y. et BON-GARCINI, *Dr. sociétés* 1995, comm. 170, note VIDAL D.

⁵⁶ Voir en ce sens, COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n°277.

⁵⁷ Cass. com., 21 mars 1995, no 93-13.721, *Bull. civ.* IV, no 98, *Rev. sociétés* 1995, p. 501, note SAINTOURENS B; Cass.com., 20 nov. 2007, n° 06-16933;

⁵⁸ Cass. com., 30 mars 2010, no 08-17.841, *D.* 2010, p. 1678, note DONDERO B.

⁵⁹ Cass.crim., 31 mai 2012, no 11-86.324 : *Rev.soc.* 2013, p.47 note MATSOPOULOU H.: abus des biens sociaux.

29. Afin d'identifier un régime de la responsabilité adéquate applicable aux dirigeants de la société anonyme, il convient d'aborder les conditions d'accès à leurs fonctions (Titre 1) ainsi que les caractéristiques de leurs rôles et pouvoirs (Titre 2).

TITRE I. L'ACCÈS AUX FONCTIONS DES DIRIGEANTS.

30. Les dirigeants sont les acteurs les plus importants dans la vie de la société. Leurs décisions peuvent influencer en bien ou en mal sur le patrimoine sociale. Dans la Loi sur les Entreprises 1999, les actionnaires étaient libres de décider dans les statuts des conditions de choix des dirigeants de la société. Pourtant, dans la Loi sur les Entreprises 2014, les conditions de choix des dirigeants sociaux sont consacrées par les législateurs. Ainsi, pour être choisi, tout dirigeant doit satisfaire aux conditions de fond (**Chapitre 1**) et aux conditions de forme (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LES CONDITIONS DE FONDS.

31. Il convient d'analyser les conditions applicables communément à tout administrateur ordinaire (Sections 1) et celles spécifiques applicables aux administrateurs indépendants (Sections 2).

SECTION 1. LES CONDITIONS GÉNÉRALES APPLICABLES AUX ADMINISTRATEURS ORDINAIRES.

32. **Généralités.**- En vertu de l'article 151.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, l'accès aux fonctions des dirigeants de la société apparaît en principe très facile lorsqu'ils remplissent au moins les conditions cumulatives suivantes :

« a) Jouir de la capacité d'exercice en matière civile; ne pas faire partie des personnes qui ne sont pas autorisées par la présente Loi à gérer une entreprise;

b) *Avoir des compétences et expériences pratiques en matière de gestion des affaires ou dans le domaine d'activité principal de la société et ne pas nécessairement être l'actionnaire, sous réserve d'autres conditions prévues par les statuts. [...]*

d) *Pour les sociétés dans laquelle l'État détient plus de 50% de droit de vote, l'administrateur ne peut être des conjoints, des parents biologiques ou adoptifs, des enfants biologiques ou adoptifs, des frères et sœurs, des beaux-frères et belles sœurs du DG ou de tout autre dirigeant de la société. ».*

Il s'agit ainsi de condition concernant la capacité d'exercice (§1), la condition concernant l'interdiction prévue par la loi (§2), la compétence spécifique (§ 3) ainsi que le nombre des administrateurs (§4).

§1. La capacité d'exercice.

33. Droit positif. - L'article 151.1 (a) de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que tout dirigeant de la société doit « *jouir de la capacité d'exercice en matière civile* ». Le droit des sociétés n'explique pas le détail de capacité d'exercice. Il faut donc faire référence au droit commun pour en déterminer.

34. En droit civil vietnamien, la capacité d'exercice d'une personne physique est définie dans l'article 17 du Code civil de 2005 selon lequel "*la capacité d'exercice est l'aptitude à faire valoir, seule et par elle-même, un droit civil dont elle est titulaire et à exécuter une obligation civile à laquelle elle est assujettie*"⁶⁰.

L'article 19 du Code civil de 2005 dispose que « *toute personne majeure jouit de la pleine capacité d'exercice* ». Selon l'article 18 du Code civil de 2005, la majorité est reconnue à un individu quand cet individu atteint l'âge de dix-huit ans révolus⁶¹. En conséquence, quand un individu atteint l'âge de dix-huit ans révolus, il jouit des droits civils et est également capable d'exercer ces prérogatives. Ainsi, en matière de droit des sociétés, tout individu peut être titulaire d'un mandat social lorsqu'il atteint l'âge de dix-

⁶⁰Cette notion de capacité d'exercice ressemble à la théorie de la capacité d'exercice en droit français qui est considérée comme le pouvoir de mettre en œuvre soi-même ses droits et ses obligations. Voir en ce sens, TERRE F., *Droit civil, Les Personnes*, Dalloz, 8e éd. 2012, p. 280 ss ;

⁶¹ Voir. C. civ. 2005.art. 18

huit ans révolus, sous réserve des cas d'interdiction⁶², y compris des cas dans lesquels les personnes sont qualifiées de majeures incapables ou des personnes ayant la capacité d'exercice limitée⁶³.

§2. L'interdiction.

35. Le droit vietnamien des sociétés prévoient la liste des personnes qui ne peuvent diriger la société commerciale. En effet, de la combinaison des articles 18.2 et 151.1 (d) de la Loi sur les Entreprises 2014, il résulte que les personnes physiques suivantes ne peuvent être administrateur d'une société anonyme:

- *Les fonctionnaires et agents publics;*
- *Les officiers, sous-officiers, militaires de carrière et les ouvriers travaillant dans les services et les unités relevant de l'Armée populaire; les officiers, sous-officiers de carrière dans les services et les unités relevant des forces de la sécurité publique;*
- *Les dirigeants des entreprises dont l'État détient la totalité du capital, sauf les personnes habilitées à représenter l'État pour l'administration des capitaux de l'État dans d'autres entreprises;*
- *Les personnes en exécution d'une peine d'emprisonnement ou privée par une décision de justice, du droit d'exercer des activités d'affaires conformément au droit des faillites;*
- *Pour les sociétés dans laquelle l'État détient plus de 50% de droit de vote, l'administrateur ne peut être le conjoint, les parents biologiques ou adoptifs, des enfants biologiques ou adoptifs, des frères et sœurs, des beaux-frères et belles sœurs du DG ou de tout autre dirigeant de la société ; ne peut être de la personne ayant un lien avec les dirigeants de la société mère et avec des personnes habilitées à nommer des dirigeants de la société mère".*

À propos des fonctionnaires, des agents publics ou des gens travaillant pour l'armée, le point commun entre ces personnes est le devoir de servir l'intérêt public. Autrement dit,

⁶² Voir *infra* n°35 -39

⁶³ LE 2014 art.18.2(d).

leur obligation primordiale exige qu'elles soient loyales à l'intérêt de l'État⁶⁴. Ainsi, il apparaît que le législateur vise à prévenir les conflits d'intérêts entre l'intérêt personnel et l'intérêt public⁶⁵. En effet, si les dernières personnes participent à la gestion des entreprises privées, elles se trouvent souvent dans les situations où elles ne peuvent pas être indépendantes dans l'exercice de leurs missions publiques lorsqu'elles doivent peser l'intérêt personnel et l'intérêt public⁶⁶.

Pour les dirigeants des sociétés à 100% capital étatique, ils sont également des fonctionnaires. S'ils participent donc à la gestion des sociétés privées, on craint qu'ils puissent abuser de leur position pour servir l'intérêt personnel ou celui des entreprises dans lesquelles ils étaient intéressés directement ou indirectement. Par exemple, dans l'affaire de PMU 18 (Project Management Unit 18) en 2006, on a découvert des centaines d'entreprises dites « *san sau* » (la cour arrière) de Bui Tien Dung, un haut fonctionnaire du Ministère de Communication et des Transports. Il était le DG de PMU 18, il a favorisé ses entreprises « *san sau* » pour obtenir les offres publiques pour construire les routes financées par le capital public⁶⁷.

36. Les fonctionnaires sont encore interdits de participer à la gestion de la société après qu'il a démissionné ou retraité⁶⁸. Ainsi, en vertu du Décret 102/2007, les anciens

⁶⁴ L'article 65.1 de la Constitution 2013 impose également le devoir de loyauté à l'armée populaire selon lequel l'armée est tenue « *d'être absolument fidèle à la Patrie, au Peuple, au Parti communiste et à l'État [...]* ». Pour les fonctionnaires, ils ont également le devoir d'« *être fidèle au Parti communiste, à l'État de la République Socialiste du Vietnam* » conformément à l'article 8.1 de la Loi du 13 novembre 2008 sur les Fonctionnaires 2008,

⁶⁵ Le statut de ces personnes est réglementé par la Loi sur Les Fonctionnaires Public et la Loi sur L'Anti – corruption comme les personnes ayant le pouvoir public. Les législateurs vietnamiens, en craignant les abus de pouvoir qui entraînent les corruptions, ont interdit ces types de personnes d'occuper la position de dirigeant dans les entreprises.

⁶⁶ Conflit d'intérêts est caractérisé par le fait qu'une personne risque de perdre son indépendance intellectuelle ou son objectivité et se trouve ainsi fragilisée dans l'exercice de ses responsabilités (MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, révisé 2013).

⁶⁷ Voir. N.V. HAI, « *Làm rõ các "doanh nghiệp sân sau" của Bùi Tiến Dũng* » (les entreprises de "cour arrière" de Bui Tien Dung), *Tuoi Tre*, 01/03/2006, disponible en ligne à: <http://tuoiitre.vn/tin/phap-luat/20060301/lam-ro-cac-doanh-nghiep-san-sau-cua-bui-tien-dung/125183.html>; pour la question des entreprises « cour arrière », voir également, VCCI, « *Hàng nghìn tỷ đồng cho vay các doanh nghiệp 'sân sau'* » (de milliard de milliards de dongs prêtés aux entreprises « cour arrière »), Chambre du Commerce et de l'Industrie du Vietnam, 22/06/2012, disponible en ligne à: <http://www.vcci.com.vn/doanh-nhan-doanh-nghiep/20120622073810935/hang-nghin-ty-dong-cho-vay-cac-doanh-nghiep-san-sau.htm>

⁶⁸ Voir. Le Décret 102/2007/NĐ-CP du 14 juin 2007 sur le délai d'interdiction de participer aux affaires applicables aux fonctionnaires après avoir quitté la position (Décret 102/2007/ND-CP).

fonctionnaires ne peuvent pas participer à la gestion des « *affaires commerciales* »⁶⁹ dans un délai oscillant de 6 à 36 mois à compter du moment qu'ils ne sont plus fonctionnaires⁷⁰. Pourtant, le droit des sociétés ne prévoit pas l'effet de la situation où un fonctionnaire retraité viole ladite règle du délai précité. Ainsi, il semble que les fonctionnaires retraités ne se voient pas sanctionnés par le droit des sociétés s'ils continuent à participer à la gestion des sociétés anonymes.

Le délai d'interdiction de 5 ans est applicable aux anciens fonctionnaires qui occupaient les postes qui peuvent avoir accès aux sources d'informations confidentielles de l'État. Par conséquent, ces anciens fonctionnaires ne peuvent pas travailler pour le secteur privé dans un délai de 5 ans à compter du moment où il quitte le poste⁷¹.

L'article 19.3 de la loi n°22/2008/QH12 sur les cadres et fonctionnaires prévoit que le Gouvernement déterminera une liste des secteurs, des professions que les fonctionnaires ayant accès aux sources d'informations confidentielles de l'État ne sont pas autorisés à effectuer après le retrait ou cession des fonctions publiques. Pourtant, cette liste reste toujours des projets – décrets. Ainsi, on voit souvent des cadres de très haut niveau qui n'attendent pas l'échéance du délai de 5 ans pour pouvoir participer à l'administration des grandes sociétés anonymes⁷². L'exemple récent est le cas de Ho Nghia Dung, l'ex-ministre de Ministère de Communication et de Transports, après une retraite de 8 mois seulement, il a travaillé pour une grande société anonyme de construction de route. En avril 2014, il est nommé l'administrateur de cette société. Il n'a démissionné que sous la pression des médias vers la fin de septembre 2014⁷³.

37. Les personnes ayant commis des infractions pénales.- Le Code Pénal 1999 a également prévu, à titre de peine complémentaire, de nombreux cas dans lesquels les

⁶⁹Voir. Selon l'article 3.1 du Décret 102/2007/ND-CP, le terme « faire des affaires commerciales » s'étend à la constitution, à la gestion, direction de l'entreprise individuelle, la SARL, la SA, la société en nom collectif, les corporations, les hôpitaux privés, les établissements d'enseignement privés ou les organismes scientifiques privés.

⁷⁰ Voir. Art. 5 du Décret 102/2007/ND-CP.

⁷¹ Voir. art.19.2 de la loi n°22/2008/QH12 sur les cadres et fonctionnaires publics.

⁷²Prendre l'exemple du cas de M. Tran Xuan Gia, ancien ministre du Ministère de Planning et d'Investissement. En 2006, après la cession du poste de Ministre, il reçoit le rôle de conseiller, puis le président du CA de la Banque de Commerce de l'Asie (ACB), une des plus grandes banques de commerce privées au Vietnam et il ne se démissionne qu'au 19 septembre 2012 après le scandale de verser fautiveusement environ 360 million de USD.

⁷³ Voir. LINH Thu, Hong Nhi « Vụ ông Hồ Nghĩa Dũng là bài học cho cán bộ hưu'» (L'affaire de Ho Nghia Dung est une leçon pour les cadres retraités), *Vietnamnet.vn*, 30 septembre 2014, disponible en ligne à: <http://vietnamnet.vn/vn/chinh-tri/199892/-vu-ong-ho-nghia-dung-la-bai-hoc-cho-can-bo-huu-.html>

personnes en cause ne doivent pas exercer des activités d'affaires⁷⁴, notamment les personnes reconnues coupables des infractions pénales, notamment celles prévues dans le Chapitre XVI " *les délits violant l'ordre de gestion économique* »⁷⁵. Cette interdiction est applicable avec la durée d'un an au minimum et cinq ans au maximum⁷⁶. Il apparaît que le législateur vise à protéger l'image « propre » de la personne morale lorsqu'il interdit aux personnes ayant commis des infractions pénales d'être représentants de la société.

38. Les membres de la famille des dirigeants des sociétés dont l'État détient la majorité du capital. L'article 151.1(d) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que « *pour les sociétés dans laquelle l'État détient plus de 50% de droit de vote, l'administrateur ne peut être le conjoint, les parents biologiques ou adoptifs, des enfants biologiques ou adoptifs, des frères et sœurs, des beaux-frères et belles sœurs du DG de ladite société [...]* ». En réalité, les administrateurs exercent le pouvoir de surveillance portant sur les activités du DG. Si les administrateurs sont les membres d'une même famille avec le DG, rien ne s'oppose à ce que ces administrateurs n'exercent pas impartialement la surveillance de la gestion des activités du DG. En outre, ils peuvent s'acoquiner l'un avec l'autre pour amoindrir le patrimoine social. En d'autres termes, le législateur vise à éviter les conflits d'intérêts, la corruption ou l'abus de pouvoirs du DG de la société étatique.

39. Les « personnes ayant le lien » avec les dirigeants de la société mère.- La société mère est celle qui détient plus de 50% des parts sociales d'une autre société ou celle qui peut nommer directement un dirigeant d'une autre société⁷⁷. Si la société mère est une société étatique, l'article 151.1(d) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que l'administrateur de la filiale de la société mère « *ne peut être la personne ayant un lien avec les dirigeants de la société mère ou (le lien) avec des personnes habilitées à nommer des dirigeants de la société mère* ». En se basant sur l'article 4.17 (dd) de la Loi sur les Entreprises 2014, les personnes « *ayant un lien* » pourraient être les membres de la famille des dirigeants de la société mère ou des personnes habilitées à nommer des dirigeants de la société mère, à savoir: le conjoint, les parents biologiques ou adoptifs, les enfants biologiques ou adoptifs,

⁷⁴Voir. Le terme "exercer des activités d'affaires" est défini par l'article 4.2 de LE 2005 comme « la réalisation dans un but lucratif, d'une, de plusieurs ou de toutes les phases du processus d'investissement, de la production de biens ou de services jusqu'à leur vente sur le marché. »

⁷⁵Voir. Les articles de 153 à 181 du Code Pénal 1999 amendé et supplémenté par le Code Pénal 2009.

⁷⁶Voir. C.Pén., 1999. Art 36.al.2. En droit français, la durée ne dépasse pas dix ans

⁷⁷ LE 2014.art.189.1(a)

les frères et sœurs, des beaux-frères et belles sœurs et les mandataires de ces dernières personnes.

§3. Les compétences professionnelles et expériences pratiques.

40. L'article 151.1 (b) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que le dirigeant doit « avoir des compétences professionnelles et expériences pratiques en matière de gestion des affaires ou dans le domaine d'activité principal de la société ». L'expression « compétence professionnelle » implique la capacité que possède une personne de porter un jugement de valeur dans un domaine dont elle a une connaissance approfondie⁷⁸. Il apparaît que le législateur encourage la société à choisir les dirigeants ayant de vraies compétences pour pouvoir fructifier le patrimoine de la société. En réalité, l'administrateur peut prouver formellement ses compétences par la présentation des diplômes accordés par les universités ou les établissements éducatifs professionnels avec la discipline qui est conforme aux activités principales de la société.

41. En ce qui concerne l'expression « expériences pratiques », elle implique l'ensemble des connaissances concrètes acquises à travers la réalité de la vie professionnelle. Pour prouver ses expériences, il suffit à l'administrateur qu'il décrive les postes de gestion sociales qu'il a antérieurement occupés.

42. On se demande si les conditions précitées sont obligatoires à toutes les sociétés. Si la réponse est positive, plusieurs personnes ne peuvent pas être administrateurs de la société anonyme car elle manquerait des compétences professionnelles. En réalité, les sociétés anonymes vietnamiennes ne sont que des sociétés de petites et moyennes envergures. Les actionnaires de ces sociétés sont les gens qui investissent au capital de la société et en même temps ils veulent gérer leur capital. Ainsi, si la loi exige qu'ils doivent avoir des compétences professionnelles, plusieurs actionnaires seraient privés du droit de gérer leur capital. De plus, la gestion de la société n'est pas un métier, elle nécessite, par ailleurs, plusieurs compétences différentes, par exemple la compétence pour l'établissement des plans de business, la compétence de l'organisation du personnel, la compétence pour la direction, la compétence pour l'évaluation des résultats etc. Ce qui nous amène à dire que

⁷⁸Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, disponible en ligne à : <http://www.cnrtl.fr/definition/compétence>

la condition concernant les compétences professionnelles et les expériences implique une condition facultative applicable aux sociétés ayant l'objet particulier, si non cette condition doit être une condition statutaire qui se conforme à la situation spécifique de chaque société. À titre exemple, on peut citer l'article 50.1 (c) de la Loi vietnamienne sur les Institutions de Crédits 2010 selon lequel l'administrateur d'une banque commerciale doit « avoir au moins la licence concernant les disciplines telles que l'économie, la gestion des affaires, le droit [...] », à défaut de diplôme exigé, l'administrateur en cause doit prouver qu'il a « au moins 5 ans d'expérience dans le secteur bancaire ou financier ».

§4. La qualité d'actionnaire

43. La qualité d'actionnaires.- Depuis la Loi sur les Entreprises 2005, la possession d'un nombre d'actions n'est plus une condition préliminaire pour un dirigeant de la société. En effet, l'article 109.4 de Loi sur les Entreprises 2005 prévoit que « l'administrateur n'est pas nécessairement l'actionnaire ». Cette disposition est reprise dans l'article 151.1 (b) de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel « l'administrateur n'est pas nécessairement l'actionnaire, sauf une clause statutaire qui prévoit autrement ». Ainsi, la société peut prévoir dans le statut la condition de détention d'un nombre d'actions pour pouvoir devenir l'administrateur de la société.

La suppression de l'obligation pour l'administrateur d'être actionnaire marque un grand changement dans le droit vietnamien des sociétés. Il semble inspiré de la théorie de séparation de la propriété et du contrôle⁷⁹. En effet, la première Loi sur les Compagnies 1990 prévoyait implicitement que l'administrateur devait être l'actionnaire⁸⁰. Cette disposition traduit la mentalité de « petite paysannerie » dont le caractère essentiel est le manquement de la confiance envers l'autrui en gestion des biens propres⁸¹. Une telle

⁷⁹ Voir en ce sens, PHAM Duy Nghia, *Chuyen Khao Luat Kinh Te (Traité du Droit économique)*, éd. Dai Hoc Quoc Gia Ha Noi, 2004, p 268.

⁸⁰ L'article 39 al.3 de la LC 1990 prévoit que « Le statut social peut prévoir le nombre minimal des actions que l'administrateur doit détenir. Ces actions doivent être aliénables durant son mandat et près deux ans à compter de la date de fin de ses fonctions »

⁸¹ Pour la mentalité de « petite paysannerie » des Vietnamiens dans le commerce, voir. NGUYEN Hoang Anh, « Văn hóa kinh doanh Việt Nam trên đường phát triển và hội nhập » (La culture des commerces du Vietnam en voie de développement et d'intégration), *Tạp chí Hoạt động khoa học (Revue des activités scientifiques)*, Hà Nội n° 3, 2005, p. 57 ; NGUYEN Thanh Tinh, « Khắc phục lối sống "tiểu nông" trong quá trình hội nhập » (Remédier au mode de vie de «petite paysannerie » dans le processus d'intégration), *Dang Cong*

disposition a donc limité l'accès aux fonctions d'administrateur de ceux qui ayant des compétences mais qui ne sont pas actionnaires. Malgré la suppression de l'obligation de détention des actions, cette approche semble laisser des empreintes dans le *corporate governance* des sociétés anonymes. En réalité, il se trouve que la plupart des administrateurs des sociétés anonymes sont des actionnaires majoritaires et les deux positions les plus importantes, le président et le DG, sont attribués aux actionnaires disposant des plus importants droits de vote⁸².

§5. Le nombre des administrateurs.

44. Le nombre légal.- Dans le droit vietnamien, le nombre des administrateurs est prévu de manière souple dans l'article 150.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel « à défaut d'une clause statutaire prévoyant autrement, le CA est composé de trois à onze membres ». Comme dans le droit français, ce nombre comprend le président du CA, qu'il assume ou non la direction générale de société, mais ce nombre ne comprend pas le DG ou les directeurs généraux délégués à moins qu'ils soient nommés administrateurs. Il faut noter que, à la différence du droit français, le droit vietnamien ne prévoit pas encore la possibilité pour les salariés d'élire les administrateurs qui les représentent dans le CA.

45. La situation où le nombre d'administrateurs est inférieur au nombre statutaire.- L'article 156.3 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit deux circonstances dans lesquelles le CA doit procéder à la convocation de l'AG extraordinaire pour compléter le nombre des administrateurs: (i) lors que le nombre des administrateurs est réduit d'un tiers

San Viet Nam (Journal du Parti communiste du Vietnam), 2/01/2007, disponible en ligne à : l'adresse http://www.cpv.org.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx?co_id=0&cn_id=108979

La mentalité de « petite paysannerie » est typiquement reflétée dans la gestion des entreprises étatiques. En effet, dans les entreprises étatiques, tous les administrateurs doivent être fonctionnaires. Depuis 2005, le Gouvernement a permis, à titre expérimental, à certaines entreprises étatiques de confier la gestion des affaires sociales au directeur général qui n'est pas fonctionnaire. Pourtant, ce projet a failli car après deux ans, seules deux entreprises étatiques avaient embauché deux directeurs généraux et chaque directeur a démissionné après un an de travail seulement. Une des raisons expliquant cette situation est que le dirigeant n'ait pas investi de pouvoirs réels, notamment dans la décision de choisir le personnel et proposer des initiatives d'affaires. Voir. NGOC Lan, "De Khong That Bai Nhu Thue Giam Doc" (pour ne pas échouer à l'instar de l'embauche du directeur général), *TheSaiGontimes.vn*, 14/10/2010, disponible en ligne à : l'adresse <http://www.thesaiGontimes.vn/41824/De-khong-that-bai-nhu-thue-giam-doc.html>

⁸² Voir en ce sens, PHAM Duy NGHIA, Chuyen Khao Luat Kinh Te (Traité du Droit économique), éd. Dai Hoc Quoc Gia Ha Noi, 2004, p 268; NGUYEN Ngoc Bich et NGUYEN Dinh Cung, Cong Ty. Von, Quan ly va Tranh Chap (Compagnie. Capital, Administration et Disputes), éd. Tri Thuc, 2009, p. 313.

au nombre statutaire ; (ii) lorsque le nombre des administrateurs indépendants est inférieur au nombre prévu par la loi. Ainsi, dans les sociétés non cotées, le droit vietnamien ne prévoit pas la possibilité où les administrateurs restants peuvent coopter pour nommer un administrateur provisoire, une telle possibilité est prévue seulement dans les statuts des sociétés cotées⁸³.

46. La situation dans laquelle le nombre d'administrateurs est supérieur au nombre statutaire.- La Loi sur les Entreprises 2014 est muette sur la circonstance où le nombre du CA peut être supérieur au nombre statutaire. Il en est ainsi lorsque la société augmente le capital statutaire qui entraîne la modification de la représentation au CA ou lorsque la société absorbe une autre société. Dans le cas de fusion de la société, la loi ne prévoit aucune clause concernant le sort des administrateurs de la société absorbée après la fusion⁸⁴. Par conséquent, les administrateurs de la société absorbée sont considérés comme démissionnaires d'office après l'absorption de la société. À titre d'exemple, on peut citer le cas de la banque Habubank en 2012: après la fusion avec la banque SHB⁸⁵, les administrateurs de Habubank ne sont plus admis dans le CA de SHB malgré que le CA de SHB ne comprenne que sept administrateurs au moment de la fusion. SHB a expliqué qu'il n'y avait pas de nécessité de recevoir les administrateurs de Habubank, qu'il fallait attendre l'approbation de l'assemblée générale⁸⁶.

47. Cette lacune de la loi semble injuste pour les actionnaires de la société absorbée car les dirigeants sont considérés comme garants des intérêts des actionnaires. Quand un actionnaire vote pour un administrateur, c'est qu'il expose une grande confiance envers cette personne en souhaitant qu'elle fasse valoir ses apports en société. Les administrateurs sont donc les garants de la confiance des actionnaires en société. Ainsi, l'interruption irrégulière des administrateurs peuvent causer la perte de confiance chez les actionnaires de société absorbée. Il est ainsi souhaitable que, en attendant l'amendement de la loi, les actionnaires peuvent se conventionner dans le statut un régime permettant la

⁸³ Voir *infra* n°65-66

⁸⁴ L'article 195.4 de la LE 2014 ne prévoit que les parties aux contrats de fusion sont tenues de mettre en accord sur les éléments essentiels suivants: la dénomination sociale et le siège de la société absorbante, de la société absorbée; la procédure et les conditions requises pour la fusion par absorption; le plan d'emploi du personnel; la procédure, les conditions et les délais du transfert des biens, des parts sociales, des actions, des obligations de la société absorbée à la société absorbante; les délais impartis pour la réalisation de la fusion par absorption.

⁸⁵ SHB : abréviation de Sai Gon – Hanoi Bank.

⁸⁶ Voir. DDDN, « Sếp Habubank vắng bóng trong ban lãnh đạo SHB mới (les chefs de Habubank sont absents dans le nouveau CA de SHB », in <http://dddn.com.vn/>

présentation temporaire des dirigeants dans le CA de société absorbante. Il serait souhaitable que le statut prévoie une représentation proportionnelle à la fraction des droits de votes des actionnaires de la société absorbée. Par exemple, si les derniers actionnaires détiennent 10% des droits de vote dans la société absorbante, ils devraient pour conserver un siège d'administrateur dans le CA.

48. En droit français, le nombre minimum de membre du CA est également trois et le nombre maximum ne peut dépasser dix –huit⁸⁷. Dans le cas de fusion de société, les maxima peuvent dépasser le plafond de dix-huit pendant un délai de trois ans à compter de la date de la fusion sans pouvoir dépasser le chiffre de vingt-quatre⁸⁸. Le délai de trois ans semble un peu long pour la société. L'augmentation du nombre des administrateurs entraîne, en conséquence, l'augmentation de la rémunération pour ces personnes. De plus, on ne peut pas être sûr de la performance d'un conseil trop nombreux.

SECTION 2. LES CONDITIONS SPÉCIALES APPLICABLES AUX ADMINISTRATEURS INDÉPENDANTS.

49. La définition de l'administrateur indépendant.- Depuis la Loi sur les Entreprises 2014, le législateur vietnamien a introduit l'institution « *administrateur indépendant* » en droit des sociétés⁸⁹. Pourtant, le droit vietnamien ne donne pas une définition unique sur l'administrateur indépendant. Selon le rapport Bouton, l'administrateur indépendant peut être défini comme un administrateur qui "*n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe, ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement*"⁹⁰. En réalité, les législateurs vietnamiens visent à

⁸⁷C. com., art. L.225 – 17, al.1^{er}.

⁸⁸ C.com., art. L.225 – 95.

⁸⁹ En réalité, le concept d'administrateur indépendant trouve son origine aux USA, les premières recommandations de la Securities and Exchange Commission (SEC) en la matière remontant à 1940. En 1978, la réglementation américaine, qui a imposé aux sociétés cotées de mettre en place des comités d'audit composés exclusivement d'administrateurs indépendants, allait conforter le rôle essentiel de l'« Independent Director » en vue d'assurer une bonne gouvernance d'entreprise (Voir. IFA, « L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT Définitions et grille d'analyse », 14 décembre 2006). En droit vietnamien, avant la Loi sur les Entreprises 2014, l'administrateur indépendant est prévu dans les sociétés cotées (article 24 de Modèle de Statut des sociétés cotées 2012) et dans les banques commerciales (article 22 du Décret 59/2009 ND –CP).

⁹⁰ Le Rapport Bouton est un rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », le 23 septembre 2002, disponible en ligne à : http://www.ethosfund.ch/pdf/Code_France_Bouton_FR.pdf

renforcer la surveillance de la gestion des affaires sociales car les administrateurs indépendants sont considérés comme les personnes qui peuvent apporter un regard neutre sur la situation de l'entreprise et aider les dirigeants à prendre les bonnes décisions⁹¹. Autrement dit, les administrateurs indépendants assument la mission de garantir l'indépendance du conseil d'administration ou de surveillance par rapport aux dirigeants de la société⁹².

50. La proportion des administrateurs indépendants.- Selon l'article 134.1 (b) de la Loi sur les Entreprises 2014, lorsque la société anonyme adopte la formule nouvelle de gestion de la société avec le CA et le DG, le nombre des administrateurs indépendants doit atteindre au moins au moins 20%.

51. Conditions des administrateurs indépendants.- Un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement⁹³. Ainsi, en vertu de l'article 151.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, l'administrateur indépendant doit satisfaire aux conditions suivantes :

- *Il ne doit pas être salarié de la société ou de sa société enfant ; ne pas avoir été salarié de la société ou de sa société enfant au cours des trois années précédentes;*
- *Il ne doit pas recevoir aucun salaire, aucune rémunération de la société, sauf les rémunérations payées aux administrateurs ;*
- *Il ne doit pas être la personne dont les conjoints, les parents, les frères et sœurs sont les actionnaires majoritaires ou les dirigeants de la société ou sa société enfant ⁹⁴ ;*
- *Il ne doit pas être celui qui détient directement ou indirectement au moins 1% des droits de vote dans la société ;*
- *Il ne doit pas avoir été l'administrateur ou le membre du CS de la société au cours des cinq années précédentes.*

⁹¹ Voir. POMMIER A-H., «L'administrateur indépendant : il aide à prendre du recul », Express, 12 décembre 2008, disponible en ligne à: http://lentreprise.lexpress.fr/rh-management/l-administrateur-independant-il-aide-a-prendre-du-recul_1537757.html

⁹²Voir. Les Échos, « administrateur indépendant », Lexique Financier, disponible à http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_administrateur-independant.html

⁹³ Voir. MEDEF, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, révisé 2013, p.7

⁹⁴ Selon l'article 6.9 de LB 2006, l'actionnaire majoritaire est l'actionnaire qui détient au moins 5% des actions d'une société émettrice.

CHAPITRE 2. LES CONDITIONS DE FORME : LA NOMINATION PAR L'ASSEMBLE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES.

52.En vertu de l'article 144.3 de la Loi sur les Entreprises 2014, la nomination des administrateurs doit faire l'objet d'un vote cumulatif par l'AG (**Section 1**), si le statut ne prévoit pas que les administrateurs seront choisis par le vote direct (**Section 2**). Dans les sociétés cotées, le CA peut coopter l'administrateur provisoire dans certains cas particuliers (**Section 3**).

SECTION 1. LE VOTE CUMULATIF.

53.Droit positif.- L'article 144.3 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que « *si le statut social ne prévoit pas autrement, la nomination des administrateurs [...] doit se subordonner à un vote cumulatif selon lequel chaque actionnaire aura le nombre de voix qui peut être égal au nombre de ses actions multipliées par le nombre d'administrateurs que la société va nommer; l'actionnaire peut cumuler toutes ses voix pour un ou pour certains candidats [...]* ». En réalité, le vote cumulatif est introduit dans le droit de sociétés vietnamiennes depuis la Loi sur les Entreprises 2005⁹⁵ et il a été l'unique modalité de nommer l'administrateur jusqu'à l'amendement en 2014 qui ajoute la modalité classique de vote direct.

Pour illustrer le mécanisme de vote cumulatif, on peut citer une situation dans laquelle l'actionnaire A de la société X détient 500 actions, la société X veut nommer 5 administrateurs. En appliquant la règle de vote cumulatif, le total des actions de vote de l'actionnaire A est multiplié par le nombre des administrateurs qui seront élus. Ainsi, l'actionnaire A va avoir 2500 voix (également à 500 actions x 5 administrateurs), l'actionnaire A peut cumuler toutes les 2500 voix pour un candidat ou répartir à certains candidats qu'il veut voter.

54. Vote cumulatif est un moyen de protection des actionnaires minoritaires. – Le vote cumulatif est influencé par le mécanisme « *cumulate voting* » dans le droit

⁹⁵ LE 2005.art.104.2 (c)

américain⁹⁶. En pratique, le vote cumulatif est une technique juridique visant à combler les lacunes de la modalité de vote direct qui est considéré comme moins protecteur à l'égard des actionnaires minoritaires⁹⁷. En réalité, à condition de concentrer leurs voix sur un unique candidat, les actionnaires minoritaires peuvent obtenir de siège dans le CA. Autrement dit, le vote cumulatif permet aux minoritaires d'avoir plus d'opportunités de se faire représenter dans le conseil d'administration. Selon la jurisprudence américaine, le droit de vote est une manifestation du droit de propriété, il fournit à l'actionnaire un moyen pour protéger ses investissements⁹⁸. En outre, le vote direct peut remédier à une des lacunes du mécanisme du vote direct impliquant la situation dans laquelle une majorité de 51% des votes peut élire tous les membres du conseil d'administration⁹⁹.

55. Inconvénient de vote cumulatif. - Pourtant, il y a toujours un désavantage du vote cumulatif en ce sens qu'il peut générer des disputes à l'intérieur de groupe d'actionnaires, car les candidats d'un même groupe sont en compétition pour les votes des actionnaires¹⁰⁰. Un second désavantage est que dans les sociétés cotées, les actionnaires minoritaires ont du mal à se regrouper pour se mettre d'accord sur la liste des candidats proposés.

56. Procédure de vote cumulatif.- Pour assurer un régime de vote cumulatif démocratique, le législateur vietnamien prévoit une liste proportionnelle des candidats (§1). Ensuite, pour que les actionnaires soient informées de la capacité des candidats, la loi exige encore la communication des informations aux actionnaires (§2). Enfin, la loi dispose du mécanisme de calcul décroissant des voix (§3).

⁹⁶ En ce qui concerne le "cumulative voting" en droit américain, voir, WILLIAMS CH M., *Cumulative voting for Directors*, éd. Boston, Harvard University, ©1951. p.4St; John's Law Review (1955) "Cumulative Voting and Classification of Directors--The Wolfson and Winous Cases," *St. J ohn' s Law Review*: Vol.30:Iss. 1, Article 6, disponible en ligne à : <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol30/iss1/6>; CAMPBELL W., « *The origin and growth of cumulative voting for directors* » in *The Business Lawyer*, Vol.10, N° 3, avril 1955, p15); BHAGAT S and A. BRICKLEY J., "Cumulative Voting: The Value of Minority Shareholder Voting Rights", *Journal of Law and Economics*, Vol. 27, No. 2 (Oct., 1984), pp. 339-365; S. DALEBOUT R., "Cumulative voting for corporation directors: majority shareholder in the Role of a Fox Guarding a Hen House", *Brigham Young University*, 1989, p. 1200

⁹⁷Voir en ce sens, BALLANTINF, *Corporation* § 177 (rev. ed. 1946); Comment, *Cumulative Voting-Removal, Reductim And Classification Of Corporate Boards*, 22 U. Chir. L. Rev. 751 (1955).

⁹⁸ Steinberg v. American Bantam Car Co., 76 F. Supp. 426 (W.D. Pa.1948); Lord v. Equitable Life Assurance Soc'y, 194 N.Y. 212, 87 N.E. 443 (1909); Blaustein v. Pan Am. Petroleum & Transp. Co., 263 App. Div. 97, 31 N.Y.S.2d 934 (1st Dep't 1941), aff'd, 293 N.Y. 281, 56 N.E.2d 705 (1944)

⁹⁹ Voir. MORIN F., « Le vote cumulatif en droit des compagnies », Les Cahiers de droit, vol. 4, n° 2, 1960, p. 26-33.

¹⁰⁰ Voir en ce sens « <http://eurovoteplus.eu/fr/fr/electoral-systems/panachage-cumulation> »

§1. La détermination de la liste des candidats.

57. En principe, les actionnaires peuvent librement proposer les candidats pour le CA (I). Pourtant, dans certains cas spéciaux, la liste des candidats doit être préalablement approuvée par les autorités compétentes (II).

I. Le principe : Libre proposition des candidats.

58. La liste proportionnelle des candidats. - De la combinaison des articles 29.2 du Décret 102/2010 et 24.2 du Modèle de Statut¹⁰¹, il résulte que le nombre des candidats sera choisi selon le tableau suivant:

Dans les sociétés non cotées		Dans les sociétés cotées	
Le pourcentage des actions détenu	Nombre de candidats proposés	Le pourcentage des actions détenues	Nombre de candidats proposés
Moins de 10%	0	Moins de 5%	0
De 10% à moins de 20%	1	De 5% à moins de 10%	1
De 20% à moins de 30%	2	De 10% à moins de 30%	2
De 30% à moins de 40%	3	De 30% à moins de 40%	3
De 40% à moins de 50%	4	De 40% à moins de 50%	4
De 50% à moins de 60%	5	De 50% à moins de 60%	5
De 60% à moins de 70%	6	De 60% à moins de 70%	6
De 70% à moins de 80%	7	De 70% à moins de 80%	7
De 80% à moins de 90%	8	De 80% à moins de 90%	8

¹⁰¹ Il faut noter que selon l'article 24.2 du Modèle de Statut dans les sociétés publiques, seuls les actionnaires détenant l'action pendant 6 mois consécutifs avant la date de vote peuvent se regrouper pour proposer les candidats. C'est un également obstacle pour les actionnaires minoritaires.

Dans le cas où le nombre des candidats proposés est inférieur au nombre des administrateurs souhaité par l'assemblée générale, le CA ou le CS ou autres actionnaires peut proposer le reste de candidats¹⁰².

59. L'auto - proposition de candidat. La Loi sur les Entreprises 2014 ne prévoit pas la possibilité pour un actionnaire de se présenter lui-même comme candidat à la fonction d'administrateurs. Cette possibilité n'est que prévue dans les sociétés cotées¹⁰³. Pourtant, il se déduit que rien n'interdit à un actionnaire détenant 10% (ou 5% pour les sociétés cotées) de se présenter comme candidat à l'élection des administrateurs.

En pratique, après avoir déterminé la liste des candidats, le comité d'élection la soumet à l'AG pour voter. Pourtant, dans certaines sociétés ayant un objet spécifique, la liste des candidats doit être préalablement approuvée par l'autorité compétente avant de passer au vote des actionnaires.

II. L'exception : Approbation préalable de la liste des candidats dans le secteur bancaire.

60. Dans le secteur bancaire, la liste des candidats à la fonction d'administrateur doit faire l'objet d'une approbation préalable des autorités compétentes, à défaut de laquelle le résultat de vote peut être mis en cause. En effet, l'article 51.1 de la Loi sur les Institutions de Crédits du 16 juin 2010 dispose que « *la liste des candidats aux postes de conseil d'administration [...] doit avoir l'accord préalable de la Banque d'État avant l'élection. Les élus doivent être les personnes figurant dans la liste des personnes acceptées par la Banque d'État* ».

Selon la règle du Circulaire n° 06/2010/TT- NHNN du 26 février 2010 de la Banque Centrale, la banque intéressée doit envoyer le dossier de demande de l'approbation des candidats à la Banque Centrale, au plus tard dix jours avant la date de l'élection des administrateurs afin de solliciter son accord préalable. La Banque Centrale va évaluer le

¹⁰² Décret 102/2010. art. 29.3

¹⁰³ Cir.121/2012.art. 17

dossier soumis par la banque intéressée¹⁰⁴. Dans le délai de sept jours ouvrables à compter de la date de réception du dossier, la Banque centrale doit envoyer la lettre d'accord à la banque intéressée. Dans le cas où il y a des insuffisances à compléter dans le dossier, la filiale de la Banque Centrale de la ville où se trouve la banque intéressée doit guider la banque intéressée dans le complètement des conditions exigées par la loi¹⁰⁵. La raison de l'approbation préalable de la liste des candidats est expliquée par le motif que le secteur bancaire est un secteur d'activité particulier qui doit se subordonner à certaines conditions. Il faut donc avoir un contrôle spécial de la Banque Centrale pour éviter les conséquences graves¹⁰⁶.

§2. La communication des informations sur les candidats.

61. Il est nécessaire que les actionnaires possèdent suffisamment d'informations sur les candidats pour qu'ils puissent objectivement évaluer les compétences des mandataires de la société. Ainsi, le législateur vietnamien prévoit toujours un ensemble d'informations sur les candidats que la société doit communiquer avant l'élection.

En droit vietnamien, l'article 9.1 du Circulaire 121/2012 prévoit que les sociétés cotées doivent communiquer les informations sur les candidats sur le site internet de la société au moins sept jours avant la réunion de l'AG. La communication doit rendre compte des informations au minimum suivantes:

- La date de naissance du candidat;
- Les références sur les études;
- Les fonctions qu'il a exercées dans d'autres sociétés;
- Les intérêts ayant le lien avec la société (le cas échéant).

¹⁰⁴Voir. L'évaluation du dossier portera essentiellement sur les conditions qu'un administrateur doit remplir conformément aux dispositions dans le Décret 59/2009/DNCP du 16 juillet 2009 sur l'organisation et l'opération de de la banque commerciale.

¹⁰⁵ Voir. Cir. 06/2010., art. 13. En ce qui concerne la ratification des résultats de nomination des administrateurs, le Circulaire 06/2010 prévoit que dans le délai de quinze jours à compter de la date de nomination, la banque intéressée doit envoyer à la Banque centrale le dossier de demande de ratification. La négligence de soumettre le dossier de ratification ainsi que le manquement des documents à ajouter peut supposer la réjection de la Banque centrale sur la nomination de l'administrateur. Dans le cas de refus de ratification, la banque intéressée doit renommer le siège refusé par la Banque centrale, voir. Cir. 06/2010. art. 14.

¹⁰⁶ Voir en ce sens, THIEN Thao, « Muốn làm "sếp" ngân hàng phải được NHNN chấp thuận, vì sao? » (Pour devenir le « chef » de la banque, il faut avoir l'approbation de la Banque Centrale, pourquoi ?), *Revue Kinh Tế Sài Gòn*, 31 juillet 2014, disponible en ligne à: <http://www.thesaigontimes.vn/118273/Muon-lam-sep-ngan-hang-phai-duoc-NHNN-chap-thuan-vi-sao.html>

Selon la recommandation de IFC, les informations mentionnées ci-dessus ne sont pas suffisantes, il faut fournir aux actionnaires d'autres informations sur les candidats telles que la nature des relations entre le candidat et la société, le lien entre le candidat avec le (s) actionnaire (s), les problèmes qui peuvent influencer l'impartialité ou l'indépendance de ce candidat une fois qu'il est élu comme administrateur. Toutes ces informations doivent être fournies aux actionnaires au moins vingt jours avant la tenue de l'assemblée générale¹⁰⁷.

§3. Le calcul des résultats.

62. L'article 29.4 du Décret 102/2010 prévoit la façon de déterminer le résultat de l'élection des administrateurs en conformité au principe de vote cumulatif selon lequel *« les élus du conseil d'administration [...] seront déterminés en fonction du nombre de votes calculé dans l'ordre décroissant, en commençant par le candidat qui remporte le plus grand nombre de votes pour jusqu'à ce que l'on atteigne le nombre suffisant de membres prévu dans le statut social. Dans le cas où deux ou plusieurs candidats remportent un nombre égal de votes pour le dernier poste d'administrateur, une nouvelle élection aura lieu entre ces candidats ou ils seront élus, conformément aux critères énoncés dans le statut social »*. Cette règle de calcul de résultat de l'élection permet à une assemblée générale de compléter l'effectif du conseil d'administration à tout moment.

SECTION 2. LE VOTE DIRECT.

63. En vertu de l'article 144.3 de la Loi sur les Entreprises 2014, le statut social peut prévoir la nomination des administrateurs par le vote direct. Dans ce cas, le statut doit instaurer la règle spécifique sur la nomination des administrateurs. Les actionnaires votent dans les conditions de majorité prévues par la loi¹⁰⁸. Ils statuent individuellement sur la nomination du candidat. S'il en existe plusieurs, il faut que l'AG décide la modalité de

¹⁰⁷Voir. IFC, *Corporate Government Manuel*, 2010, p.109. Il faut également noter qu'avant la promulgation du Circulaire 121 (26 juillet 2012) Il n'y a aucune provision particulière donnée par LE 2005 en matière des informations communiquées aux actionnaires. L'obligation de communication des informations est obligatoire seulement pour les sociétés publiques.

¹⁰⁸ En vertu de l'article 144.2 de la LE 2014, il apparaît que la majorité pour le vote relatif à la nomination de l'administrateur doit atteindre 51% des votes, sous réserve d'une disposition contraire du statut.

proposition des candidats comme dans le vote cumulatif précité et il est possible pour l'AG de prévoir la nomination de plusieurs administrateurs en une seule fois par une résolution unique. Si plusieurs candidatures existent pour un seul poste, les actionnaires doivent faire leur choix en suivant les modalités de vote prévues par le bureau de l'AG. En pratique, l'élection de l'administrateur par le vote direct peut être bloqué lorsque les actionnaires répartissent dans la divergence de choisir l'administrateur à leur gré. Par conséquent, l'AG ne peut pas atteindre la majorité conformément à la loi.

64. En résumé, dans les sociétés non cotées, l'AG est le seul organe compétent de nommer les administrateurs. Pourtant, dans les sociétés cotées, la loi permet aux administrateurs de nommer provisoirement un administrateur dans certaines situations spéciales.

SECTION 3. LA COOPTATION : LA NOMINATION DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

65. L'exigence d'une clause statutaire. - L'article 11.3 du Circulaire 121/2012 dispose que: « *en cas de vacance d'un administrateur (par la perte de qualité, la révocation, la démission conformément à la loi ou au statut ou par d'autre raison que cet administrateur ne peut pas continuer le mandat), le conseil d'administration peut nommer un autre administrateur à titre provisoire conformément au statut social. La nomination du membre remplaçant doit être faite à la prochaine AG* ». Ainsi, la cooptation n'est pas librement pratiquée, elle est permise seulement dans la société cotée et elle suppose une triple condition. En premier lieu, il faut que la possibilité d'une cooptation doive être prévue par le statut. En deuxième lieu, la cooptation ne peut avoir lieu que s'il y a un seul poste vacant dans le CA, c'est-à-dire que s'il y a plus d'un poste vacant, le CA doit convoquer l'AG extraordinaire pour nommer les administrateurs vacants. En troisième lieu, dans l'AG prochaine, l'administrateur coopté doit se démissionner et l'AG va nommer une autre personne. À cet égard, le droit français peut servir d'exemple. En effet, en vertu de l'article L.225-24 du Code de commerce, l'administrateur provisoire ne démissionne pas à l'AG prochaine, mais il nécessite l'approbation de cette AG pour devenir l'administrateur *es qualités*.

66.Nécessité de la cooptation.- La cooptation est nécessaire car la gestion des affaires sociales nécessite de promptes décisions du CA. Pourtant, le CA est un organe collégial, c'est-à-dire qu'il ne peut valablement délibérer que lorsqu'il satisfait au quorum nécessaire. Ainsi, lorsque le nombre des administrateurs est inférieur au nombre légal, il peut entraîner la paralysation des affaires de la société. Cela justifie la nécessité d'une cooptation applicable aux sociétés cotées. Toutefois, il apparaît qu'une telle cooptation devrait être étendue aux sociétés non cotées pour assurer la continuité de la gestion sociale. L'affaire de *Natraco*¹⁰⁹ (Nam Dinh General Trading Company) nous démontre un exemple typique sur la nécessité de la cooptation de l'administrateur provisoire pour une société non cotée. En cas d'espèce, une délibération de l'AG a été annulée parce que cette AG a été convoquée par un président nommé par le CA. Malheureusement, ce CA se composait de deux membres seulement. Selon la Cour Populaire Suprême « la réunion du conseil d'administration avec deux sur trois membres a violé l'article 112.8 de la Loi sur les Entreprises 2005 qui dispose que « *le conseil d'administration ne délibère valablement que si les trois quarts au moins de ses membres sont présents* ». Dans ce cas, la réunion du conseil doit réunir tous les trois membres (pour assurer le nombre de plus de trois quart) pour être valable¹¹⁰.

¹⁰⁹Arrêt n° 45/2008/KDTM-PT du 22 février 2008 de la Cour Populaire Suprême – Cour d'appel de Hanoi (ci-après « Affaire Natraco »), on peut lire cet arrêt en ligne <http://www.vibonline.com.vn/Banan/234/Ban-an-so-452008KDTMPT-ngay-22-thang-02-nam-2008-ve-viec-tranh-chap-giua-thanh-vien-cong-ty-voi.aspx>

¹¹⁰ *Ibid*

CONCLUSION DU TITRE I

67. L'accès aux fonctions des administrateurs de la société anonyme en droit vietnamien apparaît plus facile qu'en droit français en ce sens que le droit vietnamien ne limite pas le nombre de mandats que les dirigeants peuvent cumuler dans d'autres entreprises. Pourtant, dans certains cas particuliers, la loi exige que les administrateurs doivent disposer des compétences professionnelles et des expériences conformément aux domaines de l'objet social.

TITRE 2. LA FIN DE FONCTIONS DES DIRIGEANTS.

68. Les fonctions d'administrateur prennent normalement fin à l'expiration du mandat social (**Chapitre 1**) ou à la suite d'une la révocation décidée par l'AG (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. L'EXPIRATION DU MANDAT SOCIAL

69. Principe du mandat quinquennal.- De la combinaison des articles 150.1 et 157.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, il résulte que le mandat des administrateurs ne doit pas dépasser cinq ans et ils peuvent être rééligibles. Ainsi, cela implique que la fonction d'un administrateur est terminée lorsque son mandat quinquennal est expiré. Dans une certaine mesure, le terme du mandat semble un moyen efficace pour éteindre l'ambition des dirigeants sociaux utilisant la "*stratégie d'enracinement*" c'est-à-dire qu'ils cherchent à maintenir leurs pouvoirs et augmenter leurs rémunérations¹¹¹.

70. Pourtant, la loi ne prévoit pas comment se calcule la durée du mandat des administrateurs. Cela a entraîné une ambiguïté dans l'interprétation du terme du mandat de 5 ans et suscite des disputes au sein des sociétés. À titre exemple, on peut citer l'affaire Natraco. En espèce, deux administrateurs révoqués de la société anonyme Natraco ont intenté une action d'annulation de la résolution de l'assemblée générale du 7 avril 2007 portant sur l'élection d'un nouveau CA pour le mandat 2007 - 2011. Le motif invoqué par les demandeurs est que la nomination du nouveau CA a violé l'article 109.1 de la Loi sur les Entreprises 2005 selon lequel « *le mandat du conseil d'administration est de cinq ans* ». Les demandeurs prétendaient que leur mandat quinquennal n'atteignait que 4 ans et 8 mois au moment où l'AG se réunit pour élire les nouveaux administrateurs, c'est-à-dire que leur mandat n'arrivait pas au terme. Selon eux, tout CA élu avant la date de l'expiration du mandat de 5 ans révolu doit être nul¹¹².

71. La Cour Populaire Suprême a rejeté le pourvoi en statuant que « *la détermination de la durée du mandat de l'administrateur à 4 ans et 8 mois est la volonté de l'assemblée*

¹¹¹ Voir. PAQUEROT M., « stratégie d'enracinement des dirigeants, performance de la firme et structure de contrôle » dans CHARREAUX G., Le gouvernement des entreprises, Corporate Governance, Théories et faits, éd. Economica, 1997, p. 177 ss.

¹¹² En vertu de l'article 151.1 du Code civil 2005 « un an équivaut à 365 jours ».

générale, si l'on compte le nombre de l'année, nous en sommes à 5 ans. Si l'on compte le nombre de mois, de l'avril 2007 à la fin de 2011, c'est l'équivalent de 4 ans et 8 mois. Ce n'est pas contraire à l'article 109.1 de la Loi sur les Entreprises 2005, puisque la loi ne prévoit pas que 5 ans est 60 mois révolus. Ainsi, elle suppose que le mandat du conseil n'excède pas 5 ans ».

72. Ainsi, pour éviter les ambiguïtés concernant le calcul du mandat, le statut peut prévoir le mécanisme de calculer la durée des fonctions des administrateurs en précisant, néanmoins, qu'elle ne peut excéder 5 ans. Par exemple, la durée des fonctions se calcule à partir des données suivantes :

- la date de départ est celle du jour de l'assemblée générale ayant prononcé la nomination ou du jour de l'immatriculation de la société lorsque l'administrateur est nommé au moment de la constitution ;
- la date d'arrivée du terme correspond au jour de la réunion de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ayant statué sur les comptes de l'exercice écoulé et tenue dans l'année au cours de laquelle expire le mandat de l'administrateur¹¹³.

73. Pour assurer la continuité de la gestion des affaires de la société lorsque le mandat des administrateurs prend fin avant que l'AG ordinaire se réunisse pour statuer la nomination des nouveaux administrateurs, l'article 150.3 de la Loi sur les Entreprises 2014 précise que *« lorsque le mandat de tous les administrateurs arrive à terme en même temps, les administrateurs continuent à exercer leurs fonctions jusqu'à l'élection de nouveaux administrateurs, sauf disposition autrement du statut ».*

74. Outre l'arrivée à terme du mandat, la révocation de l'AG peut mettre fin aux fonctions de l'administrateur.

CHAPITRE 2. LA RÉVOCATION DES ADMINISTRATEURS.

75. Il convient dans un premier temps d'aborder les circonstances dans lesquelles les administrateurs peuvent être révoqués (**Section 1**) et, dans deuxième temps, la procédure de révocation d'un administrateur (**Section 2**).

¹¹³ Cette disposition est prévue dans l'article R225-15 du Code de commerce français

SECTION 1. LE PRINCIPE DE RÉVOCATION DES ADMINISTRATEURS.

76. La révocation est considérée comme une mesure de défiance de gestion prise contre un administrateur¹¹⁴. En vertu des articles 156.1 et 156.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, un administrateur de société anonyme peut être révoqué lorsque l'AG trouve un motif à l'appui de sa décision (§1). Toutefois, l'AG a le droit de révoquer un administrateur sans aucun motif (§2).

§1. La révocation par justes motifs.

77. En vertu de l'article 156.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, un administrateur peut se voir révoquer dans les cas suivants: lorsqu'il n'a pas rempli les conditions d'éligibilité prévues par l'article 151 de la Loi sur les Entreprises 2014 (I), lorsqu'il n'a pas participé aux activités du conseil d'administration pendant 6 mois consécutifs (II), lorsqu'il a démissionné (III).

I. La révocation pour violation des conditions d'éligibilité.

78. L'article 156.1(a) de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit qu'un administrateur se voit révoquer s'il « *ne remplit pas les conditions d'éligibilité prévues par l'article 151 de la présente Loi* ». L'analyse littérale de cet article suppose une double hypothèse. En premier lieu, il s'agit de la violation des conditions d'éligibilité qui est commise antérieurement à la date de nomination¹¹⁵. En deuxième lieu, la violation qui s'est produite postérieurement à la date de nomination de l'administrateur en cause. Par exemple, un administrateur est devenu le fonctionnaire dans la fonction publique après la nomination au poste d'administrateur. Dans tous les cas, lorsque la société est en connaissance de cause, elle devrait révoquer l'administrateur qui ne remplit pas les conditions d'éligibilité.

¹¹⁴ Répertoire de droit des sociétés, n° 127

¹¹⁵ Pour les conditions d'éligibilité, voir *supra* n° 32 ss.

79. En dehors de la situation de la violation de condition d'éligibilité, l'administrateur peut être révoqué s'il se désintéresse aux affaires sociales.

II. La révocation pour l'abstention aux activités du CA.

80. L'article 156.1(b) de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit qu'un administrateur peut être révoqué s'il « *n'a pas participé aux activités du CA pendant 6 mois consécutifs, sauf le cas de force majeure* ». En principe, l'administrateur ne doit pas se désintéresser des affaires de la société. Au contraire, le devoir de diligence l'oblige à surveiller la direction générale du DG et d'autres dirigeants pour détecter ou obtenir des renseignements qui mettent en cause la régularité des activités de la société ou la compétence du DG pour prendre des mesures nécessaires¹¹⁶. L'article 153.3 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que la réunion du CA doit être organisée au moins une fois par trimestre. Par conséquent, si l'administrateur ne participe pas à deux réunions trimestrielles consécutives, il sera révoqué, sous réserve de cas de force majeure¹¹⁷. Ainsi, le terme de six mois cours à partir de la dernière réunion ordinaire du CA. La volonté de s'abstenir de participer aux réunions de l'administrateur en cause doit être prouvée par les autres administrateurs ou par les actionnaires qui veulent procéder à une révocation.

III. La révocation pour la démission.

81. **Ambiguïté de l'effet de la démission.** - L'article 156.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit qu'un administrateur sera révoqué s'il donne sa démission. Cette règle semble influencée par la conception des législations civilistes qui considèrent traditionnellement l'administrateur comme un *mandataire* qui peut toujours donner sa

¹¹⁶ Pour le devoir de diligence, voir *infra* n° 362 ss.

¹¹⁷ L'article 153.10 de la LE 2014 dispose que l'administrateur doit participer à toutes les réunions. L'administrateur peut déléguer la participation à une autre personne sous réserve de l'acceptation de la majorité des administrateurs.

démission sans avoir à justifier des motifs qu'il peut avoir d'abandonner ses fonctions¹¹⁸. Pourtant, le texte ne précise pas quand la démission de l'administrateur produit ses effets.

82. En vertu de l'article 135.2 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014, l'AG est le seul organe compétent de nommer ou de révoquer l'administrateur. De plus, l'analyse littérale de l'article 156.1 (c) résulte que la démission de l'administrateur doit être subordonnée à une décision de révocation de l'AG pour pouvoir produire son effet. Cela fait perdre du temps et peut également créer des ennuis pour l'administrateur qui ne veut plus poursuivre la gestion sociale *bona fide*. En effet, tant que sa démission ne prend pas effet, il n'est pas libéré de la gestion des affaires de la société.

83. Dans les entreprises étatiques, la procédure de démission d'un administrateur est prévue dans la partie II.3 de Circulaire n° 01/2008/TT-BNV du 15 janvier 2008 selon laquelle si un administrateur de l'entreprise étatique veut démissionner, il peut envoyer la démission au CA et le CA peut accepter cette démission ou en demander l'acceptation auprès de l'organisme supérieur. Ainsi, il suppose que la démission de l'administrateur en cause prend effet après l'acceptation du CA.

84. En l'absence de la loi, la plupart des sociétés anonymes adoptent la même solution donnée par des entreprises étatiques¹¹⁹. Pour protéger l'intérêt de la société, il serait préférable que les actionnaires puissent prévoir dans les statuts un délai de préavis de démission pour les administrateurs et que la démission prenne effet seulement après l'approbation de l'AG.

85. Approche française. - En droit français¹²⁰, l'administrateur peut également donner la démission à tout moment sauf dans les circonstances fautives¹²¹. La démission produit ses effets dès qu'elle est portée à la connaissance de la société¹²². L'administrateur démissionnaire peut également prévoir le moment précisé auquel sa démission prend

¹¹⁸ Voir en droit français, RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de Droit des Affaires*, Tome 2, *les Sociétés commerciales*, (sous la direction de Michel Germain), 20^{ème} édition, Paris, L.J.D.G, 2011, n° 1652.

¹¹⁹ Voir par exemple, NGUYEN Minh, « FPT chấp thuận đơn từ chức của 2 thành viên Hội đồng quản trị » (*FPT accepte la démission de deux administrateurs*), *bizlive.vn*, 1/07/2014 disponible en ligne à : <http://bizlive.vn/doanh-nghiep/fpt-chap-thuan-don-tu-chuc-cua-2-thanh-vien-hoi-dong-quan-tri-257067.html>

¹²⁰ Voir notamment. RIPERT G. et ROBLOT R., (sous la direction de. M. GERMAIN), *op.cit.*, n° 1652.

¹²¹ Cass. Com., 6 mai 1982, *Rev.soc.* 1982, 523, note LE CANNU.

¹²² Cass. Com., 22 févr. 2005, n° 03-12902, *JCP E* 2005, 1046, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER, *Rev.soc.* 2005, 625, note DAIGRE, *Bull.Joly* 2005, 862, note SAINTOURENS. La démission ne peut donc faire l'objet d'une rétractation : Cass.com., 7 avr. 2009, n° 07-14626, *Dr.des.soc.*2009, obs. MORTIER.

effet¹²³. Les statuts sociaux peuvent prévoir un délai de préavis¹²⁴. Il faut noter que l'administrateur démissionnaire reste responsable toujours des conséquences des fautes qu'il a commises alors qu'il était en fonctions¹²⁵.

§ 2. La révocation *ad nutum*.

86. L'article 156.2 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que « *les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués par la décision de l'assemblée générale* ». Cette règle implique que l'AG peut révoquer les administrateurs à tout moment sans qu'il ne soit nécessaire de fournir un juste motif¹²⁶. La faculté de révocation *ad nutum* est consacrée depuis la Loi sur les Entreprises 1999¹²⁷. En réalité, cette dernière faculté est influencée par la conception contractuelle continue dans le droit civil selon lequel le mandataire est révocable¹²⁸.

87. L'abus de la révocation *ad nutum*. - Cette conception de droit commun ne semble pas idéale pour le droit des sociétés. En effet, la révocation *ad nutum* devient une mesure efficace utilisée par les actionnaires majoritaires pour faire la pression sur les administrateurs. En d'autres termes, la révocation *ad nutum* permet aux actionnaires majoritaires de contraindre les administrateurs à prendre des décisions en leur faveur. En réalité, il suffit aux actionnaires de détenir 51% des actions pour révoquer les administrateurs à tout moment¹²⁹.

L'abus du droit de révocation crée des dommages non seulement pour la société mais encore pour l'administrateur. L'affaire de *Nguyen Duc Kien* montre que les

¹²³ CA Amiens, 10 mars 1977, *RTD.com.* 1977, 528, obs.HOUIN.

¹²⁴ Cass.com., 1^{er} févr. 2011, n° 10-20953, *Dr.des.soc.*2011, n°65, obs.COQUELET. Aj. GIBIRILA, *RJDA* 2011; 267.

¹²⁵ Cass.com., 1^{er} juill. 1975, *Bull.cass.* 1975, 4, n° 189.

¹²⁶ En droit français, le principe de révocation *ad nutum* est consacré par la jurisprudence. Voir. Rennes, 25 févr. 1972, *JCP* 1972.2.17220, note SYNVET, *RTD. Com* 1972, 921, obs. HOUIN ; Paris 15 mars 1990, *DS* 1992, *Somm. comm.*180, 1^{er} esp., obs. BOUSQUET ; Cass.com., 26 oct. 1959, *JCP* 1960.2.11696 ; 3 janv.1985, *Deffrénois* 1987, 620, note HONORAT J.

¹²⁷ LE 1999.art.84.2. La LE 1999 ne prévoit qu'implicitement dans son article 83.2 selon lequel « l'administrateur est révoqué par la décision de l'AG ».

¹²⁸ C. civ. 2005. art. 588

¹²⁹ En vertu de l'article 144.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, une décision de révocation d'un administrateur prise sous forme de vote sur place doit réunir au moins 51% du nombre total des voix des actionnaires

administrateurs sont toujours préoccupés par la peur d'être révoquée par la révocation *ad nutum*. Par conséquent, dans certaines circonstances, ils doivent poursuivre les activités contre leur gré¹³⁰. En réalité Nguyen Duc Kien a menacé les administrateurs par une simple phrase « *je ne suis pas administrateur, je dis n'importe quoi, vous l'écoutez ou non, ça m'est égal. Mais, il faut rappeler que je peux convoquer l'AG et vous révoquer à tout moment* »¹³¹. Par conséquent, les administrateurs de la banque ACB ont pris des décisions violant la loi et ils ont été condamnés par le droit pénal.

En outre, la révocation sans juste motif peut porter atteinte à l'honneur des administrateurs. En effet, la culture vietnamienne est influencée par le Confucianisme qui met en valeur la réputation personnelle ou la notion de « *garder la face* ». Une révocation sans juste motif peut faire perdre « *la face* » à un administrateur et elle peut créer les rumeurs dans le monde des affaires à tel point que l'administrateur aurait du mal à trouver une position de dirigeant dans une autre société.

88. Afin de protéger les administrateurs contre la révocation abusive, les statuts de la société peuvent prévoir que les dirigeants peuvent réclamer à la société des dommages et intérêts lorsqu'ils sont en mesure de démontrer que l'abus de révocation sans juste motif a porté atteinte à son honneur ou à sa réputation.

SECTION 2. LA PROCEDURE DE RÉVOCATION D'UN ADMINISTRATEUR.

89. Principe.- En vertu de l'article 135.2 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014, la révocation d'un administrateur doit faire l'objet d'un vote de l'AG ordinaire ou extraordinaire, qu'il s'agisse d'une révocation par juste motif ou *ad nutum*. Pourtant, la loi ne spécifie pas si une révocation d'un administrateur doit être inscrite dans l'ordre du jour de l'AG. Il apparaît que la révocation par les justes motifs doit faire l'objet d'une discussion inscrite à l'ordre du jour de l'AG comme un sujet de discussion, alors que la

¹³⁰ Arrêt Nguyen Duc Kien.*op.cit.*p.65

¹³¹ Voir, PetroTimes « *Bầu Kiên 'dọa' ông Trần Xuân Giáp thế nào?* » (comment Bau Kien « menace » Tran Xuan Gia ?), *PetroTimes.vn*, 13/08/2013, disponible en ligne à : <http://vtc.vn/1-408670/kinh-te/bau-kien-doa-ong-tran-xuan-gia-the-nao.htm>

révocation *ad nutum* est un pouvoir discrétionnaire de l'AG. À cet effet, il implique que l'AG peut décider la révocation *ad nutum* sans préavis, sans motif¹³².

90. La majorité.- En vertu de l'article 144.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, une décision de révocation d'un administrateur prise sous forme de vote sur place doit réunir au moins 51% du nombre total des voix des actionnaires présents pour être valable, sous réserve d'une autre majorité prévue par le statut social.

TITRE 3. LE RÔLE ET LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS.

91. Pour retenir d'une façon appropriée la responsabilité civile des dirigeants d'une société anonyme, il est important de décrire la nature de leur rôle (**Chapitre 1**) ainsi que la sphère de leurs pouvoirs (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LE RÔLE DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉ ANONYME.

92. Introduction.- Quelle est la nature juridique du rôle des dirigeants sociaux ? En réalité, ce n'est pas une mission aisée pour les législateurs de trouver une réponse adéquate. Avant de comprendre comment les législateurs vietnamiens qualifient le rôle des dirigeants dans la relation entre eux et la société (**Section 2**), il convient de voir le concept du rôle des dirigeants sociaux dans certaines législations étrangères (**Section 1**).

SECTION 1. LE CONCEPT DU RÔLE DES DIRIGEANTS SOCIAUX DANS CERTAINES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

93. En droit français.- Il n'y a pas d'une conception de caractère unitaire sur le rôle des dirigeants sociaux en droit français. En réalité, il y a une différence concernant le concept du rôle des dirigeants entre les partisans de la théorie contractuelle et ceux de la théorie institutionnelle.

¹³² Cette solution est la même en droit français, voir en ce sens, LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, 2012, n° 720.

94. La théorie contractuelle considère que le dirigeant est le mandataire qui agit aux lieux et place de la collectivité des associés et c'est la collectivité des associés qui lui a consenti les pouvoirs d'agir¹³³. En réalité, le concept des mandataires sociaux est apparu au cours du XIX^e siècle¹³⁴. Selon M. Deckon : « à cette époque, les sociétés les plus habituelles étaient la société en nom collectif et les sociétés civiles. Les dirigeants de ces sociétés étaient considérés comme de simples mandataires sociaux agissant en lieu et place de la collectivité des associés et tenant leurs pouvoirs de la délégation qui leur était consentie »¹³⁵.

95. La théorie contractuelle connaît une influence dans la conception du rôle des dirigeants. En effet, c'est à l'instar de l'article 1134 al.3 du Code civil que la Cour de cassation consacre le « *devoir de loyauté* » des dirigeants à l'égard des associés ainsi qu'à l'égard de la société. À l'égard des associés, ce devoir implique que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et ce devoir permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle¹³⁶. À l'égard de la société, le devoir de loyauté établit une obligation de non concurrence à la charge du dirigeant qui quitte la société après y avoir exercé d'importantes fonctions¹³⁷.

De nos jours, on parle encore de « *mandataire social* » et ce concept est relaté dans certains les textes¹³⁸. Il en est ainsi le cumul de « mandats »¹³⁹, la durée des fonctions¹⁴⁰ ou la rémunération exceptionnelle des administrateurs¹⁴¹. Dans la jurisprudence, le concept de mandat est également retenu par les juges. En effet, dans l'arrêt du 1^{er} février 2011, la Cour de cassation énonce expressément que « *Mais attendu qu'en application de*

¹³³ Voir. JEANTIN M., *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrétien, 1994, n° 254 ; Selon M. Asencio, le dirigeant social est un véritable mandataire mais d'un genre particulier, sur cette question : ASECIO S., « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Rev. sociétés* 2000, p. 683.

¹³⁴ Voir. FARRAR J H., *op.cit.*, p.69 ; DECKON FK., « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », *Rev. Soc.*, 2013, p. 467

¹³⁵ Voir. DECKON F K., *op.cit.*, p. 467

¹³⁶ Voir *infra* n° 389 ss.

¹³⁷ Voir *infra* n° 295 ss.

¹³⁸ Voir notamment. LE CANNU P., « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », in FERRIER N., PELISSIER A., (sous la direction de) *l'Entreprise Face Aux Évolutions de la Responsabilité Civile*, éd. Economica, Collection Études juridiques, 2012, p. 13 ss.

¹³⁹ C.com.art. L 225-21 et autres

¹⁴⁰ C.com.art. L. 225-47.

¹⁴¹ C.com.art. L. 225-46

l'article 2007 du code civil, la démission d'un dirigeant de société qui constitue un acte juridique unilatéral produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société et que la méconnaissance de l'obligation statutaire de respecter un préavis peut seulement ouvrir droit à des dommages intérêts sauf pour le dirigeant démissionnaire à établir qu'il était dans l'impossibilité de continuer le mandat »¹⁴². Au fil du temps, selon M. Jeantin, la théorie du mandat est de moins en moins utilisée, les dirigeants sociaux sont davantage considérés comme des « fonctionnaires sociaux »¹⁴³.

Pour les partisans de la doctrine institutionnelle, ils considèrent les dirigeants sociaux comme les organes de la personne morale. L'idée est qu'ils font corps avec elle. Par conséquent, lorsque les organes agissent, c'est donc la société qui agit; lorsqu'ils commettent une faute ou un dol, c'est la personne morale qui est réputée en être l'auteur¹⁴⁴; lorsqu'ils n'exécutent pas un contrat, c'est la société qui est considérée défaillante¹⁴⁵; s'ils sont victimes d'un vice du consentement, c'est la personne morale qui a mal contracté¹⁴⁶. En se fondant sur cette identification juridique de la personne morale que la cour a reconnu aux dirigeants sociaux la qualité pour agir en annulation d'une délibération entachée d'abus de majorité qui est contraire à l'intérêt social, même s'ils ne détiennent pas de parts sociales et ne sont pas ainsi associés minoritaires¹⁴⁷.

96. En droit québécois.- L'administrateur est considéré par l'article 321 du Code civil comme « *mandataire de la personne morale* ». Par conséquent, Il doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi, l'acte constitutif et les règlements lui imposent et agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés. L'administrateur doit agir avec prudence et diligence. Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale¹⁴⁸. L'administrateur ne peut confondre les biens de la personne

¹⁴² Cass.soc., 1^{er} février 2011, n° 10-20953.

¹⁴³ Voir. JEANTIN M., *op.cit*; Selon Pailler (PAILLER P., « Actualité de la responsabilité des dirigeants : les tendances », *RLDC*, 2011 – n°81) « dans ses rapport avec la société et les associés, la responsabilité du dirigeant est une responsabilité de fonction ».

¹⁴⁴ Com., 21 déc 1964, *Bull.civ.* III, n°516; 14 juin 2005, *Rev.soc.* 2006, p.66, note MATHEY; 19 décembre 2006, *Bul Joly* 2007, p.580, note ARSOUZE; en sens, voir également: MESTRE J, PAN CRAZI M-E, ARNEAU -GROSSI I, MERLAND L, TAGLIARINO –VIGNAL., *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, L.G.D.J., 29e édition, 2012, p.328

¹⁴⁵ Civ.1^{re}, 3 février 1993, *Bull.civ.*I, n°61; RDT Civ. 1994, p.596, obs MESTRE.

¹⁴⁶ Soc., 8 novembre 1984, *RTD civ.* 1985, p.367, obs. MESTRE; MESTRE J, PAN CRAZI M-E, ARNEAU -GROSSI I, MERLAND L, TAGLIARINO –VIGNAL., *op.cit*.

¹⁴⁷ Voir. Comm., 21 janvier 1997, *Bull. Civ.* IV, n°26.

¹⁴⁸ Code civil du Québec, art. 322

morale avec les siens; il ne peut utiliser, à son profit ou au profit d'un tiers, les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions, à moins qu'il ne soit autorisé à le faire par les membres de la personne morale¹⁴⁹.

97. En common law. - Les dirigeants se voient généralement imposer les devoirs fiduciaires à l'égard de la société. En d'autres termes, dans la relation entre les dirigeants avec la société, les dirigeants sont considérés comme les fiduciaires (*fiduciary*, alors que la société est le bénéficiaire (*beneficiary*). Dans cette relation fiduciaire¹⁵⁰, la société (le bénéficiaire) donne les pouvoirs de décision aux fiduciaires (les dirigeants) qui sont tenus d'utiliser ces pouvoirs aux fins de servir le mieux l'intérêt de bénéficiaire (la société)¹⁵¹.

SECTION 2. LE RÔLE DES DIRIGEANTS SOCIAUX EN DROIT VIETNAMIEN

98. Absence de définition légale.- Comme en droit français, le droit vietnamien ne consacre pas une conception unique sur le rôle des dirigeants sociaux. En effet, l'article 149.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que « *le conseil d'administration est chargé de la gestion de la société. Il dispose de pleins pouvoirs pour décider et exercer, au nom de la société, tous les droits et obligations autres que ceux expressément attribués à l'assemblée générale. [...]* ». Autrement dit, la société est « *gérée* » (*quan ly*) par le CA, mais aucune disposition légale ne définit ce terme. Lorsque la loi dispose que le CA est chargé de la « *gestion* » de la société, peut-on déduire que les administrateurs jouent le rôle d'un gestionnaire des biens d'autrui comme en droit civil ?

99. Représentant légal.- En droit civil vietnamien, l'institution « *représentant* » codifiée dans le Chapitre VII du Code civil 2005 régit les rapports entre le représentant et le représenté. En effet, selon l'article 139.1 du Code civil 2005 « *La représentation est le fait pour une personne (dénommée représentant) de conclure ou d'exécuter un acte de la vie civile au nom et pour le compte d'une autre personne (dénommée représenté) dans les*

¹⁴⁹ *Ibid.* art. 323

¹⁵⁰ BLACK'S LAW DICTIONARY 1067 (Abridged 8th ed. 2004) (A fiduciary relationship is "[a] relationship in which one person is under a duty to act for the benefit of another on matters within the scope of the relationship.").

¹⁵¹ Pour le concept de *fiduciary duties*: FARRAR J., *Corporate Governance: Theories, Principles and Practice*, Oxford University, 2 ed., 2005, p.106; J. DALLEY P., "Shareholder (and director) fiduciary duties and shareholder activism", *Houston Business and Tax Law Journal*, Vol. VIII, 2008, p. 302; TRICKER B., *Directors. An A – Z guide*, The Economist, 2009, p.112;

limites assignées par la représentation.». Il s'agit du représentant légal d'une personne morale. En vertu de l'article 141.4 du Code civil 2005, l'administrateur de la société est considéré comme le représentant légal qui est habilité à agir sur les biens du représenté. Pourtant, le droit civil ne détermine pas en détail les devoirs et pouvoirs du représentant légal. L'article 144.1 du Code civil 2005 prévoit un pouvoir général selon laquelle « *Le représentant légal est habilité à conclure et à exécuter tout acte de la vie civile dans l'intérêt du représenté [...]* ». En ce qui concerne les obligations du représentant, l'article 144 du Code civil 2005 prévoit trois obligations principales : (i) Le représentant ne peut exécuter d'actes de la vie civile que dans les limites de ses pouvoirs de représentation¹⁵²; (ii) Le représentant est tenu d'informer son cocontractant de l'étendue de ses pouvoirs de représentation¹⁵³ et (iii) Le représentant ne peut conclure ni exécuter d'actes de la vie civile avec lui-même ou avec tout tiers dont il serait également le représentant, sauf les cas où la loi en dispose autrement¹⁵⁴. Lorsque le représentant dépasse le pouvoir de représentation, cet excès du pouvoir de représentation « *ne fait pas naître, en ce qui concerne la partie excédant les limites des pouvoirs de représentation, ni de droits ni d'obligations au profit ou à la charge du représenté, sauf si celui-ci y consent ou ne s'y oppose pas en toute connaissance de cause [...]* ». Ainsi, les obligations d'un représentant légal d'une personne morale en droit civil ne satisfassent pas aux critères que l'on attend aux dirigeants d'une société commerciale.

100. Gestionnaire du bien d'autrui.- La gestion des biens d'autrui est explicitement mentionnée dans trois circonstances suivantes: la gestion des biens de la personne sous tutelle¹⁵⁵, la gestion des biens d'une personne ayant cessé de paraître à son lieu de résidence¹⁵⁶ et la gestion des biens du présumé absent¹⁵⁷.

Dans la langue courante, le mot "*quan ly*" (gérer) est défini comme « *surveiller et entretenir conformément aux exigences prescrites* »¹⁵⁸. Par conséquent, l'obligation

¹⁵² C.civ.2005.art 144.3

¹⁵³ C.civ.2005.art 144.4

¹⁵⁴ C.civ.2005.art 144.5

¹⁵⁵ C.civ.2005.art 69.

¹⁵⁶ C.civ.2005.art 75 et 76.

¹⁵⁷ C.civ.2005.art 79.

¹⁵⁸ Voir. HOANG Phe (éditeur en chef), *Tu Dien Tieng Viet (Dictionnaire vietnamien)*, éd. Da Nang, 1998, p. 772, voir le mot « *Quan ly* ».

principale des gestionnaires dans les circonstances précitées est de garder et entretenir les biens (d'autrui) comme si c'était leurs biens propres¹⁵⁹. Pourtant, la loi ne détermine pas les contours de l'expression « *(gérer) comme si c'était leurs biens propres* ». Les gestionnaires ont également le devoir de « *restituer les biens* » à la personne en cause lorsqu'elle retrouve sa pleine capacité d'exercice¹⁶⁰ ou si elle reparaît¹⁶¹. En outre, les gestionnaires sont tenus de réparer les dommages qui auraient été causés par leur faute dans la gestion des biens d'autrui¹⁶².

En ce qui concerne les pouvoirs des gestionnaires, pendant le temps de la gestion des biens d'autrui, ils sont investis certains pouvoirs concernant la gestion du bien, mais ces pouvoirs doivent être soumis au contrôle du pouvoir judiciaire. Par exemple, l'article 69.2 du Code civil de 2005 dispose que « *Le tuteur est autorisé à exercer des actes portant sur les biens de la personne sous tutelle dans l'intérêt de celle-ci. La vente, l'échange, la location, le prêt, la mise en gage, le nantissement mobilier, l'hypothèque, le versement d'arrhes et tout autre acte qui porteraient sur des biens de grande valeur de la personne sous tutelle nécessitent le consentement de la personne en charge du contrôle de l'exercice de la tutelle* ». Ainsi, selon le droit civil, les gestionnaires des biens d'autrui n'ont pas le droit d'exploiter les biens afin de générer des bénéfices pour les propriétaires, notamment ils ne doivent pas prendre des risques avec les biens d'autrui. Ce qui nous amène à dire que les administrateurs de société anonyme ne peuvent être les gestionnaires des biens d'autrui car les administrateurs sont tenus d'accroître et de faire fructifier le patrimoine qui lui est confié. En plus, les dirigeants sociaux ne sont pas obligés de restituer les biens à la société lorsque les mauvais résultats de gestion sont honnêtement expliqués par les risques. Autrement dit, les administrateurs peuvent prendre des risques pour créer la richesse pour la société à partir des biens qui leur sont confiés.

101. Le mandataire.- En droit vietnamien, le concept de mandataire social avait été reconnu dans le droit des sociétés du Sud du Vietnam avant 1975¹⁶³. En effet, ce concept

¹⁵⁹ C.civ.2005.art.69.1; 76.1 et 79 al.1.

¹⁶⁰ C.civ.2005.art. 73.2(a)

¹⁶¹ C.civ.2005.art.76.4

¹⁶² *Ibid*

¹⁶³ Sous la colonisation française, le Code de commerce français 1867 est directement appliqué au Vietnam. Après 1954, le Vietnam est divisé en deux : le Nord et le Sud. Le Sud continue à appliquer le Code de commerce français jusqu'à la promulgation du Code de commerce du 20 décembre 1972. Voir. LE Tai Trien, NGUYEN Vang Tho, NGUYEN Tan, *Luat Thuong Mai Viet Nam Dan Giai*

est inspiré de l'article 22 de la Loi française du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales selon lequel « *les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés* ». Cette conception est en effet transposée dans le Code de commerce vietnamien du 20 décembre 1972¹⁶⁴.

Le droit des sociétés du 21^e siècle ne retient pas expressément le concept de mandataire de la société. Pourtant, en se fondant sur certaines dispositions régissant les relations entre les dirigeants et la société, on peut déduire que le législateur vietnamien a vocation pour considérer les dirigeants comme les mandataires révocables de la société. Par exemple, la Loi sur les Entreprises 2014 consacre le principe de la libre révocabilité des dirigeants¹⁶⁵, le devoir de ne pas divulguer les informations secrètes de la société¹⁶⁶, le terme des mandats¹⁶⁷, la rémunération des dirigeants¹⁶⁸ et la responsabilité civile¹⁶⁹.

Pourtant, Il n'est pas exact de dire que les administrateurs sont les mandataires de la société. En effet, le mandat implique une relation contractuelle entre la société (le mandant) et l'administrateur (le mandataire)¹⁷⁰. Or, il n'y a aucun contrat conclut entre ces derniers. En plus, les obligations des dirigeants ne se rapprochent pas aux obligations imposées aux mandataires en droit civil et en droit commercial, à l'exception de l'obligation d'agir dans l'intérêt du mandant prévue dans le Code de commerce 2005¹⁷¹. Il n'a pas donc de raison pertinente pour affirmer que l'administrateur est le mandataire de la société.

(*Traité sur le droit commercial du Vietnam*), éd., Kim Lai An Quan, Sai Gon ,1972, p. 978 ; BUI Ngoc Son, *Giao Trinh Phap Luat Doanh Nghiep (Droit des sociétés)*, éd. Dai Hoc Quoc Gia Ha Noi, 2011, p. 51 ss.

¹⁶⁴ Dans le projet du Code commerce du 20 décembre 1972, l'article 299 dispose que « [la mission de l'administration] confiée aux administrateurs a pour caractère d'un mandat, qui peuvent être révoqués par les motifs ordinaires et, notamment, qui peuvent être révoqués à tout moment ». Voir en ce sens, LE Tai Trien, NGUYEN Vang Tho, NGUYEN Tan, op.cit., p. 978.

¹⁶⁵ LE 2014. art.156.2

¹⁶⁶ *Ibid.* art.160.1 (c)

¹⁶⁷ *Ibid.* art.150.2..

¹⁶⁸ *Ibid.* art.158.

¹⁶⁹ *Ibid.* art.161.

¹⁷⁰ Voir également, GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, Litec, 1995, p.12 ; en principe du mandat, les mandataires (les dirigeants) doivent être soumis au contrôle du mandant (la société) ; or, ce n'est pas la société qui contrôle les administrateurs, mais c'est plutôt le contraire, voir. MARTEL M et MARTEL P., *La compagnie au Québec. Les aspects juridiques*, éd. Wilson & Lafleur, 2002, n°22-5)

¹⁷¹ Dans le Code civil 2005, le mandataire se soumet aux obligations prévues par l'article 584, à savoir: 1. Exécuter le mandat et en tenir le mandant informé; 2. Informer les tiers concernés de la durée et de l'étendue du mandat ainsi que des modifications éventuelles dont il fait l'objet; 3. Veiller à la conservation de tous documents et moyens mis à sa disposition par le mandant pour l'exécution du mandat; 4. Garder secrètes les informations auxquelles il a accès au cours de l'exécution du mandat; 5. Restituer au mandant les biens qui lui ont

Si l'administrateur n'est pas le mandataire de la société, peut-il être le mandataire des actionnaires? La réponse est également négative car la loi exige que l'administrateur doit agir au nom et pour le compte de la société¹⁷².

102. Le quasi-fiduciaire.- L'administrateur n'est gestionnaire, ni mandataire. Peut – il être le fiduciaire ? En réalité, sous l'empire de la Loi sur les Entreprises 2014, on voit qu'un administrateur doit respecter plusieurs obligations qui se ressemblent à celles imposées à un fiduciaire en *common law*, à savoir : devoir d'agir dans le meilleur intérêt de la société, devoir de bonne foi, devoir de diligence, devoir de loyauté¹⁷³.

Malheureusement, le concept de « *fiduciaire* » n'existe pas en droit vietnamien. En réalité, la théorie de « *fiduciary* » prend l'origine du droit *common law*. Il semble que le législateur vietnamien accepte de transposer les caractéristiques du concept de fiducie de *common law* en droit des sociétés pour combler les lacunes de l'institution de gestion des biens d'autrui et de celle du mandat.

Pourtant, il faut rappeler que la notion de « *trustee* » dans le *common law* implique que le constituant (*settlor*) transfère des droits patrimoniaux ou obligations à un fiduciaire (*le trustee*)¹⁷⁴. Cela signifie que le fiduciaire est propriétaire du bien du trust, alors que dans le cadre d'une société, la propriété du patrimoine social n'appartient pas aux dirigeants sociaux mais à la société¹⁷⁵. En outre, le fiduciaire a obligation de réaliser une affectation déterminée en faveur du bénéficiaire¹⁷⁶. Comme le dirigeant n'est pas un fiduciaire

été remis et ce qu'il a reçu au cours de l'exécution du mandat conformément à ce qui a été convenu ou aux dispositions légales; 6. Réparer le préjudice causé en cas de violation des dispositions des paragraphes 1 à 5 du présent article.

Dans le Code de commerce 2005, le mandataire se soumet aux obligations prévues par l'article 145, à savoir : 1. Exécuter les actes de commerce au nom et pour l'intérêt du mandant ; 2. Informer le mandant les opportunités et le résultat des affaires mandatées ; 3. Respecter les instructions du mandant si lesdites instructions ne sont pas contraires aux dispositions légales ; 4. Ne pas exécuter les actes de commerce au nom personnel ou au nom des tiers dans le cadre du mandat ; 5. Ne pas divulguer les informations confidentielles concernant les affaires mandatées pendant le délai du mandat et après deux ans à compter de la date de fin du mandat ; 6. Préserver les biens et les documents confiés pendant le délai du mandat.

¹⁷²LE 2014.art.149.1; voir également, GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit. p.12.

¹⁷³ LE 2014.art.160.

¹⁷⁴ Voir également *infra* n° 197

¹⁷⁵ Voir. MARTEL M, MARTEL P., *op.cit.*, n°22-1 ss

¹⁷⁶ Pour la fiducie en droit français, voir. BARRIERE F., *La réception du trust au travers de la fiducie* (préface de Michel Grimaldi), Litec, 2004, p.17.

stricto sensu, il peut avoir donc la qualité « quasi-fiduciaire ». Autrement dit, il existe « une relation fiduciaire » entre le dirigeant et la société¹⁷⁷.

103. Un rôle hybride.- En résumé, il n'est pas facile de trouver la réponse à la question « quelle est la nature du rôle du dirigeant de société anonyme en droit vietnamien ? » L'analyse de différents concepts du rôle des dirigeants précités peut conduire à dire que, d'une part, le dirigeant de société anonyme vietnamienne est le mandataire de la société en ce sens qu'il est chargé de garder, de conserver le patrimoine de la société et de ses intérêts et d'autre part, le dirigeant social occupe un poste de quasi-fiduciaire vis-à-vis de la société, en ce sens qu'il est tenu de s'efforcer avec diligence d'accroître et de faire fructifier le patrimoine social. En outre, le dirigeant est élu par les actionnaires. Il est tenu encore d'agir dans le mieux intérêt des actionnaires¹⁷⁸ et de rester fidèle à leurs intérêts¹⁷⁹. Il est également révoqué *ad nutum* par la collectivité des actionnaires¹⁸⁰. Sous cette optique, il est en quelque sorte le mandataire des actionnaires, bien que les termes de son mandat soient fixés par la loi

¹⁷⁷ En ce qui concerne la « relation fiduciaire », voir. SEALY L.S., « The Directors as Trustees », *Cambridge Law Journal*, 1967, p. 86 ; MARTEL M et MARTEL P., *op.cit.*, n°22-1 ss

¹⁷⁸ LE 2005.art. 119.1 (b).

¹⁷⁹ *Ibid.* art. 119.1(c).

¹⁸⁰ *Ibid.* art. 115.2.

CHAPITRE 2. LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS : L'INFLUENCE DE LA THÉORIE DE *CORPORATE GOVERNANCE*.

104. Définition du pouvoir.- Le droit vietnamien ne définit pas la notion de pouvoir. Or, le thème du pouvoir dans la société ne cesse d'éveiller la curiosité des juristes¹⁸¹. Dans la langue courante, le terme « *quyen* » ou « *pouvoir* » comporte deux dimensions.

Premièrement, le « *quyen* » désigne les droits subjectifs que la loi ou la société confère à une personne en vue de satisfaire ses intérêts propres.

Deuxièmement, le « *quyen* » implique les prérogatives conférées à une personne dans l'intérêt d'autrui¹⁸², c'est-à-dire les décisions qu'une personne peut prendre dans l'intérêt d'autrui.

105. Distinction formelle entre les droits subjectifs et les prérogatives dévolues à une personne.- Dans la pratique, le législateur vietnamien utilise en général le terme « *quyen* » ou « *droit* » pour désigner les droits subjectifs d'un bénéficiaire, alors que le terme « *quyen va nhiem vu* » ou « *pouvoirs et missions* » est utilisé pour désigner les prérogatives dévolues à un titulaire. Il apparaît que le législateur tient à rappeler au titulaire que chaque pouvoir confié est simultanément une mission qu'il doit accomplir, autrement dit, il ne doit pas renoncer à ladite mission. À titre exemple, on peut citer l'article 149.2 de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel le CA a « *les pouvoirs et missions suivants [...]* ».

106. Les « *quyen* » ou « *droits subjectifs* » de la société.- Le droit vietnamien prévoit expressément les droits subjectifs d'une société. En effet, toute société se voit attribuer les droits subjectifs qui sont déterminés dans l'article 7 de la Loi sur les Entreprises 2014, à savoir:

- Réaliser librement les affaires qui ne sont pas interdites par la loi ;
- Être libre dans leur exploitation; choisir librement le secteur à investir, le métier à exercer, la zone géographique pour investir et les modalités d'exploitation et

¹⁸¹ Voir par exemple, NGUYEN Ngoc Bich, «*Chủ tịch và Tổng giám đốc, ai có quyền hơn ai?*» (Le président et Directeur général, qui a plus de pouvoirs ?), *Thoi Bao Kinh Te Sai Gon*, 2007, disponible en ligne à: <http://vneconomy.vn/doanh-nhan/chu-tich-va-tong-giam-doc-ai-co-quyen-hon-69965.htm>

¹⁸² Voir. HOANG Phe, *op.cit.*, voir le mot « *quyen*», p. 786.

d'investissement; décider d'agrandir la taille de l'entreprise et de diversifier les secteurs à investir ou les métiers à exercer ;

- Choisir librement la forme et les modalités de mobilisation des fonds; décider de la répartition et l'utilisation des fonds;
- Rechercher des débouchés et des clients ; conclure des conventions;
- Exercer des activités d'import-export ;
- Recruter et utiliser de la main-d'œuvre pour servir les besoins de leur exploitation;
- Être autonomes dans l'application des sciences et des nouvelles technologies pour garantir leur efficacité, leur rentabilité et leur compétitivité;
- Être autonomes dans le processus décisionnel en ce qui concerne les activités d'exploitation et les affaires internes;
- Posséder, utiliser et disposer de leurs biens;
- Refuser toute demande de contribution de ressources qui n'est pas prévue par la loi;
- Exercer le droit de recours et de dénonciation conformément à la législation sur les recours et dénonciations;
- Agir en justice en qualité de demandeur ou de défendeur.

107. La nature des «*pouvoirs et missions*» des dirigeants.- Les droits subjectifs précités permettent à la société de réaliser son objet social. Pourtant, la société est une personne morale qui ne peut pas exercer ses droits subjectifs elle-même¹⁸³. Autrement dit, la personne morale ne peut agir que par le biais de ses représentants. Ainsi, les droits subjectifs de la société sont dévolus à ses représentants pour que ces derniers mettent en œuvre l'objet social, c'est à dire que les prérogatives conférées aux dirigeants impliquent les pouvoirs de décision dans l'intérêt de la société.

Dans certains textes législatifs, les législateurs vietnamiens utilisent le terme «*les pouvoirs et missions*» pour désigner «*les pouvoirs*» dévolus à une personne habilitée à agir au nom et pour le compte d'autrui. Par exemple, à propos des pouvoirs des administrateurs, l'article 149.2 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que «*le CA a les pouvoirs et missions suivantes [...]*».

¹⁸³ Pour la capacité d'exécution des droits de la personne morale, voir NGUYEN Ngoc Dien, *Chu the quan he phap luat dan su (Sujets de droit dans les rapports civils)*, éd. Chinh Tri Quoc Gia, Ha Noi, 2010, p.246.

108. Typologie de pouvoirs des dirigeants sociaux.- En droit des sociétés, il y a plusieurs critères pour établir une typologie des pouvoirs¹⁸⁴. Selon une partie de doctrine, les pouvoirs peuvent se classer en fonction de leur objet. Il s'agit ainsi des pouvoirs relatifs à la personne d'autrui et les pouvoirs relatifs aux biens d'autrui¹⁸⁵.

Une autre partie de doctrine consacre la distinction entre pouvoirs de représentation et pouvoirs propres¹⁸⁶. En premier lieu, le pouvoir de représentation implique l'accomplissement d'un acte juridique par le représentant au nom et pour le compte du représenté. En droit de société, les pouvoirs de représentation permettent à la société d'interagir avec les parties prenantes externes¹⁸⁷. En deuxième lieu, les pouvoirs propres se rattachent aux organes de la société et se manifestent sous la forme de pouvoirs de décision, de gestion ou de contrôle : on parle alors des « *pouvoirs organiques* ». Ces pouvoirs organiques viennent soutenir la mise en œuvre des activités ou de buts visés par la société¹⁸⁸.

109. Contre – pouvoir.- Il s'agit des pouvoirs de responsabilisation institués afin d'endiguer le détournement de pouvoirs et l'abus de pouvoir qui se manifestent lorsque les titulaires de l'autorité décisionnel ne poursuivent pas la finalité pour laquelle les pouvoirs sont confiés¹⁸⁹. Selon Weigmann « *Il n'y a pas de pouvoir sans responsabilité* »¹⁹⁰. La responsabilisation peut se manifester selon deux modalités. En premier lieu, il s'agit des règles définissant l'objectif général qui doit guider l'exercice de l'autorité décisionnelle. Par exemple, l'objectif est de promouvoir l'intérêt social. En deuxième lieu, il s'agit des règles qui fournissent les vecteurs par lesquels les membres de la société peuvent intervenir pour assurer le respect de cet objectif. Les instruments de responsabilisation sont de nature extrajudiciaire ou judiciaire et ils sont attribués en général à des organes spécifiques de la société¹⁹¹.

¹⁸⁴ Voir notamment, ROUSSEAU S., « Le rapport général », *Journée chilienne de l'Association Henri – Capitant 2012*, éd. Bruylant, 2014, p. 2-47

¹⁸⁵ Voir en ce sens, ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, p. 190-202

¹⁸⁶ Voir. ROUBIER P., *op.cit*, p. 198-202 ; STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J, 1982.

¹⁸⁷ Voir en ce sens, CRETE R. et ROUSSEAU S., *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd. Montréal, Edition Thémis, 2011, p. 197 ss.

¹⁸⁸ Voir. ROUSSEAU S., « Le rapport général », *op. cit*, p. 2-47.

¹⁸⁹ Voir. *Id.*, p. 30

¹⁹⁰ Voir. WEIGMANN R., « La prise du pouvoir dans les sociétés en Italie », *Journée chilienne de l'Association Henri-Capitant*, éd. Bruylant, 2014, p.151ss

¹⁹¹ *Ibid.*

110. Théorie de *corporate governance* (gouvernance d'entreprise) et la détermination des pouvoirs des dirigeants de la société.- Comment faut-il faire pour encadrer d'une façon appropriée les pouvoirs des dirigeants sociaux. Il apparaît que la théorie de gouvernance d'entreprise peut donner une réponse adéquate à la question posée. La théorie de *corporate governance* se réfère à l'ensemble « *des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire* »¹⁹². En d'autres termes, la théorie de gouvernance d'entreprise peut contribuer à identifier les organes de la société et à attribuer d'une façon appropriée des fonctions et des prérogatives de ces organes.

111. Plan.- Avant d'envisager les modalités d'exercice des pouvoirs du CA et du DG des sociétés anonymes vietnamiennes (**Section 2**), il convient de décrire brièvement la théorie de *corporate governance*, une théorie qui aurait laissé de grandes influences concernant l'attribution des pouvoirs aux organes sociaux des législateurs vietnamiens (**Section 1**).

SECTION 1. LA CORPORATE GOVERNANCE : LA THÉORIE INFLUANT SUR LA DÉTERMINATION DES POUVOIRS DES DIRIGEANTS EN DROIT VIETNAMIEN

112. Description de la théorie de *corporate governance* en droit anglo-américain.- Comme décrit plus haut, la théorie de *corporate governance* prend son origine en droit américain dans les années 1970 en réaction à des scandales financiers qui ont mené à une réflexion sur la liberté laissée aux dirigeants et sur le rôle des organes de gestion et de direction de la société¹⁹³. La théorie de *corporate governance* se justifie par la théorie développée par Berle et Means selon laquelle il existe une dissociation entre la propriété du capital et la direction de la société¹⁹⁴. Cela entraîne une divergence d'intérêt entre les

¹⁹² Voir. CHARREAUX G., *Le gouvernement des entreprises- Corporate governance : théories et faits*, Paris, Economica, 1997, p. 1

¹⁹³ En réalité, le terme *gouvernance* apparaît en 1937 dans un article de Ronald Coase intitulé «The nature of the firm» ; pour la théorie de gouvernance d'entreprise, voir, BISSARA Ph, FOY R., DE VAUPLANE A., in *Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées – Conseils et comités*, éd. Joly 2007, p. 10-11; DIONNE-PROULX J., et LAROCHELLE G., « Éthique et gouvernance d'entreprise », *Management & Avenir*, 2010/2n° 32, p. 36-53 ; VINCENT M., LEGOUT A-L., « Origines et principes du gouvernement d'entreprise », *Journal des Sociétés*, n° 63, mars 2009 ; SERVAN-SCHREIBER P., « Le concept de gouvernance - La gouvernance dans les systèmes de Common Law », *Gaz., Pal.*, 28 août 2014, p. 11, n° 240.

¹⁹⁴ Voir. BERLE Adolf A., et MEANS Gardiner C., « *The modern corporation and Private property* » (éd. Mac Millan, New York, 1932).

dirigeants sociaux et les actionnaires. À ce titre, les principes de *corporate governance* implique l'ensemble « *des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire* »¹⁹⁵. En d'autres termes, la théorie de *corporate governance* constitue les mécanismes mise en place afin de « *s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous les actionnaires et non dans celui particulier des majoritaires ou des dirigeants* »¹⁹⁶.

113. Le premier livre destiné aux principes de *corporate governance* est le « *Corporate Director's Guide Book* » publié par l'American Bar Association en 1978. En 1992, l'American Law Institut publie « *Principles of Corporate Governance. Analysis and Recommendations* ». Ce dernier livre se concentre sur la notion de mandat et son objectif est de valoriser les pouvoirs des actionnaires afin qu'ils puissent sanctionner efficacement les performances des dirigeants¹⁹⁷. Ce document constitue le fondement de la *corporate governance* aux États-Unis¹⁹⁸.

114. Au Royaume –Uni, dès 1992, Sir Adrian Cadbury, président de Schweppes Cadbury a élaboré un rapport intitulé « *The financial aspects of corporate governance* ». Ce document propose un *Code of Best Practices* qui est le « cœur » des recommandations du rapport qui devraient être suivies par les sociétés. Ce *Code of Best Practices* décrit également un principe dit *comply or explain* imposé aux sociétés cotées qui se réfèrent à un code de gouvernement d'entreprise (« *comply* ») afin d'exposer en quoi et pourquoi elles ont choisi, le cas échéant, de déroger (« *explain* ») à certaines de ces règles. À défaut de se référer à un code, elles doivent s'en expliquer et expliciter les règles alternatives de bonne gouvernance qu'elles se sont imposées en sus des exigences légales¹⁹⁹.

Le Code of Best Practices traite d'abord le CA. Celui-ci doit se réunir régulièrement, assurer le contrôle complet et effectif de la société et surveiller les agents de gestion. Ce document consacre également le principe d'établir un équilibre de pouvoirs, de telle sorte

¹⁹⁵ Voir. CHARREAUX G., *Le gouvernement des entreprises- Corporate governance : théories et faits*, Paris, Economica, 1997, p. 1

¹⁹⁶ Voir. GUYON Y., « *Corporate governance* », *Rép. Soc. Dalloz*, févr. 2000, n° 1

¹⁹⁷ Voir. CAUSSAIN J.-J., *Le gouvernement d'entreprise – Le pouvoir rendu aux actionnaires*, éd. Litec, 2005, p. 11 ;

¹⁹⁸ Voir également. EISENBERG Melvin A., "An Overview of the Principles of Corporate Governance", 48 *Bus. Law.* 1271 (1993) disponible à <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2024> ; TUNC A., « *Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni* », *R.I.D.C.*, 1, 1994, p. 60 ;

¹⁹⁹ Voir. IFA., « *“ Comply or Explain ” Guide pratique de mise en œuvre* », avril 2013, disponible en ligne à : <http://ifa-asso.com/files/documents/fichiers/document-533.pdf>

que personne n'est un pouvoir de décision sans limite. Le Code consacre également le rôle des *non-executive directors* ou administrateurs indépendants qui doivent être d'un nombre suffisants pour que leurs poids dans les décisions soit significatif. En plus, ils doivent porter un jugement indépendant sur les décisions des affaires de la société. Ce Code traite encore les *executive directors*, les rémunérations du conseil dans son ensemble²⁰⁰.

115. Au niveau international, l'OCDE a également publié un document intitulé « *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE* » en 1999 et ce document a été révisé en 2004. Celui-ci traite principalement des droits des actionnaires, du rôle du conseil d'administration et de la transparence de l'information²⁰¹. Il apparaît sans doute que les *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE* auraient influencé la gouvernance d'entreprise des sociétés anonymes vietnamiennes.

116. Le Vietnam s'est progressivement inspiré de la théorie de *corporate governance* depuis la fin des années 1990. Avant d'aborder la doctrine vietnamienne dans cette matière (§2), il est important d'envisager le contexte socio-politique qui a influencé la *corporate governance* au Vietnam (§1).

§1. Le contexte politico-économique affectant la gouvernance d'entreprise au Vietnamien.

117. Théorie de l'économie de marché à orientation socialiste.- Depuis l'adoption du régime de Doi Moi (1986) le Parti Communiste Vietnamien a adopté la théorie de « *l'économie de marché à orientation socialiste* ». Il s'agit, en générale, d'un modèle de système économique reposant sur deux dimensions principales²⁰².

²⁰⁰ Voir notamment. TUNC A., *op.cit.*

²⁰¹ Voir. VINCENT M., LEGOUT A-L., *op.cit.*

²⁰² Pour la théorie de « *l'économie de marché à l'orientation socialiste* » au Vietnam, voir notamment, l'article 51.1 de la Constitution 2013; GILLESPIE J., « Changing Concepts of Socialist Law in Vietnam », in *Asian Socialism & Legal Change: The Dynamics of Vietnamese and Chinese Reform*, ANU E press and Asia Pacific Press, 2005; DINH Van An et LE Xuan Ba (éd en chef), *Tiep tục xay dung va hoan thien the che kinh te thi truong dinh huong Xa hoi chu nghia* » (continuation de *l'édification et du perfectionnement de l'économie de marché à orientation socialiste*), éd. Khoa Hoc & Ky Thuat, 2006 ; LE Dang Doanh, "Market economy with socialist orientation in Vietnam and the concept of the social and ecological market economy", in *The social and ecological market economy: a model for Asian development?.*- Eschborn: GTZ. - 2008, p. 166-193, disponible en ligne à: <http://www.giz.de/fachexpertise/downloads/gtz2008-asia-social-ecological-market-economy-reader.pdf>; PVC, *Le XI^e Congrès National du Parti Communiste du Vietnam*, éd. The Gioi, 2011, p. 145 ; VU Van Phuc, « Tính đặc thù theo định hướng xã hội chủ nghĩa của nền kinh tế thị trường nước ta » (les caractéristiques de l'orientation socialiste de notre économie), *Revue Tap Chi Cong San*, 8 avril 2011,

En premier lieu, c'est un modèle de système économique hybride qui se caractérise par la coexistence de plusieurs composantes économiques²⁰³, le fonctionnement doit être conforme aux lois de marchés, à la régularisation de l'État et soumis au contrôle du Parti communiste;

En deuxième lieu, c'est une économie de marché qui est orientée vers les buts socialistes. L'orientation socialiste se caractérise tout d'abord par le rôle dominant de l'économie étatique ; ensuite, par la régularisation active de l'État pour équilibrer le développement économique et l'égalité sociale et, enfin, par l'intégration de l'économie nationale dans l'économie régionale et internationale²⁰⁴.

118. Le rôle dominant des entreprises étatiques.- Étant influencée par la théorie de l'économie de marché à orientation socialiste, l'économie étatique est réputée dominante dans le système économique national. Cette caractéristique est reconnue dans l'article 51.1 de la Constitution 2013 selon lequel « *l'économie de l'État joue le rôle prépondérant* ». Par conséquent, de nombreuses entreprises sont les entreprises à 100% capital de l'État. Dans certaines grandes sociétés anonymes, l'État détient toujours plus de 51% des droits de vote et exerce le contrôle à travers l'AG et les administrateurs qui sont les représentants permanents²⁰⁵.

119. La forte concentration de l'actionnariat. Selon l'étude d'IFC, il y a une forte concentration de l'actionnariat dans les sociétés vietnamiennes. Cette situation résulte du fait que la plupart des entreprises sont à l'origine créées par un particulier ou par certains membres d'une famille²⁰⁶. En conséquence, malgré le développement de la société, la

disponible en ligne à : <http://www.tapchiconsan.org.vn/Home/kinh-te-thi-truong-XHCN/2011/628/Tinh-dac-thu-theo-dinh-huong-xa-hoi-chu-nghia-cua-nen.aspx>; LE Vu Nam, « Bản chất của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 » (La nature de l'économie de marché à l'orientation socialiste dans le projet de l'amendement de Constitution 1992), *Revue Tap Chi Cong San*, 3 juillet 2013.

²⁰³ Avant le Doi Moi (1986), le Vietnam ne reconnaissait pas l'économie de plusieurs composantes, il y n'y avait que l'économie étatique et l'économie collective. Autrement dit, l'État ne reconnaît pas l'économie de production des marchandises, il s'agit d'une économie planifiée qui s'opère sous les ordres de l'État, voir en ce sens. DINH Van An et LE Xuan Ba (éd en chef), *Tiep tục xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng Xã hội chủ nghĩa* » (continuation de l'édification et du perfectionnement de l'économie de marché à orientation socialiste), éd. Khoa Hoc & Ky Thuat, 2006, p.68

²⁰⁴ Voir en ce sens. VU Van Phuc, « Tính đặc thù theo định hướng xã hội chủ nghĩa của nền kinh tế thị trường nước ta » (les caractéristiques de l'orientation socialiste de notre économie), *Revue Tap Chi Cong San*, 8 avril 2011, disponible en ligne à : <http://www.tapchiconsan.org.vn/Home/kinh-te-thi-truong-XHCN/2011/628/Tinh-dac-thu-theo-dinh-huong-xa-hoi-chu-nghia-cua-nen.aspx>

²⁰⁵ Voir. IFC, *Corporate Government Manuel*, Ha Noi 2010, p.25.

²⁰⁶ *Ibid.*

structure de l'actionnariat ne change pas beaucoup. Cette structure de caractère « familial » explique le manquement des mécanismes de contrôle ainsi que des règlements internes adéquats pour protéger les actionnaires minoritaires, par exemple le statut social, les règles intérieures, les codes de conduites etc. Dans un future proche, la concentration de l'actionnariat pourrait être changée parce qu'on voit la tendance de faire appel à l'épargne publique de grandes sociétés²⁰⁷.

120. La faible dissociation entre la propriété du capital et la direction de la société.-

Dans la majorité des sociétés anonymes au Vietnam, la plupart des actionnaires majoritaires détiennent en même temps les postes d'administrateur dans les sociétés, notamment les postes de président et de DG²⁰⁸. Cette réalité pourrait s'expliquer par la mentalité vietnamienne dite de « *petite paysannerie* » dont le caractère essentiel est le manquement de la confiance envers l'autrui en gestion des biens personnels. Autrement dit, le propriétaire du capital ne veut pas toujours confier la gestion de son patrimoine aux mains d'autrui. Cette mentalité a, d'une part, limité l'accès aux fonctions des administrateurs compétents qui ne sont pas actionnaires et, d'autre part, elle a rendu inefficace le pouvoir de contrôle interne. De plus, elle crée encore l'abus des pouvoirs dans la gestion sociale²⁰⁹.

121. La méfiance à l'égard de la *soft law*.- Au Vietnam, la *soft law* joue un rôle très faible dans le monde des affaires, c'est-à-dire que l'on ignore l'application volontaire des normes, des recommandations émises par les organisations représentatives des entreprises ou les associations des praticiens. C'est dans ce contexte que le législateur vietnamien est intervenu en adoptant les lois ou les circulaires pour contraindre les gens à respecter les principes de *corporate governance*. Par exemple, la Loi sur les Entreprises 1999, la Décision Ministérielle n° 12/2007 du 13 mars 2007 sur la promulgation des Principes de Corporate Governance applicable aux sociétés cotées.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Voir en ce sens, PHAM Duy NGHIA, Chuyen Khao Luat Kinh Te (Traité du Droits économiques), éd. Dai Hoc Quoc Gia Ha Noi, 2004, p 268; NGUYEN Ngoc Bich et NGUYEN Dinh Cung, Cong Ty. Von, Quan ly va Tranh Chap (Compagnie. Capital, Administration et Disputes), éd. Tri Thuc, 2009, p. 313.

²⁰⁹ Pour la mentalité de « petite paysannerie » des Vietnamiens dans le commerce, voir *supra* n° 43.

§2. La réflexion sur la *corporate governance* en droit vietnamien.

122. Évolution de la *corporate governance*. - C'est naturellement que les principes de *corporate governance* anglo – saxons ont progressivement gagné le droit vietnamien.

123. La LC 1990.- Il s'agit de la première loi vietnamienne qui reconnaît l'entreprise privée. Pourtant, la Loi sur les Compagnies 1990 est très pauvre en matière de *corporate governance*²¹⁰. En effet, cette Loi ne prévoit seulement que le CA comporte de trois à douze membres et le CA est « *l'organe chargé de la gestion de la société, il peut décider au nom de la société tous les problèmes, sauf ceux qui appartiennent aux pouvoirs de l'AG* »²¹¹. Cette loi prévoit également que le président peut cumuler la position de DG ou le CA va nommer un DG qui n'est pas administrateur²¹². Le DG assume la direction des affaires quotidiennes de la société. Pourtant la LC 1990 ne prévoit pas le mécanisme de fonctionnement du CA. En plus, cette loi ne régleme pas les obligations particuliers des dirigeants sociaux, elle prévoit une obligation ambiguë selon laquelle « *le CA est responsable devant l'AG des fautes de gestion, de la violation des statuts et des dispositions légales causant des préjudices à la société* ». En réalité, on ne savait pas comment définir les contours du terme « *responsable devant l'AG* ».

124. La Loi sur les Entreprises 1999. - Cette loi marque une grande évolution dans la transposition des principes fondamentaux de la gouvernance d'entreprise en droit des sociétés vietnamien. En réalité, les groupes de consultants occidentaux ont été un vecteur important de l'influence occidentale sur la transposition des principes de *corporate governance*²¹³. Par conséquent, la Loi sur les Entreprises 1999 a instauré de manière assez complète la structure interne de la société anonyme avec les organes typiques comme l'AG, le CA, le DG et le conseil de surveillance.

²¹⁰ Pour le thème de gouvernance d'entreprise en droit vietnamien, voir notamment, NGUYEN Dinh Cung, *op.cit.*, Hanoi, 2008 ; LE Minh Toan and GORDON W, "Corporate Governance of Listed Companies in Vietnam," *Bond Law Review*: V ol. 20 (2008), 2, Article 6, disponible en ligne à <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol20/iss2/6>; NGUYEN Ngoc Bich et NGUYEN Dinh Cung, *op.cit.*, p. 417 ss;

²¹¹ LC 1990.art 38.al.2

²¹² *Ibid.*

²¹³ En réalité, pour satisfaire les conditions imposées par Asian Development Bank dans le cadre des prêts financés destinés à améliorer le système juridique, le Vietnam devait inviter les consultants et experts juridiques venant des pays tels qu'Australie, Canada et New Zealand pour aider le Vietnam à rédiger la Loi sur les Entreprises 1999. C'est la raison qui explique pourquoi la Loi sur les Entreprises 1999 reçoit plusieurs principes à l'origine du droit de common law dont la théorie de *fiduciary duties*. Voir en ce sens, GILLESPIE J, *Transplanting Commercial Law Reform – Developing a 'Rule of Law' in Vietnam*, Aldershot: Ashgate, 2006, p.158 ss.

Cette Loi met le CA au centre des pouvoirs de gestion de la société. En effet, la Loi sur les Entreprises 1999 attribue au CA des pouvoirs et missions propres. Elle institue également les modalités de fonctionnement du CA. Parallèlement, la Loi sur les Entreprises 1999 met en exergue les devoirs des dirigeants de la société : le devoir de bonne foi, le devoir de loyauté ou le devoir d'éviter les conflits d'intérêts, le devoir d'engager les dettes sociales lorsque la société est faillite²¹⁴.

125. La Loi sur les Entreprises 2005.- Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 et elle est applicable communément à toutes les entreprises, qu'elle soit privée ou étatique²¹⁵. En ce qui concerne les principes de gouvernance d'entreprise, la Loi sur les Entreprises 2005 ajoute le droit à l'information des actionnaires et, notamment, la responsabilité de réparation des préjudices causés à la société²¹⁶. Pour faciliter la représentation des actionnaires minoritaires dans le CA, la Loi sur les Entreprises 2005 prévoit le mécanisme de vote cumulatif pour nommer des administrateurs²¹⁷. Le législateur impose également aux administrateurs la mission de surveillance de la direction générale des affaires de la société²¹⁸. En ce qui concerne les devoirs des dirigeants, outre les devoirs abordés par la Loi sur les Entreprises 1999, la Loi sur les Entreprises 2005 impose aux dirigeants le devoir de diligence et le devoir de loyauté envers la société et les actionnaires.

Cette Loi envisage également le principe de payement les rémunération des administrateurs selon lequel « *le conseil d'administration prévoit à l'unanimité le montant de rémunération à payer à chacun de ses membres. La somme totale des rémunérations allouées au conseil d'administration est fixée par l'assemblée générale annuelle* »²¹⁹.

126. La Décision 12/2007 : La reconnaissance officielle du terme « corporate governance » en droit des sociétés cotées. Le 13 mars 2007, le Ministre de Finance a promulgué la Décision n° 12/2007/QĐ-BTC (ci-après, « **Décision 12/2007** ») intitulée « *la promulgation de la règle de gouvernance d'entreprise applicable aux sociétés cotées en*

²¹⁴LE 1999.art. 86. 100. Pourtant, la LE 1999 n'est applicable qu'aux entreprises privées, alors que les entreprises étatiques sont soumises au droit des entreprises étatiques, les entreprises à participation de capital étranger sont soumises au droit des investissements étrangers.

²¹⁵ Pour les entreprises étatiques, la LEE n'est abrogé qu'au 30 juin 2010 conformément à l'article 166.1 de la LE 2005.

²¹⁶ LE 2005.art. 79.1 (e), le droit d'intenter une responsabilité civile contre les dirigeants est officiellement reconnu dans l'article 25 du Décret 102/2010.

²¹⁷ Pour le vote cumulatif, voir *supra* n°53 ss.

²¹⁸ Voir *infra* n°377 ss.

²¹⁹ LE 2005.art. 117.2 (a).

Bourse». C'est la première fois qu'un texte du droit des sociétés vietnamien reconnaît officiellement l'expression « *gouvernance d'entreprise* » (« *quan tri cong ty* » en vietnamien). Cette règle de gouvernance d'entreprise semble être inspirée par Les Principes de Gouvernement d'Entreprise de l'OCDE²²⁰. En effet, les auteurs de la Décision 12/2007 visent les objectifs suivants²²¹:

- Assurer une structure de gestion efficace ;
- Assurer les droits des actionnaires ;
- Le traitement équitable entre les actionnaires ;
- Assurer les droits des parties prenantes ;
- Assurer une transparence dans la gestion sociale ;
- Renforcer la fonction de contrôle du CA et du Conseil de Surveillance.

Pour mettre en œuvre les objectifs précités, la Décision 12/2007 se concentre ainsi sur le rôle du CA avec les administrateurs indépendants, sur les devoirs fiduciaires des dirigeants et sur la création de comités spécialisés.

En effet, la Décision 12/2007 a prévu que le CA comporte au moins cinq et au plus onze membres dans lesquels un tiers doit être les administrateurs indépendants²²². Le CA se doit de nommer, évaluer et révoquer le DG et les autres dirigeants statutaires, fixer leur rémunération, surveiller la conduite des activités de la société²²³.

La Décision 12/2007 préconise également la création de comités chargés de préparer en amont l'intervention du conseil d'administration et de la renforcer : le comité d'audit (*audit committee*), le comité des nominations (*nominating committee*) et le comité des rémunérations (*compensation committee*)²²⁴.

Parallèlement, la Décision 12/2007 impose aux dirigeants sociaux les devoirs propres : le devoir d'agir avec bonne foi, avec diligence pour assurer le mieux intérêt de la société²²⁵,

²²⁰Voir. NGUYEN Dinh Cung, *op.cit.*, Hanoi, 2008 ;

²²¹Voir. NGUYEN Ngoc Bich et NGUYEN Dinh Cung, *op.cit.*, p. 418.

²²² Décision 12/2007.art. 11.1

²²³ *Ibid.*art. 13

²²⁴ *Ibid.*art.15

²²⁵ *Ibid.*art.12.1

devoir d'éviter les conflits d'intérêts²²⁶, devoir de tenir compte des intérêts des parties prenantes²²⁷, devoir de transparence²²⁸.

Pour renforcer la surveillance de la gestion de la société, la Décision 12/2007 préconise la création du Conseil de Surveillance (CS) qui comporte de trois à cinq membres. Le CS a le droit d'accès à tous les documents et les informations de la société. Il peut également demander aux dirigeants de lui fournir les informations nécessaires²²⁹. Le CS doit soumettre à l'AG un rapport sur les activités de la société et sur l'évaluation des performances des dirigeants sociaux²³⁰.

127. Circulaire 121/2012.- Le 26 juillet 2012, le Ministre de Finance promulgue la Circulaire 121/2012/TT-BTC consacrant les règles de *corporate governance* applicables aux sociétés cotées (ci-après, « **Cir.121/2012** »). Ce texte remplace la Décision 12/2007. D'une façon générale, le contenu de la Cir.121/2012 n'a pas changé par rapport à la Décision 12/2007. Pourtant, le champ d'application de ce texte est plus étendu que la Décision 12/2007: la Décision 12/2007 n'est applicable qu'aux sociétés dont les titres sont cotés en bourse, alors que la Cir.121/2012 est applicable aux « *sociétés cotées* » qui comportent non seulement les sociétés dont les titres sont cotés en bourse, mais encore les sociétés qui ont fait une offre publique d'achat²³¹.

128. La Loi sur les Entreprises 2014. - Il s'agit de la loi du 26 novembre 2014 qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015. En ce qui concerne les aspects de la gouvernance d'entreprise, la Loi sur les Entreprises 2014, d'une part, maintient les principes prévus par les lois antérieures, et, d'autre part, cette Loi consacre une nouvelle structure de gestion de la société : c'est la formule de gestion sociale avec le CA et le DG, c'est-à-dire la formule

²²⁶ *Ibid.* art.23.1 et art. 24

²²⁷ *Ibid.* art.25

²²⁸ *Ibid.* art.27

²²⁹ *Ibid.* art.20

²³⁰ *Ibid.* art.8

²³¹ L'article 25 de la Loi sur les Valeurs Mobilières 2006 utilise le terme « sociétés publiques » pour désigner toutes les sociétés cotées suivantes :

- Les sociétés ont fait une offre publique d'achat;
- Les sociétés dont les titres sont cotés en bourse ;
- Les sociétés dont les actions sont détenues par au moins cent (100) investisseurs, à l'exclusion des investisseurs professionnels, et le capital libéré de la société doit atteindre plus de 10 milliard de Dong vietnamien.

sans le conseil de surveillance. Dans cette formule, la loi exige qu'au moins 20% des administrateurs doivent être les administrateurs indépendants et que le CA doive instituer un Commissariat aux comptes pour renforcer la surveillance de la direction de la société.

En plus, la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit expressément que les actionnaires peuvent intenter une action en responsabilité à l'encontre des dirigeants lorsqu'ils manquent à leurs obligations imposées par la loi²³².

129. En résumé, les règles de la gouvernance des sociétés proviennent de deux sources principales : une source de nature législative et une source de nature réglementaire. Ces sources contribuent une grande influence sur la détermination des pouvoirs du CA parce que selon Fama et Jensen, le CA et plus précisément les administrateurs jouent un rôle fondamental dans le processus de *corporate governance*²³³. Il représente le lien entre les pourvoyeurs de fonds (les actionnaires) et les personnes (les dirigeants) qui utilisent ces fonds pour créer de la valeur²³⁴.

SECTION 2. L'ATTRIBUTION DES POUVOIRS DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉ : INTERVENTION DES LÉGISLATEURS

130. L'origine légale du pouvoir des dirigeants.- Comme décrit plus haut, la loi accorde à la société les droits subjectifs lui permettant de réaliser ses objets sociaux. Pourtant, étant une personne morale, la société ne peut agir que par le biais de ses représentants. Ainsi, on peut penser que la société devrait attribuer directement, en principe, les pouvoirs aux dirigeants par la voie conventionnelle, c'est-à-dire par les mandats conclus entre les actionnaires et les dirigeants. Pourtant, l'examen du droit positif des sociétés au Vietnam révèle que la quasi-totalité des pouvoirs des dirigeants sociaux est attribuée par le législateur, une minorité des pouvoirs des dirigeants peuvent être déterminée par les actionnaires dans les statuts. Autrement dit, on pourrait remarquer que le législateur vietnamien a consacré le système des pouvoirs légaux en se fondant sur la théorie institutionnelle de la société.

²³² LE 2014.art 161.1

²³³ Voir. FAYOL H., *Administration industrielle et générale*, Paris, Dunod, 1970, p. 133

²³⁴ Voir. MILOUD T., « Aspects particuliers du Corporate Governance dans les S.A. », dans *Cahier de recherche*, n°5, mai 2005, p.7

131. De la combinaison des articles 149 et 157 de la Loi sur les Entreprises 2014, il résulte que le législateur vietnamien prévoit une large sphère des pouvoirs aux dirigeants de société anonyme : les pouvoirs de décisions (§1), les pouvoirs de représentation (§2), les pouvoirs de surveillance (§3) et les pouvoirs de proposition (§4).

§1. Les pouvoirs de décision.

132. Importance du pouvoir de décision.- L'attribution des pouvoirs aux organes de société demeure une facette centrale de la théorie de gouvernance d'entreprise²³⁵. En effet, gouvernance d'entreprise se réfère à l'ensemble « *des mécanismes organisationnels qui ont pour effet délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire* »²³⁶. L'entreprise est définie comme un mode d'organisation des ressources. Elle est également considérée comme un lieu de coordination mais un lieu de coordination non pas fondée sur la hiérarchie, mais sur l'échange et le contrat²³⁷. Au sein de l'entreprise, l'entrepreneur joue le rôle de coordinateur de la production. Il doit engager quotidiennement des employés et d'autres ressources. Pour optimiser les bénéfices de l'entreprise, l'entrepreneur doit chercher à réduire les coûts de production et de transaction. La réduction des coûts s'opère en conférant à l'entrepreneur le contrôle sur la réalisation de la transaction²³⁸. En outre, pour assurer le fonctionnement régulier de l'entreprise, l'entrepreneur doit engager quotidiennement des employés et d'autres ressources, le pouvoir de décision lui permet de ne pas avoir à négocier et à rédiger continuellement des contrats pour réaliser les fonctions de production²³⁹.

En droit, la société est considérée comme une structure d'accueil de l'entreprise et des personnes qui s'y associent. À ce propos, le pouvoir de décision permet à la personne ou à

²³⁵ Voir en ce sens, ROUSSEAU S., « Le rapport général », *op.cit.*, p. 28

²³⁶ Voir. CHARREAUX G., *Le gouvernement des entreprises- Corporate governance : théories et faits*, Paris, Economica, 1997, p. 1

²³⁷ Voir. JOFFRE P., *De nouvelles théories pour gérer l'entreprise*, Paris, Economica, 1987, p.83

²³⁸ Voir. Ronald H.COASE., "The nature of the firm", (1937) 4. *Economica* 386, 388

²³⁹ Voir. ROUSSEAU S., « Le rapport général », *op.cit.*, p. 29

l'organe qui est titulaire de jouer le rôle de l'entrepreneur dans la coordination de la production²⁴⁰.

133. En droit vietnamien, pour assurer une bonne coordination de la production au sein d'une société anonyme, le législateur répartit les pouvoirs de décision entre trois organes décisionnels de la société : l'AG, le CA et le DG. Dans le cadre d'une étude sur la responsabilité des dirigeants, on s'intéressera à l'analyse des pouvoirs de décisions de caractère collégial assumés par le CA (**I**) et ceux de caractère individuel assumés par le DG (**II**).

I. Les décisions collégiales prises par le CA.

134. Pouvoir général.- Dans la société anonyme de système « moniste », le CA est l'organe de gérance le plus puissant qui détient les pouvoirs de décision importants. En effet, l'article 149.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que « *le conseil d'administration est chargé de la gestion de la société. Il dispose de pleins pouvoirs pour décider et exercer, au nom de la société, tous les droits et obligations autres que ceux expressément attribués à l'assemblée générale* ». Le législateur attribue au CA une large sphère de pouvoirs de décision pour mettre en œuvre l'objet de la société. Autrement dit, le CA est l'organe social qui joue le rôle d'un entrepreneur dans la coordination de production de la société. D'une façon concrète, selon M. Paillusseau, le pouvoir de coordination dans une entreprise c'est « *décider de l'organisation de sa structure, de son fonctionnement, du management, de ses opérations ; c'est déterminer sa politique générale, sa stratégie, ses objectifs, sa politique commerciale, sa production, ses investissements, son expansion, la départementalisation et la filialisation de certaines de ses activités, ses implantations étrangères... ; c'est la fixation de sa politique financière, de son budget, de ses modalités de financement... ; c'est aussi la détermination de son organisation hiérarchique, des définitions de fonctions, des délégations de pouvoirs, des conditions de travail et de rémunération ; c'est, encore, l'engagement et le licenciement du personnel... ; c'est enfin, décider de l'affectation du profit de l'entreprise* »²⁴¹.

135. Caractère collégial du pouvoir du CA.- Quand on considère la position des administrateurs de la société, il faut faire la distinction entre les administrateurs en tant

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Voir. PAILLUSSEAU J., « l'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *PA*, 19 juin 1996, n° 74, p. 17

qu'individus, et le CA en tant que corps. Dans le cadre d'une société anonyme, les administrateurs individuels ne sont pas des mandataires de la société et ils ne peuvent prendre aucune décision à titre individuel²⁴², sauf une clause statutaire qui prévoit un pouvoir spécialement. Autrement dit, les administrateurs doivent agir « en bloc » pour engager la société.

A. Les pouvoirs de décision des objectifs stratégiques de la société.

136. Droit positif. - L'article 149.2 (a) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que le CA « décide de la stratégie, du plan de développement à moyen terme et du plan d'affaires annuel de la société ». Il s'agit donc d'une des décisions la plus importante du CA.

Le terme « stratégie » n'est pas défini dans les textes juridiques. C'est un terme prétorien pris au domaine militaire puis utilisé dans le domaine de management économique ou de marketing. D'une façon générale, la détermination de stratégie pour la société implique la recherche de la réponse à la question : « *qu'est-ce que la société doit faire pour pouvoir développer et dépasser ses concurrents?* »²⁴³. Autrement dit, la stratégie vise les objectifs de long terme ou les grandes orientations pour les opérations de la société. La stratégie est considérée comme la boussole qui guide toutes les autres activités sociales. Pour mettre en œuvre la stratégie déterminée, il nécessite encore la décision concernant les plans d'action de moyen terme.

En ce qui concerne le plan d'activité au moyen terme, le droit des sociétés ne prévoit pas quel est le « *moyen terme* ». En se référant au droit bancaire ou droit des finances publiques, il semble que le plan d'affaire de « *moyen terme* » est le plan d'affaires ayant le terme qui oscillant entre 1 an au minimum et 5 ans au maximum²⁴⁴.

²⁴² Voir en ce sens, MARTEL M et MARTEL P., *La compagnie au Québec. Les aspects juridiques*, éd. Wilson & Lafleur, 2002, n°22 – 2.

²⁴³ Voir. THUY Trang, “Doanh nghiệp Việt chậm trong tư duy chiến lược” (les entreprises vietnamiennes sont en retard dans la détermination des stratégies), PetroTimes, 20/08/2013.

²⁴⁴ On peut trouver cette disposition à l'article 8 Décision n° 1627/2001/QĐ-NHNN du 31 / 12/2001 du Gouverneur Général de Banque Centrale sur le Règlement des prêts des Institutions financières aux clients.

Le plan quinquennal semble influencé par l'économie soviétique. En effet, selon la théorie économique socialiste, la planification est un outil de régulation économique efficace de l'Etat. Ce style de la régulation économique a été introduit auparavant dans toutes les entreprises étatiques comme un outil pour que l'Etat régisse, de façon centralisée, directive et détaillée, l'activité de toutes les

B. Les pouvoirs de décision des mesures de mobilisation du capital.

137. Pour pouvoir mettre en œuvre des objectifs stratégiques de la société, il faut avoir du capital. La société anonyme peut mobiliser le capital selon plusieurs modalités parmi lesquelles l'émission des actions ou des obligations est la mesure typique la plus utilisée par les sociétés anonymes. Ainsi, la Loi sur les Entreprises 2014 permet aux administrateurs de proposer à l'AG « *le nombre et les catégories d'actions susceptibles de faire l'objet d'une offre de vente* »²⁴⁵. Si l'AG approuve cette proposition, le CA peut « *décider des offres de vente d'actions* »²⁴⁶ ainsi que « *décider du prix des actions et des obligations de la société mises en vente* »²⁴⁷.

C. Le pouvoir de décision des investissements.

138. De la combinaison des articles 135.2 (d) et 149.2. (e) de la Loi sur les Entreprises 2014, il résulte que le CA peut décider les projets d'investissement ayant une valeur inférieure à 35% de la valeur totale de l'actif mentionnée dans les livres comptables de la société, sauf une autre valeur d'investissement prévue dans les statuts de la société. En réalité, une des missions importantes de CA est d'accroître et de fructifier le patrimoine de la société. Pour remplir cette mission, il faut que le CA réalise des investissements en utilisant les biens sociaux.

139. La Loi sur les Entreprises 2014 ne définit pas la notion du terme « *investissement* ». Il faut donc se référer à l'article 3.1 de la Loi sur les Investissements 2005 selon lequel « *investissement s'entend de l'apport de capitaux en biens corporels ou incorporels par l'investisseur pour constituer des biens destinés à la réalisation d'activités*

entreprises. Le premier plan quinquennal a été lancé en Russie en 1928, par la suite dans les autres pays socialistes. Voir en ce sens, « *Communisme. Histoire économique des pays communistes* », disponible en ligne à : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/communisme-histoire-economique-des-pays-communistes/2-les-resultats-economiques/>; Larousse, « *La planification en économie capitaliste* » disponible en ligne à : <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/planification/80309>.

²⁴⁵ LE 2014.art.149.2 (b).

²⁴⁶ *Ibid.*, art.149.2 (c).

²⁴⁷ *Ibid.*, art.149.2 (d).

d'investissements »²⁴⁸. À cet effet, le CA peut décider l'achat des valeurs mobilières, la constitution des sociétés enfants, l'achat ou la construction des biens immobiliers²⁴⁹. Pourtant, Il faut noter que l'activité d'investissement concernant d'achat des valeurs mobilières ne fait pas l'objet d'un enregistrement au Registre du commerce si elle reste une activité subsidiaire de la société. Par contre, si cette dernière activité d'investissement est l'activité essentielle de la société, c'est-à-dire les bénéfices de la société viennent essentiellement de cette activité d'investissement, la société doit l'enregistrer dans le certificat d'immatriculation comme un objet social. À défaut de l'enregistrement, les dirigeants sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale pour l'infraction de l'article 159 du Code pénal 1999 dit « *réaliser les activités affaires contrairement au contenu du certificat d'immatriculation* ». Cette réalité est confirmée dans l'affaire de Nguyen Duc Kien²⁵⁰. En espèce, Nguyen Duc Kien a fondé plusieurs sociétés qui ont enregistré des activités d'affaire différentes dans les certificats d'immatriculation. Pourtant, selon la Cour populaire de Hanoi « *ces sociétés ne mettent en œuvre aucun objet social enregistré, elles ne font que des achats et de ventes des valeurs mobilières (qui ne sont pas enregistrés dans le certificat d'immatriculation), c'est en ce sens que l'on peut affirmer que Nguyen Duc Kien a fondé les sociétés pour le seul but d'émettre les obligations pour mobiliser les fonds, acheter les actions des autres sociétés [...]* »²⁵¹.

D. Le pouvoir d'approbation des transactions de grandes valeurs.

140. Droit positif. - L'article 149.2.(h) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que le CA est compétent « *d'approuver les contrats de vente, d'emprunt, de prêt et les autres contrats*

²⁴⁸ Dans l'article 108.2. (e) de la LE 2005, Il y a une ambiguïté concernant la signification des termes "plans d'investissement" et "projets d'investissement". Si le terme «projets d'investissement » est défini par la Loi sur les Investissements 2005 comme « l'ensemble des propositions de financement à moyen et long terme afin d'exercer des activités d'investissement dans un lieu et pour une période déterminés », le terme «plans d'investissement » n'est défini par aucun texte. Par déduction de l'article 70.1 de la Loi sur les Investissements 2005, il semble que le terme « plans d'investissement » désigne les projets détaillés ou les modules concrets servant à mettre en œuvre le projet d'investissement. Par exemple, le CA de la société X a approuvé un projet d'investissement de construction d'une nouvelle usine. Pour réaliser ce projet, il faut que le CA approuve des plans d'investissement en détail tels que le plan de mobilisation du capital, le plan d'usage de personnel, plan de choix des technologies etc.

²⁴⁹ *Ibid.*, art.149.2 (l).

²⁵⁰ Voir arrêt N° 219/2014/HSST du 9 juin 2014 de la Cour Populaire de la ville de Hanoi (ci-après citer « arrêt *Nguyen Duc Kien* » ou « *Affaire Nguyen Duc Kien* »).

²⁵¹ Arrêt Nguyen Duc Kien, p. 42

d'une valeur supérieure ou égale à 35% de la valeur totale de l'actif inscrite dans le dernier rapport financier de la société, ou à un pourcentage moins élevé déterminé par les statuts, sous réserve des contrats et actes prévus aux articles 136.2 (d), 162.1 et 162.3 de la présente Loi »²⁵². Ainsi, tous les actes de disposition ou d'administration concernant les biens de la société ayant une valeur supérieure ou égale à 35% de la valeur totale de l'actif inscrit dans le dernier rapport financier de la société doivent faire l'objet d'une approbation préalable du CA. Par conséquent, les actionnaires peuvent renforcer le pouvoir de décision du CA en prévoyant dans les statuts un pourcentage inférieur à celui prévu par la loi, par exemple « *supérieure ou égale à 20%* » de la valeur totale de l'actif inscrite dans le dernier rapport financier de la société. Ce pourcentage explique également la limite du pouvoir de décision du DG, c'est-à-dire que le DG a le pouvoir discrétionnaire de conclure les actes ayant une valeur au seuil réservé à la sphère des pouvoirs de décision du CA.

141. Inopposabilité aux tiers.- Sous réserve des règles applicables aux conventions réglementées qui prévoient expressément qu'un acte conclu sans approbation préalable du CA sera nul²⁵³, il apparaît que le dépassement du pouvoir des décisions du CA est inopposable aux tiers. Citons par exemple l'affaire entre la SA PV2 et la société anonyme Vietsan. En espèce, PV2 a signé deux contrats de vente d'acier avec la société anonyme Vietsan d'une valeur d'environ 42 milliards de dong (soit 1.5 million d'euros). Une des conditions du contrat est que la société Vietsan devait fournir la lettre de garantie d'une banque engageant le paiement de la dette de Vietsan. Ensuite, Vietsan a fourni à PV2 deux lettres de garantie de l'Agribank conformément à la demande de PV2.

Quand Vietsan a omis l'obligation de payer sa dette, PV2 a demandé à l'Agribank d'exécuter la dette contractée par Vietsan. Pourtant, l'Agribank a refusé de le faire en alléguant que la branche émettant ces deux lettres de garantie n'avait pas respecté les règles internes de la banque Agribank. Selon l'Agribank, ces deux lettres de garanties n'avaient donc pas d'effet juridique.

La question de droit consiste à trouver la réponse à la question de savoir si la société est engagée par un acte irrégulièrement signé par le directeur d'une branche. La Cour d'appel de Hanoi a raisonné ainsi : « *les deux lettres de garanties de la branche de Hong Ha signées par Do Duc Hung, le directeur de branche, sont conformes à la sphère de pouvoir*

²⁵² L'acte prévu dans l'article 136.2 (d) est le rapport du CS sur les activités du CA, les actes prévus aux articles 162.1 et 162.3 sont les conventions réglementées.

²⁵³ LE 2014.art. 162.4

de ce directeur. M. Do Duc Hung doit être responsable personnellement devant l'Agribank de ses omissions. Il n'y a pas donc de motif pour annuler les lettres de garanties »²⁵⁴.

E. Le pouvoir de nomination et de révocation du DG et d'autres dirigeants statutaires.

142. En vertu de l'article 149.2 (i) de la Loi sur les Entreprises 2014, le CA est habilité à décider de la nomination, de la révocation du DG et des autres dirigeants statutaires. Par conséquent, si la nomination du DG et des dirigeants statutaires fait l'objet d'un contrat de travail, ce contrat doit être subordonné à une approbation préalable du CA. À cet effet, le CA peut décider le salaire ou les rémunérations du DG et des autres dirigeants statutaires.

Le CA peut également nommer et révoquer les représentants permanents qui *« représentent la société dans d'autres sociétés dont elle détient des actions ou une part sociale »*. En outre le CA peut décider la rémunération et des autres intérêts au profit de ces représentants permanents.

En ce qui concerne le pouvoir de révocation d'un dirigeant, il est très délicat à mettre en œuvre lorsqu'il existe un contrat de travail²⁵⁵. En effet, la décision de révocation ne doit pas être considérée comme la résiliation unilatérale du contrat de travail. En principe, pour pouvoir remercier le dirigeant salarié, la société doit donc fournir la preuve d'une faute grave qui peut servir de la cause de résiliation unilatérale²⁵⁶. À défaut d'une telle faute, la

²⁵⁴ Voir. HOANG Duy, « Agribank thua kiện trong tranh chấp hợp đồng bảo lãnh » (Agribank a perdu dans l'affaire de contrat de garantie), *Dau Tu Chung Khoan*, 9 août 2013

²⁵⁵ En réalité, le droit vietnamien n'interdit pas à un dirigeant de signer un contrat de travail avec la société.

²⁵⁶ Article 38.1 du Code de travail 2012 prévoit que l'employeur a le droit de résilier unilatéralement le contrat de travail dans les cas suivants:

- a) le salarié n'accomplit pas, de manière répétitive, ses missions définies dans le contrat;
- b) le salarié signataire d'un contrat de travail à durée indéterminée est malade et a été absent pendant douze mois consécutifs pour suivre un traitement médical; le salarié signataire d'un contrat de travail à durée déterminée est malade et a été absent pendant six mois consécutifs pour des raisons médicales; le salarié signataire d'un contrat de travail saisonnier est malade et a été absent pour des raisons médicales pendant plus de la moitié de la durée du contrat sans que sa capacité de travail ne soit rétablie. Lorsque le salarié est guéri, le contrat de travail peut faire l'objet d'un examen pour être rétabli.
- c) à la suite d'un incendie, d'une calamité naturelle ou d'un autre cas de force majeure réglementé par le Gouvernement, l'employeur est contraint de réduire la production et les effectifs quoiqu'il se soit efforcé de surmonter l'obstacle;
- d) L'employé est absent du local de travail conformément à disposition prévu par l'article 33 de ce Code;

société doit indemniser le dirigeant des dommages –intérêts conformément au droit du travail.

143. Prenons un exemple récent: en novembre 2012, le tribunal de l'arrondissement de Tan Binh, Ho Chi Minh ville, a rendu un arrêt à l'encontre de la SARL Viet Han My. Cette société a été obligée de payer une somme d'argent de 300 million de dong (soit 10.000 Euro) à M. Nguyen Duy M., son ancien directeur de vente. En espèce, la société Viet Han My avait conclu un contrat à durée indéterminée avec M. Nguyen Duy M. avec le salaire 1.300 USD /mois et le conseil des membres de la société l'avait nommé le directeur de vente. Le 10 octobre 2011, le conseil de société a pris une décision de révocation de monsieur Nguyen Duy Minh et huit jours après, la société a annoncé la résiliation du contrat de travail avec ce dirigeant. Selon le tribunal *« la révocation du directeur de vente du conseil des membres ne fait pas partie des cas de résiliation du contrat prévu dans l'article 38.1 du Code de travail 1994. La société, en utilisant ce motif pour prendre une décision de résiliation du contrat de travail de monsieur Nguyen Duy Minh, a commis une infraction de la loi »*.

F. Le pouvoir de décider l'organisation interne de la société.

144. Article 149.2 (l) de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que le CA a le pouvoir de *« décider du schéma d'organisation et des règlements intérieurs de la société »*. Il s'agit des décisions concernant l'approbation de l'organisation de la structure interne de la société soumise par le DG. Par exemple, dans une société de production, le CA peut décider l'instauration des *« organes spéciaux »* pour mettre en œuvre l'objet de la société. Il en est ainsi la direction générale, l'organe de produit, l'organe de marketing, l'organe de ressource humaine etc.

En ce qui concerne la décision de promulguer des règlements intérieurs de la société, il s'agit des textes régissant la conduite des dirigeants et du personnel. Il faut noter que lesdits règlements ne doivent pas être contraires à la loi et aux statuts. En assumant cette fonction, il semble que le CA détient le pouvoir législatif au sein de la société.

II. Les décisions individuelles assumées par le DG.

145. La nomination du DG. - En vertu de l'article 157.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, le CA va nommer un administrateur ou une autre personne au poste de DG de la société. Le président peut cumuler le mandat de DG si le statut ne l'interdit pas expressément ou si l'État détient plus de 50% des actions dans la société²⁵⁷. On se demande alors quel est le statut du Président – Directeur Général si celui-ci avait cumulé deux mandats antérieurement au moment où l'État détient plus de 50% des actions dans la société. Il apparaît que dans cette circonstance, le CA devra annuler un de deux mandats du dirigeant en cause. Pourtant, on se demande encore ce qui se passe si après quelques jours, l'actionnaire étatique cède ses actions à un autre particulier car dans une société anonyme, l'actionnaire est libre de céder ou d'acquérir les actions. Ainsi, cette disposition ambiguë peut créer des perturbations vis-à-vis l'organisation de la société. Il serait donc préférable que la condition de détention de plus de 50% des actions ne produise pas d'effet rétroactif pour les nominations antérieures.

146. Domaine du pouvoir du DG.- En principe, toutes les opérations de la société relèvent de la sphère de pouvoirs de décision du CA parce que le CA *«est chargé de l'administration de la SA. Il dispose de pleins pouvoirs pour décider et exercer, au nom de la société, tous les droits et obligations autres que ceux expressément attribués à l'assemblée générale»*²⁵⁸. Pourtant, le CA est un organe collégial, toutes les décisions du CA doivent donc faire l'objet d'une réunion des administrateurs. Or, la réunion du CA nécessite généralement une procédure légale qui est compliquée. Ainsi, si toutes les affaires de la société se soumettent aux décisions du CA, elles risquent d'être en stagnation ou les actes risquent d'être remis en cause par la violation des règles procédurales. C'est peut-être en ce souci que le législateur donne des pouvoirs de décision des affaires quotidiennes de façon indépendante au DG. En d'autres termes, le législateur cherche également à procéder à une répartition équilibrée des pouvoirs au sein des sociétés anonymes entre le CA et le DG. Ainsi, on trouve que le DG de la société anonyme vietnamienne a un statut relativement indépendant à l'égard du CA en ce sens qu'il détient les pouvoirs de décision attribués par la loi ou les statuts.

²⁵⁷*Ibid.*, art.116.2

²⁵⁸ LE 2014.art.149.1

147. Il convient, en premier temps, d'aborder les pouvoirs de décision du DG (A) et dans le deuxième temps, la possibilité de délégation des pouvoirs de cet organe (B).

A. Les pouvoirs du DG.

1. La décision des affaires journalières

148. **Droit positif.** - Selon l'article 157.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, le DG est « *habilité à diriger les affaires journalières de la société* ». Le droit des sociétés est muet sur une définition de l'expression « *affaires journalières* ». En réalité, il n'est pas facile de donner une définition unique de l'expression applicable à toutes les sociétés car chaque société a une taille et un genre d'activités différentes. D'une façon générale, les affaires journalières semblent être les opérations qui se déroulent quotidiennement ou répétitivement dans la société et qui nécessitent une décision prompte. Citons par exemple, l'embauche ou licenciement des employés, la signature des chèques, la signature des contrats de vente des produits ou l'achat des matériaux de productions etc.

149. **Affaires journalières en droit étranger.** - Dans plusieurs législations du système de *common law*, la gestion des affaires journalières relève des pouvoirs du *board of directors*, ceux qui ont délégué ladite gestion à un ou plusieurs « *day to day* » *executive directors* (ou *executive officers* en droit américain)²⁵⁹. Pourtant, le droit des sociétés de du système de *common law* ne définit pas non plus les contours des affaires journalières. La doctrine classe les affaires journalières dans la sphère de *management capacity* qui relève du pouvoir des *executive directors*²⁶⁰.

150. En droit belge, la « *gestion journalière* » des affaires est également mentionnée dans l'article 63 de Lois Coordonnées sur Les Sociétés Commerciales et le sens juridique de ce terme est défini par la jurisprudence. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation belge du 17 septembre 1968, les juges affirment que la gestion journalière est « *le pouvoir*

²⁵⁹Voir. PALLE-GUILLABERT F., « Président du conseil d'administration et dirigeant responsable », *Bulletin de la Banque de France*, N° 97, janvier 200; TRICKER B., *op.cit.*, p.108; voir également, ABA., « Model Business Corporation Act », section §8.01 et les commentaires.

²⁶⁰ Selon Tricker les *directors* jouent le rôle de veiller à ce que les activités dites *management* exercées par les *exécutif directors* soient « being run well and in the right direction », voir. TRICKER B., *op. cit.*, p.108.

d'accomplir des actes d'administration ne dépassant pas les besoins de la vie quotidienne de la société, ou qui en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution ne justifie pas l'intervention du conseil d'administration lui-même ». Cette opinion avait été également consacrée par Fredericq selon lequel “ *les actes de gestion journalières sont ceux qui ne sont que l'exécution de la ligne de conduite tracée par le conseil et ceux qu'il est nécessaire d'accomplir au jour le jour pour assurer la marche des affaires sociales*²⁶¹”.

2. Le pouvoir de mise en œuvre des décisions du CA.

151. Selon les articles 157.3 (b) et (c) de la Loi sur les Entreprises 2014, le DG est attribuée la mission de mettre en œuvre les décisions du CA, les projets d'investissement de la société. Il s'agit donc le pouvoir de décider les plans d'utilisation des ressources humaines et financières, d'approuver les plans opérations détaillées élaborées par les organes fonctionnels, de conclure des contrats avec les partenaires.

3. Pouvoirs relatifs aux autres dirigeants.

152. Selon les articles 157.3 (dd) de la Loi sur les Entreprises 2014, le DG est investi le pouvoir de nommer et de destituer des dirigeants à des postes qui ne relèvent pas du pouvoir du CA. En pratique, cela concerne les dirigeants statutaires tels que les vices – directeurs généraux, les directeurs techniques. La nomination de ces derniers dirigeants semble être subordonnée à un contrat de travail avec un emploi effectif.

4. Les pouvoirs relatifs au personnel.

153. Pouvoir de décision de l'embauche, du licenciement et du salaire du personnel. - Selon les articles 157.3 (g) de la Loi sur les Entreprises 2014, le DG est investi le pouvoir d'embaucher et de licencier les employés de la société. En parallèle à ces derniers

²⁶¹Voir. FREDERICQ L., *Traite de droit commercial belge*, Tome V, ed grand, 1950, n°. 459 ; voir également : OLIVIER H., DEBOECK K., *Vade Mecum de l'Administration de Société Anonyme*, éd. Créadif, 5^{ème} édition, Bruxelles, p. 172 ss.

pouvoirs, le DG peut encore décider le salaire et les rémunérations des employés²⁶². Il semble que ce pouvoir est très important pour que les décisions du DG soient efficacement exécutées. En effet, les salariés souhaitent toujours de recevoir un bon salaire. Or, cette expectation dépend toujours de l'évaluation du DG de la performance de leurs services.

154. En résumé, le DG en droit vietnamien est investi de larges pouvoirs pour assurer une direction générale effective de la société. Pourtant, il est illusoire de penser qu'un seul DG puisse contrôler efficacement toute l'étendue de l'activité d'une grande société ou d'un groupe, notamment quand il s'agit d'une structure agissant sur différents secteurs fonctionnels ou géographiques. Ainsi, on se demande si un DG peut déléguer une partie de ses pouvoirs à d'autres personnes.

B. La délégation du pouvoir.

155. Silence du droit des sociétés vietnamien.- En réalité, l'utilisation adéquate de la délégation de pouvoirs permet donc au DG de gérer efficacement, au sein d'une société la répartition des compétences et des risques. Pourtant, le droit des sociétés vietnamien ne prévoit pas la possibilité du DG de déléguer ses pouvoirs à d'autres personnes²⁶³. Il semble que cette faculté de délégation est subordonnée à une clause statutaire conformément à l'article 157.3(i) de la Loi sur les Entreprises 2014.

156. La délégation du pouvoir en droit commun. – En l'absence du droit des sociétés, on peut se référer au droit civil pour déterminer la possibilité de délégation du pouvoir du DG. En matière du droit civil, le DG pourrait déléguer tous ou une partie de ses pouvoirs à une ou certaines personnes. La délégation globale des pouvoirs ne pourrait se faire que lorsque le DG est en même temps le représentant légal unique de la société et il part pour l'étranger plus de 30 jours²⁶⁴.

En pratique, la délégation est généralement constatée sous la forme d'un acte de nomination dans lequel le DG mentionne le poste assumé par le délégataire ainsi que le contenu des pouvoirs délégués. La délégation peut être faite pour une durée déterminée

²⁶² LE 2014. Art.157.3 (e)

²⁶³ Sous l'empire de la LE Publiques 2003, le législateur prévoit expressément que le DR des entreprises étatiques peut déléguer une partie de ses pouvoirs aux vices – directeurs généraux.

²⁶⁴ LE 2014.art. 13.5, voir également *infra* n° 157.

conventionnellement conventionnée par les parties, à défaut la délégation produit effet pendant un an à compter de sa conclusion²⁶⁵.

157. Selon le droit civil, après la délégation du pouvoir, si le délégataire commet une faute civile dans le cadre de ses fonctions, la responsabilité civile de la société sera engagée²⁶⁶. Pourtant, le délégataire sera tenu responsable pénalement des actes réalisés dans l'exercice des pouvoirs dévolus par le délégant.

§2. Pouvoirs de représentation: Pluralité des représentants légaux

158. Définition du pouvoir de représentation.- Le pouvoir de représentation implique la prérogative dévolue à un dirigeant, celle –ci lui permet de représenter la société dans ses rapports avec les tiers, c'est-à-dire que tout acte accompli par ce dirigeant engagera la société²⁶⁷. En droit vietnamien, le pouvoir de représentation est assumé par le représentant légal qui est habilité à exercer au nom et pour le compte de la société tous les droits et les obligations de la société qui sont nés des transactions entre celle-ci et les tiers²⁶⁸. Concrètement, dans les relations avec les tiers, le représentant légal négocie et conclut des contrats, exécute les obligations de société etc.²⁶⁹.

159. Évolution dans la détermination des pouvoirs de représentation.- Dans la première LC 1990, la question de représentation n'était pas clairement abordée pour la société. La loi ne prévoyait que « *le CA a le pouvoir d'agir au nom de la société pour décider tous les problèmes concernant les droits et les intérêts de la société, sauf ceux appartiennent aux pouvoirs de l'AG* »²⁷⁰. Cette disposition suppose une double hypothèse. En premier lieu, on peut déduire que le CA exerce en principe le pouvoir de représentation en collège. En deuxième lieu, le CA peut déléguer le pouvoir de présentation à un administrateur. En pratique, c'était le président – directeur général qui assurait en général le pouvoir de représentation.

²⁶⁵ C.civ.2005.art. 582

²⁶⁶ Voir *infra* n° 450.

²⁶⁷ Voir en ce sens, JEANTIN M., *op.cit.*, n° 260 ; ROUSSEAU S., *op.cit.*, p. 2-47

²⁶⁸ LE 2014.art.13.1

²⁶⁹ Voir. LE CANNU P et DONDERO B., *Droit des sociétés*, Montchrestien – Lextenso, 4eme éd., 2012, n° 800.

²⁷⁰ LC 1990.art.38 al. 2

Dans la Loi sur les Entreprises 1999 et Loi sur les Entreprises 2005, le pouvoir de représentation de la société anonyme a été dévolu au représentant légal qui était soit le président, soit le DG. En effet, la loi prévoyait que le DG était le représentant naturel de la société si le statut ne prévoyait pas expressément que cette position est assumée par le président²⁷¹. Pourtant, la concentration du pouvoir de représentation dans la main d'une seule personne a été l'origine de difficultés dans le fonctionnement de la société²⁷².

La Loi sur les Entreprises 2014 consacre une réelle révolution en matière de représentation de la société. En effet, cette Loi permet aux actionnaires de prévoir dans le statut que la société peut avoir plusieurs représentants légaux²⁷³. En vertu de l'article 134.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, lorsque la société dispose un seul représentant légal, le statut doit prévoir expressément que ce mandat est dévolu au président ou au DG, à défaut d'une telle clause statutaire, le président sera le représentant légal naturel de la société. Lorsque la société dispose de plusieurs représentants légaux, le président et le DG seront les représentants légaux naturels de la société. Pourtant, la loi ne prévoit pas qui est compétent de désigner les autres postes de représentant légal. Il semble que le CA est l'organe habilité à désigner ces représentants légaux et à aménager leurs attributions.

160. Délégation du pouvoir de représentation.- Pour assurer une bonne marche de la société, la Loi sur les Entreprises 2014 exige que la société doive avoir toujours un représentant légal permanent au Vietnam²⁷⁴. À cet effet, lorsque la société institue un seul représentant légal, celui-ci doit habiter de façon permanente au Vietnam et lorsqu'il part pour l'étranger il doit déléguer le pouvoir de représentation à une autre personne physique. Pourtant, en matière de responsabilité civile, la loi prévoit que le dirigeant déléguant sera solidairement responsable des actes réalisés par le délégataire²⁷⁵.

²⁷¹ LE 1999.art.85.1 et LE 2005.art.116.1.

²⁷² Voir. VU Van Tinh., « Quyền lực của người đại diện theo pháp luật trong CTCP » (*Les pouvoirs du représentant légal dans la société anonyme*), *Revue Dau Tu Chung Khoan*, 12 septembre 2013, disponible en ligne à : « <http://tinnhanhchungkhoan.vn/dau-tu/quyen-luc-cua-nguoi-dai-dien-theo-phap-luat-trong-ctcp-12431.html> »

²⁷³ LE 2014.art.13.2

²⁷⁴ *Ibid*.art.13.3

²⁷⁵ *Ibid*.

Si le délai du mandat de représentation arrive au terme mais que le représentant légal ne revient pas, le délégataire est habilité à continuer le mandat jusqu'à ce que le délégant revienne ou le CA puisse désigner une autre personne au poste de représentant légal²⁷⁶.

161. Remplacement du représentant légal.- En vertu de l'article 13.5 de la Loi sur les Entreprises 2014, lorsque la société le représentant légal unique part pour l'étranger plus de 30 jours sans avoir délégué le pouvoir de représentation à un, le CA peut procéder à la nomination d'un représentant légal pour le remplacer.

162. Limite du pouvoir de représentation.- Le droit des sociétés vietnamien ne prévoit pas expressément la limite du pouvoir de représentation des représentants légaux de la société. Il faut donc référer au droit de la personne morale pour la déterminer.

En vertu de l'article 86.1 du Code civil de 2005, à chaque personne morale est dévolue des droits subjectifs conformément à son objet. Cette disposition suppose donc que la personne morale ne peut pas investir ses représentants les pouvoirs qui n'entrent pas dans la sphère de ses droits subjectifs, c'est-à-dire les droits subjectifs qui permettent à la personne morale de réaliser ses objets. Ainsi, on peut déduire que l'objet de la personne morale peut délimiter les pouvoirs de ses représentants, y compris le pouvoir de représentation par rapport à son objet.

Selon l'article 144.3 du Code civil de 2005, le représentant légal d'une personne morale ne peut qu'agir dans la limite de ses pouvoirs de représentation. L'analyse de l'article 86.1 précité nous permet de déduire que le représentant en cause ne peut pas dépasser la limite de l'objet poursuivi par la personne morale. Par conséquent, l'article 146.1 du Code civil de 2005 prévoit que la personne morale n'est pas engagée par les actes conclus par ses représentants qui dépassent les pouvoirs de représentation, c'est-à-dire qui n'entrent pas dans l'objet de cette personne morale. Ce qui nous amène à dire que le pouvoir de représentation des dirigeants sociaux est limité par les objets de la société, c'est-à-dire les activités auxquelles la société peut se livrer afin de faire des bénéfices²⁷⁷. Par conséquent, en vertu de l'article 93.1 du Code civil de 2005, il apparaît que la société est engagée par les actes qui entrent dans la limite de l'objet social même si l'acte accompli est contraire à

²⁷⁶ *Ibid.* art. 13.4 (a) et (b)

²⁷⁷ Voir la définition de « l'objet social » : RIPERT G. et ROBLOT R., *op.cit.*, n° 1056-59

son intérêt²⁷⁸. À propos de sanction du dépassement de l'objet social, la jurisprudence majoritaire se fonde sur l'obligation de se conformer à l'objet social pour juger nul tous les actes dont l'objet n'entre pas dans la limite de l'objet social²⁷⁹.

163. Prenons l'exemple de l'affaire *Thien Y*²⁸⁰. En espèce, la Société Thien Y est une société de consultation d'investissement, de construction, de service commercial. Le 28 avril 2008, la société Thien Y a conclu un contrat de service avec madame Quyen et monsieur Quy, selon le contrat, la société Thien Y va assister Madame Quyen et Monsieur Quy pour accomplir des procédures juridiques pour qu'ils puissent vendre leur terrain à une autre personne. Madame Quyen et monsieur Quy ont payé le prix de service de 300 million de Dong. En alléguant que la société Thien Y n'a pas de capacité de fournir les services juridiques²⁸¹, Madame Quyen et Monsieur Quy ont demandé au tribunal de juger nul le contrat souscrit. Le tribunal, en regardant le certificat d'immatriculation de la société Thien Y, annonce qu'il ne trouve pas l'enregistrement de l'activité correspondant aux services que la société fournit à Madame Quyen et Monsieur Quy. En se basant sur les articles 7 et 9 de la Loi sur les Entreprises 2005²⁸², les juges ont jugé nul ledit contrat.

164. Il résulte de ces règles précitées qu'il appartient aux tiers de vérifier, avant de contracter avec le dirigeant de la société, si l'acte envisagé entre bien dans les limites de l'objet social.

²⁷⁸ Cette solution est également retenue en droit français. En effet, selon l'article L.225-35.al. I du Code de commerce, la société anonyme française demeure engagée lorsque l'acte accompli excède l'objet social, sous réserve qu'elle « prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ». Cette disposition semble être favorable vis-à-vis des tiers contractants avec la société. Voir; RIPERT G. et ROBLOT R., *op.cit.*, n° 1672.

²⁷⁹ Voir en ce sens, LE Minh Tâm, « Hoạt động kinh doanh không đúng các ngành nghề đã đăng ký: pháp luật, thực tiễn tài phán và các quan điểm » (les activités commerciales ne sont pas inscrites dans le certificat d'enregistrement : la loi, la réalité jurisprudentielle et les discussions), site web de la Cour Populaire Suprême, disponible en ligne <http://toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p_page_id=1754190&p_cateid=1751909&item_id=24701204&article_details=1>

²⁸⁰ Voir l'arrêt n° 2354/2009/DSPT du 10/12/2009 de la Cour Populaire de Ho Chi Minh ville.

²⁸¹ En droit vietnamien, seul l'avocat (ou les cabinets d'avocat) peut fournir de tels services juridiques.

²⁸² L'article 9.1 de LE 2005 l'entreprise doit « Exercer des activités d'affaires dans les secteurs ou les métiers inscrits dans le certificat d'immatriculation; réunir les conditions requises pour les secteurs et les métiers soumis à condition avant d'exercer les activités d'affaires ».

§3. Pouvoirs de convocation de l'AG et pouvoir de proposition.

165. Pouvoir de convocation de l'AG.- En vertu de l'article 136.3 et 136.4 de la Loi sur les Entreprises 2014, le CA est l'organe qui est habilité de préférence à convoquer l'AG²⁸³. Par conséquent, il a le pouvoir discrétionnaire de décider l'ordre du jour et les documents de travail pour l'AG. Il est également compétent de mettre en œuvre le vote par correspondance aux fins de l'adoption des décisions par l'AG²⁸⁴. Pour éviter l'abus du pouvoir pour déterminer l'ordre du jour de l'AG, l'article 138.2 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que tout actionnaire ou groupe d'actionnaires détenant au moins 10% des actions pendant une période de 6 mois consécutifs peuvent proposer des questions à inscrire à l'ordre du jour de l'AG. La proposition doit être établie par écrit et adressée à la société au plus tard 3 jours ouvrables avant l'ouverture de l'assemblée générale, sauf les cas où les statuts de la société prévoient un autre délai.

166. Pouvoir de proposition. - En vertu des articles 108.2 (n) et (o) de la Loi sur les Entreprises 2005, le CA a le pouvoir de proposer à l'AG le montant du dividende à payer, la restructuration, la dissolution de la société ou l'ouverture d'une procédure collective.

²⁸³ Outre le CA, le conseil de surveillance est également compétent de convoquer l'AG (LE 2014.art.136.5), si le conseil de surveillance ne le fait pas, les actionnaires détenant au moins 10% des actions pendant une période de 6 mois consécutifs peuvent convoquer l'AG (LE 2014.art.136.6)

²⁸⁴ LE 2005. art. 108.2(l). En vertu de l'article 104.2 de la LE 2005, les sujets suivants ne doivent pas faire l'objet d'un vote par correspondance, sauf une clause contraire du statut : a) L'amendement des statuts de la société; b) L'adoption des orientations de développement de la société; c) La détermination des différentes catégories d'actions et du nombre total par catégorie des actions susceptibles de faire l'objet d'une offre de vente; d) L'élection, la révocation et la destitution des membres du conseil d'administration et du comité de contrôle; e) L'investissement ou la vente des biens, d'une valeur égale ou supérieure à 50% de la valeur totale de l'actif mentionnée dans le dernier rapport financier de la société, sauf disposition contraire des statuts de la société; f) L'adoption du rapport financier annuel; g) La restructuration ou la dissolution de la société.

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE

167. Le titre préliminaire présente essentiellement la description du portrait des dirigeants responsables en droit vietnamien des sociétés anonymes. Il s'agit des personnes qui participent à la gestion des affaires de la société. Le droit vietnamien détermine les dirigeants à travers les titres qu'ils occupent dans les organes sociaux. Il s'agit donc des administrateurs, du président, du DG. Le droit vietnamien permet encore aux actionnaires de fixer par convention dans les statuts qui peut être dirigeant de la société, on parle alors des dirigeants statutaires. En droit français, dans le modèle moniste, les dirigeants sociaux sont les administrateurs, le président, le DG, le directeur général délégué en fonction de l'étendue de la délégation reçue. Pourtant, la détermination des dirigeants à travers les titres ne prend pas en considération les personnes qui agissent comme les dirigeants, bien qu'ils ne soient pas régulièrement nommés. En effet, face à la question de *dirigeant de fait*, le droit français peut servir de l'exemple pour le droit vietnamien.

En ce qui concerne les conditions de nomination des administrateurs, le droit français et le droit vietnamien fonctionnent de manière quasi-similaire. Dans les deux ordres juridiques, ce sont plutôt les législateurs qui imposent les conditions légales pour choisir un dirigeant. La détention des actions n'est plus exigée dans les deux systèmes, mais elle peut être librement réintroduite dans les statuts par les actionnaires.

La plus grande différence entre le droit français et le droit vietnamien en ce qui concerne les conditions des administrateurs est la reconnaissance du statut de l'actionnaire personne morale. En effet, en droit français, l'actionnaire personne morale ne peut être nommée comme administrateur dans la société anonyme. Dès sa nomination en qualité d'administrateur, la personne morale doit désigner une personne physique qui la représente en permanence au conseil. La personne physique est soumise aux mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre. Pour le droit vietnamien, il ne reconnaît pas la possibilité d'être administrateur d'une personne morale.

En ce qui concerne le rôle des dirigeants de la société, le droit français et le droit vietnamien ne consacrent pas explicitement la conception unique sur la nature du rôle des dirigeants. Dans une observation générale, il semble que les législateurs de deux ordres regardent les dirigeants sociaux sous l'angle d'un mandataire « spécial » qui protègent un intérêt commun.

À propos des pouvoirs des dirigeants, le droit français et le droit vietnamiens attribuent également au CA les pouvoirs les plus étendus pour gérer les affaires de la société. Il s'agit donc de deux groupes de pouvoirs principaux: les pouvoirs de décisions et le pouvoir de représentation. En droit vietnamien, les pouvoirs de décisions se partagent entre les pouvoirs de décisions générales assurées par le CA et les pouvoirs de décisions des affaires journalières assurées par le DG. Quant au pouvoir de représentation, en droit français, ce pouvoir est investi au DG de la société, alors qu'en droit vietnamien, la fonction de représentation peut être assurée par plusieurs personnes parmi lesquels le président et le DG sont les représentants naturels.

Il n'y a pas de pouvoirs sans la responsabilité²⁸⁵. Ce principe est reconnu tant dans le droit français que dans le droit vietnamien. En effet, tous les deux systèmes instaurent des mesures pour sanctionner les mauvais exercices de pouvoirs des dirigeants de la société afin de protéger les intérêts de la société, des actionnaires et des tiers²⁸⁶. Dans le cadre de notre étude, nous envisageons une sanction typique des pouvoirs dans la société anonyme: la responsabilité civile des dirigeants.

²⁸⁵ Voir. WEIGMANN R., « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés – rapport italien », *Journée chilienne de l'Association Henri-Capitant*, 2012, p.1

²⁸⁶ Pour la diversification des sanctions, voir. MALABAT V., « Les sanctions du pouvoir dans les sociétés en France », *Journée chilienne de l'Association Henri-Capitant*, 2012, p.525 ss.

PREMIÈRE PARTIE : LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS SOCIAUX

168. Introduction. – La responsabilité civile est l’obligation pour une personne de réparer un dommage subi par autrui, à la suite d’un acte ou d’un événement qui l’engage²⁸⁷.

La société est une personne morale, elle ne peut agir que par les dirigeants personnes physiques qui la représentent. Dans l’exercice des pouvoirs attribués par la société, il est naturellement que les actes fautifs accomplis par les dirigeants au nom et pour le compte de la société peuvent causer des préjudices aux victimes, celles qui sont, soit le tiers, soit la société elle-même. L’enjeu principal est de déterminer la clé de répartition entre les responsabilités du dirigeant et de la société- personne morale²⁸⁸. Autrement dit, il faut trouver la réponse à la question : « *sous quelles conditions le dirigeant social doit –il personnellement répondre de ses actes ?* ».

169. Pour trouver la réponse à cette question, il apparaît utile de différencier entre la situation dans laquelle la société est *in bonis* (**Titre 1**) et celle dans laquelle la société est tombée dans la situation financière critique (**Titre 2**).

TITRE 1. LE RÉGIME GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS EN SOCIÉTÉ *IN BONIS*.

170. De manière générale, en droit vietnamien, comme en droit français, lorsque la société anonyme est *in bonis*, les législateurs cherchent à protéger préférentiellement l’intérêt de la société. Cette affirmation peut être justifiée à travers le régime de la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

Il convient donc, dans le premier temps de se consacrer à l’étude des conditions générales de la responsabilité des dirigeants (**Chapitre 1**) et dans le deuxième temps aux cas particuliers de la responsabilité des dirigeants de la société anonyme (**Chapitre 2**)

²⁸⁷ Voir, GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit. p.421.

²⁸⁸ Voir, PAILLER P., *op.cit.*, n°81.

CHAPITRE I. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES DIRIGEANTS.

171. Tant en droit français qu'en droit vietnamien, la mise en cause de la responsabilité civile est subordonnée à la réunion de trois conditions générales : la faute (**Section 1**) le préjudice (**Section 2**) et un lien de causalité entre la faute et le préjudice (**Section 3**).

SECTION 1. LA FAUTE.

172. Nécessité de la faute. - En droit français comme en droit vietnamien, la faute est la cause essentielle pour retenir la responsabilité civile de l'auteur du dommage. En droit français, ce principe est consacré par la Cour de cassation²⁸⁹, alors qu'en droit vietnamien, il est prévu par l'article 1.4 de la Résolution n° 03/2006/NQ-HDTP – TANDTC du 8 juillet 2006 de CJCPS selon lequel pour engager la responsabilité civile, la personne lésée doit prouver qu'il existe une « *faute intentionnelle ou non intentionnelle de l'auteur des préjudices* ».

SOUS - SECTION 1. LA DÉFINITION DE LA FAUTE.

173. Le droit civil français et le droit civil vietnamien ne consacrent pas une unique définition légale de la faute.

174. Conception de la faute. - En droit français, selon une doctrine classique, toute faute est une défaillance de conduite²⁹⁰. Pour Gérard Cornu la faute est un acte illicite supposant la réunion de trois éléments suivants : (i) l'élément matériel qui est le fait originaire (un fait positif- faute par commission ou une abstention – faute par omission) ; (ii) l'élément d'illicéité qui est la violation d'un devoir, la transgression du Droit (loi, coutume, etc.) et (iii) un élément moral qui est le discernement de l'auteur du fait, parfois

²⁸⁹ Cass.civ. 3^e, 17 janvier 1978, *JCP* 78, éd. G. IV, p. 95

²⁹⁰ Voir. BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 13e édition, Montchrestien, 2012, p.389.

nommé élément volontaire, bien qu'il puisse être intentionnelle ou non, et auquel la loi attache diverses conséquences juridiques²⁹¹.

À propos du comportement de fait, il s'agit de l'élément matériel qui est un fait, un comportement, une attitude. C'est à la charge du demandeur qui doit prouver cet élément. Quant à la qualification de l'illicéité de fait, l'opération de qualification juridique doit analyser le fait par rapport aux circonstances de l'espèce. Pour avoir une juste qualification, on doit faire référence à ce qu'aurait dû être, en pareilles circonstances, le comportement d'un « *bon citoyen* », celui qui est « *normalement prudent et diligent* »²⁹². C'est donc en référant à un modèle abstrait que l'on peut apprécier fautif ou non fautif le comportement d'une personne.

En droit vietnamien, le législateur ne consacre pas une définition légale de la faute. Selon une ancienne doctrine, la faute suppose l'état de conscience d'une personne qui accomplit un acte en sachant ou étant tenu de savoir que son acte est illégal et peut causer un dommage à autrui²⁹³. Cette doctrine semble s'inspirer du système juridique soviétique²⁹⁴ qui voit la faute sous l'aspect philosophique selon lequel la faute est une attitude psychologique de l'auteur du dommage qui reflète sa conscience envers ses actes et les conséquences encourues desdits actes²⁹⁵. Cette conception est, ailleurs, largement acceptée au Vietnam tant par les civilistes que par les pénalistes. Pourtant, il apparaît que cette doctrine ignore les hypothèses de la responsabilité civile du fait d'autrui.

En déduisant de l'article 308.1 du Code civil de 2005, on peut supposer que la personne fautive est celle qui « *n'exécute pas son obligation civile ou l'exécute de manière*

²⁹¹ Pourtant selon Bénabent, le troisième élément de la faute a été abandonné par l'évolution juridique. Voir en ce sens, BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 13e édition, Montchrestien, 2012, p.391.

²⁹² Voir. BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 13e édition, Montchrestien, 2012, p.386.

²⁹³ Circulaire 173/ UBTP du 23 mars 1972 de la Cour Populaire Suprême

²⁹⁴ Après la Révolution d'août 1945, une nouvelle législation vietnamienne est inspirée par le droit soviétique avec la primauté de droit écrit et le Code civil est « *La rencontre entre l'idéologie juridique socialiste et la tradition juridique vietnamienne* », voir en ce sens. NGUYEN Ngoc Dien, « *Le Code civil vietnamien comme exemple de l'adaptation du Code Napoléon dans le système de la propriété publique des sols* », Les Cahiers de droit, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 253-269

²⁹⁵ Voir. HOANG The Lien (rédacteur en chef), *Binh Luan Khoa Hoc Bo Luat Dan Su 2005, tap II (Commentaire du Code Civil 2005, tome II)* éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2009, p. 58 ; Voir. DINH Van Thanh et NGUYEN Minh Tuan (rédacteurs en chef), *Giao trinh luat dan su Viet Nam (Cours du droit civil du Vietnam)*, Faculté de droit de Hanoi, éd. Cong An Nhan Dan, 2008, p.51. Pour le droit soviétique, voir. MATVAYEV G.K., *La faute dans le droit soviétique* (en russe), éd. Kiev, 1955, p. 216 ; selon FRIEDIEFF les juristes soviétiques « sont obligés de démontrer la compatibilité du matérialisme dialectique avec la liberté de la volonté de l'homme sur laquelle repose le principe de la faute » (FRIEDIEFF M., « *La responsabilité civile en droit soviétique* », R.I.D.C., Vol. 10 N°3, 1958. pp. 574-590)

imparfaite [...] ». Autrement dit, la faute peut résulter d'un manquement, d'une omission aux obligations prescrites par la loi.

Le droit vietnamien consacre la distinction entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle. En vertu de l'article 308.2 du Code civil de 2005, la faute intentionnelle est engagée dans le cas où l'auteur de l'acte fautif, en accomplissant un acte, sait que cet acte peut causer un dommage à autrui et qui laisse se produire volontairement ou involontairement ledit dommage. Alors que la faute non intentionnelle est engagée dans le cas où l'auteur du dommage qui accomplit un acte, est soit en ignorant que cet acte causera un dommage alors qu'il devrait ou pourrait le savoir, soit en sachant que l'acte peut causer un dommage, en estimant que le dommage ne se produira pas ou pourra être évité²⁹⁶.

175. La preuve de la faute des dirigeants sociaux. – En matière du droit des sociétés, pour engager responsabilité civile des dirigeants, il faut que la victime démontre leur faute. En droit français, la faute des dirigeants d'une société anonyme semble présumée dans l'article L.225-251 al.1 Code de commerce selon lequel *«les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société [...], soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion »*. En droit vietnamien, la faute des dirigeants est également prévue par l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel la faute des dirigeants peut être engagée lorsqu'ils *« manquent aux obligations des dirigeants sociaux incombées par l'article 160 de cette Loi »*. Par conséquent, pour démontrer la faute des dirigeants, le demandeur d'une action en responsabilité doit prendre toutes les mesures possibles. À ce propos, le demandeur doit utiliser les documents sonores enregistrés²⁹⁷ ou les documents écrits rédigés à l'occasion des actes les plus importants, par exemple, le procès-verbal de délibération du CA²⁹⁸.

176. La difficulté de démontrer la faute des dirigeants. – Il n'est pas très aisé pour le demandeur de trouver les preuves pour engager la faute des dirigeants sociaux. En effet, pour les fautes relatives à la violation des dispositions législatives ou statutaires, il n'est pas facile pour les tiers ou les actionnaires d'avoir accès aux documents ou informations

²⁹⁶ C. civ. 2005, art. 308.2. al.2

²⁹⁷ En vertu de l'article 82.1 du Code de Procédure civile 2004, les documents sonores sont considérés comme une source de preuve.

²⁹⁸ Voir. GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit., p.428

importants de la société, notamment lorsque les dirigeants cherchent à protéger le dirigeant en cause contre les attaques des actionnaires ou les tiers²⁹⁹.

SOUS-SECTION 2. L'ORIGINE DE LA FAUTE.

177. De manière générale, l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants s'appuie sur leur faute individuelle quand ils assument des fonctions qui les amènent à prendre des décisions seuls (§1). Toutefois, lorsqu'ils agissent dans le cadre collégial, l'action en responsabilité n'écarte pas la faute collective (§2).

§1. La faute individuelle.

178. La faute personnelle est la première cause de l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants sociaux³⁰⁰. Dans les sociétés anonymes en droit français et en droit vietnamien, la faute personnelle est le plus souvent imputable aux dirigeants qui assument la fonction de représentation générale de la société à l'égard des tiers (ex. le DG, le président).

179. En outre, certains dirigeants peuvent accomplir exceptionnellement des missions individuelles dont l'exercice fautif peut également mettre en cause la responsabilité personnelle des dirigeants. En droit français, tel est le cas des administrateurs et des membres du conseil de surveillance, en application des articles L.225-46 et L.225-84. En droit vietnamien, tel est le cas des dirigeants qui doivent exécuter les missions imposées par le CA conformément à l'article 161.1 (b) de la Loi sur les Entreprises 2014.

180. De manière générale, la faute personnelle des dirigeants est engagée lorsqu'ils violent les dispositions légales, les statuts sociaux ou lorsqu'ils manquent aux obligations imposées aux dirigeants de la société.

²⁹⁹ Voir en ce sens, *Ibid.*

³⁰⁰ Voir. GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit., p.429

§2. La faute collective.

181. Tant en droit français qu'en droit vietnamien, les législateurs prévoient les circonstances que la faute est collégalement imputable à certains dirigeants.

182. En droit vietnamien, la faute collective est prévue dans l'article 149.4 de la Loi sur les Entreprises 2014 « *en cas de contradiction entre une décision prise par le conseil d'administration et les dispositions légales ou les statuts au détriment de la société, les administrateurs qui ont voté pour la décision en cause sont solidairement responsables de cette décision et de la réparation des dommages causés à la société; les administrateurs qui ont voté contre la décision en cause, sont libérés de cette responsabilité* ». Ainsi, il s'agit de la circonstance où le CA après délibération prend une décision qui viole la loi ou les statuts de la société, tous les administrateurs participant à la réunion sont présumés fautifs sauf celui qui démontre qu'il s'est opposé expressément à cette décision fautive.

183. Par exemple, dans l'affaire de Nguyen Duc Kien, il y a cinq administrateurs qui ont été pénalement sanctionnés car ils ont participé à la prise d'une décision fautive du 22 mars 2010 permettant aux employés d'utiliser de l'argent de l'ACB pour placer dans autres banques afin de gagner les intérêts³⁰¹. Cet acte a été considéré comme contraire à la loi à cette époque³⁰².

184. En droit français, la faute collective est implicitement consacrée dans l'arrêt *Crédit Martiniquais* du 30 mars 2010. En effet, cet arrêt annonce que « *commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision* »³⁰³. Ainsi, cet arrêt suppose que tous les membres du CA ou du directoire de la société anonyme seront présumés fautifs lorsqu'ils participent à la prise d'une décision fautive, sous réserve de preuve d'un comportement prudent et diligent, notamment d'une opposition explicite. Toutefois,

³⁰¹ Voir. HOANG Duy, « Hoàn cảnh nào "đẩy" ACB mang 28.000 tỷ đồng gửi ngân hàng khác trong vụ "bầu" Kiên? » (Pourquoi l'ACB place 28.000 milliard de Dong à d'autres banques ?), *Tin Nhanh Chung Khoan*, 9 décembre 2014

³⁰² Voir arrêt N° 219/2014/HSST du 9 juin 2014 de la Cour Populaire de la ville de Hanoi (ci-après citer « *arrêt Nguyen Duc Kien* » ou « *Affaire Nguyen Duc Kien* »).

³⁰³ Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 69 ; *BJS* juin 2010, p. 533, n° 108, note RAFFRAY R.; *D.* 2010, p. 1678, note DONDERO B.; *Rev. sociétés* 2010, p. 304, note LE CANNU P.

l'opposition explicite n'est pas le seul moyen de se prémunir³⁰⁴. Ainsi, la responsabilité du dirigeant peut être également exemptée lorsque le dirigeant fait preuve d'un comportement prudent et diligent. En revanche, le fait de se démissionner n'est pas forcément une cause d'exonération³⁰⁵.

SOUS - SECTION 3. LE MOMENT DE LA COMMISSION DE FAUTE.

185. De manière générale, la faute d'un dirigeant ne peut être retenue que pendant la durée de son mandat. Par conséquent, le dirigeant qui n'exerce plus ses fonctions doit échapper aux conséquences des événements auxquels il est étranger³⁰⁶. Il résulte également que le dirigeant ne doit pas être responsable des préjudices causés antérieurement au moment où il entre en fonctions. Pourtant, il faut préciser que le retrait des fonctions n'exonère pas le dirigeant de la responsabilité engagée par les fautes commises antérieurement à son départ.

SECTION 2. LE PRÉJUDICE

186. Exigence d'un préjudice.- Selon principe commun du droit français³⁰⁷ et droit vietnamien³⁰⁸ de la responsabilité civile, la faute des dirigeants n'entraîne pas automatiquement leur responsabilité, mais les victimes doivent encore prouver qu'elles subissent de préjudice suite aux comportements fautifs des dirigeants pour que leur action soit reçue par les juges. Autrement dit, l'absence du préjudice efface la condition de

³⁰⁴ Voir. LE CANNU P., " Responsabilité civile des dirigeants sociaux", in FERRIER N., PELISSIER A., (sous la direction de) *l'Entreprise Face Aux Évolutions de la Responsabilité Civile*, éd. Économica, Collection Études juridiques, 2012, p. 20

³⁰⁵ Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793, Bull. civ. IV, n° 48, D. 2010, p. 761, note LIENHARD A.

³⁰⁶ Voir. *Ibid.* p.433

³⁰⁷ En droit français, l'exigence d'un préjudice est consacré par la jurisprudence, voir. CA Paris, 22 mars 1911, D. 1912, 2, p. 353, note CHERON; Cass. com., 8 nov. 1960, no 58-11.804, Bull. civ. III, no 355 ; Cass. com., 3 juin 1964, no 61-13.635, Bull. civ. IV, no 292 ; CA Paris, 19 déc. 1995, *Dr. sociétés* sept. 1996, comm. 174, rendu à propos d'irrégularités comptables n'ayant cependant pas entraîné un préjudice pour la société.

³⁰⁸ En droit vietnamien, voir. C. civ. 2005. art. 604; voir également l'article 1.4 de la Résolution n° 03/2006/NQ-HDTP – TANDTC du 8 juillet 2006 de CJCPs sur la réparation des préjudices extra contractuels.

mise en jeu de la responsabilité civile³⁰⁹. Par ailleurs, l'action en responsabilité aura précisément pour objet d'obtenir la réparation de ce préjudice³¹⁰.

187. Définition du préjudice.- Le droit vietnamien et le droit français ne consacrent pas une définition unique du préjudice. Selon la doctrine majoritaire vietnamienne, le préjudice est défini comme « *le dommage subit par une personne physique, morale ou par autre sujet de droit, dans son intégrité physique, dans ses biens, dans ses sentiments* »³¹¹. Pour la doctrine française, le préjudice est le dommage subi par une personne dans son intégrité physique, dans ses biens, dans ses sentiments qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation³¹². Pour les juristes belges, le préjudice s'entend plus largement comme « *toute perte partielle ou totale d'un bien ou d'un avantage que l'on avait ou que l'on aurait pu obtenir* »³¹³.

188. Caractère du préjudice.- Tant en droit français qu'en droit vietnamien, pour demander la réparation de préjudice, il faut que la victime présente les caractères d'un préjudice réparable, c'est-à-dire le préjudice doit être direct, certain, personnel et porter atteinte à un droit acquis³¹⁴. En tout état de cause, le dommage causé à la société sera réparé par l'action sociale, alors que le dommage causé aux tiers par l'action individuelle. Pourtant, pour que leur action en responsabilité soit recevable, les tiers doivent prouver que leur dommage est distinct de celui subi par la société. Autrement dit, le préjudice des tiers est personnel s'il est distinct de celui qui atteint le patrimoine social³¹⁵.

189. Catégories de préjudice.- Le droit vietnamien³¹⁶ et le droit français³¹⁷ reconnaissent que le préjudice peut être matériel ou moral. Le préjudice matériel implique une atteinte à

³⁰⁹ Voir. GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit., p.434.

³¹⁰ Voir. GOFFIN J-F., *op. cit.*, p. 73-76.

³¹¹ Voir. *Tu Dien Luat Hoc (Dictionnaire de Droit)* éd. Tu Dien Bach Khoa et Tu Phap, 2006, p.713 ;

³¹² Voir. CORNU G., *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9e éd. 2011, p.781.voir « préjudice ».

³¹³ Voir. FAGNART J.-L., « Chronique de jurisprudence (1968-1975). La responsabilité civile », J.T.1976, p.569, cité par GOFFIN J-F., *op. cit.*, p. 111

³¹⁴ En droit vietnamien, voir, PHUNG Trung Tap, Boi Thuong Thiet Hai Ngoai Hop Dong Ve Tai San, Suc Khoe va Tinh Mang (Réparation des dommages extra contractuels concernant les biens, la santé et la vie), éd. Ha Noi, 2009; en droit français, Cass., crim. 14 octobre 1991, Rev.soc. 1992, p. 782, note BOULOC

³¹⁵ Voir en ce sens, MESSAI – BAHRI S., *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd. 2009, p. 79.

³¹⁶ L'article 604.1 du Code civil 2005

³¹⁷ En droit français, le préjudice moral est prévu par la jurisprudence (TGI Seine, 18 févr. 1966, *RTD com.* 1967, p. 190, obs. HOUIN R.)

une valeur patrimoniale alors que le préjudice moral implique une atteinte à la l'honneur et la dignité d'une personne. Quant au préjudice moral, on peut se poser la question de savoir si la société peut faire l'objet d'une atteinte à la l'honneur et la dignité d'une personne. À cet égard, le droit français reconnaît le cas où un associé prétendait avoir été diffamé par la direction dans un rapport présenté à une assemblée générale ou communiqué au public³¹⁸. En droit vietnamien, le préjudice moral peut être déduit sur le fondement de l'article 611 du Code civil de 2005.

190. Évaluation du préjudice.- Généralement, le préjudice suppose en général une perte pure et simple ou la privatisation d'un gain, en l'occurrence de la perte des bénéfices ou de l'économie que la société avait pour objet de réaliser³¹⁹ et le préjudice peut être évalué par une somme d'argent³²⁰. Pourtant, il n'est pas très facile d'évaluer le préjudice causé à une société car selon M. Guyon « [...] compte tenu de l'imbrication des différents actes de gestion, telle opération peut se solder par une perte, mais être contrebalancée par des bénéfices ultérieurs qu'elle a rendus possibles »³²¹.

191. En droit français, la jurisprudence établit un régime protecteur pour le dirigeant : pour engager la responsabilité des dirigeants, les tiers doivent prouver que ceux –ci commentent les fautes séparables de leurs fonctions³²². En pratique, la jurisprudence française reconnaît les préjudices individuels des associés dans les cas suivants : le non-respect des droits individuels de l'associé, tels que le droit de vote, le droit à l'information et le droit aux dividendes car le patrimoine de la société n'est pas affectée³²³. Au contraire, plusieurs actions intentées par les associés contre les dirigeants ne sont pas recevables parce que les juges énoncent que les préjudices ne leur sont pas propres. Il s'agit par exemple de la situation où l'associé invoque la faute du dirigeant comme étant à l'origine de la dépréciation des titres ou la baisse du cours

³¹⁸ Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-18.785 : JurisData n° 2009-049620 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 1, note COQUELET M.-L., comp. TGI Seine, 18 févr. 1966 : *RTD com.* 1967, p. 190, obs. HOUIN R..

³¹⁹ C.civ..., art.1149, voir également, GUYON Y., LE BARS B., Responsabilité civile des administrateurs, *Jurisclasseurs Société Traité et Formulaire*, [mis à jour 20 Novembre 2013], Fasc.132 -10. n° 54.

³²⁰ Voir en ce sens, LE MINH TAM, VU THI NGA, *op.cit.*, p. 49.

³²¹ Voir. GUYON Y., LE BARS B., *op. cit.*, Fasc.132 -10, n° 56.

³²² Voir en ce sens, BENOIT – RENAUDIN C., (préface de Delebecque Ph.) *La responsabilité du préposé*, L.G.D.J, 2010, n° 515;

³²³ Voir en ce sens, MESSAI – BAHRI S., *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd. 2009, p. 80.

des actions. Selon la jurisprudence, la dépréciation des titres ou la baisse du cours des actions n'est que le corollaire du préjudice social³²⁴.

Les tribunaux français tendent à ne tenir compte que du résultat global et à ne condamner le dirigeant que si le solde de sa gestion se révèle préjudiciable à la société ou aux associés³²⁵. En droit allemand, le préjudice est évalué par l'hypothèse de la différence, c'est-à-dire qu'il y a lieu de faire une comparaison entre la situation initiale et celle suite au comportement fautif³²⁶. En conséquence, le préjudice causé à la société par un dirigeant est évalué à travers la comparaison entre l'actif de la société et celui qu'elle aurait eu sans le manquement aux obligations commis par le dirigeant³²⁷.

192. En droit vietnamien, le législateur consacre le principe de l'évaluation globale qui tient compte de tous les aspects d'un préjudice. En ce qui concerne le préjudice patrimonial, Il s'agit peut-être d'une perte des chiffres d'affaires ou des revenus, d'une destruction ou la détérioration des biens sociaux, de la perte des fruits résultant de l'usage ou de l'exploitation des biens sociaux, des dépenses raisonnables faites pour limiter l'étendue du dommage ou le prévenir ou le réparer³²⁸. En principe, le dommage est certain au moment où le juge statue, mais rien n'empêche au juge d'évaluer un dommage futur ou d'évaluer le dommage résultant d'une perte d'opportunité d'affaire certaine. En ce qui concerne le préjudice moral, le préjudice est évalué sur le fondement de l'article 611 du Code civil de 2005 selon lequel la réparation du préjudice moral peut être évaluée en se basant sur les dépenses raisonnables faites pour limiter l'étendue du dommage ou pour le réparer, les pertes ou diminutions de revenus de la victime. En outre, l'auteur du dommage doit payer une somme au titre de réparation du préjudice moral qui est déterminé d'un commun accord entre les parties; à défaut d'accord, ce montant ne peut dépasser 10 mois de salaire minimum réglementé par l'État.

³²⁴ Cass.com., 26 janvier 1970, *JCP G* 1970, II, 16385, note GUYON Y. ; cass.com., 18 juillet 1989, *Défrénois* 1990, art. 34788, n° 5, p. 633, note HONORAT J. ; cass.com., 1^{er} avril 1977, *Bull. Joly Sociétés* 1997, §248, p. 650, note BARBIERI J.-F.

³²⁵ Cass. soc., 3 avril 1990; Cass. com., 26 nov. 1956 : *RTD com.* 1957, p. 402, obs. RAULT J.

³²⁶ Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.*, p. 73.

³²⁷ Voir. FLEISCHER., “Tatbestandsvoraussetzungen der Binnenhaftung”, in : FLEISCHER, *Handbuch des Vorstandsrechts*, Auflage 2006, § 11, no 60, cité par REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.*, p. 73.

³²⁸ C.civ.2005.art.608

193. Charge de preuve. – Dans tous les cas, il revient au demandeur de faire la preuve du dommage, celui –ci est évalué par les juges en fonction de la perte effectivement subie par la victime³²⁹.

194. Après avoir retenu le préjudice subi par la société, le demandeur d'une action en responsabilité doit prouver encore le lien de causalité entre le comportement fautif des dirigeants et le préjudice que qu'il a subit.

SECTION 3. LE LIEN DE CAUSALITÉ

195. L'exigence d'un lien de causalité.– Tant en droit vietnamien³³⁰ qu'en le droit français³³¹, pour mettre en cause la responsabilité d'une personne, le demandeur d'une action en responsabilité doit démontrer l'existence d'une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice, c'est-à-dire qu'il doit prouver que le préjudice qu'il subit est l'effet direct des comportements fautifs de la personne en cause. À ce propos, le demandeur d'une action en responsabilité contre les dirigeants est tenu de démontrer que la faute des dirigeants est la cause du dommage dont il réclame la réparation. En réalité, la causalité est consubstantielle à la mise en œuvre de la responsabilité car « *on ne peut imaginer l'une sans l'autre; si elle n'existe pas, il n'y a pas de responsabilité mais le fruit du hasard* »³³².

196. La difficulté de détermination de lien de causalité.– Dans le domaine de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, il n'est pas facile de déterminer le lien de causalité entre le dommage et la faute des dirigeants. Cette difficulté peut être expliquée par certaines raisons suivantes : premièrement, l'activité sociale est très diversifiée³³³, la faute du dirigeant peut ne pas être la seule cause déterminante de l'acte préjudiciable, et se

³²⁹ L'article 79.1 du Code de procédure civil 2004, en droit français, voir également GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit., p.435.

³³⁰ L'article 1.3 de la Résolution n° 03/2006/NQ-HDTP – TANDTC du 8 juillet 2006 de CJCPS sur la réparation des préjudices extra contractuels.

³³¹ Cass. req., 28 janv. 1908 : *DP* 1909, 1, p. 453. - Cass. com., 12 mars 1974, n° 73-11.453 : *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 662, note A.P.S. - CA Douai, 28 janv. 1954 : *JCP G* 1954, II, 8101, note J.R. - CA Paris, 4 juill. 1991 : *JCP E* 1991, pan. 991. - Cass. com., 27 sept. 2005 : *JurisData* n° 2005-030513 ; *Dr. sociétés*, 2005, comm. 221, note MONNET J.

³³² Voir. LE TOURNEAU Ph., BLOCH C., *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*. Voir « Causalité », 2012, n° 1704

³³³ Collection Lamy Droit Civil, *op. cit.*, étude 483-57.

combine avec de nombreux autres facteurs parfois plus décisifs³³⁴. Deuxièmement, les faits reprochés aux dirigeants sont souvent anciens, et il est malaisé d'en apprécier l'exacte portée car ils sont mêlés à un grand nombre d'autres facteurs qui ont influé sur le destin de la société, notamment l'évolution de la conjoncture économique³³⁵. Troisièmement, l'appréciation du lien de causalité est également difficile lorsque qu'il s'agit des décisions collectives car le juge se trouve face à une délicate mission de désigner de façon précise celui à qui le dommage est imputable³³⁶.

197. Deux théories classiques de détermination du lien de causalité.- En pratique, il y a deux conceptions typiques utilisées pour définir une relation de cause à effet³³⁷.

1°. La théorie de l'équivalence des conditions.- La théorie de « *l'équivalence des conditions* » implique la responsabilité encourue dès lors que le fait illicite a concouru à la réalisation du préjudice. Ainsi, tout événement intervenu dans la réalisation du dommage et sans lequel le dommage ne se serait pas produit, en est nécessairement la cause³³⁸.

2°. La théorie de la causalité adéquate.- La théorie de la causalité adéquate vise à rattacher le dommage à celui des antécédents qui étaient de nature à produire ce préjudice, contrairement à d'autres antécédents du dommage, n'ayant entraîné celui-ci qu'en raison de circonstances exceptionnelles³³⁹. Selon certains auteurs, la théorie de la causalité adéquate permet de limiter les excès en matière de responsabilité³⁴⁰.

Il convient donc d'aborder la position du droit français (§1) ainsi que celle du droit vietnamien (§2) en ce qui concerne l'application de théorie de causalité.

³³⁴ Voir. GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit., p.434.

³³⁵ Voir. GUYON Y., LE BARS B., *op.cit.*, Fasc.132 -10. n° 57.

³³⁶ Voir QUEZEL – AMBRUNAZ Ch., « La fiction de la causalité alternative- Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène » », *D.* 2010, p. 1162

³³⁷ Voir. LE TOURNEAU Ph., « Théories de la causalité », *Dalloz Répertoire de droit civil*, 2009, n° 44 ; QUÉZEL-AMBRUNAZ C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, thèse. Dalloz, 2010 ; *Id.*, « définition de la causalité en droit français. La causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne », Mar 2010, Genève, Switzerland.

³³⁸ Cette doctrine dite de l'équivalence des conditions est forgée par VON BURI (*Die kausalität und ihre strafrechtlichen beziehungen*, 1885) ; voir également TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *droit civil*, 11^e édition, Paris 2013, n° 860 ; Civ. 1re, 4 déc. 2001, n° 1878, *Bull. civ.* I, n° 310 ; *Gaz. Pal.* 21-23 avr. 2002, note CASEAU-ROCHE C.; *Resp. civ. et assur.* 2002. comm. 126, obs. GROUTEL H.; *D.* 2002.IR.139 et les obs ; *RTD Civ.* 2002 p. 308, note JOURDAIN P.

³³⁹ Voir. LANGE/SCHIEMANN, *Schadensesatz*, Tübingen 2003, p.82 et s(cité par REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.77) ; voir également LE TOURNEAU Ph., « Théories de la causalité », *Dalloz Répertoire de droit civil*, 2009, n° 49.

³⁴⁰ Voir en ce sens REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.80

SOUS - SECTION 1. LA DÉTERMINATION DU LIEN DE CAUSALITÉ EN DROIT FRANÇAIS : LA PRÉFÉRENCE DE THÉORIE DE L'ÉQUIVALENCE DES CONDITIONS.

198. Application de théorie de l'équivalence des conditions.- La jurisprudence française tend plutôt vers la théorie de l'équivalence des conditions pour déterminer le lien de causalité³⁴¹. En effet, la théorie de l'équivalence des conditions ne considère que la responsabilité soit encourue dès lors que le fait illicite a concouru à la réalisation du préjudice. Ainsi, tout évènement intervenu dans la réalisation du dommage et sans lequel le dommage ne se serait pas produit, en est nécessairement la cause³⁴².

199. La situation des décisions collectives.- En ce qui concerne la décision collective, l'article L.225-251 du Code de commerce français prévoit que les dirigeants sont solidairement responsables des préjudices causés à la victime. Autrement dit, tous les dirigeants participant à une décision fautive sont présumés d'être solidairement responsables des préjudices causés à la victime. Pour réfuter cette présomption, le dirigeant en cause doit démontrer sa position contraire en inscrivant son opposition dans le procès-verbal³⁴³. Il est toutefois à noter qu'une absence non justifiée ne peut pas libérer le dirigeant de sa responsabilité civile, car une absence non justifiée est une négligence qui peut qualifier une faute et donc engager la responsabilité du dirigeant³⁴⁴.

SOUS - SECTION 2. L'APPLICATION DE THÉORIE DE LA CAUSALITÉ ADÉQUATE EN DROIT VIETNAMIEN.

200. Droit positif. - En droit vietnamien, l'exigence de l'épreuve d'un lien de causalité comme la condition de la responsabilité est explicitement prévue par l'article 1.3 de la

³⁴¹Cass.com., 12 mars 1974 Gaz. Pal., 1974, jurispr. 662, note A.P.S ; CA Paris, 4 juillet 1991, *JCP E* 1991, pan. 991 ; voir également : REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.77

³⁴² Voir. TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *droit civil*, 11^e édition, Paris 2013, n° 860 ; Civ. 1re, 4 déc. 2001, n° 1878, *Bull. civ. I*, n° 310 ; Gaz. Pal. 21-23 avr. 2002, note CASEAU-ROCHE C.; *Resp. civ. et assur.* 2002. comm. 126, obs. GROUDEL H.; *D.* 2002.IR.139 et les obs ; *RTD Civ.* 2002 p. 308, note JOURDAIN P.

³⁴³ Voir. *infra* n° 338 ss.

³⁴⁴ Voir. RIPERT G. et ROBLLOT R., *op. cit.*, n° 1761.

Résolution n° 03/2006/NQ-HDTP – TANDTC du 8 juillet 2006 de CJPCS selon lequel pour engager la responsabilité civile, la victime doit prouver qu'il existe « *un lien de causalité entre le préjudice et l'acte illicite. Le préjudice doit être l'effet nécessaire de l'acte illicite et vice versa* ». En d'autres termes, le lien de causalité sert à déterminer qui doit obligatoirement répondre des préjudices causés à l'autrui³⁴⁵.

201. Application de théorie de la causalité adéquate. - À la différence du droit français, le droit vietnamien semble appliquer la théorie de causalité adéquate dans la mise en cause de la responsabilité civile. En effet, selon la doctrine majoritaire, le lien de causalité entre l'acte illicite et le préjudice est établi lorsqu'il réunit trois conditions suivantes : (i) le fait illicite s'est produit antérieurement au préjudice, (ii) le fait illicite doit contenir la faculté réelle de produire le préjudice à l'autrui et dans une certaine circonstance, cette faculté se réalise effectivement et (iii) l'effet préjudiciable reflète la réalisation de la faculté nuisible³⁴⁶. En d'autres termes, il faut tenir compte des éléments les plus adéquates pour définir le rapport entre la cause et l'effet. Selon M. Phung Trung Tap, lorsqu'on détermine le lien de causalité, l'acte illicite demeure la cause primordiale, alors que les autres causes internes et externes, les causes objectives et subjectives sont les causes complémentaires qui se servent à préciser quel acte illicite a causé le dommage³⁴⁷.

202. Il faut également noter que, avant la promulgation de la Résolution n° 01/2004/NQ-HDTP – TANDTC du 28 avril 2004 de CJPCS (reprise par Résolution n° 03/2006/NQ-HDTP – TANDTC) les tribunaux vietnamiens appliquent le Circulaire 173/ UBTP du 23 mars 1972 de la Cour Populaire Suprême qui favorise en même temps deux principes de déterminations de lien de causalité. En effet, ce Circulaire prévoit d'une part que « *Le préjudice doit être l'effet nécessaire de l'acte illicite et vice versa* », d'autre part, il prévoit que « *dans certains cas, l'acte illicite n'est pas la cause directe de préjudice, mais il est un facteur décisif affectant le préjudice et il est présumé d'avoir le lien de causalité avec le préjudice* ».

203. La situation des décisions collectives.- En ce qui concerne la décision collective, comme en droit français, l'article 149.4 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que les

³⁴⁵ Voir. DO Van Dai, *Luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận (droit vietnamien de la réparation des préjudices extracontractuels : les arrêts et les commentaires)*, éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2010, p. 114.

³⁴⁶ Voir. *Tu Dien Luat Hoc (Dictionnaire de Droit)* éd. Tu Dien Bach Khoa et Tu Phap, 2006, p. 630.

³⁴⁷ Voir. PHUNG Trung Tap, op.cit., p. 73 ss ; Voir également, DO Van Dai, *Luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận (droit vietnamien de la réparation des préjudices extracontractuels : les arrêts et les commentaires)*, éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2010, p. 109 ss.

dirigeants sont solidairement responsables des décisions qui causent les préjudices pour la société. L'administrateur qui manifeste son opposition expresse est exonéré de la responsabilité. Dans ce cas, il semble que la position contraire de l'administrateur en cause doit être inscrite dans le procès-verbal de la délibération du CA.

204. Charge de la preuve. Dans tout état de cause, pour établir le lien de causalité, autant en droit français³⁴⁸ qu'en droit vietnamien³⁴⁹, c'est à la société ou aux individus demandeurs qu'incombent la charge de la preuve relative au lien de causalité.

³⁴⁸ Voir. GUYON Y., *Droit des affaires*, Tome 1, *Droit commercial général et sociétés*, 10^e édition, Paris 1989, n° 461.

³⁴⁹ Code de procédure civile 2004, article 79 et l'article 81.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

205. En droit français comme en droit vietnamien, la responsabilité civile des dirigeants envers la société anonyme *in bonis* se fonde sur les conditions classiques du droit de la responsabilité civile. Il s'agit de la réunion des trois éléments suivants : la faute, le préjudice et un lien de causalité entre les deux premiers éléments.

En ce qui concerne la détermination du lien de causalité, les juges français adoptent la théorie d'équivalence des conditions alors que leurs collègues vietnamiens adoptent la théorie de causalité adéquate.

En résumé, d'une façon générale, les conditions de responsabilité civile des dirigeants en droit vietnamien et droit français présentent des similitudes. Ces conditions sont suffisantes à assurer une responsabilisation des dirigeants envers la société. Cette réalité permet d'établir une première hypothèse selon laquelle la difficulté de sanctionner civilement les dirigeants fautifs se situe au niveau de la mise en œuvre de la responsabilité.

CHAPITRE II. LES CAS DE LA RESPONSABILITÉ.

206. Le droit français détermine trois catégories de victimes des actes fautifs des dirigeants sociaux : la société, les actionnaires et les tiers. La responsabilité envers la société et les actionnaires est considérée comme la responsabilité interne, alors que la responsabilité envers les tiers est la responsabilité externe³⁵⁰. Le droit vietnamien des sociétés, au contraire, ne consacre pas la distinction explicite entre la responsabilité externe et la responsabilité interne. Du point de vue d'une conception stricte de la personne morale, il semble que la responsabilité interne implique la responsabilité envers la société, alors que la responsabilité envers les actionnaires et les tiers devrait être considérée comme la responsabilité externe. Qu'elle soit interne ou externe, la responsabilité civile des dirigeants a pour l'objet principal d'octroyer à la personne lésée d'une réparation pécuniaire³⁵¹. Comme décrit ci-dessus, dans l'exercice de leurs fonctions sociales, les dirigeants peuvent causer des préjudices à la société, aux actionnaires ou aux tiers.

207. Il convient donc, dans le premier temps de se consacrer à l'étude des conditions de la responsabilité des dirigeants envers la société (**Chapitre 1**) et dans le deuxième temps aux conditions de la responsabilité envers les tiers et les actionnaires (**Chapitre 2**)

SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS À L'ÉGARD DE LA SOCIÉTÉ.

208. Généralités. - En ce qui concerne la responsabilité civile des dirigeants envers la société, le droit français comme le droit vietnamien connaissent des fondements spécifiques.

209. En droit français, selon l'article L.225-251 al.1 Code de commerce « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société [...], soit des infractions aux dispositions*

³⁵⁰ Voir en ce sens. VIDAL D., « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *JCP E* 2001, p.16, 17; BOULOC B., « La responsabilité civile et pénale des dirigeants sociaux », *JCP E* 2005, p.16ss.

³⁵¹ Voir. GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit. p.421.

législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Dans les sociétés anonymes de modèle dualiste avec directoire et conseil de surveillance, selon l'article L. 225-256 Code de commerce les membres du directoire sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs dans les conditions prévues aux articles L. 225-249 à L. 225-255.

210. En droit vietnamien, l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que la responsabilité civile des dirigeants envers la société sera mise en cause dans les circonstances suivantes :

- a) Lorsqu'ils manquent aux obligations des dirigeants sociaux incombées par l'article 160 de cette Loi;*
- b) Lorsqu'ils n'exercent pas correctement les pouvoirs et missions attribués; lorsqu'ils ne exécutent pas, ou lorsqu'ils exécutent incomplètement ou lorsqu'ils ne exécutent pas à temps les décisions du CA.*
- c) Lorsqu'ils usent des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale;*
- d) Lorsqu'ils abusent de leurs pouvoirs et des biens de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale;*

211. Les hypothèses prévues dans les articles 161.1. (c) et (d) de la Loi sur les Entreprises 2014 apparaissent superflues car ces hypothèses sont déjà englobées par l'article 161.1(a) qui fait référence au manquement aux obligations imposées aux dirigeants par l'article 160 de la Loi sur les Entreprises 2014. Autrement dit, il suffit de disposer dans l'article 161.1 que « *la responsabilité civile des dirigeants envers la société sera mise en cause lorsqu'ils manquent aux obligations des dirigeants sociaux prescrites à l'article 160 de cette Loi* » et « *lorsqu'ils exécutent incomplètement ou lorsqu'ils ne exécutent pas à temps les décisions du CA.* »

212. Plan.- De la combinaison de l'article L.225-251 al.1 Code de commerce et de l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, il résulte que la faute des dirigeants sociaux peut être qualifiée lorsque qu'ils manquent au devoir de respecter les dispositions législatives et réglementaires (**Sous-Section 1**) ou lorsqu'ils manquent aux obligations propres imposées aux dirigeants sociaux (**Sous-Section 2**).

SOUS - SECTION 1. LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE LÉGALITÉ : LA FAUTE CLASSICQUE DES DIRIGEANTS SOCIAUX.

213. Définition du devoir de légalité. – D'une manière générale, le devoir de légalité est l'obligation pour une personne d'agir en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires.

214. On considère le manquement au devoir de légalité comme une faute « *classique* » des dirigeants sociaux en ce sens qu'il est applicable communément à tous les sujets de droit comme le domaine de droit des sociétés³⁵². De plus, il est facile de démontrer qu'un dirigeant a violé une loi, un règlement, ou qu'il a transgressé une clause statutaire³⁵³, c'est-à-dire que la seule existence de ces atteintes suffit à faire présumer la faute du dirigeant³⁵⁴. En réalité, en droit français et en droit vietnamien, le manquement au devoir de légalité implique non seulement la violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés (§1), mais encore la violation des statuts sociaux (§2).

§1. La violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés.

215. Généralité.- Dans l'exercice de leurs pouvoirs, les dirigeants doivent respecter les dispositions législatives ou réglementaires qui touchent la société comme le sujet de droit. Celles –ci proviennent du droit civil, du droit des sociétés, du droit commercial, du droit comptable, du droit de la concurrence, du droit de travail, du droit fiscal et droit administratif etc. Il faut également tenir compte des règles du droit pénal applicables aux sociétés³⁵⁵.

³⁵² Par exemple, l'article 210.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit le principe général de la responsabilité civile applicable à tous les sujets de droit selon lequel « toute personne qui a commis une infraction aux dispositions de la présente Loi [...] cause des dommages est tenu de les réparer [...] ».

³⁵³ Collection Lamy Droit Civil, *op. cit.*, étude n° 483-19.

³⁵⁴ Voir, GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, *op.cit.* p.428.

³⁵⁵ Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.* p.24.

I. En droit français.

216. Droit positif.- Selon l'article L. 225-251 du Code de commerce « *les administrateurs et le DG sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ».

217. Cas illustratifs.- Il s'agit de la violation par le dirigeant d'une disposition légale ou réglementaire dans l'exercice de ses fonctions sociales. Cette violation est une cause générale de responsabilité civile s'il en résulte un dommage pour la société. Il en est ainsi lorsque le dirigeant refuse de convoquer l'AG des associés³⁵⁶, lorsqu'il n'observe pas l'obligation d'information à l'égard des actionnaires³⁵⁷ ou lorsqu'il conclut une convention sans l'autorisation préalable de l'organe compétent³⁵⁸. La faute est également imputable au dirigeant lorsqu'il participe à la prise d'une décision fautive du conseil d'administration, sauf à démontrer que chacun de ses membres s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment, en s'opposant à cette décision³⁵⁹.

Ont également pu être sanctionnés: la tenue irrégulière de la comptabilité³⁶⁰ comme le défaut de surveillance des administrateurs quant à la tenue des comptes sociaux³⁶¹; la production irrégulière des comptes résultant du paiement de chèques sans libellés et du défaut de règlement et de passation en comptabilité de factures³⁶²; le paiement tardif de sommes devant être remboursées par la société ayant généré un intérêt moratoire, mis à la

³⁵⁶ Cass. com., 12 mars 1974, *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 662; Paris, 28 oct. 1980, *JCP, G*, 1981, IV, p. 393

³⁵⁷ Cass. com. 17 mai 1965, *JCP, G*, 1966, II, 14647. Sur cette question en général, voir. URBAIN –PARLEANI I., « Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires », *Rev. Sociétés*, 2001, 781.

³⁵⁸ Paris, 7 nov. 1984, *BRDA*, 1984/24, p. 18. Il est à noter en outre que les conventions conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées. C'est au moment où il statue sur la demande en nullité que le juge doit apprécier si une telle convention a eu des conséquences dommageables pour la société. V. Cass. com., 1^{er} oct. 1996, *RJDA*, 1/97, n° 65; 15 mai 1998, *RJDA*, 8-9/98, n° 996.

³⁵⁹ Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 : *JurisData* n° 2010-002958; *Dr. sociétés* 2010, comm. 117, note ROUSSILLE M.; *JCP E*, 29 avr. 2010, 1416, note COURET A.; voir d'autres cas d'illustration de la violation des dispositions législatives ou réglementaires, GUYON Y., LE BARS B., *op. cit.*, Fasc.132 -10. n° 38

³⁶⁰ Cass.com., 12 oct. 1993 : *Bull. Joly* 1993, p. 1257; CA Paris, 1^{er} févr. 1984 : *Rev. sociétés* 1984, p. 779, note SCHMIDT D.; CA Paris, 19 janv. 1993 : *D.* 1993, inf. rap. p. 123.

³⁶¹ CA Paris, 4 févr. 1994 : *JurisData* n° 1994-600148; *Bull. Joly* 1994, p. 403, § 121, note PARIENTE M.;

³⁶² CA Limoges, 22 nov. 2001 : *JurisData* n° 2001-162956

charge du dirigeant en raison de cette faute³⁶³; le dol par réticence d'un président du conseil d'administration dissimulant qu'il était le véritable bénéficiaire d'une acquisition d'actions d'une autre société³⁶⁴.

II. En droit vietnamien.

218. Principe du devoir de légalité.- En vertu de l'article 160.1(a) de la Loi sur les Entreprises 2014, les dirigeants sont tenus « *d'exercer les pouvoirs et missions qui leur sont confiés conformément aux dispositions de la présente Loi, aux législations afférentes [...]* ». Par conséquent, l'inobservation des lois et des textes réglementaires constitue naturellement un manquement aux devoirs des dirigeants et elle sera la cause de l'engagement de leur responsabilité civile conformément à l'article 161.1(a) de la Loi sur les Entreprises 2014.

Il convient ainsi d'aborder les hypothèses susceptibles d'engager la faute des dirigeants lorsqu'ils n'observent pas les dispositions législatives régissant directement le fonctionnement des sociétés (A) et les dispositions émanant des législations afférentes (B).

A. La violation des dispositions législatives régissant le fonctionnement des sociétés : les fautes présumées.

219. Il s'agit des textes législatifs et réglementaires régissant la constitution et le fonctionnement des sociétés. Le plus important texte est la Loi sur les Entreprises 2014. Cette Loi impose les devoirs propres mis à la charge des dirigeants dont la violation permettra d'engager leur responsabilité envers la société³⁶⁵.

³⁶³ Cass. com., 12 janv. 1993 : *Bull. Joly* 1993, p. 336, note COURET A.; RJDA 1993, n° 800;

³⁶⁴ Cass. com., 18 juin 1996, n° 94-16.448, société Installation énergie "INES", c/ Reille : *Bull. Joly* 1996, p. 922, § 332, note A.C. ; BRDA 1996, n° 13

³⁶⁵ On peut citer certains autres textes tels que la Loi sur les Investissements 2005, la Loi sur les Bourses 2006, La Loi sur les Faillites 2014, le Décret 102/2010, le Décret 43/2010 sur l'Enregistrement des Entreprises, le Circulaire 121/2012 applicable aux sociétés publiques etc.

220. La faute concernant la détermination du prix des actions.- L'article 125.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que le CA a le pouvoir de déterminer le prix des actions susceptibles de faire l'objet d'une offre de vente. Parallèlement, cet article impose également le principe selon lequel le CA ne doit pas fixer un prix des actions qui est inférieur au prix pratiqué sur le marché à la date de l'offre de vente, ou au prix de la valeur nominale de l'action, sous réserve de certains cas particuliers³⁶⁶. Par conséquent, si les administrateurs ne respectent pas ce principe, ils sont considérés comme fautifs et ils sont tenus de réparer les préjudices causés à la société.

221. La faute concernant le rachat des actions émises par la société.- L'article 130.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que le CA a le pouvoir de « *racheter de 10% au maximum du nombre total par chaque catégorie d'actions vendues pour chaque période de 12 mois* ». En déduisant de l'article 130.2 de la Loi sur les Entreprises 2014, les administrateurs sont considérés comme fautifs s'ils décident de racheter les actions au prix qui est supérieur au prix pratiqué sur le marché à la date de rachat. Pourtant, on se demande quels sont les critères utilisés pour déterminer « *le prix pratiqué sur le marché* » lorsque la société n'est pas encore cotée en bourse.

222. La faute concernant la convocation de l'AG.- Pour les administrateurs, Il est généralement admis qu'ils ont commis une faute en négligeant de convoquer l'AG extraordinaire conformément aux circonstances prévues par l'article 136.3 de la Loi sur les Entreprises 2014, à savoir : (i) Lorsqu'ils jugent opportun pour l'intérêt de la société ; (ii) Lorsque le nombre de membres restant au conseil d'administration est inférieur à au nombre légal; (iii) Lorsqu'ils reçoivent la demande des actionnaires détenant au moins 10% des actions pendant une période de 6 mois consécutifs; ou (iii) Lorsqu'ils reçoivent la demande du conseil de surveillance.

223. La responsabilité des administrateurs est également engagée lorsqu'ils n'observent pas la procédure de convocation de l'AG imposée par la loi. Il en est ainsi lorsqu'ils négligent d'envoyer la convocation de l'AG en temps prévu par la loi³⁶⁷, lorsqu'ils

³⁶⁶ En vertu de l'article 125.1 de la LE 2014, le prix de l'action peut être fixé inférieur au prix pratiqué sur le marché à la date de l'offre de vente dans un des cas suivants : (i) Les actions en question font l'objet de la première offre de vente auprès des personnes autres que les actionnaires fondateurs; (ii) L'offre de vente est faite à tous les actionnaires de la société, au prorata des actions qu'ils détiennent respectivement dans la société ; (iii) L'offre de vente est faite à un courtier ou une caution. Dans ce cas, le rabais ou le taux de rabais doit être approuvé par les actionnaires, sauf autre disposition du statut;

³⁶⁷ LE 2014.art.139.1

négligent d'envoyer les documents visés par l'article 139.3 de la Loi sur les Entreprises 2014 etc.

224. La faute concernant la vote par correspondance. – La Loi sur les Entreprises 2014 permet au CA d'organiser le vote par correspondance pour l'adoption d'une décision de l'AG lors qu'il le juge nécessaire pour l'intérêt de la société. La faute des administrateurs est engagée lorsqu'ils n'observent pas la procédure prévue par l'article 145 de la Loi sur les Entreprises 2014, notamment ils sont présumés fautifs lorsque les décisions adoptées à l'issue d'un dépouillement déloyal ou inexact.

225. La faute personnelle du président résultant de la négligence de convocation du CA extraordinaire.- De la combinaison des articles 153.4 et 153.5 de la Loi sur les Entreprises 2014, le président doit convoquer le CA extraordinaire dans le délai de 7 jours à compter de la date (i) de réception de la demande du conseil de surveillance ou de l'administrateur indépendant ; ou (ii) de réception de la demande du DG ou au moins 5 autres dirigeants ; ou (iii) de réception d'au moins deux administrateurs. Si le président néglige de convoquer le CA conformément aux dernières circonstances, il est personnellement responsable des préjudices causés à la société³⁶⁸.

226. Le manquement aux devoir d'informations.- La faute des administrateurs est également retenue lorsqu'ils négligent le devoir de fournir au conseil de surveillance toutes les informations et tous les documents relatifs à la gestion et aux activités d'affaires de la société en temps voulu et à la demande de ce dernier organe³⁶⁹.

227. La responsabilité des dirigeants est engagée non seulement par la violation des textes législatifs et réglementaires propres au droit des sociétés, mais encore par le défaut d'observation d'autres dispositions légales afférentes.

B. La violation des dispositions législatives afférentes.

228. Principe : La responsabilité totale des violations des dispositions législatives afférentes.- Selon l'article 8 de la Loi sur les Entreprises 2014, la société est tenue de respecter plusieurs dispositions législatives ou réglementaires autres que celles applicables

³⁶⁸ LE 2014.art.153.5

³⁶⁹ LE 2014.art. 166.5

proprement aux sociétés. Il s'agit, par exemple, des dispositions législatives concernant les impôts, les assurances, la protection de l'environnement, la protection des consommateurs, les standards de construction etc. Soulignons que ces dernières dispositions législatives impliquent directement les obligations de la société. Pourtant, Il est évident que la société ne peut pas agir par elle-même, elle agit par le biais de ses représentants. Ainsi, si les dirigeants n'observent pas les règles applicables à la société, ils mettent naturellement la société dans la situation de violation des dispositions législatives et cette violation a pour effet que la société doit payer des amendes administratives ou des dommages - intérêts au titre de la responsabilité civile³⁷⁰. Par exemple, constituent les infractions au droit des impôts : le fait de ne pas soumettre dans les délais prévus le rapport mensuel de l'impôt à l'autorité locale de taxation (l'article 8.1(c) du Décret 100/2004 sur les Amendes Administratives dans le Domaine Des impôts) ; le fait de ne pas fournir les documents relatifs aux revenus imposables conformément à l'exigence de l'autorité locale de taxe (l'article 10.3 (a) du Décret 100/2004 sur les Amendes Administratives dans le Domaine Des impôts).

229. On se demande si les dirigeants sont personnellement responsables des actes fautifs qui mettent la société dans la situation de violation de la loi lorsqu'ils démontrent que ladite violation vise à maximiser les bénéfices de la société. En matière de droit fiscal, la réponse est négative parce qu'en vertu de l'article 6.2. 36 du Circulaire 78/2014/TT-BTC du Ministère de Finance du 18 juin 2014, les amendes administratives encourues de la violation des dispositions législatives ou réglementaires de la société ne peuvent pas être considérées comme les dépenses déductives pour calculer les impôts sur les sociétés, c'est-à-dire que la société peut se retourner contre les dirigeants fautifs pour lui demander de rembourser à la société les amendes que la société a payées au Gouvernement.

230. Il est évident que les actes fautifs précités sont considérés comme personnels à la société parce qu'ils entrent dans la sphère des attributions de ses dirigeants. Il serait préférable que la société réponde des amendes sociales encourues par les violations des dirigeants lorsque ces derniers démontrent qu'ils ont non intentionnellement violé les dispositions législatives ou réglementaires, à l'exception de la situation où ils commentent une infraction pénale parce que le droit positif vietnamien reste très compliqué, le manquement à l'observation de certaines réglementations légales est donc inévitable.

³⁷⁰ Il s'agit par exemple du cas où la société cause des pollutions qui affectent la culture de poissons des paysans.

231. L'exception au principe de légalité ou la situation où la loi est obscure.-

En droit vietnamien, aucun texte ne prévoit l'exception applicable au principe de légalité. En ce qui concerne les situations juridiques incertaines, il y a deux théories différentes. La première conception part du raisonnement que l'homme peut faire tout ce que la loi n'interdit pas alors que la deuxième conception énonce que l'homme ne peut faire que ce qui expressément prévu par la loi³⁷¹.

En droit allemand, face à une situation juridique qui n'est pas clairement définie en la matière, le dirigeant doit contrebalancer les risques et les possibilités pour la société liée à la prise de ces décisions. Il peut se placer au moment où la situation juridique est favorable à la société³⁷². La solution en droit français est similaire à celle consacrée en droit allemand. Pour éviter l'engagement de sa responsabilité, le dirigeant peut prouver qu'il a suivi le conseil des experts en décidant³⁷³.

232. La position pénale.- La violation des dispositions légales ou réglementaire est le plus souvent sanctionnée par le droit pénal. Il s'agit du délit de « *violation intentionnelle des règles publiques de gestion économique ayant entraîné de graves conséquences* »³⁷⁴. En cas d'espèce, la responsabilité pénale réunit trois éléments principaux : (i) l'abus du pouvoir attribué, (ii) l'agissement contraire aux dispositions légales ou réglementaires en matière de gestion économique (iii) l'existence des préjudices graves. La sanction est applicable essentiellement aux dirigeants des entreprises étatiques³⁷⁵. Ce délit peut être illustré par deux fameuses affaires : affaire Vinashine et affaire Nguyen Duc Kien.

233. Affaire Vinashin³⁷⁶.- En espèce, Vinashin (Abréviation de Vietnam Shipbuilding Industry Group) a été constitué en 1996. C'est en réalité un group géant d'entreprises

³⁷¹ Voir. LE Minh Toan, « Cuộc đối đầu giữa "Luật không cấm" và "Luật cho phép" » (« la loi n'interdit pas » c. « la loi permet »), *VCCI*, 28/10/2013, disponible en ligne à : « <http://www.vcci.com.vn/phap-luat/201310260958517/cuoc-doi-dau-giua-luat-khong-cam-va-luat-cho-phep.htm> »

³⁷² Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.* p.52.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ C. pén.art. 165.

³⁷⁵ En vertu de l'article 4.22 de la LE 2005, l'expression "l'entreprise publique" ou « l'entreprise étatique » s'entend d'une entreprise dans laquelle l'Etat détient au moins 50% du capital statuaire.

³⁷⁶ Voir arrêt n^o 45/2012/HSST du 30/03/2012 de la Cour Populaire de la ville Hai Phong (ci –après cité « **Arrêt Vinashin** » ou « **Affaire Vinashin** »). C'est la décision du tribunal de première instance. Cette décision est confirmée par la Cour Populaire Suprême (cour d'appel) le 30 Aout 2012.

étatiques avec de plus de 234 entreprises filiales³⁷⁷. À la fin de l'année 2010, Vinashin a connu une dette évaluée à 4,4 milliards de dollars (3,3 milliards d'euros), soit 4,5 % du PIB du Vietnam en 2009 et ce groupe s'est trouvé dans la situation de quasi - faillite³⁷⁸. Dans la période de 2001 à 2010, les comportements fautifs des dirigeants de Vinashin concernant la réalisation de cinq projets d'investissement ont causé à ce groupe une perte de plus de 910 milliards de Dong (soit 32,5 million d'euros)³⁷⁹. Neuf dirigeants de ce groupe ont été condamnés par le tribunal sur le fondement de l'article 165 du Code pénal³⁸⁰. Dans l'affaire de Vinashin, Pham Thanh Binh est considéré comme le dirigeant qui a commis le plus de fautes pendant le temps où il a été le président et le DG de Vinashin. Il a été condamné à 20 ans de prison et De plus, il doit payer des dommages – intérêts de plus de 575 milliards de Dong (égale à 25 million d'Euro) à Vinashin et à ses filiales.

En ce qui concerne l'infraction de « *violation intentionnelle des règles publiques de gestion économique ayant entraîné de graves conséquences* » - Pham Thanh Binh est condamné du fait de ses comportements fautifs dans la gestion de la société. Il s'agit des actes fautifs tels que : « *approuver le Projet d'achat de croisière sans que ce projet soit constitué et ratifié par l'autorité de compétence* ³⁸¹ », « *ne pas réaliser l'appel d'offre* » concernant l'achat de la croisière³⁸², « *signer la lettre de garantie non conforme à la procédure de vérification et d'autorisation de garantie* »³⁸³, « *signer le contrat de prêt pour accorder un prêt de 1.390 milliard de Dong à la société Vien Duong sans que le*

³⁷⁷ Voir sur le site de la radio BBC, disponible en ligne

http://www.bbc.co.uk/vietnamese/business/2013/10/131031_vinashin_turned_sbic.shtml

³⁷⁸ Voir. PHILIP B., « Le géant Vinashin prend l'eau », *Le Monde* 30.12.2010.

³⁷⁹ Ce sont les projets d'investissement suivants : (i) Le projet d'investissement d'acheter la croisière d'expresso de la société Vien Duong – Vinashin (ci –après « Projet d'achat de croisière ») ; (ii) Le projet de construction de la centrale thermique de Fleuve Rouge (ci –après « Projet de centrale thermique de Song Hong ») ; (iii) Le projet de construction de la centrale de diésel de Cai Lan (ci –après « Projet de centrale de diésel Cai Lan ») ; (iv) Le projet de construction du bateau de Binh Dinh Start (ci –après « Projet de bateau Binh Dinh ») ; (v) Le projet de vente du bateau de Bach Dang Giang (ci –après « Projet de vente du bateau Bach Dang Giang »). Voir, arrêt Vinashin.

³⁸⁰ « Manquement à la responsabilité causant les préjudices des biens de l'Etat ».

³⁸¹ Violation de l'article 7.3 de la Loi sur l'Investissement 2005, voir. Arrêt Vinashin.

³⁸² Violation de l'article 22 de la Loi sur l'appel d'offre 2005, voir. Arrêt Vinashin.

³⁸³ Violation de l'article 17 de Règlement de Garantie prévu dans la Décision No 1627/ 2001 de la Banque Centrale, voir. Arrêt Vinashin.

Projet d'achat de croisière soit constitué et ratifié par l'autorité de compétence »³⁸⁴, « *ne pas effectuer la procédure de soldes du capital d'investissement du projet* »³⁸⁵.

Dans le Projet de centrale diésel de Cai Lan, Pham Thanh Binh et To Nghiem se sont vus reprochés solidairement un comportement fautif pour avoir « *payé totalement de l'argent à l'entrepreneur quand l'ouvrage n'est pas encore fini, ce paiement entraine que l'entrepreneur n'exécute pas l'obligation de garantie de l'ouvrage* »³⁸⁶.

Dans le projet de construction de la centrale thermique de Song Hong, Pham Thanh Binh, Nguyen Van Tuyen et Do Dinh Con se sont vus accusés solidairement sur le fondement de fautes tels que « *approuver le projet de construction de la centrale thermique de Song Hong sans que ce projet soit inscrit dans la liste de planification du réseau national d'électricité* »³⁸⁷; « *ne pas rédiger le rapport du projet d'investissement soumis au Premier Ministre pour l'autorisation préalable* »³⁸⁸, « *démarrer la construction de la centrale thermique sans permis de construire* »³⁸⁹

En ce qui concerne la faute de « *ne pas exécuter correctement les directions du Gouvernement* », Pham Thanh Binh a été condamné pour ne pas agir conformément à la direction du Premier Ministre (qui est considéré comme l'associé unique de Vinashin) manifestée dans le Circulaire No 1957/VPCP-CN daté du 12 avril 2007 de la Chambre du Gouvernement selon lequel « *le Premier Ministre est d'accord en principe de permettre à Vinashin de **construire** les nouvelles croisières express de transport sur la ligne maritime Nord –Sud. Vinashin est tenu de réaliser les investissements conformément aux dispositions légales* ». On lui a reproché d'avoir acheté les croisières usées au lieu de construire les nouvelles croisières conformément à la direction du Premier Ministre. Il est intéressant de noter que la directive du Premier Ministre n'est pas un texte légal par

³⁸⁴ Violation de l'article 15.2 de Règlement de Pret prévu dans la Décision No 26 du 26 juin 2006 de la Banque Centrale, voir. Arrêt Vinashin

³⁸⁵ Violation de l'article 56.1 du Décret 52 du 8juillet 1999 du Gouvernement, voir. Arrêt Vinashin

³⁸⁶ Selon la cour, cette ratification viole des articles 80.2 et 82 de la Loi sur la Construction, l'article 26 et 29 du Décret 209/2004 ND-CP sur la gestion des projets de construction des ouvrages, voir arrêt Vinashin.

³⁸⁷ Violation des articles 36.1.a de la Loi sur la Construction, l'article 11.1 de la Loi sur l'Electricité, l'article 2.2 du Décret 16/2005 ND-CP sur la gestion des projets de construction des ouvrages, l'article 3.1 du Règlement de gestion des projets de centrale thermiques indépendants (promulgué par la Décision No 30 du 30/08/2006 du Ministère de l'Industrie).

³⁸⁸ Violation de l'article 36.2 de la Loi sur la Construction, l'article 4.1 du Décret 16/2005/ ND-CP sur la gestion des projets de construction des ouvrages.

³⁸⁹ Violation de l'article 62 et l'article 72 de la Loi sur la Construction, l'article 17.1 du Décret 16/2005/ ND-CP sur la gestion des projets de construction des ouvrages.

nature, peut-on accuser Pham Thanh Binh d'avoir agi contrairement à la loi ? Pourtant, la Cour interprète que l'opinion du Premier Ministre est l'ordre de celui qui a le pouvoir de diriger l'économie en générale, Vinashin avait donc l'obligation de s'y conformer.

234. Affaire *Nguyen Duc Kien*³⁹⁰. - Dans l'arrêt du 9 juin 2014, Nguyen Duc Kien a été jugé pour avoir commis l'infraction de « *violation intentionnelle des règles publiques de gestion économique ayant entraîné de graves conséquences* ». Avec cette infraction, il a été condamné à 18 ans d'emprisonnement. En espèce, Nguyen Duc Kien est un des fondateurs de l'Asia Commercial Bank (« ACB »), il est également un ancien vice-président du conseil d'administration d'ACB. Le 22 mars 2010, le président du conseil d'administration de l'ACB, Tran Xuan Gia, ses vice-présidents Le Vu Ky, Pham Trung Cang et Trinh Kim Quang, le directeur général Ly Xuan Hai, le directeur général adjoint Huynh Quang Tuan, et Nguyen Duc Kien ont décidé de charger des employés de placer des fonds dans d'autres banques causant des pertes de plus de 718 milliards de Dongs – plus de 250 million d'Euro- à l'ACB. Selon le tribunal de première instance, les dirigeants de l'ACB ont violé la Loi des Organismes de Crédits 1997 (amendée en 2004 et 2010) qui interdit la charge des tiers de placer des fonds dans d'autres banques.

³⁹⁰ Voir arrêt N° 219/2014/HSST du 9 juin 2014 de la Cour Populaire de la ville de Hanoi (ci-après citer « *arrêt Nguyen Duc Kien* » ou « *Affaire Nguyen Duc Kien* »).

§2. La violation des statuts sociaux.

235. Les statuts sociaux sont également les sources des règles spécifiques qui régissent, d'une part, le fonctionnement de la société et, d'autre part, les rapports entre les actionnaires. Comme le droit français (I), le droit vietnamien (II) considère la violation des statuts comme la cause de la responsabilité civile des dirigeants.

I. En droit français.

236. Exigence statutaire de l'approbation préalable des associés.- En vertu de l'article 1134 du Code civil, les statuts ont une nature juridique assimilable à celle de la loi³⁹¹. Ainsi, les dirigeants sont tenus de respecter toutes les dispositions statutaires. À cet effet, le manquement au devoir de respecter les statuts sociaux peut engager la responsabilité civile des dirigeants. Tel est le cas lorsqu'un dirigeant méconnaît une prescription statutaire l'obligeant à obtenir exceptionnellement l'accord des associés pour accomplir un acte³⁹² ou, sans l'autorisation des associés, promet d'acquérir un terrain en vue de la construction d'une usine alors que les statuts limitent ses pouvoirs aux affaires courantes de la société ne présentant aucun caractère exceptionnel³⁹³.

II. En droit vietnamien.

237. Les décisions de l'AG traduisent la volonté de la société, elles sont constituées sous la forme des statuts ou des décisions de l'AG. En droit vietnamien, la faute des dirigeants sociaux est engagée non seulement pour l'inobservation des statuts (A) mais encore pour la négligence des décisions délibérées par l'AG au cours du fonctionnement de la société (B).

³⁹¹ Article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [...] »

³⁹² Cass. com., 10 mars 1976 : *JCP G* 1977, II, 18566 et 18595, note CHARTIER Y.

³⁹³ CA Paris, 4 févr. 2000, *Bull. Joly*, 2000, p. 817, *RJDA*, 6/00, n° 674.

A. La violation des clauses statutaires.

238. Plusieurs dispositions de la Loi sur les Entreprises 2014 et d'autres textes législatifs se réfèrent expressément aux solutions consacrées par les statuts à travers la formulation « [...] prévu par les statuts de la société ». Ainsi, cela implique que ces solutions statutaires sont obligatoires comme la loi. En ce qui concerne les aménagements statutaires susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants sociaux, il s'agit le plus souvent de la violation des clauses statutaires qui limitent le pouvoir de décision de ces derniers, c'est-à-dire qu'il y a des décisions que les dirigeants ne peuvent pas prendre sans en avoir référé aux actionnaires³⁹⁴.

239. Ainsi, constituent les violations des statuts de la société: le fait d'outrepasser les pouvoirs de décisions en concluant des conventions dont la valeur relève de la sphère des pouvoirs de décisions de l'AG. Par exemple, de la combinaison des articles 135.2 (d) et 149.2. (e) de la Loi sur les Entreprises 2014, il résulte que le statut social peut permettre au CA de décider les projets d'investissement ayant la valeur inférieure à 35% de la valeur totale de l'actif mentionnée dans les livres comptables de la société. À cet effet, si les administrateurs dépassent le seuil de valeur d'investissement statutaire causant des préjudices à la société, celle-ci pourra leur demander la réparation des préjudices.

B. La violation des décisions de l'AG.

240. Droit positif. - Selon l'article 161.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014, si le dirigeant exerce les missions contrairement aux décisions de l'AG, sa responsabilité civile peut être mise en cause.

En réalité, l'AG est l'organe décisionnel suprême de la société anonyme³⁹⁵. Les décisions de l'AG portent généralement sur les orientations de développement de long terme de la société ou l'approbation des opérations d'investissement d'une valeur importante³⁹⁶. Ces

³⁹⁴Voir également Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude 483-17.

³⁹⁵ LE 2014.art. 135.1

³⁹⁶ L'article 135.2 (d) de la LE 2014 permet aux actionnaires de prévoir dans le statut que toute décision d'investissement ou toute convention de vente des biens sociaux ayant d'une valeur supérieure à 35% de la valeur totale de l'actif inscrite dans le dernier rapport financier de la société doit se soumettre à la décision de l'AG

décisions sont propres à la situation financière et humaine de la société. Ainsi, il est généralement admis que constituent les infractions aux décisions de l'AG: le fait de verser du capital dans un projet d'investissement différent de celui approuvé par l'AG ou le fait de poursuivre une affaire qui n'appartient pas aux affaires inscrites dans le plan d'orientation de développement adopté préalablement par l'AG. Formulé autrement, le dirigeant est tenu de réparer les préjudices causés à la société par sa négligence des décisions de l'AG³⁹⁷. Par exemple, le DG d'une société anonyme a utilisé de l'argent de la société pour acheter les actions de la société X, au lieu d'acheter les actions de la société Y conformément à la décision de l'AG. Lorsque la valeur des actions de la société X est dévaluée, la responsabilité civile du DG est engagée et il doit réparer les préjudices causés à la société par ses agissements contraires à la décision de l'AG.

241. Valeur « normative » de la décision de l'AG. - Dans une certaine mesure, la décision de l'AG est également considérée comme le guide d'application en détail de certaines dispositions législatives dont la violation est considérée comme la violation de la loi. Par exemple, dans l'arrêt de *Huyen Nhu*, certains cadres de Vietinbank sont jugés pour avoir violé la décision No 069/QD-NHCT 19 du 25/01/2010 de Vietinbank. Selon les avocats, cette dernière décision est une règle interne de la banque, elle ne doit pas être donc considérée comme un texte législatif ou réglementaire dont la violation engage la responsabilité des cadres. Pourtant le tribunal de la Cour populaire de Ho Chi Minh ville a énoncé que « *En vertu de l'article 93 de la Loi sur Les Organismes de Crédits, chaque banque doit instaurer les règles intérieures régissant les activités professionnelles. En vertu de l'article 93.2 de cette Loi, la banque doit instaurer les règles telles que (a) le règlement sur l'octroi de crédit [...], (c) le règlement sur l'évaluation de la qualité des biens et sur la conformité à la minimum sureté, (g) le règlement sur la procédure de gestion des risques. En se basant sur cet article, l'AG de Vietinbank a promulgué la décision No 069/QD-NHCT 19 du 25/01/2010 pour juguler les actes violant les règles concernant l'octroi de crédit. Cette décision n'est pas contraire aux dispositions législatives et réglementaires. Cette décision est de nature contraignante. Ainsi, les actes*

³⁹⁷Dans ces dernières années, il y a une tendance « dangereuse » des entreprises étatiques vietnamiennes: c'est l'investissement au domaine qui est extérieur à l'objet social ou aux domaines d'activité approuvés par la décision de l'AG. Cet investissement non conforme a causé des pertes pour lesdites entreprises. Pourtant, on ne voit personne qui est responsable de ces pertes, voir en ce sens : VU Hai, DANG Khanh, « Các tập đoàn nhà nước đầu tư ngoài ngành: Lỗi nhiều hơn lãi » (les groupes d'entreprises étatiques investissent hors de leur domaine d'activité : plutôt de perte), *VOV*, 21/12/2011, disponible en ligne à: <http://vov.vn/kinh-te/cac-tap-doan-nha-nuoc-dau-tu-ngoai-nganh-lo-nhieu-hon-lai-194974.vov>; TUOI TRE, « EVN lỗ lớn vì đầu tư ngoài ngành » (La grande perte d'EVN à cause de l'investissement hors de domaine essentiel), *Tuoi Tre*, 07/10/2013.

fautifs tels que l'octroi de crédit sans la présence de l'emprunteur ou sans la signature du garant ont rendu inefficace des dispositions législatives et réglementaires concernant les mesures de sécurité dans le système bancaire »³⁹⁸. Ainsi, la non-observation de cette décision de l'AG engage également la responsabilité civile envers la société des dirigeants.

En réalité, il est généralement admis que constituent les infractions aux décisions de l'AG le fait de verser du capital dans un projet d'investissement différent de celui approuvé par l'AG; le fait de poursuivre une affaire qui n'appartient pas aux affaires inscrites dans le plan d'orientation de développement décidé par l'AG. Il est également admis que la responsabilité des dirigeants concernant cette faute n'est qu'engagée que si elle cause des pertes pour la société.

242. Une question se pose : peut-on engager la responsabilité des dirigeants quand ils violent les décisions de l'AG, alors que ces décisions de l'AG sont, elles-mêmes, contraires aux dispositions légales ou statutaires ? À travers l'arrêt *Huyen Nhu*, il apparaît que la responsabilité du DG est mise en cause quand il exécute une résolution fautive de l'AG qui lui permet d'utiliser de l'argent pour faire des investissements financiers, malgré que cette activité ne soit pas enregistrée dans l'objet social. Selon le tribunal « *quand Pham Anh Tuan exécute les contrats des investissements financiers causant des pertes à la société Thai Binh Duong, il en est évidemment responsable* ». En réalité, le tribunal vérifie la motivation de ce DG au moment où il conclut les contrats des investissements financiers avec la banque de Vietinbank, et le tribunal a trouvé que le DG a gagné des bénéfices personnels illégitimes, c'est-à-dire que les biens de société sont détournés³⁹⁹. Il est donc condamné plus tôt à cause de sa conduite de mauvaise foi. Ainsi, Il suppose que quand les décisions de l'AG sont contraires aux dispositions légales ou statutaires, la responsabilité du dirigeant n'est pas engagée seulement lorsqu'il s'est opposé activement à la décision fautive conformément à l'article 108.4 de la Loi sur les Entreprises 2005.

En résumé, la faute constituée par la violation de la loi ou des statuts est plus facile à retenir car elle implique un manquement à une obligation de résultat.

³⁹⁸ Arrêt Huyen Nhu, p. 89.

³⁹⁹ Arrêt Huyen Nhu, p. 79

SOUS - SECTION 2. LE MANQUEMENT AUX DEVOIRS FIDUCIAIRES : LES FAUTES SPÉCIFIQUES DES DIRIGEANTS SOCIAUX.

243. En dehors de la violation de la loi ou des statuts sociaux qui fait présumer la faute des dirigeants, dans la plupart des cas, la responsabilité civile des dirigeants est invoquée dans le cadre de la gestion des affaires sociales⁴⁰⁰. La qualification de la faute relative à la gestion n'est pas très aisée puisqu'elle implique une obligation de moyen, il faut mettre donc en évidence un comportement dépourvu de diligence⁴⁰¹ ou de loyauté.

244. En droit français, c'est la jurisprudence qui impose aux dirigeants le devoir de diligence⁴⁰² et celui de loyauté envers la société⁴⁰³.

245. En droit vietnamien, l'article 161.1 (a) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que la responsabilité civile des dirigeants envers la société sera engagée lorsqu'ils manquent aux obligations suivantes: « [...]

- a) *D'accomplir les pouvoirs et missions qui leur sont confiés avec honnêteté, avec diligence, afin d'assurer le mieux les intérêts légitimes de la société;*
- b) *D'être loyaux aux intérêts de la société [...]; ne pas user des informations secrètes, des opportunités d'affaires de la société, de leurs pouvoirs et des biens de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale ».*

246. Le législateur a ainsi imposé des obligations à la charge des dirigeants sur le modèle de relations que ces derniers entretiennent avec la société dont ils défendent les intérêts. Ces obligations ne peuvent s'établir que sur le fondement de confiance entre les différentes parties⁴⁰⁴. Les termes tels que « *honnêteté* », « *diligence* », « *loyauté* » nous font penser aux *devoirs fiduciaires*, les devoirs typiques imposés aux dirigeants sociaux en droit de *common law*. En effet, les devoirs fiduciaires se caractérisent par une obligation de diligence et d'une

⁴⁰⁰ Voir. GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit. p.430

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Voir *infra* n° 346 ss.

⁴⁰³ Voir *infra* n° 295 ss.

⁴⁰⁴ Voir en ce sens, GODON L., « l'obligation de non –concurrence des dirigeants sociaux », *Bull. Joly* 1991, p.5, 6.

obligation de loyauté⁴⁰⁵. On retrouve également les concepts de l'obligation de diligence et de l'obligation de loyauté en droit français. Toutefois, il faut prendre en compte qu'en droit français cette distinction est plus d'ordre théorique, fondées sur la jurisprudence que d'ordre pratique⁴⁰⁶. Afin de comprendre les devoirs fiduciaires en droit vietnamien et en droit français, il est opportun de retracer succinctement l'origine de ces devoirs en droit de *common law*.

247. Description de devoirs fiduciaires en *common law*.- La notion de devoirs fiduciaires ou « *fiduciary duties* » est une création de l'*equity* anglaise qui remonte à plus de deux siècles⁴⁰⁷. Selon Black's Law Dictionary, l'expression "fiduciary" se définit comme: "[a] person holding the character of a trustee, or a character analogous to that of a trustee, in respect to the trust and confidence involved in it and the scrupulous good faith and candor which it requires ... [a] person having [a] duty, created by his undertaking, to act primarily for another's benefit in matters connected with such undertaking ... a person having duties involving good faith, trust, special confidence, and candor towards another."⁴⁰⁸. Dans "*fiduciary relationship*" les fiduciaires ont les devoirs d'agir avec une extrême bonne foi envers le bénéficiaire, et ne pas abuser de la confiance confiée ou exercer les pouvoirs au détriment du bénéficiaire⁴⁰⁹.

Selon la doctrine majoritaire, les devoirs fiduciaires s'appliquent non seulement aux fiduciaires (*trustees*) proprement dits, mais aussi aux associés, aux mandataires et aux administrateurs de personnes morales, de même, entre autres, qu'à des hauts fonctionnaires, des « *employés-clés* », des intermédiaires financiers, un individu candidat à un emploi, un créancier hypothécaire exerçant son pouvoir de vente, un avocat⁴¹⁰. Ces dernières personnes doivent remplir le devoir de loyauté non pas parce qu'elles sont les

⁴⁰⁵ Voir. DION N., Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : Droit des Etats Unis d'Amérique et droit français, Thèse Orléans, 1994; MAGNIER V., « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?, Bull. Jolly. sociétés, janvier 2012, p. 75 -81 ; LAMY Les Sociétés Commerciales, « devoir de loyauté », Lamyline.fr , 2014, n° 697.

⁴⁰⁶ Voir en ce sens REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.15.

⁴⁰⁷ Voir. MARTEL P. " Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales - impact du Code civil du Québec ", *Revue Juridique Thémis*, Vol. 42 Numéros 1 - 2, 2008, p. 154.

⁴⁰⁸ Black's Law Dictionary 625 (6th ed. 1990)

⁴⁰⁹ Voir. MARTEL P. *op.cit.*, p. 155.

⁴¹⁰ Voir. MARTEL P. *op.cit.*, p. 154 ; voir également SCOTT A., "*The Fiduciary Principle*", *California Law Review*, n°37, 1949, p. 539, 540; Ellis MV, *Corporate and Commercial Fiduciary Duties*, Carswell Thomson, 1995, at 1-1; TRICKER B., *Directors. An A – Z guide*, The Economist, 2009, p.226.

mandataires ou dirigeants sociaux, les avocats, les employés-clés, mais simplement parce qu'elles occupent un poste de confiance et d'autorité⁴¹¹.

En matière du droit des sociétés anonymes, les dirigeants sociaux américains doivent administrer et contrôler les activités de la société pour le compte des actionnaires⁴¹². La doctrine énonce que les dirigeants sociaux assument les fonctions fiduciaires en ce sens qu'ils gèrent des biens qui ne sont pas les leurs, c'est-à-dire qu'ils agissent pour le compte d'autrui⁴¹³. Selon M. Perez « *l'idée de confiance (trust) sous-tend à l'origine l'interprétation jurisprudentielle de la relation actionnaire/dirigeant: un propriétaire qui confie à un spécialiste la gestion d'un patrimoine. Les dirigeants doivent donc agir dans l'intérêt de la société, compris comme étant essentiellement celui de ses actionnaires [...]* »⁴¹⁴. La relation entre l'actionnaire et la société relève de celle existant entre le commettant et le préposé⁴¹⁵, c'est-à-dire une relation de nature fiduciaire. Par conséquent, les tribunaux ne cessent pas d'imposer aux dirigeants les devoirs fiduciaires⁴¹⁶.

En droit américain, les jurisprudences énoncent que les « *fiduciary duties* » ou « *devoirs fiduciaires* »⁴¹⁷ comportent trois devoirs essentiels ou le « triad »: le devoir de diligence (duty of care), le devoir de loyauté (duty of loyalty ou duty of fair dealing) et le devoir de bonne foi ou honnêteté⁴¹⁸. Selon M.Chamy, les « *fiduciaries duties* » constituent le centre de gravité de *corporate governance*, reconnus par plusieurs législations de common law⁴¹⁹.

⁴¹¹ Voir en ce sens. LIZÉE M., « Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé », (1989) 34 *R.D. McGill* 653 ; MARTEL P. " Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales - impact du Code civil du Québec ", *Revue Juridique Thémis*, Vol. 42 Numéros 1 - 2, 2008, p. 166 ;

⁴¹² Voir. PEREZ J. M., « Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain », *Rev. Sociétés* 2003 p. 195

⁴¹³ Voir en ce sens. LIZÉE M., « Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé », (1989) 34 *R.D. McGill* 653.

⁴¹⁴ Voir. PEREZ J. M., op.cit.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ Voir. SEALY L.S., "The Director as Trustee", [1967] *Camb. L.J.* 85.

⁴¹⁷ Selon West's Encyclopedia of American Law, édition 2, 2008, le terme « fiduciaire » est une dérive du mot latin « fiducia » qui signifie que « confiance » ou « trust ».

⁴¹⁸ *Emerald Partners v. Berlin*, 0787 A.2d 85 (Del. 2001); voir également, MELVIN A. EISENBERG . "The Duty of Good Faith in Corporate Law", *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, No. 1, 2005;

⁴¹⁹ Voir. CHAMY E., « Transposition du corporate governance anglo-saxon en droit français », *P.A.*, 09 juin 1997 n° 69, p.

248. Plan.- Il est intéressant de voir comment le concept du devoir de bonne foi (§1) de devoir de loyauté (§2) et du devoir de diligence (§3) été transposé en droit français et en droit vietnamien.

§1. Le devoir de bonne foi: La motivation de promouvoir l'intérêt de la société.

249. Droit positif.- À la différence du droit français⁴²⁰, le droit vietnamien impose expressément aux dirigeants le devoir de bonne foi. En effet, l'article 116.1(b) de la LE 2014 dispose que les dirigeants de société doivent d'agir « *avec bonne foi, [...] pour mieux assurer l'intérêt légitime de la société* ». Il est intéressant de voir que le législateur vietnamien a classé le devoir de bonne foi dans le premier rang parmi les obligations des devoirs fiduciaires. En réalité, le « *devoir de bonne foi* » été prévu dans le droit vietnamien des sociétés depuis la Loi sur les Entreprises 1999 par la formulation « *agir avec bonne foi [...] dans l'intérêt de la société* »⁴²¹.

250. Avant d'aborder les contours du devoir de bonne foi (II), il convient d'étudier le concept de l'intérêt social en droit des sociétés anonymes(I).

I. l'intérêt de la société : La « boussole » des comportements des dirigeants.

251. Problématique.- À l'instar du droit français, l'intérêt social est considéré comme « *un impératif de conduite* »⁴²² guidant la conduite des dirigeants sociaux en droit vietnamien des sociétés. En réalité, l'expression « *l'intérêt de société* » est reprise plusieurs fois⁴²³. Pourtant, aucune définition précise ne lui soit apportée.

⁴²⁰ Le droit français n'impose pas un devoir de bonne foi comme un devoir indépendant des dirigeants sociaux. Il semble que le devoir de bonne foi est assimilée au devoir de loyauté consacré par les jurisprudences, voir *infra* n° 295 ss.

⁴²¹ LE 1999, art. 86.1.

⁴²² Voir. COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n° 401.

⁴²³ Par exemple, on peut la trouver dans les articles L'article 160.1(b), (c) de la LE 2014 « agir [...] au mieux pour assurer maximum l'intérêt légitime de la société » et « être loyaux aux intérêts de la société et des actionnaires ».

Il est intéressant de voir comment la notion « *intérêt de la société* » est abordée dans certaines législations étrangères (A) avant de proposer une analyse de la loi vietnamienne (B).

A. L'intérêt social dans le droit étranger.

252. Dans cette étude, nous abordons le concept de l'intérêt social en droit français (1) et en droit américain (2).

1. L'intérêt social en droit français.

253. En droit français, la notion de l'intérêt social est très peu évoquée et n'est pas définie par le législateur. Pourtant, elle est le sujet des débats à titre doctrinal de plusieurs juristes. À propos des théories, on relève trois grands courants animent la doctrine: la thèse de l'assimilation à l'intérêt des actionnaires, celle de l'orientation vers l'intérêt de l'entreprise et celle du « *juste milieu* ».

254. Pour ceux qui défendent la théorie contractuelle, l'intérêt social serait l'intérêt des actionnaires qui attendent une création de richesse et une optimisation de la valeur des titres⁴²⁴. Les partisans de cette théorie semblent se fonder sur les articles 1832 et 1833 du Code civil pour défendre leur position⁴²⁵. Ainsi, pour le professeur Schmidt, la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social⁴²⁶.

255. Pour ceux qui défendent la théorie d'entreprise, l'intérêt social serait l'intérêt de l'entreprise qui est distinct de celui des actionnaires. Pour les partisans de cette théorie,

⁴²⁴Voir. MARTIN D., « L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social ? » in *Mélanges D. Schmidt*, éditions Joly, 2005, p.359 ; MATHEY N., « Recherches sur la personnalité morale en droit privé », thèse Paris II, 2001 ; MASSART T., *Le régime juridique de la cession de contrôle, thèse Paris II*, 1995, spéc. p.532.

⁴²⁵ Article 1832 prévoit que « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». L'article 1833 dispose que « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés »

⁴²⁶ Voir. SCHMIDT D., « De l'intérêt social », *JCP E*, n° 38, 21 Septembre 1995, p. 488.

l'intérêt social devrait englober l'intérêt des actionnaires, des salariés, des créanciers⁴²⁷. Cette théorie apparaît se fonder sur le concept de l'entreprise : la société est une technique juridique d'organisation de l'entreprise⁴²⁸, et son intérêt s'identifie à celui de l'entreprise. À cet effet, l'intérêt social se définit comme « *l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* »⁴²⁹.

256. Pour ceux qui défendent la théorie de « *juste milieu* », l'intérêt social est considéré comme une notion qui, en fonction des circonstances, privilégie les contraintes à court terme ou les contraintes à long terme⁴³⁰.

257. Selon certains auteurs, l'évolution de la conception de la société anonyme consiste en l'abandon progressif de la thèse contractuelle qui prime l'intérêt des actionnaires⁴³¹. La conception de l'intérêt de personne morale prime ainsi progressivement. Sur la base d'une analyse institutionnelle de la société, un courant de pensée des années 1950 énonce que la finalité du groupement social serait l'intérêt de tous ceux qui contribuent au fonctionnement de l'entreprise que la société organise⁴³².

⁴²⁷ Voir. TEYSSIE B., « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p.1080 ; « Crise et structure juridiques des entreprises », 5ème journées R. Savatier, 1997, p.87 ; DAIGRE J.-J., « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Droit & patrimoine*, juillet/août 1996, p.21 ; CONTIN R., « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.*, 1968, chron., p.45 ; DURAND P., « L'entreprise », *Rapport aux Travaux de l'Association H. Capitant*, 1947, p.54 ; DARROIS J.-M. et VIANDIER A., « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », *Les échos*, 27 juin 1993.

⁴²⁸ Voir. PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise* : éd. Sirey, Paris, 1967 ; du même auteur, *Les fondements modernes du droit des sociétés* : JCP 1984, éd. E, II, 14193.

⁴²⁹ Le rapport du groupe de travail CNPF-AFEP sur Le Conseil d'administration des sociétés cotées confirme cette réponse en énonçant : "l'intérêt social... est le pôle vers lequel les dirigeants sociaux et tous les administrateurs doivent orienter leur conduite" (éd. ETP, Paris, juill. 1995, p. 9)

⁴³⁰ Voir. BERTREL J.-P., « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit & patrimoine*, avril 1997, p.42, spéc. p.46 ; voir également certaines autres opinions de théorie de « juste milieu » dans l'étude de ROUSSEAU S. et TCHOTOURIAN I., « L'« intérêt social » en droit des sociétés : Regards transatlantiques », disponible en ligne à : <https://www.google.fr/#q=int%C3%A9ret+social+transatlantique>.

⁴³¹ Voir. ROSSET P.R., *Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés*, Neuchâtel et Paris, 1939 à la p. 19 cité par F Sami, *La souscription d'actions dans la société anonyme*, Genève, Librairie Reausseau, 1968 à la p. 44 ; voir également

⁴³² Voir en ce sens : ROUSSEAU S. et TCHOTOURIAN I., *op.cit.*

2. L'intérêt social en droit américain.

258. En droit américain, les débats portant sur le sujet de la finalité de la société et la limite du pouvoir des dirigeants ont commencé depuis 1919 avec l'affaire *Dodge*⁴³³. En espèce, l'actionnaire Dodge contestait le droit de la société Ford de promouvoir d'autres intérêts que ceux de ses actionnaires. Le tribunal de l'Etat Michigan lui donna raison en déclarant que « *business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders* ». Cette doctrine a été soutenue par Berle qui estime que les pouvoirs attribués aux administrateurs doivent être exercés uniquement dans l'intérêt des actionnaires⁴³⁴.

259. Dans l'article 8.30 (a) du *Model Business Corporation Act*, les dirigeants ont le devoir d'agir « *in good faith, and (2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation* ». La formulation "*in the best interests of the corporation*" est interprétée dans l'arrêt *Greenhalgh v Arderne Cinemas* comme "*best interest of the corporation and its shareholders*"⁴³⁵, c'est-à-dire l'intérêt commun de tous les actionnaires⁴³⁶. Le principe d'agir dans le mieux intérêt des actionnaires a été récemment confirmé par la Cour de l'Etat Delaware dans l'arrêt *Stone*: "[A] director cannot act loyally towards the corporation unless she acts in the good faith belief that her actions are in the corporation's best interest."⁴³⁷

260. Actionnaires présents et futurs.- À propos de protection de l'intérêt des actionnaires, le droit américain consacre également la théorie « *actionnaires présents et futurs* ». Cette théorie a été formulée à propos de l'affaire *Savoy Hotel*⁴³⁸. L'essentiel de la dernière théorie est que, en prenant des décisions, les dirigeants sociaux doivent « *balance the short-term considerations of present shareholders against long-term considerations which would*

⁴³³ *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668 (Mich. 1919)

⁴³⁴ Voir. BERLE A.A. Jr., "Corporate Powers as Powers in Trust", (1931) 44 *Harvard Law Review*, 1049.

⁴³⁵ Voir en ce sens, GOLD A. S., "The New Concept of Loyalty in Corporate Law", *Review University of California*, Davis, Vol. 43, 2009, p. 457

⁴³⁶ Voir. *Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd* [1951] Ch 286 at 291; voir également. CORKERY JF., *Directors' powers and duties* (1987). Law Book Gallery. Book 2, p. 62

⁴³⁷ *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 370 (Del. 2006)

⁴³⁸ Voir. *Savoy Hotel Ltd and the Berkeley Hotel Co.Ltd*, Investigation under Section 165(b) of the Companies Act, 1948, Report of the Inspector (M.E. Milner Holland), H.M.S.O., 1954, Voir notamment GOWER, "Corporate Control: The Battle for the Berkeley" (1955) 68 Harv. L R 1176

embrace the interests of future shareholders as well »⁴³⁹. Autrement dit, les dirigeants doivent tenir compte non seulement de l'intérêt des actionnaires existants de la société, mais encore celui de futurs actionnaires, c'est-à-dire qu'il faut viser l'intérêt avec une perspective à long terme⁴⁴⁰.

261. En résumé, le droit américain cherche à défendre au maximum les intérêts des actionnaires, alors que le droit français a vocation à viser une conception d'intérêt social au détriment de l'intérêt des actionnaires⁴⁴¹.

B. L'intérêt social dans le droit vietnamien: L'assimilation à l'intérêt des actionnaires.

262. La partie suivante nous montrera que le droit vietnamien semble assimiler l'intérêt de la société à celui des actionnaires (1). Toutefois, dans les sociétés cotées, le législateur recommande aux dirigeants la nécessité de tenir compte de l'intérêt des parties prenantes (2).

1. La primauté de l'intérêt des actionnaires.

263. **L'absence de définition du droit positif.** - Le droit vietnamien est muet sur la notion de l'intérêt de la société. À propos des théories doctrinales, le sujet de l'intérêt social est quasiment ignoré par les discussions des experts⁴⁴². Selon le droit civil⁴⁴³, la société est une personne morale qui devrait disposer en principe un intérêt propre et distinct de celui des actionnaires. Pourtant, le droit positif semble montrer que l'intérêt de la société est assimilé à celui des actionnaires. Cette observation peut être justifiée par deux aspects suivants:

⁴³⁹Savoy Hotel Ltd and the Berkeley Hotel Co.Ltd, *op.cit.*

⁴⁴⁰ Voir notamment. LIZÉE M., « Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé », (1989) 34 *R.D. McGill* 653, p. 667 ; ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.* n°29.

⁴⁴¹Voir. CHAMY E., « *Transposition du corporate governance anglo-saxon en droit français* », *P.A.*, 09 juin 1997 n° 69, p. 4 ; TRICKER B., *Directors. An A – Z guide*, The Economist, 2009, p.11; voir notamment, MANSELL S., "Shareholder Theory and Kant's "Duty of Beneficence", *Journal of Business Ethics*, Vol. 117, No. 3 (October 2013), pp. 583-599.

⁴⁴² Dans une étude, PEARCE mentionne l'intérêt social mais en ce sens de conflit d'intérêt entre l'intérêt de l'État et celui des actionnaires, voir. PEARCE J., "Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam", *op.cit.*

⁴⁴³ Selon l'article 103.1 du Code civil 2005, la société est une personne morale de type « organisme économique »

264. Premièrement : la finalité de la société.- De la combinaison des articles 4.7 et 4.16 de la Loi sur les Entreprises 2014⁴⁴⁴, il résulte que la finalité première et unique de la société est de réaliser les bénéfices. Or, la société est constituée par les actionnaires. Ainsi, rien ne semble s'opposer à ce que ce but de société se coïncide à celui des actionnaires. En d'autres termes, la société est un instrument juridique utilisé par les actionnaires pour satisfaire à leur désir de faire fortune. On peut donc considérer l'intérêt de la société comme l'intérêt commun des actionnaires, celui-ci implique tous les aspects affectant la capacité de dégager des bénéfices. Par conséquent, l'exercice des pouvoirs des dirigeants ne doit pas viser autre but que la maximisation de la valeur actionnariale.

265. La finalité sociale. - Depuis la Loi sur les Entreprises 2014, le législateur vietnamien a adopté les dispositions destinées à reconnaître la finalité sociale de la société. En effet, en vertu de l'article 10.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, une société est considérée comme une société sociale lorsqu'elle remplit deux conditions suivantes : (i) cette société doit prescrire l'objet social, c'est-à-dire que l'objet doit viser à résoudre les problèmes social, environnemental ou communal; (ii) cette société doit s'engager à utiliser au moins 51% des bénéfices annuels pour réinvestir dans des activités sociales prévues par son objet. Selon l'article 10.2 (a) de la Loi sur les Entreprises 2014, la société peut renoncer à la finalité sociale à tout moment en notifiant l'autorité compétente.

En l'absence d'interprétations détaillées de la loi, il apparaît que la finalité envisagée par la société doit être précisément définie dans le cadre des statuts, c'est-à-dire que la finalité sociale de la société dépend toujours de la volonté des actionnaires. En ce qui concerne les pouvoirs et obligations des dirigeants sociaux, il n'y a aucune disposition spécifique régissant le statut des dirigeants des sociétés qui envisagent la finalité sociale. À cet effet, rien ne semble s'opposer à ce que les dirigeants doivent toujours maximiser les bénéfices de la société avant de réserver 51% des bénéfices pour les fins sociales.

266. Deuxièmement : La limitation du pouvoir entrepreneurial des dirigeants par l'AG. – Pour assurer l'intérêt optimal des actionnaires, la loi leur permet de limiter les pouvoirs de décision des dirigeants par les statuts ou par les décisions de l'AG dont la

⁴⁴⁴ Selon l'article 4.7 de la LE 2014 « la société est une organisation économique qui a une dénomination et des biens propres, un domicile stable et qui est immatriculée au Registre du commerce conformément à la loi, dans le but d'exercer les activités d'affaires ». En ce qui concerne l'expression « les activités d'affaires », l'article 4.16 la définit comme « la réalisation dans un but lucratif, d'une, de plusieurs ou de toutes les phases du processus d'investissement, de la production de biens ou de services jusqu'à leur vente sur le marché ».

violation peut mettre en cause la responsabilité civile de ces dirigeants⁴⁴⁵. Par exemple, selon l'article 135.2. (d) de la Loi sur les Entreprises 2014, les statuts peuvent prévoir que les administrateurs ne doivent pas décider les projets d'investissement ayant une valeur supérieure à 35% de la valeur totale de l'actif mentionné dans les livres comptables les plus récents de la société. À cet effet, si les administrateurs décident les projets d'investissement ayant la valeur de capital supérieure au seuil fixé par le statut sans l'approbation préalable de l'AG, leur responsabilité peut être engagée, nonobstant que ladite décision puisse apporter un intérêt de long terme pour la société.

2. La considération de l'intérêt des parties prenantes dans les sociétés cotées: une recommandation symbolique.

267. Introduction.- Au début du XXI^e siècle, plusieurs scandales de grandes multinationales sociétés étrangères telles que Parmalat ou Enron ont mis en cause l'efficacité de la théorie de maximisation de l'intérêt des actionnaires. On lui reproche de ne pas assurer un développement durable de la société⁴⁴⁶. En outre, selon certains auteurs, les sociétés visant l'intérêt de courte durée des actionnaires manquent d'un système de surveillance exercé par les auditeurs ou les « *gatekeepers* », il manque également des codes de déontologie de business régissant la conduite des dirigeants⁴⁴⁷. C'est le côté négative de doctrine « *shareholders' theory* »⁴⁴⁸. En tenant compte des lacunes de

⁴⁴⁵ Selon l'article 161.2(c), l'agissement contraire au statut social ou aux décisions de l'AG est une des causes pour retenir la responsabilité civile des dirigeants.

⁴⁴⁶ Voir. F PEREZ CARRILLO E., "Corporate governance: shareholders' interest and other stakeholders' interest", *Corporate Ownership & Control*, Volume 4, Issue 4, Summer 2007

⁴⁴⁷ Voir en ce sens, BUNCHHOLZ R.A, and ROSENTHAL S B, "Social responsibility and Business Ethics" in Frederick RE (Ed), *A Companion to Business Ethics*, Massachusetts, Blackwell Publishers, 2002.

⁴⁴⁸ Cette théorie se base sur le fondement des caractéristiques du capitalisme, notamment sur le principe de « market based » pour argumenter que l'intérêt des actionnaires doit se mettre au-dessus de l'intérêt des autres parties prenantes, par exemple les employés. Cette théorie est typiquement défendue par Friedman (voir, FRIEDMAN M., *Capitalism and Freedom*. University of Chicago, Press, 1962). Voir également, QUINN D. P. and M.JONES T., "An Agent Morality View of Business Policy", *Academy of Management Review* 20(1), 1995, 22-42; SHANKMAN N.A., "Refraining the Debate between Agency and Stakeholder Theories of the Firm", *Journal of Business Ethics* 19(4), 1999, pp. 319-334. Dans les dernières années, le "shareholder theory" est appelé encore comme "shareholder primacy" or "shareholder value". voir, BARNARD C., DEAKIN S. and MORRIS G. (eds.), *The Future of Labour Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 79; DAVIES P., 'Shareholder Value; Company Law and Securities Markets Law – A British View' in K. Hopt and E. Wymeersch (eds.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 262; MITCHELL R., O'DONNELL A. and RAMSAY I., 'Shareholder Value and Employee Interests: Intersections Between Corporate Governance, Corporate Law and Labor Law' (2005) 23 *Wisconsin International Law Journal* 417.

« *shareholder theory* », le législateur vietnamien a cherché à concilier l'intérêt des actionnaires à celui des autres parties prenantes.

268. Contexte socio – politique du pays.- La primauté de l'intérêt des actionnaires semble ne pas se conformer aux principes de la doctrine « *économie de marché à orientation socialiste* » poursuivie par le Parti communiste depuis le régime de Doi Moi (1986)⁴⁴⁹. En effet, une des caractéristiques importantes de cette doctrine suppose que l'économie de marché moderne doit s'orienter vers le consommateur et le considérer comme sujet, c'est-à-dire les acteurs de l'économie doivent tenir compte de l'intérêt des consommateurs. Cette volonté doctrinale socio-politique a été progressivement transposée dans la codification des lois du pays⁴⁵⁰.

269. Ainsi, en dehors de l'obligation d'assurer le mieux intérêt de la société, le principe de *corporate governance* recommande que les dirigeants des sociétés cotées doivent tenir compte de l'intérêt des parties prenantes. Avant d'aborder le contenu de cette obligation (b), il est opportun de relater la définition de « parties prenantes » en droit vietnamien (a)

a. La définition de « parties prenantes ».

270. Depuis la Décision No 12/2007 du Ministère vietnamien des Finances concernant la promulgation de Règle de *corporate governance* applicable aux sociétés cotées en bourse (ci-après cité « Décision No 12/2007 »), l'article 13 de cette Décision prévoit que le CA doit « *s'intéresser à l'intérêt des parties prenantes de la société* ». Pourtant, le texte est resté muet sur la notion de « parties prenantes ».

271. Détermination des parties prenantes. - Pour remédier à certaines lacunes de la Décision No 12/2007, la Circulaire 121/2012/TT-BTC du 26 juillet 2012 applicable aux sociétés cotées (ci-après, « **Circulaire 121/2012** ») a été adoptée. À propos de la définition des parties prenantes, il est intéressant de voir que le droit vietnamien ne consacre pas une définition générale des « *parties prenantes* » mais il en énumère une liste. En effet, selon l'article 25.1 du Circulaire 121/2012, les parties prenantes sont « *la banque, les*

⁴⁴⁹ Pour la doctrine de « économie de marché à orientation socialiste », voir *supra* n°117

⁴⁵⁰ Cette doctrine est reconnue par l'article 15 de la Constitution 1992 selon lequel « l'État met en application d'une manière conséquente les politiques visant à développer une économie à l'orientation socialiste [...] ». Pour l'influence de cette théorie en droit des sociétés, voir, DINH Van An et LE Xuan Ba (éd en chef), op.cit, éd. Khoa Hoc & Ky Thuat, 2006, p. 81.

créanciers, les employés, les consommateurs, les fournisseurs, la communauté et les autres». On se demande si le mot « *les autres* » peut se comprendre comme tout groupe ou individu qui peut être affecté par les activités d'une société⁴⁵¹.

272. Le Circulaire 121/2012 consacre encore le contenu de l'obligation de considération de l'intérêt des parties prenantes.

b. Le contenu de l'obligation de considération de l'intérêt des parties prenantes.

273. Droit positif. - Selon l'article 25.1 du Circulaire 121/2012, la société cotée est tenue de « *respecter les droits légitimes des parties prenantes [...]* ». Pour respecter l'obligation de considération de l'intérêt des parties prenantes, la société cotée est invitée à « *coopérer activement* » avec ces dernières conformément à l'article du Circulaire 121/2012 comme suivant : « *il est nécessaire que la société cotée coopère activement avec les parties prenantes par les activités suivantes: [...] fournir complètement les informations nécessaires à la banque et aux créanciers pour les aider à évaluer la situation financière réelle de la société avant de prendre leurs décisions* ».

274. Obligation de coopération avec les créanciers. - Il implique donc une obligation de « *coopérer* » avec les créanciers en leur fournissant les informations financières sur les affaires de la société pour que ces créanciers puissent prendre des décisions convenables à la situation financière de la société. Par exemple, les dirigeants doivent fournir à la banque des informations fidèles à la situation financière de la société pour que cette banque puisse décider si elle peut accorder à la société un crédit ou non.

275. Pourtant, les expressions « *coopère activement* » et « *il est nécessaire* » nous évoquent plutôt une recommandation qu'une obligation à titre contraignant. Le législateur semble hésiter à imposer une obligation contraignante aux dirigeants de fournir les informations financières aux créanciers de la société car ces informations demeurent toujours les informations « *sensibles* » et secrètes de la société. Ainsi, les dirigeants sont seulement invités à « *coopérer activement* » avec les créanciers.

⁴⁵¹Voir. TRICKER B., *Directors. An A – Z guide*, The Economist, 2009, p.214; voir également, FREEMAN R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984, p.46

276. De plus, il est intéressant de noter que les dirigeants ne sont pas les débiteurs directs de l'obligation de fournir des informations aux créanciers en sens de l'article 25.2 du Circulaire 121/2012. Le débiteur direct est la société. À cet effet, si la société est attaquée par les parties prenantes pour réparer les dommages causés sur le fondement de l'article 25 du Circulaire 121/2012, elle peut se retourner contre les dirigeants pour leur demander de rembourser la somme de dommages –intérêts qu'elle a payés aux parties prenantes.

277. En résumé, on peut dire que le législateur vietnamien a vocation à offrir aux dirigeants des entreprises étatiques un cadre juridique qui leur permet d'asseoir leur marge de manœuvre vis-à-vis d'autres intérêts que celui des actionnaires. Pourtant, la marge de manœuvre vis-à-vis de l'intérêt des parties prenantes prévue dans l'article 25 de la Circulaire 121/2012 est trop étroite et se limite à une quasi-obligation de respecter les droits des parties prenantes en général et de fournir aux créanciers les informations financières en particulier.

II. Les contours du devoir de bonne foi.

278. Il apparaît que le législateur vietnamien s'inspire des dispositions de *common law* pour adopter le devoir de bonne foi des dirigeants de la société. Il est opportun de décrire brièvement le devoir de bonne foi en droit de *common law* (A) avant d'aborder le contenu de ce devoir en droit vietnamien (B).

A. Le devoir de bonne foi en *common law*.

279. Le *Black's Law Dictionary* consacre une définition de "goodfaith" qui semble similaire au terme "bonne foi" que nous abordons. En effet, ce Dictionnaire définit que "goodfaith is a state of mind consisting in (1) honesty of belief or purpose, (2) faithfulness to one's duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage"⁴⁵².

⁴⁵² Voir. GARNER BA (ed in chief), *Black's Law Dictionary*, éd. St Paul, Thomson, 2004.

280. En droit américain, la Section § 8.30 de Model Business Corporation Act prévoit que “(a) *Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (1) in good faith, and (2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation*”. En droit canadien, on peut trouver une formulation similaire prévue dans l’article 322 du Code civil du Québec selon laquelle les administrateurs des personnes morales sont tenus d’agir « *avec honnêteté et loyauté dans l’intérêt de la personne morale* ». Dans le droit des sociétés de l’État de New York, il y a une disposition similaire “[a] *director shall perform his duties as a director., in good faith.*”⁴⁵³. Ce dernier devoir est également imposé par l’article 122(1) (a) de la Loi canadienne sur les sociétés par actions aux administrateurs et dirigeants des sociétés par actions fédérales selon lequel « *Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société* ». Ici le terme « *honnêteté* » est remplacé par le terme « *intégrité* ». Pourtant, ces textes n’interprètent pas les contours de ce devoir de « *goodfaith* », ce sont les juges qui abordent implicitement le sens du devoir de bonne foi dans les jurisprudences⁴⁵⁴.

281. La doctrine américaine classique ne considère pas le devoir de bonne foi comme un devoir indépendant, c’est-à-dire qu’il n’y a pas de « *devoir de bonne foi* » ou « *duty of good faith* » imposé indépendamment aux dirigeants parce que « *good faith* » n’est que “*the state of mind of a director who is acting in accordance with her duty of loyalty*”⁴⁵⁵. Par conséquent, la bonne foi est considérée toujours comme une composante indissociable du devoir de loyauté exigeant que les décisions des dirigeants doivent se baser sur la motivation *bona fide* que cela servira les meilleurs intérêts de la société et le dirigeant doit éviter d’être en conflit d’intérêt avec la société.

⁴⁵³ New York Business Corporation Law, §717 (a)

⁴⁵⁴ Voir. MELVIN A. EISENBERG . “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, *op.cit.*, p. 11.

⁴⁵⁵ Voir. FURLOW C W., « Good faith, fiduciary duties, and the business judgement rule in Delaware », *UTAH Law Review*, N°3, 2009. Dans le Black’s Law Dictionary le “good faith” est défini comme “« [a] state of mind consisting in (1) honesty of belief or purpose, (2) faithfulness to one’s duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage.”, voir. BLACK’S LAW DICTIONARY 713 (8th ed. 2004); voir également ELIZABETH A. NOWICKI, “A Director’s Good Faith”, *55 Buffalo Law Review* 457, 482–86 (2007) (reviewing uses of the phrase “good faith” in fiduciary and other contexts and concluding that good faith requires action that is intended to serve the best interests of the fiduciary’s constituency);

282. Pourtant, dans une récente étude, le Professeur Eisenberg a montré qu'il existe un devoir de bonne foi proprement dit qui est reconnue par les jurisprudences⁴⁵⁶. Depuis 1993 le juge a énoncé expressément le devoir de bonne foi dans l'arrêt *Cede & Co. v. Technicolor* selon lequel "*plaintiff assumes the burden of providing evidence that directors, in reaching their challenged decision, breached any one of the triads [sic] of their fiduciary duty of good faith, loyalty or due care*"⁴⁵⁷. Selon Eisenberg "*an important development in corporate law is the recent explicit recognition, in a series of Delaware cases, that corporate managers owe a fiduciary duty of good faith in addition to their traditional duties of care and loyalty*"⁴⁵⁸. La théorie de Eisenberg est implicitement soutenue par Gold qui estime qu'il existe plusieurs agissements fautifs des dirigeants qui ne peuvent pas être qualifiés comme agissements déloyaux, par exemple quand les dirigeants trompent les actionnaires ou violent les dispositions légales, parce que ces derniers ne sont pas en conflit d'intérêt avec la société⁴⁵⁹.

283. Selon la doctrine majoritaire, le devoir de bonne foi des dirigeants comporte trois obligations essentielles.

Premièrement, le dirigeant a l'obligation de respecter les normes de conduite généralement acceptées dans le monde des affaires⁴⁶⁰. Cet élément reflète les attentes raisonnables de la société et est conforme à la définition du standard de la bonne foi dans l'usage courant: "*[c]ompliance with standards of decency.*"⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Pour autres études sur la reconnaissance du devoir de bonne foi dans les jurisprudences de l'État Delaware, voir, HILLARY Sale, « Delaware's Good Faith », 89 *CORNELL L. REV.* 456 (2004) ; MATHEW R. Berry, "Does Delaware's Section 102(b)(7) Protect Reckless Directors From Personal Liability? Only if Delaware Courts Act in Good Faith", 79 *WASH. L. REV.* 1125 (2004); JOHN L. Reed & MATT Neiderman, "Good Faith and the Ability of Directors to Assert § 102(b)(7) of the Delaware Corporation Law as a Defense to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight, and Similar Breaches of Fiduciary Duty", 29 *DEL. J. CoRP. L.* 111 (2004); DAVID Rosenberg, "Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: A Contractarian Approach", 29 *DEL. J. CoRP. L.* 491 (2004); DEBORAH DeMott, "Puzzles and Parables: Defining Good Faith in the MBO Context", 25 *WAKE FOREST L. REV.* 15 (1990).

⁴⁵⁷ *Cede & Co. v. Technicolor*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993). Cette formule est reprise par le juge dans l'arrêt *Cede III* en 1998.

⁴⁵⁸ Voir, MELVIN A. EISENBERG., "The Duty of Good Faith in Corporate Law", *op.cit.*, p. 74.

⁴⁵⁹ Voir, GOLD A. S., "The New Concept of Loyalty in Corporate Law", *Review University of California, Davis*, Vol. 43, 2009, p. 457; meme Furlow écrit que "[...] Directors can be told to be loyal, and they can be told to be careful, but they cannot be told to be "good faith." The reason is this: unlike the duties of loyalty and care, "good faith" does not define conduct. Rather, it defines the state of mind.", voir, FURLOW C W., *op.cit.*, p.1069

⁴⁶⁰ Voir, DEBORAH DeMott, "Puzzles and Parables: Defining Good Faith in the MBO Context", 25 *WAKE FOREST L. REV.* 15 (1990).

⁴⁶¹ On peut traduire en français comme « respect des normes de la décence », voir, AMERICAN HERITAGE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE 757 (4th ed. 2000), at 757.

Deuxièmement, le dirigeant doit respecter les codes éthiques applicables aux sociétés⁴⁶². Cet élément reflète la constitution de la société, qui comprend de ces normes, et est analogue à la signification de la « bonne foi » mentionnée à l'article 2 de l'Uniform Commercial Code selon lequel la bonne foi signifie " *means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*".

Troisièmement, le dirigeant a l'obligation d'être fidèle à son poste. Cet élément reflète la raisonnable attente des actionnaires à une personne qui occupe un poste de confiance et d'autorité dans une société⁴⁶³. Pour Eisenberg, être fidèle à son poste signifie « *an attempt to execute an office, and the role that the office implicates, in the manner in which execution of the office is reasonably to be expected, given the constitution of the office and of the organization in which the office is embedded* »⁴⁶⁴.

La bonne foi est un devoir inspiré par des considérations morales. Il serait la source d'autres devoirs particuliers, tels que le devoir de loyauté et le devoir de diligence.

B. Les contours du devoir de bonne foi en droit vietnamien.

284. Avant d'envisager les contours du devoir de bonne foi des dirigeants de sociétés (2) il est important d'aborder brièvement le devoir de bonne foi en droit civil (1).

1. Le devoir de bonne foi en droit civil vietnamien.

285. Dans la langue courante vietnamienne, le terme « *trung thuc* » ou « *bonne foi* » désigne la qualité d'une personne qui ne dit que la vérité, qui ne trompe personne⁴⁶⁵. Le devoir de « *trung thuc* » est essentiellement prévu dans le Code civil de 2005. En effet, l'article 6 du Code civil de 2005 prévoit le principe général selon lequel les parties civiles sont tenues « *d'agir avec bonne foi (trung thuc) dans le cadre de l'établissement, de*

⁴⁶² Voir. E. NORMAN Veasey, "Corporate Governance and Ethics in the Post-Enron WorldCom Environment", 38 *WAKE FOREST L. Rev.* 839, 850 (2003)

⁴⁶³ Voir. MELVIN A. EISENBERG., "The Duty of Good Faith in Corporate Law", *op.cit.*, p. 25.

⁴⁶⁴ *Ibid*

⁴⁶⁵ Voir. HOANG Phe, *op.cit.* voir. « *trung thuc* », p. 1014.

l'exercice et de l'exécution des droits et des obligations civils. Une partie ne doit pas tromper l'autre ». Pour le devoir de respecter des obligations, l'article 283 du Code civil de 2005 prescrit que « *Le débiteur d'une obligation civile est tenu de l'exécuter avec honnêteté, dans un esprit de coopération, conformément à ses engagements, dans le respect de la loi et de la morale sociale* ». Ainsi, « *l'honnêteté* » ou « *bonne foi* » caractérise la norme qui commande la conduite des gens. Cette norme exige que, dans les rapports civils, une partie ne doit pas agir malicieusement ou dans l'intention de nuire à l'intérêt de l'autre partie⁴⁶⁶. En matière du droit contractuel, le manquement à l'obligation de bonne foi constitue le dol et ce manquement est souvent sanctionné par la nullité des actes conclus conformément à l'article 132 du Code civil de 2005⁴⁶⁷. En ce qui concerne, la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée par l'acte malhonnête peut réclamer la réparation à l'auteur de l'acte fautif conformément à l'article 308 du Code civil de 2005.

2. Le devoir de bonne foi des dirigeants.

286. En ce qui concerne les obligations d'un gestionnaire des biens d'autrui, l'obligation de bonne foi n'est pas imposée par les législateurs⁴⁶⁸. Ainsi, la question se pose : quels peuvent être les critères du devoir de bonne foi des dirigeants sociaux ?

287. Devoir d'agir sincèrement pour le meilleur intérêt de la société. - il nous amène à dire que le devoir de bonne foi implique préférablement une obligation morale des dirigeants sociaux. En réalité, dans la relation de caractère fiduciaire entre les dirigeants et la société, la société est celui qui confie les biens à la main des dirigeants en attendant que ceux-ci fructifient son patrimoine d'une façon correcte et honnête. Les dirigeants disposent une quasi- liberté pour prendre des décisions portant sur les biens et sur le personnel de la société, c'est-à-dire que la société ne peut pas surveiller de manière

⁴⁶⁶Voir en ce sens. VAN OMMESLAGHE P., « La bonne foi dans la formation des contrats : Rapport général » in, *la Bonne Foi, Travaux de l'Association de Henri Capitant*, Litec, 1992, p. 25.

⁴⁶⁷ En vertu de l'article 132 du Code civil 2005 « La partie qui a conclu un acte de la vie civile par dol ou violence peut demander au tribunal de prononcer la nullité de l'acte.

Le dol est un comportement intentionnel d'une partie ou d'un tiers qui vise à induire une autre partie en erreur sur la personne du cocontractant, sur la nature de l'objet ou sur le contenu de l'acte et qui conduit l'autre partie à s'engager [...] »

⁴⁶⁸ Pour l'institution de gestion des biens d'autrui, voir *supra* n° 100.

permanente les agissements des dirigeants. Ainsi, le devoir de bonne foi semble exiger que le comportement des dirigeants ne doive être motivé que par une croyance sincère selon laquelle son comportement sert le mieux l'intérêt de la société. Autrement dit, le devoir de bonne foi contraint les dirigeants à agir selon ce qu'ils croyaient honnêtement être le meilleur intérêt de la société. *Par contrario*, l'agissement malhonnête d'un dirigeant envers la société sera qualifié lorsque l'on apporte la preuve qu'il a abusé de la confiance de la société en agissant dans son intérêt personnel ou dans l'intérêt d'autre personne que la société. Pour se défendre, le dirigeant devra non seulement faire valoir qu'il croyait honnêtement agir dans le meilleur intérêt de la société, il devra avoir encore des motifs raisonnables de croire que sa conduite concordait effectivement avec l'intérêt de la société⁴⁶⁹.

288. Devoir de « dire la vérité » ou fournir des informations exactes.- Lors des assemblées générales, les actionnaires sont appelés à prendre un certain nombre de décisions importantes de la société, par exemple l'autorisation de certains actes des administrateurs⁴⁷⁰, l'approbation des comptes⁴⁷¹ ou des conventions passées entre la société et les dirigeants⁴⁷². Comme cela décrit plus haut, la bonne foi comporte le sens de « dire la vérité ». Ainsi, le devoir de bonne foi exige que les dirigeants soient tenus de fournir aux actionnaires toutes les informations exactes, c'est-à-dire de donner une image fidèle de la situation de la société, pour que les actionnaires puissent prendre les décisions en connaissance de cause. En plus, les dirigeants doivent sincèrement justifier auprès des actionnaires l'intérêt que présente pour eux telle opération commerciale ou financière qu'ils envisagent d'entreprendre.

289. Fonction du devoir de bonne foi. – Le devoir de bonne foi est ainsi un devoir primordial des dirigeants sociaux. Il est une « boussole » qui oriente leurs conduites. En réalité, les dirigeants ne peuvent pas alléguer qu'ils ont respecté le devoir de diligence ou le devoir de loyauté lorsqu'ils n'ont pas agi avec honnêteté au mieux intérêt de la

⁴⁶⁹ Voir en ce sens, ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.* n°30.

⁴⁷⁰ L'article 135.2 (d) de la LE 2014 permet aux actionnaires de prévoir dans le statut que toute décision d'investissement ou toute convention de vente des biens sociaux ayant d'une valeur supérieure à 35% de la valeur totale de l'actif inscrite dans le dernier rapport financier de la société doit se soumettre à la décision de l'AG

⁴⁷¹ LE 2014. art.135.2(e).

⁴⁷² LE 2014. art.162

société⁴⁷³. Autrement dit, le respect du devoir de bonne foi est considéré comme la condition pour apprécier si les dirigeants respectent les autres devoirs imposés par la loi.

§2. Devoir de loyauté : le noyau des devoirs fiduciaires des dirigeants sociaux.

290. Généralité. – Comme décrit ci-dessus, en *common law*, les relations entre les dirigeants et la société se caractérisent par une relation de nature fiduciaire. Dans l'arrêt *Bristol and West Building Society*⁴⁷⁴ le fiduciaire est défini comme “quelqu'un qui agit dans l'intérêt, ou pour le compte, d'une autre personne dans une relation de confiance et que l'équité protège en lui imposant un devoir de loyauté”⁴⁷⁵. Pour les dirigeants sociaux, les actionnaires leur confient les biens sociaux ainsi que les pouvoirs de gestion dans l'espoir qu'ils les font fructifier pour créer les bénéfices. Les actionnaires attendent donc toujours que les dirigeants soient loyaux, c'est-à-dire qu'ils n'abusent jamais la confiance des actionnaires pour amoindrir les biens sociaux ou exercer les pouvoirs investis au détriment des bénéficiaires. Par conséquent, les dirigeants des sociétés se voient imposer les devoirs de loyauté et de diligence⁴⁷⁶. Ces devoirs visent à protéger la société qui confie aux dirigeants les missions de gérer ses affaires⁴⁷⁷.

291. Devoir de loyauté en droit américain.– En droit américain, le devoir de loyauté (*duty of loyalty*) est un des devoirs les plus importants des dirigeants sociaux. Le devoir de loyauté, consacré par l'arrêt *Solash v. Telex Corp.*⁴⁷⁸ exige que le dirigeant accomplisse ses devoirs de bonne foi, avec la diligence d'une personne prudente ordinaire, placée dans une situation identique, et il doit faire son possible pour servir au mieux les intérêts de la

⁴⁷³ Voir en ce sens, MELVIN A. EISENBERG . “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, No. 1, 2005, p. 30

⁴⁷⁴ *Bristol and West Building Society v. Mothew* [1998] Ch 1 per Millett LJ at p 18.

⁴⁷⁵ Version anglaise « A fiduciary is someone who acts for, or on behalf of, another person, in a relationship of trust and confidence, which equity protects by imposing on the fiduciary a duty of loyalty ».

⁴⁷⁶ Voir en ce sens. CLARK R. Ch., *Corporate Law*, Aspen CO: Aspen Publishers, 1986, p. 123-136 ; KENNETH M. Rosen, “Fiduciaries,” *Alabama Law Review*, 58 (2007), p. 1041, 1043; ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.* n°8 ;

⁴⁷⁷ Voir. ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.* n°8 ;

⁴⁷⁸ *Solash v. Telex Corp.*, C.A. N° 9518, slip op. at 18 (Del. Ch. Jan. 19, 1988).

société⁴⁷⁹. En outre, la doctrine ajoute que le dirigeant ne doit pas utiliser sa position pour réaliser des profits personnels ou d'autres avantages contraires à celui de l'entreprise⁴⁸⁰.

292. La nature du devoir de loyauté. - La jurisprudence américaine définit le devoir de loyauté comme un devoir restreignant la possibilité des dirigeants d'utiliser leurs pouvoirs statutaires lorsqu'ils conduisent la société à s'engager dans une transaction intéressée qui n'est pas entièrement équitable pour la société, lorsqu'ils obtiennent des profits personnels grâce à l'utilisation d'informations confidentielles appartenant à la société⁴⁸¹.

Le devoir de loyauté proposé par le gouvernement d'entreprise cherche à rétablir la morale dans le management des sociétés⁴⁸². « *La morale économique est une morale de la recherche de profits sans déloyauté ni abus. C'est une morale de la prohibition des profits injustifiés que la jurisprudence a stigmatisée dans d'autres domaines, par exemple le mécanisme de l'enrichissement sans cause. Elle vise à compenser les effets les plus dévastateurs d'un capitalisme qui serait abandonné à lui-même* »⁴⁸³. Ainsi, le devoir de loyauté figure parmi les principes essentiels du « *gouvernement d'entreprise* » qui exige que les mandataires doivent avoir un comportement loyal envers son mandant (la société, mais ce devoir s'étend aussi aux associés et aux actionnaires), ce qui implique, entre autres, un devoir de transparence et un devoir d'information⁴⁸⁴.

293. Dans une certaine mesure, le devoir de loyauté est donc la contrepartie du pouvoir des dirigeants⁴⁸⁵. Ainsi, selon Furlow « *the duty of loyalty defines what directors are to*

⁴⁷⁹ A.L.I., Principes § 4.01.

⁴⁸⁰ Voir notamment, CHAMY E., *op.cit.*, p. 4 ; FURLOW C W., « Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware », *UTAH Law Review*, N°3, 2009 ; SERVAN-SCHREIBER P., « Le concept de gouvernance - La gouvernance dans les systèmes de Common Law », *Gaz., Pal.*, 28 août 2014 n° 240, p. 11.

⁴⁸¹ *Solash v. Telex Corp.*, C.A. No 9518, slip op. at 18 (Del. Ch. Jan. 19, 1988).

⁴⁸² Voir en ce sens. CELY D., *Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés* Etude franco-colombienne, Thèse, Paris II, 2011, n°171.

⁴⁸³ Voir. RIGGS J., « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain », *Gaz. Pal.*, 05 décembre 2000 n° 340, p. 62 ;

⁴⁸⁴ Voir. BISSARA Ph., « Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise », *Rev. Sociétés*, janvier-mars 1998, pp. 5- 20.

⁴⁸⁵ Voir. MASSART T., « Le devoir de loyauté face à l'obligation de confidentialité », *Rev. sociétés*. 2013 p. 689 (Note sous Cour de cassation (com.) 12 mars 2013, F-D, n° 12-11.970, Jay c/ Baudet); voir également, Com. 18 déc. 2012, n° 11-24.305, D. 2013. 288, note FAVARIO T.; *Rev. sociétés* 2013. 362, note MASSART T.; *RTD com.* 2013. 90, obs. DONDERO B. et LE CANNU P.; BRDA 01/13, inf. n° 2 ; *JCP E* 2013. 1084, note ROUSSILLE M.; *Bull. Joly* 2013. 200, note DONDERO B.; *Dr. sociétés* 2013, n° 3, p. 28, note GALLOIS – COCHET D. et ROUSSILLE M.; *Lexbase Hebdo - Edition Affaires*, 14 févr. 2013, n° 327, note LENHOF J.-B.; *Banque et Droit*, janv. 2013, p. 43, note RIASSETTO I., URBAN Q. et STORCK M.; GODON L., « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés », *Rev. sociétés* 2005, p. 140

*seek to accomplish while performing their statutory duties. The duty of care defines how directors are to pursue that goal*⁴⁸⁶. En déduisant de la conception de fiduciaire, il résulte que c'est la détermination d'un pouvoir d'une personne (le dirigeant) envers une autre (l'associé ou la société) qui justifie le devoir de loyauté, et c'est l'utilisation de ce pouvoir dans un intérêt contraire à celui du bénéficiaire qui caractérise un manquement au devoir de loyauté⁴⁸⁷. Le devoir de loyauté est donc la boussole qui inspire le comportement des dirigeants.

294. Il convient dans le premier temps d'aborder le devoir de loyauté vis-à-vis la société en droit français (I) et dans le deuxième temps, celui en droit vietnamien (II).

I. Le devoir de loyauté envers la société des dirigeants en droit français.

295. Conception du devoir de loyauté.- Selon M. Bouloc, la loyauté est une qualité reconnue à une personne qui est honnête, fait preuve de probité et ne triche pas. En effet, le devoir de loyauté semble originalement relevé par de nombreuses décisions de jurisprudence pénale qui sanctionnent les manœuvres dolosives pour convaincre le juge de la réalité d'un fait⁴⁸⁸. En matière du droit civil, les tribunaux ont vocation à sanctionner toutes formes de mensonge ou manœuvres dolosives destinées à obtenir un consentement⁴⁸⁹.

En ce qui concerne la responsabilité civile des dirigeants, les textes du droit français des sociétés ne prévoient pas expressément que le dirigeant doit respecter le devoir de loyauté à l'égard de la société. Ce sont les décisions jurisprudentielles qui consacrent cette obligation⁴⁹⁰. En effet, depuis l'arrêt *Cointreau* du 2 juillet 1985⁴⁹¹, la Cour de cassation a

⁴⁸⁶Voir. FURLOW C W., *op.cit.*

⁴⁸⁷Voir. GRÉVAIN-LEMERCIER K., « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal.*, 11 février 2012 n° 42, p. 7

⁴⁸⁸Voir. BOULOC B., « L'obligation de loyauté du dirigeant social », dans *Mélanges Paul Le Cannu*, éd. Dalloz, L.G.D.J., IRJS, 2014, p. 233 ss.

⁴⁸⁹Voir. LE NABASQUE H., « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD.com.*, avril- juin 1999, n°52, pp.273-290; VINEY G., *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd. Paris : LGDJ 2006, collection traité de droit civil, n°474.

⁴⁹⁰ Voir. SCHOLASTIQUE E., « Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés », *L.G.D.J* 1998 ; DAILLE -DUCLOS B., « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E*, 1998, p. 1486 ; LE NABASQUE H., *op.cit.* p. 273 ; CAUSSAIN J.-J., « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », *Mélanges B. Mercadal : Lefebvre* 2002, p. 303 ; DAIGRE - J.-J., « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *Mélanges BEZARD P., LPA-Montchrestien*, 2002, p. 79 ; BOULOC B., *op.cit.*, p. 233 ss.

jugé que le président d'une société est tenu de fournir une information suffisante aux membres du CA, afin qu'ils puissent exercer pleinement leur mandat d'administrateur. Pourtant, il faut attendre jusqu'à l'arrêt *Kopcio* du 24 février 1998⁴⁹² pour que le devoir de loyauté soit expressément imposé aux dirigeants sociaux (A) et là encore, on voit toujours de nombreuses perspectives d'extension de ce devoir (B).

A. L'arrêt « *Kopcio* » : L'interdiction de concurrence déloyale ou la reconnaissance officielle du devoir de loyauté envers la société.

296. L'arrêt « *Kopcio* » du 24 février 1998.- C'est dans l'arrêt du 24 février 1998 que la Cour de cassation consacre expressément le devoir de loyauté des dirigeants envers la société. En espèce, M. Kopcio avait été recruté comme directeur salarié par la société mère du groupe auquel appartenait la société P.I.C. Il est ensuite nommé, le 25 janvier 1990, gérant de cette dernière société, et lorsque la société P.I.C. s'est transformée en société anonyme et M. Kopcio en devient le DG. Après la démission du poste de DG, M. Kopcio embauche plusieurs anciens collaborateurs de la société P.I.C. La société P.I.C. intente une action à l'encontre de M. Kopcio. Elle l'assigne à la fois pour violation de la clause de non-concurrence et pour concurrence déloyale. La Cour d'Amiens rejette la demande de dommages-intérêts de P.I.C aux motifs qu'il n'apparaissait pas établi que les démissions aient relevé d'une action concertée organisée par l'ancien dirigeant, ni qu'il ait usé de manœuvres pour débaucher le personnel. L'affaire est enfin portée devant la Cour de cassation. Celle-ci censure ainsi l'arrêt de la Cour d'appel au motif que celle-ci aurait dû vérifier les conditions dans lesquelles certains salariés de la société, tenus à une obligation de loyauté envers la société, avaient été déliés de la clause de non-concurrence qu'ils avaient souscrite.

297. Ainsi, le devoir de loyauté implique que le dirigeant ne doit pas faire de concurrence déloyale avec la société. Ce devoir semble implicitement prévu par l'article 1134 du Code

⁴⁹¹Cass.com., 2 juillet 1985, n° 83-16887, *Bull.civ.IV*, n° 203, J.C.P. 1985, II, 20518, note VIANDIER A.; Voir également, MERLE Ph., *Sociétés commerciales*, 17^e éd. Dalloz, 2013, n°437

⁴⁹² Cass.com., 24 février 1998, *Bull.civ.IV*, n° 86

civil français selon lequel les parties dans les rapports doivent exécuter les obligations contractuelles de bonne foi, notion équivalente de celle du devoir de loyauté⁴⁹³.

B. L'extension du devoir de loyauté des dirigeants envers la société : devoir de révéler les conflits d'intérêts.

298. Dans les perspectives d'assurer une bonne gouvernance de la société⁴⁹⁴, le devoir de loyauté exige que les dirigeants doivent révéler les conflits d'intérêts avec la société. Il s'agit des conventions conclues avec la société⁴⁹⁵, les mandats, fonctions et liens d'intérêt⁴⁹⁶, les biens appartenant à un actionnaire acquis par la société⁴⁹⁷ ainsi que les votes par procuration⁴⁹⁸. Cette obligation peut être étendue à toute situation conflictuelle ou potentiellement conflictuelle⁴⁹⁹. Le plus souvent, l'obligation de révélation est imposée au moment de l'opération concernée⁵⁰⁰, avant ou pendant la réunion du conseil. Le devoir de révélation est également imposé sur l'existence d'une opportunité d'affaire que l'administrateur souhaite s'approprier ou encore sur les intérêts que l'administrateur détient dans une entreprise concurrente⁵⁰¹. Il faut noter que lorsque le dirigeant se trouve dans la situation de conflit d'intérêt, il ne doit pas participer au vote concernant les conventions auxquelles il est intéressé⁵⁰².

⁴⁹³ Cass. civ. 1^{re} Ch., 26 novembre 1996, *Gaz. Pal.*, 1997. 2. Somm. p. 433, Note A. F. R (97/2824), Bull. civ.I, no 415 - assureur; Cass.com., 24 novembre 1998 *Gaz. Pal.* 1999. 1. Panor. cass. P. 17 <99/0345> ; Bull. civ. IV, no 277 - mandant d'un agent commercial; voir également. CAUSSAIN J-J., « Le devoir de loyauté des dirigeants en droit français », *Gaz. Pal.* 5 décembre 2000, n° 340, P. 66.

⁴⁹⁴ Voir en ce sens. OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004, VI-A, p. 24 ; American Law Institute, *Principles of Corporate Governance : Analysis and recommendations*, 1994 ; MiddleNext, Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites, déc. 2009, R7 : Déontologie des membres du conseil ; AFEP-MEDEF., Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (Code AFEP-MEDEF), révisé en avril 2010, p. 24.

⁴⁹⁵ C.com.art L. 225-38 al.1.

⁴⁹⁶ C.com.art R. 225-83

⁴⁹⁷ C.com.art L. 225-101 et R.225-103.

⁴⁹⁸ C.com.art L. 225-106-1.

⁴⁹⁹ Voir. GRÉVAIN-LEMERCIER K., *op.cit*

⁵⁰⁰ Voir. *Ibid* ; COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27^e éd., 2014, n° 641.

⁵⁰¹ Voir. GRÉVAIN-LEMERCIER K., *op.cit*

⁵⁰² Voir. *Ibid* ; COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit*, n° 641.

II. Le devoir de loyauté envers la société des dirigeants en droit vietnamien: L'obligation de ne pas se trouver en conflit d'intérêts avec la société.

299. Droit positif. - L'article 160.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que les dirigeants sociaux doivent « *être loyaux aux intérêts de la société et des actionnaires; ne pas user des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société; ne pas abuser de leurs pouvoirs et des biens de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale* ». Comme décrit ci-dessus, les dirigeants sociaux doivent faire tout leur possible pour promouvoir l'intérêt de la société. Pourtant, il est évident que dans l'exercice de leurs fonctions, les dirigeants se trouvent souvent dans la situation où l'intérêt social s'oppose à celui des dirigeants ou à celui des entreprises dans lesquelles ils étaient intéressés directement ou indirectement, on parle alors des situations de conflit d'intérêts.

300. Définition de conflit d'intérêts. – Selon le Professeur Joël Moret – Bailly, le conflit d'intérêts peut être défini comme « *situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas ou peut être soupçonnée de ne pas agir de manière loyale ou impartiale vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers* »⁵⁰³. Il s'agit donc de la situation où le dirigeant doit choisir, soit remplir le devoir d'un dirigeant qui est de servir au mieux l'intérêt de la société, soit satisfaire à son intérêt personnel ou à celui d'une autre personne que la société. Autrement dit, le conflit d'intérêt se pose lorsque le titulaire du pouvoir - le dirigeant-est tiraillé entre son devoir d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire -la société- et son intérêt personnel, que cet intérêt soit pécuniaire ou non pécuniaire, par exemple la recherche ou le maintien du pouvoir⁵⁰⁴.

301. La notion de « *conflit d'intérêt* » semble née dans les pays de *common law* vers la fin du XIX^e siècle à propos des questions de représentation des intérêts d'autrui dans un cadre patrimonial, et notamment dans l'institution du *trust*⁵⁰⁵. En vertu de la règle de *common law*, pour éviter les conflits d'intérêts, le fiduciaire est tenue, d'une part, de divulguer tous les conflits d'intérêt potentiels et d'autre part, de ne doit réaliser aucun gain personnel, direct ou

⁵⁰³ Voir. BOCCARA V., « Définir la notion de conflit d'intérêts », *P.A.*, 28 avril 2014 n° 84.

⁵⁰⁴ Voir. GRÉVAIN-LEMERCIER K., *op. cit.* p.7.

⁵⁰⁵ .Voir. BOCCARA V., *op. cit.*

indirect, du fait de sa position sans le consentement du bénéficiaires, à défaut de quoi il doit remettre son gain au bénéficiaire ou voir celui – ci annuler le contrat⁵⁰⁶.

302. La réception du devoir de loyauté en droit vietnamien. – En droit vietnamien, la notion « *fiduciaire* » ou « *fiduciary* » n'existe pas. Par conséquent, il n'y a pas de l'expression similaire pour traduire le terme « *fiduciary duties* » ou « *devoirs fiduciaires* ». Pourtant, les aspects de devoirs fiduciaires, y compris le devoir de loyauté à l'anglais – américaine ont été progressivement transposés en droit vietnamien des sociétés. Il apparaît que les législateurs vietnamiens visent à instaurer un mécanisme efficace pour prévenir l'abus de confiance des dirigeants sociaux.

303. Loi sur les Entreprises 1999. - Depuis la Loi sur les Entreprises 1999, le concept du devoir de loyauté est transposé en droit des sociétés par les articles 86. 1 et 86.2 selon lesquels les dirigeants de la société anonyme sont respectivement tenus d'« *exercer les pouvoirs et missions avec bonne foi, avec zèle pour l'intérêt de la société et ses actionnaires* » et de « *ne pas abuser la position et le pouvoir, les biens de la société pour en jouir des bénéfices personnels ou pour servir l'intérêt d'autrui; ne pas donner des biens de la société à d'autrui ; ne pas divulguer l'information secrète de la société à d'autrui, sous réserve du consentement du CA* ». Ainsi, le devoir de loyauté est prévu dans le droit vietnamien avant le devoir de diligence⁵⁰⁷.

304. Loi sur les Entreprises 2005. – Le principe du devoir de loyauté est repris dans l'article 119.1 (b), (c) et (d) de la Loi sur les Entreprises 2005. En effet, l'article 119.1(b) dispose que les dirigeants doivent agir « *avec honnêteté (**trung thuc**), [...] au mieux pour assurer les intérêts légitimes de la société et des actionnaires* » et l'article 119.1 (c) dispose que les dirigeants doivent « *être loyal (**trung thanh**) aux intérêts de la société et des actionnaires; ne pas user des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société; ne pas abuser de leurs pouvoirs et des biens de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale* »⁵⁰⁸. Dans cette version de la Loi sur les Entreprises, le législateur a ajouté le devoir de loyauté (**trung thanh**).

⁵⁰⁶ Voir en ce sens, MARTEL P. « Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du Code civil du Québec », *Revue Juridique Thémis*, Vol. 42 Numéros 1 – 2, 2008, p.189 – 190.

⁵⁰⁷ Le devoir de diligence n'est que prévu dans le droit vietnamien depuis la LE 2005.

⁵⁰⁸ L'article 119.1 (d) de la LE 2005 dispose que les dirigeants doivent « Faire des déclarations exactes en temps voulu, à la société sur toutes les entreprises dont la totalité du capital social ou des actions dominantes ou une part sociale dominante sont détenues par eux-mêmes ou par les personnes ayant un lien avec eux; ces déclarations sont affichées au siège social et aux succursales de la société»

305. Loi sur les Entreprises 2014. - Les termes utilisés pour imposer le devoir de loyauté ne sont pas beaucoup changés dans la Loi sur les Entreprises 2014. En effet, l'article 160.1(b) dispose que les dirigeants doivent «*agir avec honnêteté (**trung thuc**), [...] au mieux pour assurer les intérêts légitimes de la société*». Le législateur a ainsi abrogé l'expression «*et les actionnaires* » pour éviter les confusions entre l'intérêt de la société et l'intérêt des actionnaires⁵⁰⁹. Les termes de l'article 119.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2005 sont repris dans l'article 160.1(c) de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel les dirigeants doivent «*être loyaux (**trung thanh**) aux intérêts de la société et des actionnaires ; ne pas user des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société; ne pas abuser de leurs pouvoirs et des biens de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale* »⁵¹⁰.

306. Ambiguïtés terminologiques. – L'absence de notions similaires à celles de «*fiduciary duties* » en droit vietnamien suscite des difficultés dans la transposition d'un nouveau concept de droit étranger. Autrement dit, il est difficile de trouver des termes pour traduire fidèlement les critères du «*devoir de loyauté* » de *common law* en droit vietnamien. Le législateur se contente donc d'utiliser le terme «*trung thanh* » pour transposer le terme «*loyauté* » en droit vietnamien.

307. À propos du terme «*trung thanh* » ou «*loyauté* », l'article 160.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que les dirigeants sociaux doivent «*être loyal aux intérêts de la société [...]*». Pourtant, le droit vietnamien ne donne pas une définition légale du terme «*loyauté* ». De plus, le devoir de loyauté n'est codifié qu'en le droit public. Par exemple, l'article 44 de la Constitution 2013 dispose que «*tout citoyen doit être loyal à la Patrie* ». Le devoir de loyauté est imposé également aux militaires et aux fonctionnaires⁵¹¹. Ainsi, un citoyen manque au devoir de loyauté à l'égard de la patrie s'il trahit l'intérêt de la patrie en entretenant des intelligences avec un pays étranger, en vue de porter atteinte à l'indépendance, à la souveraineté ou à l'unité nationale, à l'intégrité territoriale⁵¹².

308. On trouve que les individus soumis au devoir de loyauté dans le droit public précité ne sont pas ceux du devoir de loyauté dans la relation fiduciaire. Autrement dit, le devoir

⁵⁰⁹ Pour la confusion de l'intérêt de la société et l'intérêt des actionnaires, voir. PEARCE J. "Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam", *op.cit.*

⁵¹⁰ L'article 160.1(d) de la LE 2014 reprend les termes de l'article 119.1 (d) de la LE 2005.

⁵¹¹ L'article 65.1 de la Constitution 2013 impose également le devoir de loyauté à l'armée populaire selon lequel l'armée est tenu «*d'être absolument fidèle à la Patrie, au Peuple, au Parti communiste et à l'État [...]* ». Pour les fonctionnaires, ils ont également le devoir d'«*être fidèle au Parti communiste, à l'État de la République Socialiste du Vietnam* ».

⁵¹² C. pen. 1999.art. 78.

de loyauté d'un individu en droit public ne correspond pas à celui d'un dirigeant social qui est investi la mission de gestion des biens sociaux. Pourtant, il semble qu'il y ait un point commun dans le devoir de loyauté entre les deux individus: ils ne doivent pas trahir les intérêts de celui qui leur fait confiance car dans la langue courante le mot « *trung thanh* » désigne la qualité d'une personne qui ne trahit jamais la confiance confiée par l'autrui et qui tient toujours ses promesses⁵¹³.

309. En tout état de cause, le devoir de loyauté en droit vietnamien exige que le dirigeant ne doive pas abuser la position pour se procurer des avantages personnels ou pour en procurer à d'autres personnes qu'à la société, le législateur leur impose une série d'obligations suivantes: ils ne doivent pas faire de concurrence déloyale avec la société (A) ; ils ne doivent pas détourner des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société (B); ils ne doivent pas détourner les pouvoirs confiés(C), ils ne doivent pas détourner les biens de la société (D) ; ils doivent respecter la procédure de contrôle des conventions entre eux et la société (E) et ils doivent remettre de profit personnel à la société (F).

A. L'interdiction de la concurrence déloyale avec la société.

310. Absence en droit des sociétés. – En réalité, le droit positif vietnamien est silencieux sur le sujet du devoir de non- concurrence déloyale des dirigeants sociaux. Pourtant, ce devoir peut se déduire du devoir d'agir dans le meilleur intérêt de la société, c'est-à-dire le dirigeant est tenu de promouvoir l'intérêt optimal de la société. Ce dernier devoir lui commande de résister à toute tentation de se procurer des avantages personnels, y compris l'acte de concurrence déloyale.

311. Nécessité d'une clause statutaire de non concurrence déloyale. - Ainsi, selon IFC, pour respecter le devoir de loyauté, le dirigeant ne doit pas occuper en même temps une position de dirigeant dans une entreprise concurrente de la société⁵¹⁴. Pourtant, cette opinion ne semble pas raisonnable car la loi n'interdit pas à un dirigeant de société de cumuler plusieurs mandats dans des entreprises différentes, y compris les entreprises

⁵¹³Voir. HOANG Phe (éditeur en chef), *Tu Dien Tieng Viet (Dictionnaire vietnamien)*, le mot «*trung thanh*», éd. Da Nang, 1998.p. 71014.

⁵¹⁴ Voir en ce sens, Voir. IFC, *Corporate Government Manuel*, 2010, p.152.

concurrentes de la société. La loi interdit seulement les actes de concurrence déloyale. Ainsi, il serait préférable que le statut social prévoie une clause de non - concurrence déloyale dans les statuts de la société. La clause de non- concurrence déloyale exige que, d'une part, tout dirigeant doit révéler à la société les noms des entreprises concurrentes dans lesquelles il occupe le poste de dirigeant ou il détient directement ou indirectement des parts et, d'autre part, tout dirigeant doit s'assurer que les entreprises concurrentes dans lesquelles il occupe le poste de dirigeant ou il détient directement ou indirectement des parts n'accomplissent aucun acte de concurrence déloyale envers la société. Le statut doit prévoir également l'application du devoir de non concurrence déloyale durant un certain délai après la fin du mandat du dirigeant.

312. Actes de concurrence déloyale.- En vertu de la Loi sur le Concurrence N° 27/2004/QH11 (ci- après, « Loi sur la Concurrence 2004 »), les actes suivants seront considérés comme actes de concurrence déloyale⁵¹⁵:

1° Indications trompeuses. – En vertu de l'article 40 de Loi sur la Concurrence 2004, une entreprise se trouve en situation de concurrence déloyale avec une autre si elle utilise les modalités d'indications contenant des informations qui provoquent des confusions sur les noms commerciaux, les devises, logos d'affaires, emballages, indications géographiques pour tromper les consommateurs sur des biens ou des services de l'entreprise concurrentielle dans un but de concurrence.

2° Atteinte au secret des affaires. - En vertu de l'article 41 de Loi sur la Concurrence 2004, une entreprise se trouve en situation de concurrence déloyale avec l'autre si elle utilise des mesures illégales pour avoir l'accès aux informations secrètes sur les affaires professionnelles des autres entreprises. Ainsi, en déduisant de cette situation, le dirigeant serait présumé d'avoir révélé les informations secrètes ou confidentielles de la société qu'il dirige aux entreprises concurrentielles qu'il détient directement ou indirectement des parts.

3° Contraintes dans les affaires. – On déduit de l'article 42 de Loi sur la Concurrence 2004, une entreprise se trouve en situation de concurrence déloyale avec l'autre si elle utilise des mesures illégitimes pour contraindre les clients, les partenaires commerciaux d'une société de ne pas faire des transactions avec ladite société.

⁵¹⁵ Pour d'autres actes de concurrence déloyale, voir l'article 39 de Loi sur la Concurrence 2004.

4° Perturbation dans les affaires d'autres sociétés. – On déduit de l'article 43 de Loi sur la Concurrence 2004, une entreprise se trouve en situation de concurrence déloyale avec l'autre lorsqu'elle divulgue directement ou indirectement des informations mensongères sur la situation financière ou sur les activités d'affaires de ladite société.

B. Devoir de ne pas détourner des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société.

313. Problématique. - La protection des informations, des idées et des projets qui feront l'économie de demain est un des défis juridiques des entreprises et des pouvoirs publics du XXI^e siècle⁵¹⁶.

Position vietnamienne. - En vertu de L'article 161.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014, la responsabilité civile du dirigeant peut être engagée s'il « *use des informations, des secrets professionnels, des opportunités d'affaires de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale* ».

1. L'interdiction de détourner des informations commerciales.

314. Grâce à ses fonctions sociales, le dirigeant peut avoir l'accès à toutes les informations concernant les affaires de la société. Par exemple, la liste des clients, les informations sur le nouveau marché, celles sur l'augmentation du capital ou sur une fusion potentielle, une opportunité d'affaire etc. L'article 160.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 interdit aux dirigeants sociaux d'user des informations de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale. Le législateur ne spécifie pas si ces informations doivent être considérées comme confidentielles. Ainsi, Il suffit que ces informations soient acquises par les dirigeants « *en raison de leurs fonctions* » et que ces informations puissent apporter à ses propriétaires ou à celui qui les détient des bénéfices pécuniaires. Par conséquent, les informations banales

⁵¹⁶ Voir. COUSI O., « Protégeons le secret qui protège nos entreprises », *Le Monde.fr*, 10 novembre 2014

et accessibles au public, ou encore une information communiquée à tous les employés n'entre pas dans cette catégorie⁵¹⁷.

315. Interdiction de détournement des secrets professionnels. - L'article 160.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 interdit également aux dirigeants sociaux d'user des secrets professionnels de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale. Pourtant, le droit des sociétés est muet sur la détermination des secrets professionnels. En se basant sur les dispositions concernant des « *informations commerciales secrètes* »⁵¹⁸ du droit de la propriété intellectuelle, on peut déduire que les secrets professionnels sont les informations ayant des critères suivants: (i) elles ne sont pas des informations largement connues par le public et il est difficile d'y accéder; (ii) en utilisant ces informations dans les affaires commerciales, le titulaire peut avoir plus d'avantages par rapport à celui qui n'en a pas; (iii) le titulaire de ces informations utilisent les mesures de protections nécessaires pour que ces informations ne soient ni divulguées, ni facilement approchées.

2. L'interdiction du détournement des opportunités d'affaires de la société.

316. L'article 160.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 interdit également aux dirigeants sociaux de profiter leurs fonction pour usurper des opportunités d'affaires appartenant à la société. En effet, la théorie de l'opportunité d'affaires (*corporate opportunities theory*) est une doctrine d'origine de *common law* impliquant une composante du devoir de loyauté des dirigeants. Ce devoir leur interdit de se saisir des opportunités d'affaire « appartenant » à la société sans consentement de cette dernière⁵¹⁹. Tandis que ce sujet a été abordé par le droit des sociétés des pays de *common law* depuis

⁵¹⁷Voir. MARTEL M et MARTEL P., *La compagnie au Québec. Les aspects juridiques*, éd. Wilson & Lafleur, 2002, p. 23 – 293 ; voir également ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op. cit.*, n°72.

⁵¹⁸L'article 84 de la Loi sur les Propriétés Intellectuelles 2005. Voir également le Rapport intitulé « Secrets Professionnels » rédigé par le Département National de Propriétés Intellectuelles (NOIP), disponible en ligne à: http://www.noip.gov.vn/html/panorama/documents/pdf/ip_panorama_4_learning_points.pdf

⁵¹⁹Voir. TALLEY E. and HASHMALL M., “The Corporate opportunity doctrine », *U.S.C. Institute for Corporate Counsel*, 2001, disponible en ligne à: <http://law.usc.edu/why/academics/cle/icc/assets/docs/articles/icVoirinal.pdf>

XIX^e siècle, une telle règle est récemment introduite par plusieurs législations du système de *civil law*⁵²⁰.

317. Détermination des opportunités d'affaires de la société.- Comme les secrets professionnels, le législateur vietnamien ne prévoit une définition des opportunités d'affaires. En langue courante, le mot « *co hoi* » ou « *opportunité* » ou « *occasion* » est défini comme « *la circonstance favorable pour réaliser une affaire désirée* »⁵²¹. Pourtant, le sens de l'expression « *la circonstance favorable* » semble très vague et il apparaît que c'est à la charge du demandeur d'apporter toutes les preuves pour démontrer raisonnablement qu'une opportunité de la société a été détournée par un dirigeant.

318. Approche française. - En droit français, la détermination des opportunités d'affaire demeure une mission sensible⁵²². En réalité, Il n'est pas facile de trouver une précise définition sur l'expression « *opportunités d'affaires* » car selon M. Dondero « *décider trop facilement qu'une opportunité d'affaires appartient à telle ou telle entreprise risque de restreindre excessivement le libre exercice du commerce* »⁵²³. Le législateur français n'encadre pas la captation d'opportunités commerciales par le dirigeant. Ce sont les juges de la Cour de cassation qui consacrent l'extension du devoir de loyauté punissant, au cas par cas, les opérations des dirigeants ayant pour effet d'appauvrir le patrimoine de la société et de nuire à son potentiel développement dont la captation des « *opportunités d'affaires* » de la société⁵²⁴. En effet, le sujet de la captation de l'opportunité des affaires de la société par les dirigeants n'est abordé que depuis l'arrêt remarqué rendu le 15 novembre 2011⁵²⁵ dans lequel la Cour de cassation juge que le devoir de loyauté d'un gérant d'une SARL lui interdit « *de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité* ». Par l'arrêt du 18 décembre 2012, la Cour de cassation consacre progressivement le contenu concret du devoir de loyauté en matière

⁵²⁰ Voir. CORRADI M., « Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté », *Bull. Joly*, 01 février 2011, n° 2, p. 157. Voir également. TALLEY E. and HASHMALL M., *op.cit.*; voir notamment, DONDERO B., « La captation des opportunités d'affaires : regards vers l'Étranger », *Gaz. Pal.* 11 février 2012 n° 42, p. 13.

⁵²¹ Voir. HOANG Phe. *op.cit.* voir. le mot « *co hoi* », p.208.

⁵²² Voir. HELLERINGER G., « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires », *D.* 2012. 1560

⁵²³ Voir. DONDERO B., *op.cit.*, p. 13 ; Id., « Les opportunités d'affaires ou la France, pays de common law... », *Les Echos* 5 mai 2014.

⁵²⁴ Voir. CORRADI M., *op.cit.*, p. 157.

⁵²⁵ Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *Bull.* IV, n° 188 ; D. 2012. 134, obs. LIENHARD A.

d'opportunités d'affaires⁵²⁶. Selon la Cour «...*dirigeant d'une société constituée entre des médecins qui se sont choisis intuitu personae est tenu envers ceux-ci d'agir loyalement en toutes circonstances* » et «... *en achetant en secret et pour son propre compte un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité, achat pour lequel il avait été chargé de mener les négociations, M. B...a commis une faute* ».

319. Approche américaine.- En droit américain, les juristes ont vocation d'appliquer l'approche dite *multifactor Delaware test* pour déterminer si une opportunité d'affaires appartient à la société ou non. En effet, cette méthode consacre quatre critères pour identifier une opportunité d'affaires de la société: (1) La société est financièrement capable d'exploiter l'opportunité; (2) L'opportunité doit être située dans le cadre des affaires de la société (corporation's line of business)⁵²⁷; (3) La société a un intérêt, ou bien une espérance légitime dans l'opportunité; (4) Le dirigeant social qui traiterait lui-même l'opportunité se placerait en situation de conflit au regard de ses devoirs envers la société⁵²⁸.

⁵²⁶ En espèce, sept médecins avaient constitué une société par actions simplifiée, qui avait pour objet l'exploitation d'une clinique. L'un d'eux, M. B, qui était membre du « comité de direction » de la SAS, cédait ses actions à ses coassociés, au mois d'avril 2003. Les autres associés revendaient par la suite les actions qu'ils détenaient, sans que l'on sache en quoi cela influait sur le litige à venir. En effet, Il apparaissait par la suite que M. B et son beau-frère, par ailleurs notaire, avaient en janvier 2003 fait l'acquisition de l'immeuble dans lequel était exploitée la clinique. Or, M. B connaissait l'objectif poursuivi par les autres associés d'acquérir cet immeuble en leur nom propre, et son beau-frère notaire avait reçu mandat de négocier l'opération pour leur compte. Une action en dommages-intérêts était alors formée à l'encontre des acquéreurs indirects de l'immeuble, M. B et le notaire. L'arrêt d'appel est censuré pour violation des articles L. 227-8 et L. 225-251, alinéa 1er du Code de commerce. La Chambre commerciale de la Cour de cassation reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'action en responsabilité intentée contre le dirigeant et associé alors qu'elle constatait qu'il avait laissé les autres associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité, ce dont il résultait que ce dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté envers eux.

Il est intéressant de voir que la Cour de cassation reprend des solutions de l'arrêt du 15 novembre 2011 pour appliquer au dirigeant de SAS. Il s'agit encore une fois du principe du devoir de loyauté des dirigeants selon lequel un dirigeant de SAS ne peut pas appréhender une opportunité d'affaire « appartenant » à la société ou aux associés. Voir. Com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305, *Bull.* IV, n° 233; *D.* 2013. 288, et les obs. note FAVARIO T.; *BRDA* 2013, n° 2; *JCP E* 2013. 1084, note ROUSSILLE M.; *BJS* 2013, p. 200, DONDERO B.; voir également. DONDERO B. et LE CANNU P., « Le devoir de loyauté du dirigeant de SAS et l'opportunité d'affaires », *RTD Com.* 2013 p. 90

⁵²⁷ Pourtant, ce critère de la ligne d'affaires, sensible en droit américain, ne s'apprécie pas exclusivement au regard de ce que la société réalise déjà, mais aussi au regard de ce qu'elle pourrait entreprendre. De simples investissements « passifs », comme l'acquisition de participations dans des sociétés cotées, pourraient ainsi être vus comme relevant de la ligne d'affaires de la société. Voir en ce sens *eBay, Inc. Shareholder Litigation*, 2004 WL 253521 (Del. Ch.); MANUEL S.-L., *Corporations*, Aspen Publishers – Wolters Kluwer, 2009, 6^e éd., p. 222.

⁵²⁸ Voir en ce sens, DONDERO B., *op.cit.*, p. 13. Dans l'espoir de consacrer une définition unique sur l'opportunité d'affaires de la société, l'American Law Institut (ALI) propose dans la section § 5.05 (b) de *Principles of Corporate Governance* deux critères pour déterminer une opportunité d'affaire de la société, à savoir "[...] a corporate opportunity means:

320. Approche canadienne. - En droit canadien, certains visent la notion d'opportunité d'affaires à travers l'expression « *l'information que l'administrateur obtient en raison de ses fonctions* »⁵²⁹. Pour d'autres, l'opportunité d'affaires constitue un bien intangible de la société⁵³⁰. Délimiter la portée de l'interdiction nécessite de circonscrire la nature de l'occasion d'affaires protégées. Les arrêts *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*⁵³¹ constitue un excellent exemple pour illustrer l'interdiction d'usurper l'occasion d'affaires et en préciser les contours. En espèce, deux hauts dirigeants de Canadian Aero Services (Canaero), avaient participé à la négociation d'un contrat pour cartographier la Guyane. Ces dirigeants avaient démissionné de Canaero pour ensuite soumettre une offre par l'entremise d'une société qu'ils avaient constituée (Terra Surveys Limited). Cette offre ayant été remportée, la société a poursuivi ses anciens dirigeants pour usurpation de cette occasion d'affaires. La Cour a conclu qu'O'Malley et Zarzycki avaient contrevenu à l'interdiction d'usurpation de l'occasion d'affaires que Canaero tentait de saisir. La Cour consacre également les la prise en considération des facteurs influant sur cette interdiction, à savoir : « *[le] poste ou [l]es fonctions exercées, la nature de l'occasion d'affaires de la compagnie, circonstances dans lesquelles cette connaissance a été obtenue et si elle était d'une nature spéciale ou, en fait, privée même, le facteur temps quant au maintien de vertu desquelles eut lieu la rupture du lien, à savoir, s'il s'est agi de retraite, de démission ou de licenciement* ».

C. Le devoir de ne pas abuser les pouvoirs.

321. Droit positif vietnamien.- L'article 161.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que les dirigeants ne doivent pas « *[...] abuser de la position sociale, de la fonction et*

(1) Any opportunity to engage in a business activity of which a director or senior executive becomes aware, either: (A) In connection with the performance of functions as a director or senior executive, or under circumstances that should reasonably lead the director or senior executive to believe that the person offering the opportunity expects it to be offered to the corporation; or (B) Through the use of corporate information or property, if the resulting opportunity is one that the director or senior executive should reasonably be expected to believe would be of interest to the corporation; or

(2) Any opportunity to engage in a business activity of which a senior executive becomes aware and knows is closely related to a business in which the corporation is engaged or expects to engage”.

⁵²⁹ *Énerchem Transport inc. c. Gravino*, [2005] J.Q. no 11404 (C.S.)

⁵³⁰ Voir. ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit*, n°73.

⁵³¹ *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592.

des pouvoirs [...] pour des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale ». Le législateur exige que les dirigeants doivent respecter la finalité de leurs pouvoirs, c'est-à-dire qu'ils doivent user les pouvoirs investis par la loi dans le seul but de servir l'intérêt social. Autrement dit, cette obligation commande aux dirigeants de résister à la tentation de se servir des pouvoirs considérables qui leur sont accordés par la loi pour se procurer des avantages personnels ou pour en procurer à d'autres personnes qu'à la société⁵³². Cette obligation s'inspirerait de la théorie *proper purpose* (théorie de la finalité du pouvoir) de *common law*.

322. Théorie de *proper purpose*.- En effet, la doctrine de finalité du pouvoir énonce que les administrateurs ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire illimité dans l'exercice de leurs pouvoirs. Chaque pouvoir qui leur est attribué est limité par la finalité qui justifie son existence. Ainsi, un acte accompli par les dirigeants sociaux peut être annulé si le but ou l'intention derrière cet acte « *légal* » n'est pas de servir l'intérêt optimal de la société⁵³³.

323. Un dirigeant satisfait donc au devoir de respecter la finalité des pouvoirs si, en prenant les décisions portant sur les affaires de la société, il agit dans l'honnête croyance que cette décision est prise pour garantir le meilleur intérêt de la société. Par conséquent, toute considération malhonnête ou non incompatible avec l'intérêt de la société teinte la décision et la rend attaquantable⁵³⁴. Ainsi, une décision sera considérée comme malhonnête si le dirigeant prétend que cette décision sert l'intérêt de la société, mais l'intention derrière cette décision est de servir l'intérêt personnel dudit dirigeant. Par exemple, les administrateurs décident d'émettre les actions pour eux-mêmes dans le but de conserver ou de s'emparer du contrôle de vote ou de l'accorder à des personnes choisies.

Pour déterminer si un acte d'un dirigeant est honnête et dans l'intérêt de la société, le droit de *common law* utilise le critère « *proper test* » ou « *un homme intelligent et honnête* » selon lequel le juge va se demander « [...] *whether an intelligent and honest man in the*

⁵³² Voir. MARTEL P., *op.cit.*, p. 183.

⁵³³ *Ibid*; pour la théorie de *proper purpose* en *common law*, voir en général : GRANTHAM R., "The Powers of Company Directors and the Proper Purpose Doctrine", *King's College Law Journal*, 1994; L. DAVIES P., *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 605-608; HANSELL C., *Directors and Officers in Canada: Law and Practice*, looseleaf, Toronto: Carswell, 1999, vol. 2, p. 9-27; McGUINNESS K P., *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Toronto: Butterworths, 1999, p. 691ff.

⁵³⁴ Voir. MARTEL P. " Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales - impact du Code civil du Québec ", *op.cit.*, p. 185.

position of a director of the company concerned, could, in the whole of the existing circumstances, have reasonably believed that the transactions were for the benefit of the company »⁵³⁵.

324. En outre, Il apparait que le législateur veut interdire tout dirigeant d’abuser de sa position sociale pour influencer sur la décision des affaires de la société dans le but de servir son intérêt personnel ou servir l’intérêt des entreprises dans lesquelles il était intéressés directement ou indirectement. Par exemple, un administrateur a abusé de sa position sociale pour demander au DG d’embaucher les personnes de sa famille.

D. Le devoir de ne pas abuser des biens sociaux.

325. Droit positif vietnamien. - L’article 161.1 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que les dirigeants ne doivent pas « [...] *abuser des biens de la société [...] pour des fins personnelles ou dans l’intérêt de toute autre personne physique ou morale* ». Il s’agit de l’interdiction de l’utilisation des biens sociaux contraire à la finalité de servir les intérêts de la société. Cette interdiction vise en premier lieu l’utilisation des biens tangibles de la société.

326. Les actionnaires confient les biens de la société aux dirigeants en espérant que ces derniers vont accroître et faire fructifier les biens confiés. Autrement dit, les dirigeants doivent utiliser les biens de la société conformément à la mise en œuvre de l’objet social et ils doivent faire leur possible pour rendre les biens de la société prospères et fructueux. Le devoir de loyauté envers la société ne leur permet pas donc d’user les biens de la société contrairement aux intérêts de la société, c’est-à-dire l’usage des biens pour les fins personnelles ou pour servir l’intérêt d’autres personnes que celui de la société. Il en est ainsi si le dirigeant détourne des fonds de la société, s’il jouit des voyages personnels aux frais de la société, s’il emploie les fonds de la société sans que celle-ci en tire un profit, s’il s’abstient de réclamer à une société dont il est associé les sommes que sa société doit à la société qu’il dirige ou s’il fait courir à sa société un risque excessif compte tenu de ses capacités en poursuivant un but personnel. L’abus de biens sociaux est également qualifié si le dirigeant loue un appartement appartenant à la société moyennant un loyer

⁵³⁵ Charterbridge Corp Ltd v Lloyds Bank Ltd [1970] 1 Ch 62 at 74.

dérisoire ou inversement s'il loue à la société un local dont il est propriétaire en réclamant un loyer excessif.

327. Dispositif du droit pénal vietnamien.- En matière du droit pénal, l'abus des biens sociaux des entreprises étatiques peut être réprimé par l'article 142 du Code pénal 1999 avec le délit « *utiliser illégalement les biens (de la société)* » et l'article 278 du même Code « *détournement de biens* ». Ces deux infractions sont sévèrement punies des peines d'emprisonnement et des amendes⁵³⁶, voire la peine de mort⁵³⁷. Ces délits peuvent être illustrés par deux arrêts suivants.

328. Dans l'affaire *Vinashin*⁵³⁸, Il y a une personne à qui a été reprochée au délit de « *utiliser illégalement les biens* »⁵³⁹. En espèce, Nguyen Tuan Duong est le Président du CA et DG de la SA Cuu Long. La société de Cuu Long est une société indépendante de Vinashin. En 2007, quand Vinashin approuve le projet de construction de la centrale thermique de Song Hong, la société Cuu Long est choisie comme entrepreneur principal pour ce projet. Pour mettre en œuvre la construction de projet, Vinashin a consenti un prêt à la société Cuu Long avec une somme de 300 milliards de Dong (soit 10 million d'euros). La société Cuu Long a conclu un contrat d'achat des équipements avec une société coréenne. Le projet de la centrale thermique de Song Hong a été suspendu par le Ministère de l'Industrie le 15 juin 2007. Malgré la connaissance de la suspension du projet, Nguyen Tuan Duong a utilisé 20 milliard de Dong (soit 700 mille euros) pour régler le contrat d'achat avec le vendeur coréen. Nguyen Tuan Duong a été jugé pour avoir utilisé illégalement les biens et il a été condamné à réparer le préjudice causé à la société Cuu Long.

⁵³⁶ L'infraction du délit d'« *utiliser illégalement les biens (de la société)* » sera punie d'une peine d'emprisonnement de 2 ans à 7 ans et d'une d'amende dont le montant maximal est de 20.000.000 dongs.

⁵³⁷ Selon l'article 278.4 du Code pénal 1999, la peine de mort est applicable à l'infraction de « *détournement des biens* » lorsque le prévenu s'approprie des biens d'une valeur supérieure ou égale à 500.000.000 de dongs.

⁵³⁸ Voir arrêt n° 45/2012/HSST du 30/03/2012 de la Cour Populaire de la ville Hai Phong (ci –après, « **Arrêt Vinashin** » ou « **Affaire Vinashin** »). C'est la décision du tribunal de première instance. Cette décision est confirmée par la Cour Populaire Suprême (cour d'appel) le 30 Aout 2012.

⁵³⁹ C. Pénal.1999, art 142.

329. Dans l'affaire de *Vinalines*⁵⁴⁰, Duong Chi Dung, Mai Van Phuc, Trân Hai Son et Trân Huu Chiêu étaient les dirigeants de Vinalines jugés pour avoir commis un délit de « *détournement de biens* ». En espèce, Duong Chi Dung, le président, avait approuvé l'achat d'un dock flottant « *sans passer par la procédure d'appel d'offre* » applicable aux achats publics. En outre, il avait décidé l'achat du dock flottant à un prix excessif sans approbation du projet par le CA. Les prévenus sont jugés pour avoir détourné plus de 1.6 millions de dollars avec l'achat du dock flottant. Duong Chi Dung et Mai Van Phuc, le DG, ont été jugés pour avoir détourné de 20 milliards de dôngs (soit 600,000 d'euro), ils ont été punis de peine de mort.

E. Le devoir de respecter la procédure de contrôle des transactions conclues avec la société.

330. Généralités. - La liberté contractuelle permet à la société de contracter avec toutes les personnes, y compris ses dirigeants ou « *les personnes ayant un lien avec eux* ». Par exemple, un dirigeant qui vend ou achète un immeuble à sa société, un contrat commercial conclu entre deux sociétés ayant un administrateur commun, un contrat de travail conclu entre l'épouse du DG avec la société etc. Dans ces cas, il apparaît que les intérêts des dirigeants ou des « *personnes ayant un lien avec eux* » entrent en conflit avec ceux de la société. Préoccupés par le risque de déloyauté soulevé par ces situations conflictuelles, le législateur vietnamien a cherché à instaurer un mécanisme de contrôle de telles transactions pour éviter la conclusion des conventions désavantageuses pour la société.

331. Domaine du contrôle. – Le domaine de contrôle doit être envisagé du point de vue des personnes concernées, des conventions visées, de la procédure de contrôle et de la sanction applicable.

1°. Les personnes intéressées.- En vertu des articles 159.2 et 162.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, la convention entre la société et les personnes suivantes doit être soumise à une procédure de contrôle spécial pour prévenir la fraude à l'égard de la société ;

⁵⁴⁰ Voir arrêt n° 479/2013/HSST du 16/12/2013 de la Cour Populaire de la ville Hanoi. C'est la décision du tribunal de première instance. Cette décision est confirmée par la Cour Populaire Suprême (cour d'appel) le 7 mai 2014 (ci –après cité « *Arrêt Vinalines* » ou « *Affaire Duong Chi Dung* »).

- Les administrateurs, le DG (les dirigeants sociaux) ⁵⁴¹;
- Les personnes ayant un lien avec les dirigeants sociaux précités. Il s'agit de leurs conjoints, parents biologiques ou adoptifs, enfants biologiques ou adoptifs et des frères et sœurs ;
- Les sociétés dont les dirigeants sociaux précités possèdent les parts sociales ;
- Les sociétés dont les personnes ayant un lien avec les dirigeants sociaux disposent individuellement ou solidairement d'une fraction des droits de vote supérieure à 10%.

332. Ainsi, cela implique un grand nombre des personnes intéressées qui ont des liens affectifs ou financiers avec la société. Particulièrement, dans les sociétés cotées, les législateurs visent encore les dirigeants de fait qui sont les personnes « *capables d'influencer le processus décisionnel ou le fonctionnement de la société à travers les organes de gestion de ladite société* »⁵⁴² ou les personnes « *qui agissent en concertation afin de détenir la majorité des actions de la société ou afin d'influencer le processus décisionnel de la société* »⁵⁴³. Pourtant, il est délicat d'identifier ces dirigeants de fait en pratique.

333. Il est regrettable que parmi les personnes visées précitées, on ne voit pas la société dont le dirigeant cumule un mandat de gestion. Le droit vietnamien n'interdit pas aux dirigeants de cumuler les mandats dans plusieurs sociétés différentes. Ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il arrive des conflits d'intérêt entre les sociétés ayant certains dirigeants communs⁵⁴⁴.

334. En outre, la loi ne consacre pas explicitement l'application de la procédure de contrôle des conventions qui sont conclues entre la société et un futur dirigeant avant son entrée en fonctions, même si ces conventions sont encore en cours d'exécution lorsqu'il devient le dirigeant de la société⁵⁴⁵. La loi est également muette sur la possibilité d'application d'une telle procédure de contrôle applicable aux conventions conclues entre la société et un dirigeant qui a cessé ses fonctions. Il est évident qu'un dirigeant sortant

⁵⁴¹ En vertu de la 4.34 (c) de la Loi sur les Bourses 2006, les personnes visées sont étendues aux vices – directeurs généraux et les dirigeants statutaires.

⁵⁴² LE 2005.art. 4.17 (g)

⁵⁴³ *Ibid.* 4.17(h)

⁵⁴⁴ En droit français, cette question est réglée par l'article L. 225-38, al.3 du Code de commerce selon lequel « *sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise* ».

⁵⁴⁵ Le droit français n'applique non plus la procédure de contrôle des conventions dans la même situation. Voir. RIPERT G. et ROBLOT R., *op.cit.*, n°1647.

peut toujours conserver une influence qui se révèle néfaste pour intérêts de la société⁵⁴⁶. Par exemple, dans *l'affaire de Nguyen Duc Kien*, malgré que Nguyen Duc Kien ait cessé ses fonctions d'un administrateur dans la banque ACB depuis longtemps, il a toujours influencé les décisions du CA de cette banque par l'octroi des prêts en faveur des sociétés fondées par lui.

2° Les actes visés.- En vertu de l'article 162.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, doit être soumise à l'autorisation préalable de l'AG ou du CA toutes « *conventions ou actes* » qui intervient entre la société et l'une des personnes précédemment visées. Il apparaît que le mot « *acte* » est suffisamment large pour couvrir le mot « *convention* »⁵⁴⁷. Ainsi, la procédure de contrôle implique non seulement les transactions à titre bilatéral entre la société et le dirigeant mais encore des actes ayant caractère unilatéral accomplis par les dirigeants au nom de la société. Par exemple, la nomination du DG, la fixation des rémunérations des dirigeants, la donation des biens sociaux.

3° La procédure de contrôle.- L'article 162.2 de la Loi sur les Entreprises 2014 vise deux catégories de conventions : celles qui sont soumises à une approbation préalable de l'AG et celles qui sont contrôlées par le CA, la distinction se fonde sur la valeur financière de transaction (voir le tableau dans la page suivante).

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ En effet, selon l'article 121 du Code civil « l'acte civile » est défini comme « acte juridique conventionnel ou unilatéral qui fait naître, modifie ou éteint des droits ou des obligations civiles »

	Le contrôle de l'AG	Le contrôle du CA
La compétence d'approbation	Actes ayant d'une valeur « <i>supérieur à 35% de la valeur totale de l'actif inscrite dans le dernier rapport financier de la société</i> »	Actes ayant d'une valeur « <i>inférieure à 35% de la valeur totale de l'actif inscrite dans le dernier rapport financier de la société</i> ».
Procédure de contrôle	Étape 1 : le CA est tenu de présenter le projet de convention ou l'objet principal de la transaction envisagée à l'AG lors de sa réunion ou de les soumettre au vote par correspondance des actionnaires.	Étape 1 : Dès que l'intéressé a connaissance d'une convention soumise à autorisation, il doit informer le représentant légal de la société, celui-ci doit communiquer le projet de contrat à chaque membre du CA. En même temps que la communication aux membres du CA, le représentant légal de la société doit afficher le projet de contrat ou l'objet principal de l'acte au siège social et aux succursales de la société.
	Étape 2 : l'AG va approuver la convention ou l'objet principal de la transaction par un vote à la majorité de 65% des voix, l'intéressé ne peut pas prendre au vote.	Étape 2 : Le CA décide de l'approbation de convention ou de transaction dans un délai de 15 jours à compter de la date de l'affichage; le dirigeant intéressé ne peut prendre part au vote.

335. L'absence d'une approbation tacite. - En ce qui concerne le contrôle du CA, l'article 162.2 de la Loi sur les Entreprises 2014 ne vise que l'approbation expresse du CA. On se demande ce qui se passe si après le délai de 15 jours, le CA ne se réunit pas pour approuver la convention, mais qu'il ne s'oppose pas explicitement l'exécution de la convention, c'est-à-dire que le CA accepte exécuter les obligations qui se résultent de ladite convention. Est-ce que la

convention est toujours valable ? La réponse apparaît négative car sur le plan juridique, la convention sera annulable à tout moment par la société, bien qu'elle soit tacitement acceptée par le CA. Il faut donc prévoir la possibilité d'une acceptation tacite dans le statut social pour protéger les tiers de bonne foi dans les transactions avec la société.

336. On peut s'interroger sur la question de savoir qui est compétent pour approuver la convention dans la circonstance où le CA ne peut pas prendre légalement une approbation collégiale ? À titre d'exemple, on peut citer la situation où le CA se compose de trois membres parmi lesquels deux membres sont intéressés dans une convention avec la société. La loi dispose que les dirigeants intéressés aux conventions ne peuvent pas participer au vote. Or, une décision du CA n'est valable que s'il y a l'acceptation de trois quarts au moins de ses membres sont présents. En cas d'espèce, si deux administrateurs ne participent pas au vote, la décision approuvée par un seul administrateur demeure –telle valable ?

337. Nécessité d'un contrôle *ex post* de l'AG. - En ce qui concerne le contrôle de l'AG, on se demande s'il est nécessaire de laisser l'AG approuver les conventions entre la société et les personnes intéressées. En réalité, il est évident que, dans certaines circonstances, une opportunité d'affaires n'existe que pour une courte durée. Elle nécessite donc une décision prompte de la société. Or, la réunion d'une AG doit se conformer à une stricte régularité en la forme et elle demeure toujours compliquée, notamment quand la société est une société cotée. Par conséquent, l'opportunité d'affaires peut disparaître avant que l'AG approuve la convention. En outre, la loi est muette sur la validité de la convention autorisée par une AG qui est convoquée irrégulièrement. Par déduction de l'article 122.2 du Code civil vietnamien 2005, il semble que la convention approuvée par l'AG irrégulièrement convoquée sera jugée nulle. Il s'agit peut-être donc d'une grande insécurité juridique pour les cocontractants de la société.

338. Ainsi, à l'instar du droit français, il faut investir du CA du pouvoir d'approuver toutes les conventions intervenues entre la société et les personnes intéressées. L'AG ne vérifie que ultérieurement lors de sa réunion ordinaire si la convention respecte le principe équitable⁵⁴⁸ et au mieux des intérêts de la société, à défaut la société peut

⁵⁴⁸ Ce principe est déjà énoncé dans l'article 24.1 du Circulaire 121/2012.

demander l'annulation de la convention en cause et le CA doit payer à la société des dommages-intérêts⁵⁴⁹.

339. Au Canada, la règle de *common law* énonce que toute convention, équitable ou non, intervenue entre la société et une autre personne morale dont un des administrateurs est actionnaire, administrateur ou créancier est annulable à la demande de la société et l'administrateur doit rendre compte des profits qu'il en a retirés⁵⁵⁰.

3° Les sanctions.- Selon l'article 162.4 de la Loi vietnamien sur les Entreprises 2014, tout acte prévu dans l'article 162.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 peut faire l'objet d'une annulation s'il est conclu sans l'approbation préalable de l'AG ou du CA et s'il cause des préjudices pour la société. En outre la loi prévoit encore l'obligation des dirigeants de réparer les préjudices et de restituer causés à la société les bénéfices perçus. Il s'agit donc une nullité relative qui tient compte du respect du principe des transactions équitables⁵⁵¹.

F. Le devoir de remettre de profit personnel à la société.

340. Droit positif vietnamien. – L'article 159.5 de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que « *les administrateurs et le DG, lorsqu'ils exercent, en leur nom propre ou au nom d'autrui, une affaire sous quelle forme que ce soit dans le cadre des activités de la société, sont tenus d'expliquer la nature et le contenu de cette affaire au conseil d'administration ou au conseil de surveillance; ils ne peuvent l'exercer qu'avec le consentement de la majorité des autres membres du conseil d'administration. Tous les revenus issus d'un travail qui est non déclaré ou exercé sans le consentement du conseil d'administration sont réputés propriété de la société* ».

341. Un des aspects importants du devoir de loyauté est la remise du profit personnel⁵⁵², c'est-à-dire que si le dirigeant utilise les pouvoirs ou la position pour se procurer des

⁵⁴⁹ En ce qui concerne la procédure de contrôle des conventions réglementées en droit français, voir : COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n° 637-647 ; RIPERT G. et ROBLOT R., *op.cit.*, n°1648; C.com. art. L 225-38; C.com. art. R 225-30.

⁵⁵⁰ Todd c. Robinson, (1884) 14 Q.B.D. 739; Garvie c. Axmith, [1962], O.R. 65, 70 ; Patton c. Yukon Consolidated Gold. Corp., [1934] O.W.N. 321 (C.A.); Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd., [1948] 1 D.L.R. 74 (Ont. C.A.); Re Little Billy's Restaurant (1977) Ltd., (1983) 21 B.L.R. 246; Bishopgate Investment Management Ltd. c. Maxwell (No. 2), (1994) 1 All E.R. 261 (C.A.); Knight c. Frost, 1999) 1 B.C.L.C. 364 (Ch. D.).

⁵⁵¹ Sous le régime de la LE 2005, l'acte est absolument nul s'il n'a pas d'approbation préalable de l'AG ou du CA.

⁵⁵² Voir en ce sens, MARTEL P., *op.cit.*, p. 166.

avantages personnels ou pour en procurer à d'autres personnes qu'à la société, tous les revenus issus de ces actes de détournements sont réputés propriétés de la société⁵⁵³. Cet aspect se fonde sur le principe moral fondamental « *bien mal acquis ne profite pas* » ou « *nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions* »⁵⁵⁴. Cette nature du devoir de loyauté n'est pas contraire aux principes juridiques du Vietnam⁵⁵⁵ et elle satisfait également à l'attente de législateur qui cherche un instrument juridique efficace pour empêcher la tentation personnelle des dirigeants et pour renforcer la confiance des investisseurs.

§3. Le devoir de diligence.

342. Problématique.- En dehors des devoirs de légalité, de bonne foi et de loyauté, les dirigeants se voient imposer encore le devoir de diligence. En réalité, la gestion sociale implique la gestion des biens d'autrui, c'est-à-dire que chaque décision des dirigeants affecte le patrimoine de la société. Par conséquent, une décision imprudente des dirigeants pourrait entraîner la défaillance grave de la société. Il leur est ainsi demandé d'agir avec la diligence qu'un bon gestionnaire introduirait dans ses propres affaires; c'est-à-dire de prendre des décisions en connaissance de cause⁵⁵⁶. En d'autres termes, la diligence est le soin apporté avec célérité et efficacité, à l'accomplissement d'une tâche⁵⁵⁷.

343. Description du devoir de diligence en droit américain. - Comme décrit ci-dessus, le devoir de diligence est un des piliers de *fiduciary duties* en droit anglo américain. Ce devoir est consacré par le fameux arrêt *Smith v. Van Gorkom*⁵⁵⁸. En espèce, le conseil d'administration de Trans Union avait été convoqué d'urgence par Van Gorkom, le président-directeur général de la société. À l'occasion de la réunion, Van Gorkom avait

⁵⁵³ Voir en générale, MARTEL P. " Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales - impact du Code civil du Québec ", *op.cit.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ Pour les principes de base du droit vietnamien, voir : NGUYEN Minh Doan, *Cac nguyen tac phap luat Xa Hoi Chu Nghia thoi ky doi moi va hoi nhap quoc te* (Les principes de législation socialiste dans l'époque de Doi moi et d'intégration internationale), éd. Tu Phap, 2006.

⁵⁵⁶ Voir. CELY D., *Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés Etude franco-colombienne*, Thèse, Paris II, 2011, n° 84.

⁵⁵⁷ Voir. BOYER L/LORAND H., « A propos du défaut de diligence », in : *Mélanges Vincent*, Paris 1981, p.11

⁵⁵⁸ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985)

fait une présentation d'un projet de fusion de Trans Union. Il expliquait sommairement la transaction et soumit le prix projeté pour les actions de Trans Union. Après deux heures de discussions, le conseil d'administration approuva la transaction sans avoir eu l'occasion de prendre connaissance des détails de la fusion, ni de solliciter d'évaluation indépendante du prix offert pour les actions. La Cour suprême du Delaware a jugé que les administrateurs de Trans Union avaient fait preuve de négligence grossière en l'espèce en ne s'acquittant pas de leur devoir de se renseigner à l'égard du rôle de Van Gorkom dans la vente de la société, de même que de la valeur de la société, alors qu'il n'y avait aucune raison pour procéder aussi rapidement.

344. Par l'arrêt *Smith v. Van Gorkom*, le principe du devoir de diligence signifie que les dirigeants satisfont à leur devoir de diligence lorsqu'ils s'informent eux-mêmes avant toute prise de décision concernant les affaires de la société, et qu'ils prennent connaissance de toutes les informations matérielles qui sont raisonnablement à leur disposition, et dans l'honnête croyance que cette décision est prise dans les meilleurs intérêts de la société⁵⁵⁹.

345. Il convient d'aborder tout d'abord la position du droit français (I), ensuite, celle du droit vietnamien (II).

I. Le devoir de diligence en droit français.

346. Silence du droit positif.- En droit français, la loi ne prévoit jamais explicitement que les dirigeants sociaux doivent exercer leurs fonctions avec diligence⁵⁶⁰. D'une façon générale, la norme de conduite des dirigeants sociaux se réfère à celle d'un « *bon père de famille* »⁵⁶¹, une conception inscrite dans des textes d'Hammourabi, depuis XVIII^e siècle av. J.-C, dans lesquels le roi de Babylon invitait le père de famille à traiter les siens avec équité⁵⁶². Un bon père de famille est tenu d'agir avec prudence et habileté. À cet égard, la conduite de bon père de famille exige que le dirigeant en cause respecte les usages, notamment professionnels, les règles de jeux, voire les préceptes de la politesse qui sont

⁵⁵⁹Voir. RIGGS J., *op.cit.*, p. 62.

⁵⁶⁰ Voir également REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.29.

⁵⁶¹ L'expression « bon père de famille » a été rayée du droit français par La loi n° 2014-873 du 4 août 2014. Voir en ce sens, PARIENTE J., « Le « bon père de famille » va disparaître du droit français », *Le Monde*, 20 janvier 2014.

⁵⁶² Voir. MAGNIER V., « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?, *Bull. Jolly. sociétés*, janvier 2012, p. 75 -81

pris en considération lorsque leur transgression revêt un caractère injurieux ou est de nature à jeter la suspicion sur celui qui en pâtit⁵⁶³.

347. L'absence du devoir de diligence dans le droit positif n'empêche pas les juges français d'engager la responsabilité civile des dirigeants. En réalité, il y a une tendance jurisprudentielle qui exige que les dirigeants de sociétés anonymes doivent agir en hommes « *prudents et diligents* », à défaut de quoi leur responsabilité civile peut être recherchée⁵⁶⁴. En d'autres termes, les juges français se fondent sur l'obligation de ne pas commettre la faute de gestion pour interpréter le devoir de diligence des dirigeants sociaux (A)⁵⁶⁵. Pourtant, depuis l'arrêt *Crédit martiniquais* du 30 mars 2010, la Cour de cassation recherche expressément si le comportement d'un administrateur a été « *prudent et diligent* » lors de la prise des décisions (B).

A. Le manquement au « devoir de diligence » en sens large: la faute de gestion.

348. La faute de gestion.- Selon l'article L.225-251 al.1 du Code de commerce « *les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des [...] fautes commises dans leur gestion.* ». Ainsi, la responsabilité civile d'un dirigeant sera engagée lorsque la victime prouve qu'il a commis une faute de gestion. Pourtant, la faute de gestion ne fait l'objet d'aucune définition précise par la loi. La difficulté reste à ce que l'on ne puisse pas trouver les critères adéquats pour qualifier la faute de gestion lorsque le caractère fautif de tel ou tel acte ne contrevient pas expressément à une disposition légale ou statutaire impérative⁵⁶⁶.

349. Pour les tribunaux, la faute de gestion est appréciée au cas par cas. Il semble que les juges se fonder sur deux principes pour apprécier si un dirigeant commet une faute de gestion dans l'exercice de ses missions. En premier lieu, ils recherchent si la conduite du dirigeant s'écarte de celle d'un administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion de la société⁵⁶⁷. À cet effet, le dirigeant ne commet pas une

⁵⁶³ Voir en ce sens. LE TOURNEAU Ph., Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, voir. « Conduite en bon père de famille », n° 6762, 6763.

⁵⁶⁴ Voir. MAGNIER V., *op. cit.* p. 75 -81.

⁵⁶⁵ Voir également REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.29.

⁵⁶⁶ Voir. D. 1995, jurispr. p. 477, obs. PIROVANO A.

⁵⁶⁷ Voir. VINEY G., *Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ 2006, 3e éd., n° 857 ; voir également GUYON Y., *op.cit.* n° 46.

faute de gestion lorsqu'il prouve qu'il a géré correctement les affaires sociales et qu'il a agi de bonne foi en respectant les usages de sa profession⁵⁶⁸. En deuxième lieu, les tribunaux se placent à la date des fautes prétendues pour apprécier si les mesures utilisées par les dirigeants étaient raisonnables au moment de prise des décisions⁵⁶⁹.

350. La doctrine française consacre également le principe selon lequel la responsabilité civile du dirigeant ne peut pas être engagée si le dirigeant en cause prouve qu'il a choisi la moins mauvaise des solutions, sans avoir le temps de réfléchir en pesant longuement le pour et le contre⁵⁷⁰.

351. À partir de ces bases, dans la perspective d'étudier le manquement au « devoir de diligence » des dirigeants par déduction des fautes de gestion, il est opportun de classer les fautes de gestion en trois catégories typiques: les fautes de gestion consistent en des imprudences (1), les fautes de gestion consistent en des négligences (2) et celles consistent en l'abstention de décision active (3).

1. L'agissement avec imprudence.

352. En confiant aux dirigeants sociaux la gestion des biens de la société, les actionnaires attendent toujours que ces derniers aient des comportements conformes à ceux d'un dirigeant prudent, diligent et actif. Dès lors, s'ils n'effectuent pas les fonctions avec prudence, ils risquent d'amoindrir le patrimoine social. La jurisprudence française a considéré les agissements imprudents suivants comme les fautes de gestion qui engagent la responsabilité civile des dirigeants sociaux:

- Le fait de prêter les fonds sociaux dans des conditions telles que le remboursement paraît improbable⁵⁷¹;

⁵⁶⁸ Voir. GUYON Y., *op.cit.*n° 46.

⁵⁶⁹ Voir. GUYON Y., *op.cit.*n° 46; pour avoir une appréciation équitable des mesures utilisées par les dirigeants, Il faut tenir compte des caractéristiques de la gestion de l'entreprise qui supposent l'acceptation de certains risques, voir en ce sens, TUNC A., « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés », in *Évolution du droit des sociétés, Travaux de l'association Capitant* : Dalloz 1967, t. XV, p. 30.

⁵⁷⁰ Cass. com., 3 avr. 1990 : *Rev. sociétés* 1990, p. 625

⁵⁷¹ Cass. civ., 16 juin 1891 : *Journ. sociétés* 1891, p. 505 ; *Rev. sociétés* 1891, p. 431. - CA Paris, 25e ch., 4 févr. 1994 : *JurisData* n° 1994-600148 ; *Rev. sociétés* 1994, somm. p. 336, note GUYON Y.

- Pour un président de conseil d'administration d'une banque, d'avoir imprudemment consenti des crédits exorbitants à un client sans en avoir référé au conseil d'administration, et laissé s'opérer des spéculations désastreuses sur le MATIF⁵⁷²;
- D'engager la société dans des opérations dont elle ne pourra pas assumer le prix⁵⁷³;
- De tenter de faire face à des difficultés financières par une réduction puis une augmentation de capital réalisées dans des conditions préjudiciables à un actionnaire minoritaire⁵⁷⁴;
- Le fait d'avoir accru inconsidérément le personnel et le matériel de la société sans étude préalable de rentabilité et d'avoir livré la société aux initiatives désordonnées de chefs de service nouveaux venus⁵⁷⁵;
- D'avoir commis des négligences rendant impossible le recouvrement d'une dette sociale⁵⁷⁶;
- Le fait de ne pas avoir souscrit une assurance obligatoire au titre de la garantie décennale, en violation de l'article L. 241-1 du Code des assurances⁵⁷⁷ ;
- De s'être trompé dans l'appréciation des appels de fonds complémentaires qui pouvaient être demandés à l'associé d'une société de construction⁵⁷⁸;
- De s'être trompé dans le calcul des prix de revient des marchés conclus par la société⁵⁷⁹ ou d'avoir conclu des contrats dont l'exécution ne pourrait être que déficitaire⁵⁸⁰.

2. L'agissement avec négligence.

353. Comme décrit ci-dessus, la conduite de bon père de famille exige que le dirigeant doit accomplir ses fonctions avec diligence. La doctrine considère que le manque d'information

⁵⁷² CA Paris, 4 févr. 1994 : JurisData n° 1994-600148 ; Bull. Joly 1994, p. 402, note PARIENTE M.

⁵⁷³ Cass. civ., 6 juill. 1905 : DP 1908, 5, p. 46. - CA Montpellier, 4 nov. 1940 : JCP G 1942, II, 1871, note BASTIAN D.

⁵⁷⁴ Cass. com., 18 juill. 1989 : JurisData n° 1989-702876 ; Dr. sociétés 1989, comm. 261 ; JCP N 1990, II p 17 ; Defrénois 1990, art. 34788, p. 633, note HONORAT J.

⁵⁷⁵ CA Aix-en-Provence, 9 avr. 1974 : D. 1974, jurispr. p. 690, note DERRIDA F.

⁵⁷⁶ Cass. com., 12 mai 1975 : Bull. civ. 1975, IV, n° 130.

⁵⁷⁷ CA Montpellier, 1re ch., 18 juin 2002 : JurisData n° 2002-209025

⁵⁷⁸ Cass. 3e civ., 2 juill. 1974 : D. 1974, inf. rap. p. 224.

⁵⁷⁹ Cass. com., 4 févr. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 55.

⁵⁸⁰ Cass. com., 28 mai 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 373, note HONORAT J.

ou de compétence, l'éloignement, le désintérêt des affaires sociales sont les causes de la responsabilité des dirigeants⁵⁸¹. À cet effet, le dirigeant doit prouver une gestion effective et active en consacrant à ses fonctions le temps et l'attention nécessaire et en réclamant les informations utiles pour prendre les décisions en connaissance de cause⁵⁸².

354. De plus, la jurisprudence montre que la tolérance à l'égard de carences dans la gestion de la société et *a fortiori* la dissimulation d'irrégularités sont autant de fautes de gestion susceptibles d'engager la responsabilité d'un dirigeant de droit, même si la société est en réalité dominée par un dirigeant de fait⁵⁸³.

355. Citons par exemple certains cas jurisprudentiels qui sanctionnent les négligences:

- les administrateurs qui n'ont pas utilisé leur devoir de surveillance alors que des sommes versées au titre d'une augmentation de capital ont été affectées au paiement d'une indemnité de licenciement et au remboursement d'un compte courant d'associé⁵⁸⁴;
- la tolérance d'une anarchie totale dans la gestion et d'une absence de structures permettant d'appréhender la réalité sociale et de préparer les mesures de redressement⁵⁸⁵;
- la passivité d'un administrateur qui n'a accepté ses fonctions que pour rendre service au président⁵⁸⁶;
- les absences et délégations à des collaborateurs incompetents⁵⁸⁷.

⁵⁸¹ Voir GUYON Y., *op.cit.*no 51, pour Guyon, cette sévérité est le résultat d'une politique jurisprudentielle qui tend à dissuader d'accepter des fonctions purement formelles, les décisions effectives étant prises par d'autres.

⁵⁸² Voir BAILLOD R., « L'information des administrateurs de sociétés anonymes », *RTD. com.* 1990, p. 1 ; BOUERE J.-P., « L'information du conseil d'administration », *JCP E* 1992, I, 190 ; Cass. com., 2 juill. 1985 : *JurisData* n° 1985-701835 ; *JCP E* 1985, II, 14758, note VIANDIER A.

⁵⁸³ Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-21607 : *JurisData* n° 1995-001098 ; *JCP E* 1995, pan. p. 262, n° 848 ; *Bull. civ.* 1995, IV, n° 133 ; *JCP G* 1995, IV, 1609

⁵⁸⁴ CA Paris, 3e sect. B, 24 janv. 1986 : *JurisData* n° 1986-021036 ;

⁵⁸⁵ Cass. com., 14 déc. 1993, n°91-20839 : *Bull. civ.* 1993, IV, n° 473.

⁵⁸⁶ Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : *JCP E* 1995, pan. 361 ; *Bull. civ.* 1995, IV, n° 29 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 763. - CA Paris, 4 févr. 1994 : *Bull. Joly* 1994, p. 403, note PARIENTE M.

⁵⁸⁷ Cass. com., 11 juin 1991 : *RJDA* 1991, n° 852, p. 732. - Cass. com., 7 juill. 1992 : *Bull. Joly* 1992, p. 1192. - CA Paris, 3e ch., 22 juin 2001 : *JurisData* n° 2001-154649.

3. L'abstention de décision active.

356. La jurisprudence énonce également le principe selon lequel les administrateurs sont responsables des fautes commises par la direction, lorsque leur vigilance ou leur perspicacité aurait pu les empêcher⁵⁸⁸. Les responsables dans ces cas sont les personnes qui ont pour rôle d'en surveiller les autres, et qui ne remplissent pas correctement cette mission⁵⁸⁹. Il en est ainsi le cas où le CA est sanctionné par le désintérêt de la manière dont le président dirige la société⁵⁹⁰.

357. Au fil du temps, la jurisprudence a étendu la sanction de faute d'abstention aux dirigeants qui s'abstiennent à prendre une décision active face à une situation critique de la société. L'arrêt *Compagnie du développement durable (C2D)*⁵⁹¹ sanctionne de l'absence fautive d'une telle décision. En espèce, une action en insuffisance d'actif est intentée à l'encontre des administrateurs et dirigeant de la société anonyme C2D qui était mise en redressement judiciaire du 24 juillet 2002. Le liquidateur assigne en paiement de l'insuffisance d'actif non seulement l'ancien dirigeant de C2D mais également quatre administrateurs. La faute des administrateurs a été qualifiée sur le fondement qu'ils « n'ont eu aucune réaction » à une situation critique de la société malgré qu'ils soient informés de la situation alarmante de l'entreprise dès le 11 février 2002, date de réunion du conseil.

358. Dans cette affaire, un nouvel administrateur, pour qui la réunion du 11 février 2002 constituait son premier conseil, se vit également reprocher de ne pas avoir « réagi à la mesure de la gravité de la situation catastrophique » de la société dont il a eu connaissance à cette date, quand bien même il ne « pouvait être à l'origine de la situation catastrophique des sociétés débitrices ».

⁵⁸⁸Cass. req., 21 déc. 1936 : Gaz. Pal. 1937, 1, 240. - Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21.548 : JurisData n° 1995-000294. - CA Versailles, 21 oct. 1993 : JurisData n° 1993-600048 ; *Bull. Joly* 1994, p. 99. - V. aussi, T. com. Roubaix, 26 sept. 1956 : *D.* 1957, jurispr. p. 10, note GORE.

⁵⁸⁹ Voir. GUYON Y., *op.cit.*n° 52

⁵⁹⁰ CA Douai, 11 juill. 1957 : *D.* 1957, jurispr. p. 715, note LAGARDE G.

⁵⁹¹ Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975 : *BJS* oct. 2011, p. 817, n° 405, note SAINTOURENS B. ; *JCP E* 2011, 1655, note COURET A. et DONDEROT B.

B. Le manquement au « devoir de diligence » *stricto sensu*: omission de protestation contre les décisions fautives.

359. Un dirigeant prudent et diligent devrait protester contre les décisions fautives, à défaut de quoi leur responsabilité civile peut être recherchée. Ce principe semble être consacré par l'arrêt *Crédit martiniquais*⁵⁹². En espèce, à la suite d'une inspection de l'ancienne Commission bancaire qui a révélé que l'établissement se trouvait « *dans une situation financière totalement obérée en raison d'une insuffisance considérable des provisions nécessaires pour couvrir les risque de pertes sur les dossiers de crédit compromis* », une action en responsabilité fut intentée par le Fonds de garantie des dépôts à l'encontre des anciens dirigeants de droit du Crédit martiniquais et ses administrateurs. Il fut reproché à ces derniers d'avoir contribué de façon fautive et délibérée à l'avènement de la situation gravement obérée de l'établissement. La responsabilité personnelle des administrateurs a été engagée sur le fondement de l'approbation des comptes de l'exercice 1996 qui sont jugés « *infidèles à raison de l'insuffisance de provisions d'environ 1 million de francs* ».

360. L'arrêt *Crédit martiniquais* pose ainsi un principe général de responsabilité individuelle des administrateurs : « *commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent* ». Il formule en outre une présomption de faute de l'administrateur qui a participé à une décision fautive, celui-ci pouvant la renverser en démontrant qu'il s'est comporté en administrateur (et en membre du directoire) « *prudent et diligent* »⁵⁹³.

361. En résumé, la déduction *a contrario* des jurisprudences sanctionnant les fautes de gestion des dirigeants, il résulte que, pour remplir le devoir de diligence, les dirigeants de la société anonyme doivent d'une part, agir avec prudence et de façon active et, d'autre part, surveiller activement la marche des affaires de la société et ils doivent s'opposer manifestement aux décisions fautives des dirigeants qui peuvent porter atteinte aux intérêts de la société. Ce concept du devoir de diligence des juges français est un peu

⁵⁹² Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 69 ; *BJS* juin 2010, p. 533, n° 108, note RAFFRAY R. ; *D.* 2010, p. 1678, note DONDERO B. ; *Rev. sociétés* 2010, p. 304, note LE CANNU P.

⁵⁹³ Voir également. MAGNIER V., *op.cit.*, p. 77.

différent de celui des juges américains pour qui faire preuve de diligence exige que chaque administrateur agisse sur la base d'informations matérielles qui sont raisonnablement à sa disposition et dans l'honnête croyance que cette décision est prise dans les meilleurs intérêts de la société⁵⁹⁴.

II. Le devoir de diligence en droit vietnamien.

362. Droit positif vietnamien.- En droit vietnamien le devoir de diligence est consacré par l'article 160.1(b) de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel les dirigeants sont tenus d'exercer leurs missions « *avec diligence [...]* ». Ce devoir de diligence est transposé en droit vietnamien des sociétés depuis la Loi sur les Entreprises 2005⁵⁹⁵. Pourtant, la loi ne donne aucune interprétation sur les contours de cet important devoir des dirigeants⁵⁹⁶.

363. Dans la langue courante, l'expression « *diligence* » ou « *can trong* » désigne la qualité d'une personne qui, en prenant conscience de l'importance de ses missions, agit avec soin pour éviter les imprudences ou pour prendre des précautions contre les risques qui peuvent se produire à d'autrui⁵⁹⁷.

364. En ce qui concerne les obligations d'un gestionnaire des biens d'autrui, le gestionnaire n'est pas tenu d'agir avec diligence. Toutefois, il a l'obligation de gérer les biens d'autrui comme si ces biens étaient ses biens propres. Pourtant, le droit civil ne consacre pas les contours précis de l'obligation de « *gérer comme si c'était son bien propre* »⁵⁹⁸. Il apparaît que cette expression est proche de la formulation gérer en « *bon père de famille* » en droit français. Pourtant, dans le cadre de gestion des biens d'une société, le dirigeant ne doit plus se conduire comme un bon père de famille, en d'autres termes en homme moyennement prudent et diligent⁵⁹⁹. Alors, la question se pose quels

⁵⁹⁴ Voir. RIGGS J., *op.cit.* p. 62

⁵⁹⁵ LE 2005.art. 119.1(b).

⁵⁹⁶ Voir. PEARCE J. "Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam", Bond University

ePublications@bond, 6 novembre 2010, disponible en ligne à : <http://epublications.bond.edu.au/cgej/17>

⁵⁹⁷ Voir. HOANG Phe, *op.cit.*, voir le mot "can trong", p. 119.

⁵⁹⁸ Voir *supra* n° 100.

⁵⁹⁹ Voir en ce sens, CELY D., Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés Étude franco-colombienne, Thèse, Paris II, 2011, p.274.

sont les critères raisonnables que les juges vietnamiens pourront utiliser pour pouvoir apprécier si un dirigeant remplit son devoir de diligence.

365. Face à cette dernière question, le Modèle de Statut prévoit une norme subjective en référant à l'image d'un « *homme diligent* » applicable aux sociétés cotées (A). Il est également nécessaire de proposer une norme objective qui peut être appliquée pour toutes les sociétés (B).

A. La norme subjective d'un comportement prudent.

366. L'article 34 du Modèle de Statut vietnamien applicables aux sociétés cotées impose aux dirigeants le devoir de diligence selon lequel les dirigeants doivent « *exercer les missions avec une diligence dont un homme diligent doit avoir en occupant la similaire position et dans les similaires circonstances* ». Cette formule présente certaines similarités avec les solutions des pays de *common law*. Par exemple, la Section 180(1) de Corporations Act 2001 de l'Australie prévoit que « *A director or other officer of a corporation must exercise their powers and discharge their duties with the degree of care and diligence that a reasonable person would exercise [...]*»⁶⁰⁰; le paragraphe 8.30 (a) (2) de MBCA des Etats Unis dispose également « *A director shall discharge his duties as a director, including his duties as a member of a committee [...] with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances*»; en droit canadien l'article 122.1 de L.C.S.A dispose que « *les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente* ».

367. Il s'agit ainsi d'un modèle abstrait d'un homme diligent, c'est-à-dire que l'on attend de lui la conduite d'une personne raisonnablement prudente si elle se trouve dans la même position et dans les similaires circonstances que le dirigeant en cause.

368. Cette norme est subjective en ce sens qu'elle fait référence aux capacités du dirigeant social. Puisque la norme est subjective, elle peut être appliquée différemment aux dirigeants

⁶⁰⁰ En droit australien, pour apprécier si un administrateur respecte l'obligation de diligence, les tribunaux ont répété et ont examiné quatre aspects majeurs affectant cette obligation: la nature de l'obligation, la possibilité pour l'administrateur de déléguer les pouvoirs, la nécessité pour l'administrateur de se tenir informé sur les affaires de la société, et la norme de soins pour l'administrateur exécutif et non exécutif, voir. PEARCE J. *op.cit*

d'une société. Ainsi, un avocat ou une personne ayant l'expérience des affaires sera assujettie à une norme de diligence plus rigoureuse qu'une autre personne qui possède une formation ou une expérience moins poussée⁶⁰¹.

369. Selon le droit de négligence anglo-américain (law of negligence), le devoir d'agir avec diligence est un devoir imposé à toutes personnes dont l'exercice de leurs missions risque de causer des préjudices à autrui⁶⁰². Un tel devoir est également imposé aux dirigeants de la société anonyme puisque l'exercice de leur fonction sociale peut porter atteinte au patrimoine de la société lorsque leurs décisions ne sont pas prises avec une raisonnable diligence.

370. Le Modèle de Statut consacre donc une norme de référence *in abstracto* pour qualifier un dirigeant diligent: il s'en remet au modèle d'un « homme diligent » en droit anglo-américain, un critère abstrait qui semble similaire à celui de « *bon père de famille* » en droit romain désignant la qualité d'une honnête personne qui est toujours avisée et prudente, raisonnablement soucieux de ne pas causer du tort à autrui⁶⁰³. Pourtant, une norme subjective peut entraîner d'incertaines appréciations sur le devoir de diligence d'un dirigeant. Il est nécessaire donc d'en proposer une autre norme plus objective.

B. La proposition d'une norme objective d'un comportement diligent.

371. Au sens strict, le devoir de diligence implique une bonne gestion de l'entreprise⁶⁰⁴. Pour respecter ce devoir, les dirigeants sociaux devraient, d'une part, prendre les décisions qui concernent la société en tenant pleinement compte de tous les éléments pertinents **(1)** et, d'autre part, ils doivent bien surveiller la marche des affaires sociales **(2)**⁶⁰⁵.

⁶⁰¹Voir. BURKE -ROBERTSON J., "Guide à l'intention des administrateurs des sociétés à but non lucratif" disponible en ligne à: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00692.html>.

⁶⁰²Voir en ce sens, MELVIN A. EISENBERG, "The Duty of Care of Corporate Directors and officers", *51 U. Pitt. L. Rev.* 945 (1989), disponible en ligne à : <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1150>.

⁶⁰³ Voir en ce sens GOFFIN J-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, éd. Larcier, 2012, p. 104.

⁶⁰⁴ Voir. REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.* p.31.

⁶⁰⁵ Voir notamment MELVIN A. EISENBERG, "The Duty of Care of Corporate Directors and officers", *op. cit.*; DeMOTT D A., "Directors' Duty of Care and the Business Judgment Rule: American Precedents and Australian Choices", *Bond Law Review* (1992): Vol. 4: Iss. 2, Article 2; FARRAR J., *op.cit.*; ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *Fascicule 7, JurisClasseur Québec – Droit des sociétés*, Montréal, LexisNexis Canada, 2009.

1. L'obligation de prendre des décisions en connaissance de cause.

372. Il s'agit d'une obligation de moyen selon laquelle le dirigeant doit se renseigner relativement à la décision à prendre en obtenant toute l'information raisonnablement disponible dans les circonstances⁶⁰⁶. Cette obligation vise à le dissuader d'accepter des fonctions purement formelles, les décisions effectives étant prises par d'autres⁶⁰⁷. Par exemple, dans l'affaire de *Vinalines*, il y a certains administrateurs de Vinalines qui ont voté la décision d'achat du dock 83M à un prix excessif sans poser aucune question sur la cause de cet événement. Ils ont expliqué que « *avant la réunion du CA, ils sont trop occupés, ils n'ont pas suffisamment de temps pour étudier le dossier, ils ne peuvent pas donc détecter les éléments fautifs* »⁶⁰⁸. Ils ont été exonérés de la responsabilité pénale. Pourtant, en matière de la responsabilité civile, ils ont manqué au devoir de diligence.

373. Consultation des dirigeants sociaux.- Pour obtenir l'information pertinente relativement à la décision à prendre, les administrateurs peuvent consulter les autres dirigeants de la société. Dans ce cas, Ils peuvent se fier aux renseignements ainsi obtenus dans la mesure où ils n'ont pas de motifs de douter de l'intégrité et de la compétence des dirigeants qui leur fournissent des informations⁶⁰⁹. Le droit vietnamien ne prévoit pas explicitement un devoir de consulter les dirigeants avant de prendre des décisions. Pourtant, l'article 155.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit que les « *tous les administrateurs peuvent demander au DG, aux autres dirigeants de la société de lui fournir les informations, les documents concernant la situation financière de la société et des autres organes sociaux* ». À cet effet, on peut déduire que les administrateurs peuvent s'exonérer de la responsabilité en prouvant qu'ils s'appuient de bonne foi sur les états financiers de la société fournis par les dirigeants pour prendre des décisions.

374. Consultation des experts. – Lorsque les administrateurs se doutent de la fiabilité des informations fournies par les dirigeants de la société, ils peuvent rechercher l'avis d'expert ou de professionnels de professionnels qui leur fourniront des rapports pertinents à la prise de décision. Pourtant, il faut noter que le rapport doit être produit par un

⁶⁰⁶ Voir. ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.* n°17

⁶⁰⁷ Voir. GUYON Y., *op.cit.*, Fasc.132 -10. n° 51

⁶⁰⁸ Affaire de Vinamines, *op.cit.*,p. 33 -34.

⁶⁰⁹ Voir notamment. ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *Fascicule 7, JurisClasseur Québec – Droit des sociétés*, Montréal, LexisNexis Canada, 2009, n° 18

professionnel au sens strict du terme, c'est-à-dire par une personne dont les activités sont réglementées par une organisation professionnelle et qui souscrit une assurance-responsabilité professionnelle⁶¹⁰.

375. Agissement avec diligence et les risques.- On se demande si la responsabilité civile des dirigeants est engagée lorsqu'ils prennent une décision en connaissance de cause et avec l'honnête croyance que cette décision est la meilleure pour l'intérêt de la société, alors que la conséquence de cette décision est très mauvaise. La gestion de l'entreprise suppose l'acceptation des risques. Pourtant, tant en droit positif qu'en la jurisprudence au Vietnam, il n'y a aucune réponse positive. Le droit commun vietnamien ne reconnaît expressément qu'une seule cause d'exonération de la responsabilité : la force majeure. En effet, l'article 302.1 du Code civil de 2005 prévoit que « *le débiteur qui, par suite de force majeure, a été empêché d'exécuter son obligation, est exonéré de sa responsabilité, à moins que les parties n'en conviennent autrement ou que la loi n'en dispose autrement* ». À cet effet, il suppose que la responsabilité civile des dirigeants sera toujours mise en cause s'il ne peut pas démontrer que la mauvaise conséquence de ses décisions se résulte d'un cas de force majeur. Une telle menace de responsabilité civile décourage les candidats à des fonctions de direction. Il est opportun de faire une référence au mécanisme de protection des dirigeants né de la théorie de *Business Judgment Rule* en droit de common law.

376. Devoir d'agir avec diligence et théorie de « risk – taking » en droit américain.- Le devoir de promouvoir l'intérêt de la société implique toujours les décisions entrepreneuriales visant la recherche des bénéfices pour la société. Or, les décisions entrepreneuriales contiennent en général des risques qui peuvent créer des conséquences négatives au patrimoine de la société. Selon Eisenberg « *it is often in the interests of the shareholders that the directors or officers make a more risky rather than a less risky decision, because the expected value of the more risky decision may be greater than the expected value of the less* »⁶¹¹. Autrement dit, selon la doctrine américaine, l'obligation d'agir au mieux de l'intérêt de la société n'interdit pas au dirigeant de prendre des décisions risquées à condition qu'il estime honnêtement que

⁶¹⁰ Voir en ce sens, ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.*, n° 19

⁶¹¹ Voir. MELVIN A. EISENBERG, "The Duty of Care of Corporate Directors and officers", 51 *U. Pitt. L. Rev.* 945 (1989), Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1150>;

ces décisions sont prises dans les meilleurs intérêts de la société. Les décisions des dirigeants sont garanties selon la théorie de Business Judgement Rule.

377. Business Judgement Rule. - Dans le système de *common law*, les dirigeants sociaux sont protégés par le Business Judgement Rule (« la règle de bon sens commercial ») qui présume que les dirigeants prenant une décision entrepreneuriale ont agi d'une manière désintéressée et en étant pleinement informés, de bonne foi et dans l'honnête croyance que cette décision est prise dans le meilleur intérêt de la société⁶¹². Autrement dit, la règle de bon sens commercial reconnaît au dirigeant le « droit à l'erreur » si cette erreur est qualifiée comme « *honest errors of judgement* »⁶¹³. Par la règle de bon sens commercial, les juges ne contrôlent pas les conséquences de la décision des dirigeants, même si cette décision porte des préjudices à la société⁶¹⁴. Pour renverser la présomption de la règle de bon sens commercial, le demandeur d'une action en responsabilité doit apporter des preuves pour démontrer que le dirigeant, en prenant la décision concernant les affaires de la société, a manqué au devoir de diligence et au devoir de loyauté⁶¹⁵.

2. L'obligation de surveillance.

378. Droit positif vietnamien.- L'article 149.2(k) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que le CA a la mission de « *surveiller [...] le directeur général et les autres*

⁶¹² Pour la théorie de "Business Judgment Rule" voir: MELVIN A. EISENBERG, "The Duty of Care of Corporate Directors and officers", *op.cit.*; FARRAR J., *op.cit.* p.135 ss; RIGGS J., *op.cit.*, p. 62;

⁶¹³ Voir. MELVIN A. EISENBERG, "The Duty of Care of Corporate Directors and officers", *op. cit.*; p. 960; REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p. 16.

⁶¹⁴ Voir. REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.16.

⁶¹⁵ Voir. *Cede & Co. v. Technicolor*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993) ("To rebut the [business judgment] rule, a shareholder plaintiff assumes the burden of providing evidence that directors, in reaching their challenged decision, breached any one of the triads[sic] of their fiduciary duty — good faith, loyalty or due care."). En réalité, dans plusieurs décisions de justice, les juges américains éviteront toute condamnation des dirigeants de société, même en présence d'une faute grave, ou d'une faute absurde, à la condition que les dirigeants aient agi de bonne foi et dans l'intérêt de la société. Voir en ce sens, CHAMY E., « *Transposition du corporate governance anglo-saxon en droit français* », *P.A.*, 09 juin 1997 n° 69, P. 4 ; W.FURLOW C., *op.cit.*; p.1065. Selon Riggs l'épreuve de la violation du devoir de diligence se manifeste par l'imprudence ou l'indifférence, ou une violation délibérée du devoir de prudence (la grave négligence) (RIGGS J., *op.cit.*, p. 62.).

gérants dans la direction des activités journalières de la société ». Il s'agit ainsi d'une institution de surveillance permanente au sein de la société⁶¹⁶.

379. Dans la théorie de *corporate governance*, la surveillance demeure une des fonctions fondamentales du CA⁶¹⁷. En effet, l'objet de la surveillance est de « "[r]eview the adequacy of systems to comply with all applicable laws [and] regulations."⁶¹⁸. Au travers de la surveillance des dirigeants assumant la direction générale de société, les administrateurs peuvent détecter ou obtenir des renseignements qui mettent en cause la régularité des activités de la société ou la compétence du DG pour prendre des mesures nécessaires⁶¹⁹.

380. Surveillance institutionnelle.- Pour respecter l'obligation de surveillance d'une façon effective, cela suppose que, d'une part, les administrateurs doivent instaurer des mécanismes d'information et de contrôle interne à titre permanent pour leur permettre d'obtenir des renseignements sur la direction générale de la société et les activités des dirigeants⁶²⁰. D'autre part, les administrateurs sont en droit de décider des règles intérieures qui obligent le DG de leur communiquer les documents qu'il estime utiles pour leur permettre de suivre la marche de l'affaire de la société. Par exemple les plans d'activité en détail, les documents administratifs, financiers et comptables etc. D'autre part, le CA peut demander au DG ou aux autres dirigeants de lui faire un rapport mensuel, bimensuel ou annuel sur les comptes sociaux⁶²¹.

381. Obligation d'enquête.- Dès qu'ils obtiennent des renseignements ou informations mettant en cause la probité ou la compétence du DG et d'autres dirigeants, les administrateurs doivent enquêter et prendre des mesures nécessaires⁶²². Par exemple, ils

⁶¹⁶ En vertu de l'article 95 de la LE 2005, l'institution du conseil de surveillance n'est qu'obligatoire seulement quand la société a plus de 11 actionnaires personnes physiques ou un actionnaire personne morale détenant au moins 50% des actions de la société.

⁶¹⁷ Voir en ce sens, LEBEGUE D. et PICARD J-P., « La révolution discrète des conseils d'administration », *Le journal de l'école de Paris du management*, 2006/5N°61, p. 8-15; TRICKER B., *Op.cit.*, p. 6-7; BISSARA Ph., FOY R., DE VAUPLANE A., *Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées*, éd. Joly, 2007, p.31 ss ; CHARREAUX G. v à PITOL-BELIN J.-P., *Le Conseil d'Administration*, ed. Vuibert, 1990, p. 123.

⁶¹⁸ THE BUSINESS ROUNDTABLE, CORPORATE GOVERNANCE AND AMERICAN COMPETITIVENESS 7 (1990)

⁶¹⁹ Voir. ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.* n°22

⁶²⁰ Voir notamment CRÊTE R. et ROUSSEAU S., *Droit des sociétés par actions*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008, n°852.

⁶²¹ Voir également. DELEBECQUE Ph et PANSIER F.-J., *Conseil d'administration*, Répertoire de droit des sociétés, *D.*, (mise à jour 2013), n°107.

⁶²² Voir. ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *op.cit.* n°22 ; MELVIN A. EISENBERG, "The Duty of Care of Corporate Directors and officers", *op.cit.*

doivent demander aux personnes intéressées d'expliquer la cause de la situation ou consulter les opinions des experts pour pouvoir prendre des décisions appropriées.

382. Expériences pratiques. – Pour remplir effectivement le devoir de diligence, les dirigeants devraient ⁶²³:

- s'assurer que le conseil d'administration se réunit périodiquement;
- assister aux réunions du conseil d'administration dans tous les cas où ils peuvent raisonnablement le faire;
- être pleinement informés de toute décision que doit prendre le conseil. Aussi, et ce suffisamment longtemps avant la tenue de la réunion du conseil, s'assurer qu'on leur remet tous les documents pertinents, y compris les conventions et les données financières, les avis juridiques et les autres renseignements nécessaires pour prendre une décision informée, en toute connaissance de cause, à la réunion du conseil;
- exercer un jugement indépendant au moment de voter sur toute question touchant à la société, et non de voter simplement avec la majorité sans raison bien valable;
- s'assurer que les procès-verbaux des réunions de la société traduisent avec exactitude tous les commentaires et les votes opposés aux décisions prises;
- examiner attentivement tous les rapports afférents aux affaires financières de la société, y compris les états financiers provisoires et de fin d'exercice;
- avec l'aide des cadres supérieurs, examiner attentivement le budget annuel et le plan stratégique et participer à leur formulation;
- bien comprendre les objets déclarés de la société, tels qu'énoncés dans ses lettres patentes, et s'y conformer.
- bien comprendre et s'acquitter de leurs obligations en vertu des règlements administratifs de la société, y compris l'exigence de convoquer une assemblée générale annuelle et de fournir de l'information aux membres à cette assemblée;
- exiger de la direction qu'elle leur remette toute information sur les opérations et les programmes;

⁶²³Voir. BURKE -ROBERTSON J., "Guide à l'intention des administrateurs des sociétés à but non lucratif" disponible en ligne à: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00692.html>.

- surveiller et superviser le chef de la direction et évaluer périodiquement son rendement;
- connaître toutes les politiques internes touchant à l'organisation et s'assurer que certaines politiques essentielles sont adoptées (par Exemple une politique de placements et une politique sur les conflits d'intérêts);
- connaître les lois qui touchent à la société et obtenir les avis juridiques et comptables requis.

383. En conclusion.- Notre démonstration a illustré que le droit français ne prévoit pas expressément un devoir de diligence imposé aux dirigeants sociaux. Pourtant, à travers les jurisprudences précitées, le devoir de diligence a été consacré en fait par les juges. Il s'agit d'une obligation d'agir avec prudence, avec attention. Il s'agit également de l'obligation de protester contre les décisions fautives. Pour le droit vietnamien, le législateur a expressément prévu le droit de diligence depuis la Loi sur les Entreprises 2005. Pourtant, il manque toujours des interprétations à titre jurisprudentiel.

CONCLUSION DE SECTION 1.

384. La démonstration a illustré que, tant en droit français qu'en droit vietnamien, le manquement fautif aux obligations imposées est la première cause pour engager la responsabilité civile des dirigeants sociaux envers la société. En effet, la faute des dirigeants sera retenue lorsqu'il manque au devoir de respecter la loi ou les statuts de la société. En plus, ils doivent répondre de leurs actes lorsqu'ils manquent aux devoirs fiduciaires.

Pour le droit vietnamien, malgré que le concept des devoirs fiduciaires n'existe pas, le législateur vietnamien a essayé de transposer ce concept en droit interne par des obligations particulières: le devoir de bonne foi, le devoir de loyauté et le devoir de diligence.

La preuve de la violation de la loi ou des statuts d'un dirigeant peut paraître aisée puisqu'en la circonstance, il est tenu d'une obligation de résultat. Pourtant, en ce qui concerne la démonstration du manquement aux devoirs fiduciaires, il est tenu d'une obligation de moyen ; Il n'est pas ainsi facile de mettre en évidence un comportement dépourvu de bonne foi, de loyauté ou de prudence. Il faut donc attendre les interprétations judiciaires pour illustrer les contours de ces devoirs.

SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS À L'ÉGARD DES ACTIONNAIRES ET DES TIERS.

385. Existence des préjudices personnels des actionnaires ou des tiers.- D'une manière générale, les actes fautifs commis dans la gestion des affaires de la société cause des préjudices à l'intérêt de la société tout entière, non à celui de chaque actionnaire à titre individuel. Pourtant, rien ne s'oppose à ce que certains actes fautifs des dirigeants puissent causer des préjudices particuliers aux actionnaires ou aux tiers. Par exemple, dans le marché financier, les actionnaires ou les investisseurs peuvent subir des préjudices à titre individuel lorsqu'ils décident d'acheter ou de céder les actions en se basant sur les informations financières fournies par les dirigeants des sociétés émettrices.

386. Il convient donc dans le premier temps d'aborder le régime de la responsabilité civile envers les actionnaires (**Sous -section 1**) et dans le deuxième temps, et envers les tiers (**Sous-section 2**).

SOUS - SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS ENVERS LES ACTIONNAIRES.

387. En principe, toute faute peut engager la responsabilité civile des dirigeants envers la société à condition que la victime démontre un préjudice personnel, distinct du préjudice social⁶²⁴.

388. En droit français, la responsabilité envers les actionnaires est consacrée par la jurisprudence (§1) alors qu'en droit vietnamien cette responsabilité n'est que déduite sur le plan théorique (§2).

⁶²⁴ Voir. LE CANNU P., “ Responsabilité civile des dirigeants sociaux”, in FERRIER N., PELISSIER A., (sous la direction de) *l'Entreprise Face Aux Évolutions de la Responsabilité Civile*, éd. Economica, Collection Études juridiques, 2012, p. 22 .

§1. La faute engageant la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires en droit français : le manquement au devoir de loyauté.

389. Fondement de la responsabilité envers les actionnaires en droit français.-

L'action individuelle est exercée par l'actionnaire pour demander la réparation de préjudice qu'il a subi personnellement. Pourtant, une telle action n'est pas prévue par le droit des sociétés. Selon la Cour de cassation, cette action relève « *nécessairement de l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966* »⁶²⁵. Autrement dit, la Haute juridiction soumet les conditions de responsabilité des dirigeants envers les actionnaires à celles applicables à la responsabilité envers la société ou envers les tiers prévu dans l'article L. 225-251 du Code de commerce actuel.

390. La responsabilité des dirigeants envers les actionnaires ne figure pas dans les textes, elle est consacrée par la jurisprudence. La responsabilité envers les actionnaires est également différente de celle envers les tiers en ce sens que cette responsabilité « *n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions* »⁶²⁶. Il s'agit essentiellement du manquement au devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires. Il faut rappeler que la loyauté est une qualité qui est reconnue à une personne qui est honnête, fait preuve de probité et ne triche pas⁶²⁷. Ainsi, si les dirigeants abusent de la confiance des actionnaires pour chercher des bénéfices personnels ou pour servir l'intérêt d'une autre personne au détriment des actionnaires, ils ont manqué au devoir de loyauté envers les actionnaires⁶²⁸. Le devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires se traduit essentiellement par l'obligation d'information. Pourtant, il apparaît

⁶²⁵ Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-12.856, *Dr. sociétés* nov. 1995, comm. 223

⁶²⁶ Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793, *Bull. civ. IV*, n° 48, *D.* 2010, p. 761, note LIENHAR DA.

⁶²⁷ Voir. BOULOC B., « L'obligation de loyauté du dirigeant social », dans *Mélanges Paul Le Cannu*, éd. Dalloz, L.G.D.J., IRJS, 2014, p. 233 ss.

⁶²⁸ Pour le devoir de loyauté envers les actionnaires, voir. SCHOLASTIQUE E., « Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés », *L.G.D.J* 1998 ; DAILLE –DUCLOS B., « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E*, 1998, p. 1486 ; CAUSSAIN J.-J., « Le devoir de loyauté des dirigeants en droit français », *Gaz. Pal.* 5 décembre 2000, n° 340, P. 66 ; DAIGRE - J.-J., « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *Mélanges BEZARD P.*, LPA-Montchrestien, 2002, p. 79 ; CAUSSAIN J.-J., « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », *Mélanges B. Mercadal : Lefebvre* 2002, p. 303 ; GODON L., « Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté. » (Note sous Cour de cassation (com.) 28 novembre 2006, M. Alain Leygonie), *Rev. Sociétés* 2007 p. 519 ; GRÉVAIN-LEMERCIER K., « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal.*, 11 février 2012 n° 42, p. 7 ; MAREMBERT Th., « Renforcement du devoir de loyauté des dirigeants », *Les Echos* n° 21182 du 10 Mai 2012, p.12.

que le défaut de l'information n'est que sanctionné par la jurisprudence dans les sociétés non cotées (I) alors que dans le marché de capitaux qui concernent les sociétés cotées, ce manquement au devoir d'information n'est pas encore explicitement visé (II).

I. Le manquement au devoir de loyauté envers les actionnaires dans les sociétés non cotées.

391. Depuis l'arrêt *Vilgrain* du 27 février 1996, la Cour de cassation reconnaît au dirigeant le devoir de révéler aux associés minoritaires les négociations parallèles qu'il mène pour revendre les titres qu'il leur a achetés (A)⁶²⁹, ce devoir est étendu à l'obligation de ne pas détourner les opportunités d'affaires appartenant aux actionnaires (B).

A. La reconnaissance du devoir de loyauté envers les actionnaires.

392. Arrêt *Vilgrain*.- Le devoir de loyauté envers les actionnaires a été confirmé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Vilgrain*⁶³⁰. En espèce, un actionnaire minoritaire a approché M. Bernard Vilgrain, président de la Compagnie française commerciale et financière (C.F.C.F.), pour trouver un acquéreur pour ses titres. Le président avec quelques proches achète les titres à 3000 F par action, mais quelques jours plus tard il les revend au prix de 8.800 F par action. L'actionnaire minoritaire assigne le dirigeant et ses proches en nullité de la cession parce que son consentement avait été vicié. Les juges du fond lui ont donné raison. La cour d'appel de Paris a confirmé en se basant sur les articles 1382 et 1116 du Code civil. Un pourvoi a été formé contre ce jugement. La Cour de cassation a estimé que le dirigeant "*a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il est intermédiaire*

⁶²⁹Voir. LE NABASQUE H., « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés » : RTD com. 1999, p. 273 ; CAUSSAIN J.-J., « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in *Mélanges Mercadal*, éd. F. Lefebvre, 2002, p. 303 ; NURIT – PONTIER L., « La loyauté en droit des sociétés » : *Actes prat.* mars-avr. 2011, p. 6 ; GREVAIN – LEMERCIER K., *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, Thèse Rennes 1, 2011.

⁶³⁰ Cass. Com. 27 févr. 1996, n° 94-11241, Bull. civ. IV, n° 65 ; D. 1996. 518, note MALAURIE Ph. ; J.C.P. 1996. II. 22665, note GHESTIN J. ; JCP E 1996. II. 838, note SCHMIDT D. et DION N. ; RTD civ. 1997. 114, note MESTRE J.

pour le reclassement de sa participation"⁶³¹. À travers cet arrêt, le dirigeant est débiteur d'un devoir de loyauté envers tout associé prenant la forme d'une obligation de révéler l'existence de négociations en cours pour la cession de contrôle de la société⁶³². Par conséquent, le manquement du dirigeant à son devoir de loyauté est caractérisé lorsqu'il intervient dans la cession des droits sociaux d'un associé sans l'informer des négociations en cours, c'est-à-dire de la valeur desdites actions, afin de retirer un profit personnel de l'acte de cession en achetant les actions à vil prix⁶³³.

393. Selon M. Le Nabasque le devoir de loyauté serait "*l'obligation pour le dirigeant de société de ne pas utiliser son pouvoir ou les informations dont il est titulaire dans un intérêt strictement personnel et contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés*"⁶³⁴. Le manquement au devoir de loyauté est qualifié souvent comme un abus de pouvoir qui est réprimé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁶³⁵. Ce principe est confirmé par l'arrêt *Belley* du 12 mai 2004⁶³⁶. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a imposé un devoir de loyauté au dirigeant, même s'il n'est pas le cessionnaire direct des actions comme dans l'arrêt *Vilgrain*, en ce sens qu'il était le président du CA de la société cessionnaire⁶³⁷. Un arrêt du 6 mai 2008 a repris également le principe de l'arrêt *Belley*⁶³⁸.

394. Confirmation du devoir de loyauté envers les actionnaires.- Par la suite, dans certains autres arrêts, il est intéressant de voir que les juges français ont tenu compte de l'intérêt personnel et la dissimulation des négociations en cours à l'associé cédant pour caractériser le manquement du dirigeant à son devoir de loyauté⁶³⁹.

⁶³¹ Cass. Com. 27 févr. 1996, n° 94-11241, Bull. civ. IV, n° 65; D. 1996. 518, note MALAURIE Ph.; J.C.P. 1996. II. 22665, note GHESTIN J.; JCP E 1996. II. 838, note SCHMIDT D. et DION N.; RTD civ. 1997. 114, note MESTRE J

⁶³² Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241 : Bull. 1996, IV, n° 65.

⁶³³ Voir. GRÉVAIN-LEMERCIER K., *op.cit.*

⁶³⁴ Voir. LE NABASQUE H., « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999, p. 273.

⁶³⁵ Voir. GODON L., « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés », Rev. sociétés 2005, p. 140.

⁶³⁶ Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15. 618 : Juris-Data n° 2004-023739.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13.198 : JurisData n°2008-043846 ; Dr. sociétés 2008, comm. 156 ; Bull. Joly 2008, p. 885, § 190, note MASSART T.

⁶³⁹ Cass. com., 22 févr. 2005, n°01-13642 : Bull. Joly Sociétés 2005, p. 1105, note MASSART T. ; Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-12024 : Dr. sociétés 2007, comm. 1, note LECUYER H. ; Cass. 1 re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060 : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 707, note DAIGRE J.-J., voir également GRÉVAIN-LEMERCIER K., *op.cit.* ; Cass. com., 18 décembre 2012, n°11-24305 : Gal.Pal. 6 avril

395. Diversification des fondements juridiques.- En ce qui concerne le fondement de la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires, les juges français n'appliquent pas un fondement unique pour retenir la responsabilité des dirigeants. En effet, parfois l'article 1116 du Code civil relatif au dol est mis en avant, impliquant un fondement contractuel au devoir de loyauté⁶⁴⁰. Dans d'autres décisions, c'est l'article 1382 du Code civil qui est retenu, supposant un fondement délictuel à ce devoir⁶⁴¹. Dernièrement, la Haute cour applique encore les articles du Code de commerce relatifs à la responsabilité des dirigeants⁶⁴². Selon M. Massart, ces articles semblent les mieux adaptés car le devoir de loyauté est attaché au statut de la personne⁶⁴³.

396. Au travers des développements jurisprudentiels, on voit que le devoir de loyauté impose également aux dirigeants l'obligation de ne pas détourner les opportunités d'affaires des actionnaires.

B. L'extension du devoir de loyauté envers les actionnaires appliquée aux opportunités d'affaire.

397. Dans l'arrêt du 18 décembre 2012⁶⁴⁴, c'est la première fois que la Cour de cassation interdit aux dirigeants d'accaparer une opportunité d'affaire appartenant aux

2013,n°96 p. 21, note. GRÉVAIN-LEMERCIER K. ; CA Paris, 17 septembre 2013, n°12/14712, *BJS* 31 janvier 2014, n°1, p25, note. MASSART T.

⁶⁴⁰ Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241, préc. – Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13642 : *BJS* oct. 2005, p. 1105, n° 244, note MASSART T.

⁶⁴¹ Sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation a institué le devoir de loyauté du dirigeant qui doit le conduire à révéler l'existence de négociations en cours pour permettre aux associés d'obtenir un prix conforme à ce qu'accepteraient de payer des tiers acquéreurs. Lorsque le dirigeant manque à ce devoir, l'associé peut demander réparation du préjudice individuel qu'il subit au titre de la différence de prix touchée entre sa cession et celle opérée au profit d'un tiers.

⁶⁴² Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15049 : *Bull. civ.*, IV, n° 188 ; *BJS* févr. 2012, p. 1127, n° 116, note LE NABASQUE H. ; *D.* 2011, p. 1865, obs. LIENHARD A. ; *D.* 2012, p. 134, note FAVARIO T. ; *JCP E* 2011, 1893, note COURET A. et DONDERO B. ; *Gaz. Pal.* 11 févr. 2012, p. 19, note SAINTOURENS B. ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 24, note ROUSSILLE M. ; Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24305 : *BJS* mars 2013, p. 200, n° 84, note DONDERO B.

⁶⁴³ Voir. MASSART T. « Une déloyauté du dirigeant à l'égard d'un associé sanctionnée à 100% », note sur l'arrêt de CA Paris, 17 septembre 2013, n°12/14712, *BJS* 31 janvier 2014, n°1, p25.

⁶⁴⁴ Cass. com., 18 décembre 2012, n°11-24305 : *Gal.Pal.* 6 avril 2013,n°96 p. 21, note. GRÉVAIN-LEMERCIER K.; FAVARIO T., « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *D.* 2013, p. 288.

actionnaires⁶⁴⁵. En espèce, le 2 octobre 2001, sept médecins avaient constitué une société par actions simplifiée ayant pour objet l'exploitation d'une clinique. L'un d'entre eux, M. B., était devenu membre du comité de direction de ladite société. Deux ans plus tard, il céda l'ensemble de ses actions à ses confrères, lesquels, à leur tour, vendirent l'intégralité de leurs participations à la Compagnie générale de santé le 21 février 2005. Postérieurement à ces cessions, les anciens associés découvrirent que M. B. et son beau-frère, notaire, avaient acquis en janvier 2003, via des sociétés qu'ils contrôlaient, l'immeuble dans lequel était exploitée la clinique alors que les autres associés souhaitaient acquérir ce même immeuble en leur nom propre, le notaire impliqué ayant même reçu mandat de négocier l'opération pour leur compte. Les anciens associés assignèrent donc M. B. en paiement de dommages-intérêts.

La cour d'appel de Paris, par l'arrêt du 14 juin 2011, a débouté les demandeurs de leur action contre M.B en énonçant que M.B n'avait pas violé ni ses obligations d'associé, ni celles de dirigeant de la société car ce n'était l'exercice d'aucune de ces qualités qu'il avait agi lors de l'acquisition du bien immobilier. Pourtant, la Cour de cassation censurant l'arrêt d'appel au visa des articles L. 227-8 et L. 225-251, alinéa 1er, du Code de commerce a conclu que « *M. B..., dirigeant de la société CEPS, avait laissé les autres associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité, ce dont il résultait que ce dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté envers eux* ». Ainsi, le devoir de loyauté interdit aux dirigeants d'abuser de la position dans l'accès aux informations privilégiées pour détourner les opportunités d'affaires visées par les actionnaires.

II. L'extension du devoir de loyauté envers les actionnaires des sociétés cotées: devoir d'informations confidentielles.

398. En ce qui concerne les sociétés cotées, le droit français reste muet sur la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires. Pourtant, la jurisprudence et le règlement général de l'AMF démontrent que le devoir de loyauté semble pouvoir servir de fondement théorique de la responsabilité personnelle des dirigeants pour manquement au

⁶⁴⁵Voir le sujet de l'opportunité d'affaire MOUSSERON P. et SAUCIER L., « Un dirigeant peut-il profiter d'une opportunité offerte à la société ? », *Les Échos*, 13 mars 2003, p. 51.

devoir de révéler les informations sur toute opération en cours (A), au devoir d'émettre d'honnêtes avis sur les offres (B) et au devoir de ne pas abuser de leur positions pour dissimuler les titres des actionnaires (C).

A. Le devoir de révéler les informations sur toute opération en cours.

399. Obligation d'informations.- Au travers l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 juillet 2003⁶⁴⁶, il apparait que les dirigeants des sociétés cotées se sont vus imposer le devoir de révéler toutes les informations sur toute opération en cours, à savoir toute opération imminente qui n'est pas encore définitive, qui est confidentielle et dont la réalisation est susceptible d'avoir une incidence importante sur la valeur des droits sociaux. L'information peut ainsi porter sur une opération financière en cours, la préparation de l'introduction en bourse de la société ou des projets de développement dont l'importance permettra une valorisation plus importante de la société⁶⁴⁷. Il faut noter que les informations révélées doivent être correctes.

400. Obligation de fournir des informations correctes.- Dans l'arrêt *Gaudriot* du 9 mars 2010⁶⁴⁸, la Cour de cassation affirme l'action en responsabilité civile engagée à titre individuel par des actionnaires à l'encontre des dirigeants de leur société qui ont révélé des fausses informations. Au cas d'espèce, les actionnaires d'une société anonyme, mise en redressement judiciaire puis radiée de la cote, avaient recherché la responsabilité des dirigeants, leur reprochant de les avoir incités à investir dans la société et à conserver leurs actions, par la diffusion de fausses informations, la rétention d'informations et la présentation de comptes inexacts⁶⁴⁹.

401. Détermination du lien de causalité. – Pour établir le lien de causalité entre la divulgation d'informations inexacts et le préjudice subi par l'actionnaire, la Cour de cassation a jugé dans l'arrêt du 6 mai 2014 que l'actionnaire victime « *avait été, de*

⁶⁴⁶ CA Paris, 4 juill. 2003 : *JCP E* 2004, 604, note CONSTANTIN A. ; voir notamment GRÉVAIN-LEMERCIER K., *op.cit.*

⁶⁴⁷ Voir. GRÉVAIN-LEMERCIER K., *op.cit.*

⁶⁴⁸ Cass. com, 9 mars 2010, n° 08-21 .547, *P.A.* 19 novembre 2010, n° 231, p. 9, note ROMANI A-M ; *Bull. Joly Bourse*, 01 janvier 2012 n° 1, p. 1, note SCHMIDT D.

⁶⁴⁹ Il faut noter qu'une telle action n'est pas acceptée avant car les tribunaux hésitent dans la reconnaissance d'un convaincu sur l'existence d'un préjudice personnel et distinct des actionnaires de celui subi par la société, voir en ce sens, CONAC P-H. et URBAIN-PARLEANI I., « Directors' duties and liability in public limited companies in France », in *Second German-French Symposium on Company Law and Capital Markets Law June 27-28*, University of Paris 1-Sorbonne, 2013, p. 3-87.

manière certaine, privée de la possibilité de prendre des décisions d'investissements en connaissance de cause et de procéder à des arbitrages éclairés, en particulier en renonçant aux placements déjà réalisés »⁶⁵⁰.

B. Le devoir de fournir un avis honnête sur l'offre.

402. En effet, dans les marchés financiers, les actionnaires peuvent gagner des bénéfices à travers l'achat et la vente des actions. L'article 231-17 du Règlement général de l'AMF énonce que les administrateurs doivent fournir aux actionnaires un avis sur l'intérêt d'une offre. À cette occasion, les administrateurs peuvent fournir un avis défavorable sur l'offre dans le but de dissuader les actionnaires d'apporter leurs titres afin de faire échec à une prise de contrôle et, par-delà, afin de conserver leurs fonctions. Dans ce cas, les administrateurs ont manqué au devoir de loyauté envers les actionnaires. Autrement dit, le devoir de loyauté impose aux administrateurs de ne pas émettre un avis défavorable sur l'offre en vue de privilégier leur intérêt personnel⁶⁵¹.

C. Le devoir de ne pas utiliser le pouvoir du CA afin d'obtenir un intérêt personnel au détriment des actionnaires.

403. Le devoir de loyauté envers les actionnaires interdit aux dirigeants d'abuser de la confiance des actionnaires pour obtenir de l'intérêt personnel au détriment des actionnaires. Il en est ainsi lorsque les dirigeants cherchent à acquérir les titres des actionnaires à une valeur inférieure à leur valeur réelle ou lorsque le CA abuse de son pouvoir pour émettre l'avis favorable à une opération financière inéquitable pour les actionnaires. Il s'agit encore de la situation où les administrateurs sont directement intéressés à la réussite de l'opération en tant qu'initiateurs de l'offre (situation du dirigeant également contrôlaire de la société initiatrice) ou de la situation où les administrateurs sont

⁶⁵⁰ Cass. com, 6 mai 2014, n° 13-17632, *Rev. sociétés*, 2014, p.579, note DEZEUZE E et TREVES J.

⁶⁵¹ *Ibid.*

indirectement intéressés en raison de liens financiers, familiaux ou professionnels avec l'initiateur de l'offre ou en raison de l'influence du contrôleur sur les dirigeants⁶⁵².

404. Les administrateurs manquent également au devoir de loyauté envers les actionnaires s'ils mettent en place des mesures défensives afin d'empêcher le succès d'une prise de contrôle et de conserver leurs fonctions. En effet, le devoir de loyauté leur impose de ne pas adopter, dans leur intérêt personnel, une mesure susceptible de faire échouer une offre en prévoyant notamment des mesures de défense préventive⁶⁵³.

405. En résumé, les dirigeants sont tenus de réparer les préjudices causés aux actionnaires lorsqu'ils manquent au devoir de loyauté envers les actionnaires. Le devoir de loyauté envers les actionnaires exige que les dirigeants ne doivent pas abuser de leur position pour obtenir des intérêts personnels qui devraient appartenir aux actionnaires ou pour maintenir leur position dans la société. Pour obtenir la réparation des dirigeants, l'actionnaire lésé doit prouver que son préjudice est personnel et distinct de celui supporté par la société⁶⁵⁴.

§2. La responsabilité des dirigeants envers les actionnaires en droit vietnamien: l'absence du droit positif.

406. Comme le droit français, le droit positif vietnamien des sociétés anonymes ne prévoit pas de normes spécifiques pour mettre en cause la responsabilité personnelle des dirigeants envers les actionnaires. Théoriquement, la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires peut se déduire du manquement au devoir de loyauté prévu dans les articles 160.1(c) et 210.1 de la Loi sur les Entreprises 2014.

Il convient en premier temps de proposer les contours du devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires (I) et en deuxième temps les sanctions éventuelles qui peuvent être applicables (II).

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ Voir. AFG, Recommandations sur le gouvernement d'entreprise, janv. 2011, p. 13.

⁶⁵⁴ Cass. civ., 26 nov. 1912: *DP* 1913, 1, p. 377, note THALLER; Cass. civ., 30 sept. 1940: *Gaz. Pal.* 1940, 2, p. 169; Cass. com., 26 janv. 1970: *JCP G* 1970, II, 16385, note GUYON Y. ; *D.* 1970, jurispr. p. 643, note GUYENOT; *RTD com.* 1970, p. 431, note HOUIN R.

I. Le concept du devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires en droit vietnamien.

407. Existence du devoir de loyauté envers les actionnaires. - Comme décrit plus haut, le devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires peut être déduit de l'article 160.1(c) de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel les dirigeants doivent « *être loyaux aux intérêts de la société et des actionnaires* ». Le manquement au devoir de loyauté peut se voir sanctionner par l'article 210.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel « *toute personne qui a commis une infraction aux dispositions de la présente Loi [...] cause des dommages est tenu de les réparer [...]* ». Cela nous amène à dire que quand le dirigeant est tenu de réparer les préjudices causés aux actionnaires lorsqu'il manque au devoir de loyauté à l'égard de ces derniers. Pourtant, à la différence du devoir de loyauté envers la société, la loi ne consacre aucune disposition spécifique pour caractériser les actes fautifs constitutifs du manquement au devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires.

408. En se fondant sur la relation spéciale entre les actionnaires et les dirigeants, il apparaît que le devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires suppose une double obligation. Il s'agit, d'une part, du devoir d'éviter tout conflit d'intérêt avec les actionnaires et d'autre part du devoir d'information.

409. Devoir d'éviter de conflit d'intérêts. – Ce devoir semble interdire au dirigeant de saisir pour son propre compte ou pour le compte d'autrui une opportunité d'affaire qui aurait pu profiter à ses actionnaires. Par exemple, un dirigeant social sera considéré comme manquant au devoir de loyauté envers les actionnaires si ce dirigeant incite les actionnaires à céder ou acquérir les actions avec les prix très bon marché ou excessif sans les informer des circonstances qui influent sur leur consentement.

410. Devoir de divulguer les informations exactes et correctes.- Dans la société non cotée, lorsque les actionnaires ont besoin des informations sur la situation financière de la société pour évaluer le prix de la cessation ou de l'acquisition des titres, le devoir de loyauté semble exiger que les dirigeants doivent fournir aux actionnaires les informations exactes et complètes. Dans le marché boursier, chaque information fournie par les dirigeants peut influencer sur la décision de vente ou d'achat des actionnaires ou investisseurs. Ainsi, l'obligation de loyauté envers les actionnaires exige également que les dirigeants doivent fournir les informations financières exactes et complètes.

II. La sanction du manquement au devoir de loyauté.

411. La première sanction implique une sanction civile (A). Dans la perspective de proposition d'une norme spécifique pour protéger les actionnaires, nous envisageons la position du droit pénal vietnamien en matière de sanction de la déloyauté concernant l'obligation d'information au marché des capitaux (B).

A. La sanction civile.

412. **Nullité des actes par dissimulation d'information.** - Lorsque la rétention ou dissimulation d'information est intentionnelle et constitutive d'un dol, la victime peut solliciter la nullité de l'opération contestée conformément à l'article 132 al.1 du Code civil vietnamien de 2005 selon lequel «*La partie qui a conclu un acte de la vie civile par dol ou violence peut demander au tribunal de prononcer la nullité de l'acte* ». En général, les juges vietnamiens ont vocation à interpréter que le « *comportement intentionnel* » doit être un acte actif pour servir le fondement juridique à l'annulation d'une convention, par exemple la fourniture de fausses informations.

413. **Nullité des actes par omission d'information.**- Dans un arrêt du 3 novembre 2003⁶⁵⁵, le Conseil des Juges de la Cour populaire Suprême a reconnu l'omission d'information d'un cocontractant comme fondement de la nullité d'un contrat. En espèce, la société VK avait conclu un contrat de cession d'un terrain de 42.175 m² à la société AV. Sur le terrain cédé, société AV voulait utiliser une superficie de 10.000 m² pour construire une usine. Pourtant, la société VK n'avait pas informé la société AV qu'elle ne pouvait pas construire l'usine sur la superficie de 10.000 m². La société AV a assigné la société VK au tribunal en demandant la nullité du contrat et la réparation des dommages intérêts concernant la somme payée en avance. Les juges de Cour populaire Suprême ont censuré les jugements des juges du fond en constatant que « *depuis 1996, la société VK connaissait que le terrain ayant la superficie de 10.000 m² ne pouvait pas être destiné à*

⁶⁵⁵ Décision n° 30/2003/HDTP-DS du 3 novembre 2003 du Conseil des Juges de Cour populaire Suprême, comm. DO Van Dai (Do Van Dai, *Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận (droit vietnamien du contrat: les arrêts et des commentaires)*, Volume 1, éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2011, p. 158)

construire l'usine, mais lorsqu'elle a conclu le contrat (avec la société AV), elle n'a pas révélé cette information à son co-contractant [...]». Selon la Haute cour, cette omission d'information et le non remboursement de l'argent payé en avance constituent une faute qui cause un préjudice à la société AV.

414. Il est évident que l'information sur l'impossibilité de construction de l'usine est l'information la plus importante concernant directement « *la nature de l'objet* », c'est-à-dire que si la société avait été informée de cette situation du terrain, elle n'aurait pas décidé de conclure le contrat de cession du terrain et de payer en avance une grande somme d'argent.

415. Dommages –intérêts.- En vertu de l'article 137.2 du Code civil de 2005 lorsque l'acte est jugé nul, « *la partie fautive qui a causé des dommages est tenue de les réparer* ». Par conséquent, lorsque les agissements du dirigeant n'entrent pas dans l'exercice de leurs missions, le dirigeant est tenu de réparer personnellement des préjudices aux actionnaires conformément à la théorie de fautes séparables des missions⁶⁵⁶.

B. La sanction pénale : manquement au devoir d'information.

416. Position du droit pénal vietnamien. - Depuis l'amendement du Code pénal 1999 en 2009, la responsabilité personnelle des dirigeants pour le manquement à l'obligation d'informations financières de la bourse est soumise à une sanction pénale. En réalité, cette sanction pénale vise à réprimer la tentation de diffuser de fausses informations ou d'omettre à la diffusion des informations financières⁶⁵⁷, la tentation d'exploiter illégalement les informations confidentielles⁶⁵⁸ ainsi que celle de manipuler les cours de la bourse⁶⁵⁹. Pourtant, si l'actionnaire engage une action publique à l'encontre d'un dirigeant pour le manquement à l'obligation d'informations financières, il doit prouver préalablement un préjudice qui ne peut pas être inférieur au seuil prévu par la loi. Par exemple, en vertu de l'article 4.4 (a) de la Circulaire 10/2013, la condition importante pour engager la responsabilité pénale du dirigeant pour la diffusion de fausses informations est

⁶⁵⁶ Voir *infra* n° 453 ss.

⁶⁵⁷ C.pen.1999. art.181 (a)

⁶⁵⁸ *Ibid.* art.181 (b)

⁶⁵⁹ *Ibid.* art.181 (c)

que le préjudice causé aux actionnaires/ investisseurs doit être « grave ». La gravité du préjudice est déterminée à partir d'un milliard de dong (soit 300.000 Euros).

417. La nécessité de mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires.- Comme décrit ci-dessus, en vertu du droit positif, la société est engagée envers les actionnaires par la diffusion de fausses informations ou l'omission d'informations destinées au marché financier, que cette diffusion ou omission soit bénéfice pour les dirigeants, que cette diffusion ou omission soit bénéfique pour les dirigeants. Ce n'est pas juste car le patrimoine de la société est amoindri par les comportements fautifs des dirigeants, alors que les dirigeants peuvent gagner des bénéfices grâce à leur comportement déloyal. En outre, l'article 132 de la Loi vietnamienne sur les Valeurs Mobilières 2006 ne prévoit que le régime commun selon lequel « *toute personne lésée par la violation des dispositions de cette loi et des autres textes juridiques peut, elle-même ou avec autres personnes lésées, intenter une action en responsabilité pour demander l'indemnisation des dommages –intérêts* ». Cette disposition suppose que les actionnaires peuvent intenter une action individuelle contre des dirigeants lorsqu'ils subissent du préjudice distinct de celui subi par la société.

Il convient donc de proposer une norme spécifique régissant les conditions de la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires en matière de la diffusion de fausses informations ou l'omission d'informations destinées au marché financier (1) et de la manipulation du cours des titres (2).

1. Les conditions de la responsabilité envers les actionnaires concernant la diffusion de fausses informations ou l'omission d'informations destinées au marché financier.

418. Responsables. La communication des informations doit être faite, soit par le représentant légal de la société, soit par le mandataire imposé par le représentant légal ou le délégataire désigné par le représentant légal. Lors de la délégation, le représentant légal est solidairement responsable de l'exactitude, de la sincérité et des informations diffusées par le délégataire⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ Article 3.2 du Circulaire 52/2012

419. Obligation d'informations. - En vertu de la Circulaire 52/2012, les sociétés cotées doivent communiquer toutes les informations qui susceptibles à influencer le cours de bourse des titres cotées.

Selon l'article 7 du Circulaire 52/2012, les sociétés cotées ont un devoir d'information périodique. Ainsi, elles doivent publier dans le site web de la société et dans la porte d'information du Comité Étatique des Bourses dans le délai prévu par la Circulaire 52/2012 le rapport financier, le bilan annuel, la rapport de *corporate governance*, le rapport sur les décisions de l'AG et le rapport concernant l'offre des actions au public et l'utilisation des capitaux mobilisés par les offres des actions.

En outre, selon l'article 8 de la Circulaire 52/2012, les sociétés cotées ont un devoir d'information des circonstances extraordinaires qui ont lieu à la cour des affaires de la société. Par exemple, lorsque le compte de la société est bloqué ou la société cesse des activités ou le certificat d'enregistrement est retiré.

De manière générale, il convient de retenir la responsabilité personnelle des dirigeants en matière d'information financière destinée au marché de capitaux.

420. Préjudice.- En ce qui concerne le dommage, la première question se pose est celle de la méthode de calcul du dommage. En droit vietnamien de la responsabilité extracontractuelle, le dommage doit être entièrement réparé⁶⁶¹ et doit être calculé conformément à l'article 608 du Code civil de 2005. Pourtant, il semble que les dispositions de l'article 608 du Code civil de 2005 ne suffisent pas à déterminer le préjudice subi par les actionnaires suite à la diffusion de fausses informations. En effet, cet article ne prévoit que la méthode de calcul du dommage en se basant sur deux critères principaux : (i) La perte des fruits résultant de l'usage ou de l'exploitation des biens; et (ii) Les dépenses raisonnables faites pour limiter l'étendue du dommage ou le prévenir ou le réparer. Ainsi, pour être réparable, l'actionnaire lésé doit prouver que s'il n'y avait pas de fausses informations fournies par le dirigeant, il aurait dû décider d'investir dans une autre opportunité d'investissement plus profitable et le dommage serait calculé en se basant sur la différence entre le montant investi à l'achat des titres et le bénéfice que l'actionnaire aurait dû recevoir s'il investissait en conformité avec l'opportunité d'investissement mentionnée. À défaut de prouver une opportunité d'investissement concrète et raisonnable, il semble que le juge

⁶⁶¹ C.civ. 2005. Art. 605.1

décidera du dommage en se basant sur le taux d'intérêt lorsque le montant d'investissement a été placé dans une banque. Il est opportun de se référer à l'approche américaine.

Le droit américain propose deux méthodes de calculer du dommage. D'une part, la méthode de la restitution des titres et d'autre part la méthode de la compensation⁶⁶². La méthode de la restitution des titres consiste à restituer le montant que l'actionnaire a payé pour les titres, c'est-à-dire que celui qui cause le dommage s'engage à libérer le lésé de l'investissement et à lui rembourser le prix payé lors de l'achat des titres⁶⁶³.

La méthode de la compensation, quant à elle, implique le remboursement du montant, selon lequel le titre est considéré comme trop cher ou trop bon marché, du fait que le prix du marché a été faussé à cause de l'information incorrecte ou omise⁶⁶⁴. La base servant au calcul de la valeur réelle est le montant du titre négocié après prise de connaissance de la fausseté ou de l'omission de l'information en cause. En d'autres termes, le dommage à indemniser est calculé sur la différence entre la valeur réelle déterminée et le prix de cession, ou dans le cas de l'acquisition, la différence entre la valeur réelle déterminée et le prix d'acquisition⁶⁶⁵.

421. Lien de causalité.— Pour être réparable, il faut que l'actionnaire lésé démontre l'existence d'un lien entre le dommage et l'information incorrecte ou omise. En d'autres termes, l'actionnaire lésé doit démontrer qu'il connaissait l'information diffusée par le dirigeant et qu'il a pris sa décision de placement sur la base de cette dernière⁶⁶⁶. En réalité, la détermination de l'existence de ce lien de causalité est très délicate. La doctrine américaine consacre la théorie de « *l'efficacité du marché* » (« *fraud-on-the-market* »)⁶⁶⁷ qui semble convenir au contexte vietnamien actuel où la plupart des décisions de cession ou d'acquisition des actionnaires sont influencées par le prix du marché boursier en général.

En effet, l'essentiel de la théorie de « *l'efficacité du marché* » est que le marché reflète toutes les informations publiques disponibles. Les actionnaires se fient entièrement à l'exactitude du prix du marché lors d'une prise de décision d'investissement. Ainsi, si le

⁶⁶² Voir. JENNINGS/MARRSH/COFFEE/SELIGMAN, *Securities Regulations*, 8e édition, New-York, 1998, p.1210 ss

⁶⁶³ *Ibid.*, p.137.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p.159.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 141

⁶⁶⁷ *Basic vs Levinson*, 485 US 224, p. 241 ss (1988)

marché a été induit en erreur suite à des informations incorrectes, ce sont tous les actionnaires qui sont ainsi trompés. L'actionnaire n'est pas tenu de démontrer que sa décision d'investissement a été prise suite à une certaine information⁶⁶⁸. La seule question est de savoir si le prix du marché a été altéré par l'information incorrecte⁶⁶⁹. Le lien de causalité ne se situe donc pas au niveau de l'individu lésé mais à celui de la situation globale du marché financier⁶⁷⁰.

2. Les conditions de la responsabilité envers les actionnaires pour la manipulation de cours des titres.

422. Définition de la manipulation de cours en droit vietnamien. - En vertu de l'article 181c (1) du Code pénal, la manipulation de cours est le fait de « *réaliser, en collusion avec d'autres personnes, des achats ou des ventes pour des volumes considérables pour créer le volume de transactions fictives* » ou de « *réaliser des transactions boursières de façon ininterrompue en s'acoquinant avec les autres* ». La manipulation est une manœuvre dolosive ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé en induisant autrui en erreur⁶⁷¹. En autre termes, la manipulation a une influence mécanique sur le marché en utilisant les techniques contraires à la loi de demande et de la loi de l'offre des valeurs mobilières. Pourtant, le point le plus délicat tient à la distinction entre la manipulation illicite avec la spéculation licite des valeurs mobilières⁶⁷².

423. Responsables.- Il apparaît que tout dirigeant peut intervenir directement ou indirectement dans la manipulation de cours du marché financier parce qu'ils sont les personnes qui connaissent les informations privilégiées.

424. Préjudice.- Il est très difficile de calculer le dommage causé par la manipulation du cours par des dirigeants. En principe, il faut démontrer qu'il existe une différence entre le prix d'acquisition originel et la valeur des titres après la découverte de la véritable situation

⁶⁶⁸ Voir en ce sens REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.*.p. 141

⁶⁶⁹ Voir. SAUER K. *Haftung für falschinformation des sekundärmarktes*, Francfort 2004, p.305 ss (cité par REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.*.p. 141)

⁶⁷⁰ Voir; REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.*.p. 141

⁶⁷¹ Voir. COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n° 1057.

⁶⁷² *Ibid.*.

(la valeur réelle). Le dirigeant en cause doit rembourser à titre de dommages –intérêts aux actionnaires le montant calculé par la différence du prix entre la valeur réelle déterminé et le prix de cession ou dans le cas d'acquisition, la différence entre la valeur réelle déterminée et le prix d'acquisition.

425. Lien de causalité.- Pour déterminer le lien de causalité on peut se référer à la théorie de « l'efficacité du marché » [voir n°312], c'est-à-dire qu'il faut démontrer que le prix du marché général est altéré par l'effet de la manipulation de cours des dirigeants en cause et tous les actionnaires honnêtes ont subi un préjudice en se fiant à l'exactitude du prix du marché. Ainsi, la seule question décisive à cet égard est celle de savoir comment prouver que les manœuvres réalisées directement ou indirectement par les dirigeants en cause ont donné au marché des indications fausses ou trompeuses quant au volume de l'offre et de la demande de tels titres. En d'autres termes, s'il apparait au vu des éléments produits par le demandeur que sans l'intervention de ce fait, le dommage ne serait néanmoins réalisé de la même manière, ou même simplement qu'un doute subsiste à cet égard, le juge ne peut faire droit à sa demande⁶⁷³.

⁶⁷³ Voir en ce sens, Cass.2^e civ., 21 avril 1966 :JCP 1966, II, 14710 ; Cass.2^e civ., 17 mars 1977 : D.1977, inf.rap.326, obs. LARROUMET C ; Cass. 2^e civ., 18 juin 1997 : *Res.civ.et assur.*1997 ; comm.287

CONCLUSION DE LA SOUS - SECTION 1

426. L'analyse a montré que le droit français ne prévoit pas une norme spéciale pour engager la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires. C'est la jurisprudence qui développe la théorie du devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires. En effet, le devoir de loyauté exige que le dirigeant français doive révéler aux associés minoritaires les négociations parallèles qu'il mène pour revendre les titres qu'il leur achète. En outre, le devoir de loyauté exige également que le dirigeant ne doive pas détourner les opportunités d'affaires appartenant aux actionnaires. Pourtant, la jurisprudence française ne connaît pas la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires pour le manquement à l'obligation d'informations financières destinées au marché des capitaux.

427. L'analyse a également montré que le droit vietnamien des sociétés ne prévoit pas des dispositions particulières pour mettre en cause la responsabilité personnelle des dirigeants envers les actionnaires et envers les tiers.

En effet, malgré que la loi prévoit un devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires, le droit des sociétés ne consacre aucune disposition pour garantir ce type de devoir. En matière de manquement à l'obligation d'informations financière destinées au marché de capitaux, c'est seulement le droit pénal qui sanctionne les actes fautifs des dirigeants envers les actionnaires.

SOUS - SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS ENVERS LES TIERS.

428. Définition de tiers.- De façon générale, la notion de tiers nous fait penser au droit des contrats où celle-ci est utilisée pour définir toute personne qui n'a été ni partie ni représentée à un contrat qui n'est pas touchée par son effet obligatoire et peut tout au plus se le voir opposer⁶⁷⁴. En d'autres termes, on définit les tiers par opposition aux parties, celles-ci étant les personnes qui ont conclu le contrat alors que ceux-là sont toutes les personnes qui sont étrangères au contrat⁶⁷⁵.

429. En droits des sociétés, lorsque l'on parle du terme « tiers », il apparaît que l'on se réfère au caractère contractuel de la société qui oppose les associés (ou actionnaires) aux tiers⁶⁷⁶. En effet, les associés sont des personnes physiques ou morales qui ont conclu le contrat de société en faisant un apport ou en détenant des parts ou des actions et qui, en contrepartie, jouissent des droits attachés à celles-ci. En revanche, les tiers sont des personnes qui ne sont pas membres de la société en ce sens qu'ils ne détiennent ni parts sociales, ni actions⁶⁷⁷. Dans la pratique, les créanciers, les fournisseurs sont souvent considérés comme les tiers⁶⁷⁸.

430. Société écran. – En vertu de la théorie de la représentation, les tiers qui entreront en relation avec le dirigeant le feront en droit avec la personnalité morale⁶⁷⁹. Par conséquent, les tiers lésés par les actes des dirigeants peuvent engager la responsabilité de la société sous les règles de la responsabilité civile pour le fait d'autrui. En droit français, ce principe a été posé par l'arrêt du 27 avril 1977 selon lequel « *la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en droit la réparation à la victime sans*

⁶⁷⁴ Voir. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014. Voir. « Tiers ».

⁶⁷⁵ En ce qui concerne la notion de tiers, voir notamment TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n°495 ss; GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », *JCP*, 1992, I, p.3628 ; AUBERT J.-L. Aubert, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p.263 ; GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p.777.

⁶⁷⁶ Voir en ce sens, AKAM AKAM A., « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2t. XXI, 2, p. 211-243.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ En droit des sociétés vietnamien, l'expression « le tiers » n'est que mentionnée dans l'article 137 de la LE 2005 pour désigner toute personne qui n'est pas membre de la société en nom collectif mais cette personne effectue une transaction avec la société. Ainsi, il suppose que dans les sociétés anonymes, le tiers peut être

⁶⁷⁹ Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude 483-33.

que celle –ci soit obligée de mettre en cause [...]»⁶⁸⁰. En droit vietnamien, ce principe est prévu dans l'article 618 du Code civil de 2005 selon lequel « *une personne morale est tenue de répondre des dommages causés par ses préposés dans l'exercice de leurs missions; si la personne morale a indemnisé directement la victime, elle a le droit de se retourner contre l'homme fautif en lui réclamant le remboursement d'une somme d'argent conformément aux dispositions légales* ». Il implique que la société est tenue de réparer les préjudices causés aux tiers et elle peut ensuite se retourner contre ses dirigeants pour leur demander de rembourser la somme payée aux tiers. Ainsi, ce n'est qu'exceptionnellement que la responsabilité personnelle des dirigeants sera engagée à l'égard des tiers. Pragmatiquement, la solution consacrée par le législateur est favorable pour les tiers puisque la société est toujours considérée comme plus solvable que les dirigeants. Par conséquent, de ce principe il résulte que la société joue le rôle d'un bouc émissaire protégeant les dirigeants contre toutes les attaques des tiers. Dans une certaine mesure, c'est injuste.

431. En réalité, la société personne morale rend plus difficile la mise en cause du dirigeant social, mais ne la rend pas impossible⁶⁸¹. On se demande ainsi sous quelles conditions les dirigeants doivent répondre de leurs actes envers les tiers. Face à cette dernière question, la jurisprudence française consacre la condition de faute séparable des fonctions des dirigeants⁶⁸². Pour le droit vietnamien, la condition de faute séparable des fonctions peut être déduite du principe commun de la responsabilité civile de la personne morale prévu par l'article 618 du Code civil de 2005⁶⁸³.

432. Il convient dans le premier temps d'aborder le régime de la responsabilité civile envers les actionnaires et envers les tiers en droit français (§ 1) et dans le deuxième temps, en droit vietnamien (§ 2).

⁶⁸⁰ Cass. 2^e civ. 27 avril 1977, n°75-14761, Bull.civ. II, n°108.

⁶⁸¹ Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude 483-37.

⁶⁸² Voir *infra* n° 433 ss.

⁶⁸³ Voir *infra* n° 454 ss.

§1. La responsabilité des dirigeants envers les tiers en droit français: l'exigence de la faute séparable des fonctions.

433. Fondement de la responsabilité envers les tiers.- Le droit français des sociétés anonymes prévoit expressément la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers dans l'article L. 225-251 du Code de commerce selon lequel « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas [...] envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ». Pourtant, les textes ne distinguent pas selon que le dirigeant est responsable envers la société ou les tiers mais c'est la Cour de cassation qui consacre le principe protecteur des dirigeants en matière de mise en cause de la responsabilité des dirigeants envers les tiers. En effet, selon le fameux arrêt *Seusse* du 20 mai 2003 la Haute cour énonce le principe selon lequel pour engager la responsabilité des dirigeants, le tiers doit prouver que ces derniers ont commis une faute qui est séparable de leurs fonctions.

434. Ainsi, avant de mettre en lumière les contours de notion de la faute séparable des fonctions (II) **il** convient d'aborder le principe de « *faute séparable des fonctions* » consacré par le fameux arrêt *Seusse* du 20 mai 2003 de la Cour de cassation (I).

I. L'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003: mise en place de la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers.

435. Pour mieux apprécier l'apport de l'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003 (B), il est important de relater la situation de la responsabilité des dirigeants envers les tiers antérieurs à l'arrêt mentionné (A).

A. La conception de faute séparable des fonctions des dirigeants antérieure à l'arrêt *Seusse*.

436. Origine prétorienne.- La faute séparable des fonctions résulte d'une origine jurisprudentielle en droit administratif. La notion « *faute séparable de ses fonctions* » est

consacré par le célèbre arrêt *Pelletier* du 30 juillet 1873 par le Tribunal des conflits selon lequel la faute de service engageant uniquement la responsabilité de la personne morale, de la faute personnelle, détachable des fonctions du **fonctionnaire** et permettant de retenir la responsabilité personnelle de celui-ci⁶⁸⁴. Cette notion a été ensuite reprise et transposée dans le droit des sociétés par la Cour de cassation à partir du début des années quatre – vingt⁶⁸⁵.

437. La conception jurisprudentielle de faute séparable des fonctions. - En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation a admis que le dirigeant engage sa responsabilité personnelle envers les tiers lorsqu'il a commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat, et seulement dans ce cas⁶⁸⁶. *A contrario*, une faute non extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat n'engagerait que la responsabilité de la société, et non celle du dirigeant⁶⁸⁷.

Par l'arrêt du 28 avril 1998, la Cour de cassation a confirmé le principe de faute séparable des fonctions en décidant que "*la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement*"⁶⁸⁸. Pourtant, la difficulté reste à définir ce que c'est « la faute séparable des fonctions » parce que selon certains auteurs, il s'agit d'une notion « imprécise »⁶⁸⁹, « confuse » ou « vague »⁶⁹⁰.

⁶⁸⁴ T. confl., 30 juill. 1873, *Pelletier*, n° 00035, GAJA, 18e éd., 2011, n° 2.

⁶⁸⁵ Voir en ce sens, NICOLAS E., « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente. Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. Sociétés*, 2013 p. 535.

⁶⁸⁶ Voir. DUCOULOUX - FAVARD C., « La règle de la faute séparable des fonctions de gestion des sociétés de capitaux est dans la loi », *Dr. sociétés*, 2007, étude 11 ; Cass. 1re civ., 31 mai 1978 : Bull. civ. 1978, I, n° 213 ; Cass. com., 8 mars 1982 : *Rev. Sociétés* 1983, p. 573, note GUYON Y. ; Cass. com., 4 oct. 1988 : *Rev. sociétés* 1989, p. 213, note VIANDIER A.; *RTD civ.* 1989, p. 86, note JOURDAIN.

⁶⁸⁷ Cass. com., 14 janv. 1992 : JurisData n° 1992-000119 ; *JCP G* 1992, IV, p. 83, n° 775 ; Bull. civ. 1992, IV, n° 13 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 798

⁶⁸⁸ Cass. com., 28 avr. 1998 : JurisData n° 1998-001895 ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 114, note VIDAL D.; *JCP G* 1998, II, 10177, note OHL D.; Bull. civ. 1998, IV, n° 139 ; Bull. Joly 1998, p. 808, note LE CANNU P.; *JCP E* 1998, n° 31, p. 1258, note GUYON Y.; *Rev. sociétés* 1998, p. 767, note SAINTOURENS B.

⁶⁸⁹ Sur l'analyse de la faute séparable des fonctions, voir notamment, WESTER – OUISSSE V., « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions. », *D. affaires* 1999, n° 161, p. 782 s ; BARBIERI J.-F., « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41 ; NICOLAS E., *op.cit.*

⁶⁹⁰ Voir en ce sens, Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude 483-41.

De façon générale, la Cour de cassation cherche à protéger les dirigeants en présumant un large champ d'irresponsabilité envers les tiers⁶⁹¹. En effet, la seule preuve d'une faute prouvée par les tiers ne suffit pas à engager la responsabilité des dirigeants. Au fil du temps, la Cour de cassation a dégagé des critères différents pour mettre en lumière la notion de faute séparable des fonctions des dirigeants. Depuis l'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003, la Cour de cassation apporte une définition claire sur les critères d'identification de la faute séparable des fonctions.

B. L'apport important de l'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003 : La détermination des critères de la faute séparable des fonctions.

438. Par l'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003⁶⁹², la Cour de cassation confirme sa jurisprudence sur la faute séparable des fonctions et apporte une nouvelle définition de la notion, au travers de trois critères cumulatifs. En l'espèce, la gérante d'une société avait cédé deux fois les mêmes créances : une première fois à un établissement de crédit (la Banque de la Réunion), une seconde fois à l'un des fournisseurs de la société (la société SATI) en règlement d'une livraison que la société n'avait, apparemment, pas les moyens d'honorer autrement. Comme résultat, le second cessionnaire n'avait pu recouvrer le montant des créances auprès des débiteurs cédés et agissait en responsabilité contre le dirigeant personnellement, coupable de l'avoir abusé sur le crédit de la société.

439. Par l'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003⁶⁹³, la Cour de cassation énonce que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions* », la Haute juridiction précise alors « *qu'il en*

⁶⁹¹ Voir. COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n° 301.

⁶⁹² Cass.com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *Bull. Joly* 2003, § 167, p. 786, note LE NABASQUE H.; *D.* 2003. 1502, obs. LIENHARD A.; *Ibid.* 2623, note DONDERO B.; *Dr. et patrimoine* nov. 2003, p. 91, obs. PORACCHIA D.; *JCP E* 2003. 1331, obs. CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY F., WICKER G.; *Dr. sociétés* 2003, n° 148, obs. MONNET J.; *RTD civ.* 2003. 509, obs. JOURDAIN P.; *RTD com.* 2003. 523, obs. CHAZAL J.-P. et REINHARD Y.; *Ibid.* 741, obs. CHAMPAUD C. et DANET D.; *LPA* n° 223, 7 nov. 2003, p. 13, note MESSAI S.; *JCP G* 2004. I, n° 101, spéc., n° 7, obs. VINEY G.

⁶⁹³ Cass.com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *Bull. Joly* 2003, § 167, p. 786, note LE NABASQUE H.; *D.* 2003. 1502, obs. LIENHARD A.; *Ibid.* 2623, note DONDERO B.; *Dr. et patrimoine* nov. 2003, p. 91, obs. PORACCHIA D.; *JCP E* 2003. 1331, obs. CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY F., WICKER G.; *Dr. sociétés* 2003, n° 148, obs. MONNET J.; *RTD civ.* 2003. 509, obs. JOURDAIN P.; *RTD com.* 2003. 523, obs. CHAZAL J.-P. et REINHARD Y.; *Ibid.* 741, obs. CHAMPAUD C. et DANET D.; *LPA* n° 223, 7 nov. 2003, p. 13, note MESSAI S.; *JCP G* 2004. I, n° 101, spéc., n° 7, obs. VINEY G.

est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions». Depuis cet arrêt, la faute détachable du dirigeant semble être définie comme celle qui est incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions⁶⁹⁴. L'incompatibilité se définit à partir de deux critères cumulatifs : élément intentionnel de la faute et élément grave de la faute.

440. Élément intentionnel de la faute.- Il implique le cas où l'auteur du dommage a conscience qu'en agissant comme il l'a fait, il causerait ce dommage, même s'il n'a pas agi dans le seul et unique but de nuire à la victime⁶⁹⁵. Tel est le cas lorsque l'intéressé est conscient que, par son comportement, il va causer un dommage à autrui de façon certaine et qu'il persiste dans son entreprise et ce indépendamment de sa motivation profonde⁶⁹⁶.

441. S'agissant de la faute d'une particulière gravité.- Le critère de faute grave est relaté dans la proposition du Haut conseiller Métivet depuis 1998 dans son rapport annuel selon lequel « seules les fautes commises pour des mobiles personnels (recherche de son propre intérêt, animosité à l'égard de la victime, vengeance ...) ou peut-être, encore, d'une gravité exceptionnelle excluant l'exercice normal des fonctions peuvent engager la responsabilité personnelles des dirigeants »⁶⁹⁷. De ce fait, les fautes d'imprudence ou de simple négligence ne devraient pas permettre d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ Voir. COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n° 303

⁶⁹⁵ Voir en ce sens, MAZEAUD J., *D.* 1969, p. 601.

⁶⁹⁶ Voir. Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux, étude 483-41.

⁶⁹⁷ Voir. METIVET J.-P., Rapport de la Cour de cassation pour 1998, p. 113

⁶⁹⁸ Par conséquent, les cas suivants ne sont pas considérés comme faute séparable des fonctions : Un gérant de S.A.R.L. mise en liquidation judiciaire « qui fait déverser en toute perte dans les cuves d'une propriété voisine en cours de démolition et sans l'accord du fournisseur le carburant livré pourtant conforme » (Cass. com., 27 janvier 1998, Bull. civ. IV, n o 48, p. 38 ; RJDA 1998/5, n o 610.) ; Un dirigeant d'une association qui a pris des mesures de sauvegarde dans l'intérêt du groupement qu'il a cru à tort atteint, n'ayant ainsi fait qu'exercer ses fonctions sans rechercher « un but personnel » (C.A. Orléans, 2 novembre 2000, inédit.) ; Les dirigeants d'une société anonyme qui recommandent à tous les actionnaires d'accepter une offre d'achat d'actions (C.A. Versailles, 17 janvier 2002, *Bull. Joly* 2002, § 111, p. 515.) ; Un P.D.G. d'une société anonyme qui commet une erreur d'appréciation sur le risque d'insolvabilité de la société, lors de la négociation d'un prêt nécessaire au financement de l'exploitation sociale (Cass. com., 24 septembre 2002, BRDA 2002/19, n o 4) ; Un gérant d'une entreprise de bâtiment exploitée sous forme de S.A.R.L. qui sous-traite une partie des travaux confiés à la société sans offrir de garantie de paiement au sous-traitant, ayant ainsi donné « la fallacieuse apparence qu'il cautionnait personnellement l'opération » (Cass. com., 9 mai 2001, RJDA 2001/12, n o 1214) ; Un gérant d'une S.A.R.L., syndic d'un immeuble, qui cause un dommage aux copropriétaires à la suite de travaux, en s'abstenant de souscrire un contrat d'assurance de l'immeuble tout en ayant perçu une somme à cet effet () Cass. civ. 3 e , 4 avril 2001, RJDA 2001/12, n o 1214) ; Enfin, le cautionnement donné par un P.D.G. d'une société anonyme au profit d'un tiers, sans autorisation préalable du conseil d'administration, n'est jamais considéré comme une faute détachable des fonctions puisqu'il en fait précisément partie (art. L. 225-35, C. com.) (Cass. com., 28 avril 1998, JCP éd. G 1998, IV, 3373).

442. La difficulté réside sur la définition de l'expression « *particulière gravité* ». En effet, selon Monsieur Nicolas « *la faute d'une particulière gravité n'est une faute ni vénielle, ni légère ni simple. Est-ce une faute grave ? Non, car dans ce cas l'ajout de l'adjectif « particulière » serait surabondant. Une faute grave n'est donc pas suffisante. Est-ce une faute inexcusable, une faute lourde assimilable au dol ? Peut-être, mais alors pourquoi ne pas avoir fait référence à un type de faute connu et identifié sur l'échelle de la gravité des fautes ? Faut-il voir là une nouvelle catégorie de faute au sein de l'échelle des fautes ?* »⁶⁹⁹. En réalité, ce sont les juges qui déterminent ce qu'est la faute détachable des fonctions. Par exemple, **c'est** le cas d'une double mobilisation de créances⁷⁰⁰. Il s'agit également **du** cas d'un gérant de SARL ayant laissé un salarié de l'entreprise conduire un véhicule alors qu'il n'était plus assuré⁷⁰¹.

En résumé, l'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003 semble donner une conception beaucoup plus subjective de la faute personnelle des dirigeants sociaux⁷⁰². Pourtant, il y a toujours la difficulté concernant la détermination de la gravité de la faute. Cette difficulté a incité la Chambre commerciale de la Cour de cassation à déterminer d'autres critères pour encadrer la responsabilité des dirigeants envers le tiers.

II. La position de la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers après l'arrêt *Seusse* du 20 mai 2003.

443. Après l'arrêt *Seusse*, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a posé d'autres critères pour qualifier la faute détachable des fonctions des dirigeants. Tantôt la Haute cour abandonne le critère établi par l'arrêt *Seusse* (A), tantôt elle revient au critère consacré par dernier arrêt avec certaines nouvelles modalités d'appréciation de faute séparable (B)

⁶⁹⁹ Voir. NICOLAS E., « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente. Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. Sociétés*, 2013 p. 535.

⁷⁰⁰ Cass. com., 20 mai 2003, no 99-17.092, précité ; CA Paris, 13 nov. 1996, *Dr. sociétés* févr. 1997, comm. 33, obs. VIDAL D., *Dr. sociétés* mars 1997, comm. 39, note BONNEAUT.

⁷⁰¹ Cass. com., 4 juill. 2006, n° 05-13.930, *Bull. civ.* IV, n° 166, *D.* 2006, p. 1958, obs. LIENHARD A., *D.* 2007, p. 269, obs. HALLOUIN J.-C. et LAMAZEROLLES, *RTD com.* 2006, p. 848, obs. CHAMPAUD Cl. et DANET Ph., *Dr. sociétés* oct. 2006, comm. 143, note HOVASSE H., *LPA* 2006, no 233, p. 18, note BARBIERI J.-F., *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 93, note DONDERO B ; voir les autres illustrations de fautes détachables, *Defr.*, 15 septembre 2003 n° 17, p. 1067, note MALEVILLE-COSTEDOAT M.-H., voir également, Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude 483-41.

⁷⁰² Voir. NICOLAS E., *op.cit.*, n°9

A. L'arrêt Pierre Cardin du 10 février 2009 : l'abandon de critère de faute séparable constitué par l'arrêt *Seusse*.

444. Dans l'arrêt du 10 février 2009 dit « Pierre Cardin »⁷⁰³, la Cour de cassation a été à nouveau confrontée à la problématique de la faute séparable des fonctions du dirigeant.

La Cour a reproché aux juges d'appel de ne pas avoir recherché « *si les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales* ». En espèce, un dirigeant de la société s'est vu reprocher de ne pas avoir provisionné au bilan de la société qu'il dirigeait le montant de dettes qu'elle avait à l'égard d'une autre société, suite à la rupture abusive des contrats de licence, ainsi que le montant des dommages et intérêts mis à la charge de la société par des jugements du tribunal de commerce. Le problème de droit posé à la Cour était de savoir si, à la supposer commise dans le cadre des fonctions sociales, une faute d'un dirigeant social pouvait tout de même engager sa responsabilité personnelle.

445. En reconnaissant que la décision de ne pas provisionner les sommes a été prise par le conseil d'administration et approuvée par l'assemblée générale, la Cour d'appel avait retenu que la responsabilité personnelle des dirigeants ne pouvait être retenue. La Cour d'appel avait également précisé que même s'il existait une faute imputable aux dirigeants, il ne pouvait s'agir d'une faute détachable de leurs fonctions puisqu'ils avaient agi dans le cadre de leurs fonctions.

446. Pourtant, la Cour de cassation a rejeté la thèse de la Cour d'appel en raisonnant sur le fait que même si les dirigeants ont agi dans les limites de leurs attributions, la décision de ne pas provisionner constitue une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. Ainsi, une faute commise dans le cadre des fonctions sociales est une faute organiquement non séparable⁷⁰⁴.

⁷⁰³ Cass. com. 10 février 2009, n° 07-20.445, *Gaz. Pal.*, 07 mai 2009 n° 127, p. 23

⁷⁰⁴ Voir en ce sens NICOLAS E., *op.cit.*, n°10

B. Les nouvelles modalités d'appréciation des critères de la faute séparable.

447. Exigence de précision dans la caractérisation de la faute séparable. - Par les deux arrêts du 23 novembre 2010⁷⁰⁵ et du 1 mars 2011⁷⁰⁶ la Cour de cassation a imposé implicitement aux juges du fond la méthodologie selon laquelle chacun des trois critères de définitions mentionnés ci-dessus doivent être caractérisés isolément et de manière précise⁷⁰⁷. En effet, dans l'arrêt du 23 novembre 2010, la Chambre commerciale énonce que les négligences graves commises par un dirigeant ayant permis de faciliter la commission d'un délit de détournement d'actifs par son chef comptable ne suffit pas à caractériser une faute séparable des fonctions⁷⁰⁸.

448. Arrêt du 29 mars 2011 : L'exigence d'une méthode analytique pour apprécier la faute séparable. - À travers cet arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé pour manque de base légale un arrêt de cour d'appel qui avait retenu la responsabilité personnelle du gérant d'une société civile immobilière ayant commis une grave négligence en délivrant, lors d'un acte de cession de parts sociales, une attestation relative auxdites parts sociales ne mentionnant aucun des nantisements objets du litige, et en confirmant au notaire qu'il n'existait aucun autre nantissement que ceux étrangers à l'instance. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir établi en quoi le gérant avait commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales.

449. En résumé, par l'établissement du principe de faute séparable des fonctions, la Cour de cassation manifeste son point de vue de protéger les dirigeants sociaux en matière de responsabilité civile envers les tiers. Par conséquent, lorsque le tiers subit le dommage causé par les dirigeants de la société, il doit en principe se retourner contre la personne morale représentée, la responsabilité du représentant n'étant qu'exceptionnelle et

⁷⁰⁵ Cass.com., 23 novembre 2010, n° 09-15.339, arrêt n° 1180 F-D, *Rev. sociétés* 2011. 33, obs. LIENHARD A.

⁷⁰⁶ Cass.com., 1 mars 2011, n° 10-16.816, inédit.

⁷⁰⁷ Voir en sens, NICOLAS E., « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente. Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. Sociétés*, 2013 p. 535.

⁷⁰⁸ Voir en ce sens NICOLAS E., *op.cit.*, n°17.

subordonnée à la démonstration d'une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement⁷⁰⁹.

§2. La responsabilité des dirigeants envers les tiers en droit vietnamien : nécessité de l'exigence de la faute séparable des missions.

450. Absence du fondement de responsabilité civile des dirigeants envers les tiers en droit des sociétés anonymes en droit vietnamien.- Le droit des sociétés anonymes est muet sur la question de la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers. En l'absence de disposition spécifique de la loi régissant cette matière, il suppose que la société personne morale est tenue de répondre des préjudices causés aux tiers par ses préposés sous les règles de la responsabilité civile pour le fait d'autrui.

451. Principe de la responsabilité de la société personne morale.- En effet, selon l'article 618 du Code civil de 2005 « *une personne morale est tenue de répondre des dommages causés par ses préposés dans l'exercice de leurs missions [...]* ». Lorsque les dirigeants de la société personne morale causent des préjudices à autrui dans l'exécution de leurs missions, la victime demande directement la réparation à la société personne morale. Par la suite, si la société personne morale est en mesure de prouver que la faute est imputable à ses dirigeants, elle peut se retourner contre lesdits dirigeants pour leur demander le remboursement du montant qu'elle avait antérieurement payé à la victime. D'une façon pragmatique, cette solution est favorable aux tiers. Elle s'explique par le principe du droit civil inscrit dans l'article 605.1 du Code civil de 2005 selon lequel « *tout préjudice causé doit être réparé intégralement et dans les meilleurs délais* »⁷¹⁰. On suppose souvent que la solvabilité de la personne morale est meilleure que celle de ses dirigeants. On peut alors dire que la personne morale fait écran entre le dirigeant et les tiers⁷¹¹. Autrement dit, la société anonyme offre au dirigeant un bouclier qui le protège contre les recours des tiers⁷¹².

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Voir. HOC VIEN TU PHAP, *Giao Trinh Luat Dan Su (Manuel du Droit Civil)*, éd. Cong Anh Nhan Dan, 2007, p. 479 ; NGO Thi Quynh Hoa et VU Thi Hien. *Hoi Dap Phap Luat Ve Boi Thuong Thiet Hai (Question – Réponse de la réparation des préjudices)*, éd. Lao Dong Xa Hoi, 2003, p. 64 ; HOANG The Lien (rédacteur en chef), *Binh Luan Khoa Hoc Bo Luat Dan Su 2005, tap II (Commentaire du Code Civil 2005, tome II)* éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2009, p. 736.

⁷¹¹ Voir. Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, n° 483-33

⁷¹² Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.91

Pourtant, la société personne morale rend plus difficile la mise en cause du dirigeant social, mais ne la rend pas impossible⁷¹³.

452. Plan.- En déduisant de l'article 618 du Code civil de 2005, il résulte que les préposés d'une personne morale doivent répondre personnellement des préjudices causés à autrui par leurs actes fautifs commis hors de l'exercice de leurs missions attribuées par la personne morale (I). En plus, dans certaines hypothèses particulières, la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers sera engagée même lorsqu'ils exercent des missions sociales (II).

I. La faute séparable des missions : la première cause de la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers

453. En se basant sur l'article 618 du Code civil vietnamien 2005, il résulte que lorsque les tiers veulent mettre en cause la responsabilité civile des tiers, ils doivent démontrer que ces derniers ont commis des fautes qui sont extérieures à l'exercice de leurs missions sociales (A). Pourtant, la question se pose quels sont les critères utilisables pour apprécier les fautes séparables des missions (B).

A. L'exigence d'une faute séparable des missions.

454. Selon l'article 618 du Code civil vietnamien 2005 « *une personne morale est tenue de répondre des dommages causés par ses préposés dans l'exercice de leurs missions [...]* ». En suivant cette orientation, les dirigeants qui agissent dans la limite de leurs missions sont exonérés de la responsabilité civile envers les tiers. *A contrario*, s'ils commettent un acte qui n'entre pas dans leurs missions attribuées par la société, ils seront personnellement responsables.

455. La nature de faute séparable des missions.- En vertu de l'article 139.3 du Code civil de 2005, un représentant ne peut accomplir que les actes qui sont prescrits dans le mandat. Pour un dirigeant de la société, le pouvoir de représentation des dirigeants se limite dans les

⁷¹³ Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude 483-37.

missions sociales qui sont expressément prévues par la loi ou par les statuts. Ainsi, en vertu de l'article 139.4 du Code civil de 2005, la société est tenue aux obligations nées des actes accomplis par son représentant à condition que ces actes entre dans le cadre de ses pouvoirs de représentation du dirigeant, c'est-à-dire dans le cadre des missions attribuées par la société. En déduisant de l'article 139.4 du Code civil de 2005, la société n'est pas tenue de répondre des préjudices causés aux actionnaires et aux tiers par les actes fautifs accomplis extérieurs à l'exercice des missions de ses dirigeants car ces actes n'entrent pas dans la sphère des pouvoirs de représentation conformément au droit civil, alors ils n'engagent pas la société.

456. Les missions des dirigeants de société anonymes.- Il apparaît que les juges vietnamiens ne rencontrent pas de difficulté lorsqu'ils doivent caractériser en quoi les faits révèlent un comportement du dirigeant constitutif de faute séparable des missions des dirigeants car la loi vietnamienne prévoit de façon détaillée les missions des administrateurs et du DG⁷¹⁴. Ainsi, en se basant sur la mission de chaque dirigeant, le juge peut qualifier si l'acte fautif entre dans la sphère de ses missions sociales ou non.

B. Les critères d'appréciation de la faute séparable des missions sociales.

457. La faute détachable des missions en droit vietnamien relèverait plutôt de l'acte dommageable commis par les dirigeants en dehors de l'exercice de leurs missions. Pourtant, il n'existe pas une définition précise de la faute séparable des missions comme en droit français. L'appréciation de faute séparable dépend du pouvoir discrétionnaire des juges.

II. La responsabilité civile des dirigeants envers les tiers pour les fautes commises dans la limite des missions sociales en droit vietnamien.

458. En dehors de la faute séparable des missions, la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers pourrait être engagée dans certaines hypothèses disposées par le droit civil (A) et par le Modèle de Statut applicable aux sociétés cotées (B).

⁷¹⁴ LE 2014.art.149 et 157. Voir également *supra* n° 127 ss.

A. Les hypothèses de la responsabilité civile envers les tiers en droit civil.

459. En matière du droit civil, Il apparaît que la responsabilité personnelle d'un dirigeant social envers les tiers sera engagée dans les hypothèses suivantes: lorsqu'il dépasse l'objet social (1), lorsqu'il se porte caution personnelle pour la dette de la société (2), lorsqu'il fournit aux cocontractants des informations précontractuelles inexactes (3).

1. La responsabilité envers les tiers pour le dépassement de l'objet social.

460. Principe du droit civile.- Selon l'article 86.1 du Code civil de 2005, la capacité juridique d'une personne morale est son aptitude à être titulaire de droits civils et assujettie à des obligations civiles en conformité avec l'objet de son activité. Autrement dit, la personne morale n'est engagée que par les actes qui entre dans son objet d'activité. Ainsi, lorsque le représentant de la personne morale conclut un acte qui n'entre pas dans l'objet d'activité de la personne morale, cet acte n'engage pas la personne morale. Par conséquent, en vertu de l'article 146.1 du Code civil de 2005, le représentant de la personne morale est tenu d'exécuter toutes les obligations nées de l'acte qu'il a conclu. En vertu de l'article 146.2 du Code civil de 2005, le représentant est tenu de réparer les dommages causés au cocontractant par la conclusion des actes qui excèdent l'objet social.

461. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que la société ne soit pas engagée par les actes qui n'entrent pas dans l'objet social⁷¹⁵, c'est-à-dire que le représentant de la société doit exécuter personnellement les obligations nées des actes conclus qui n'entrent pas dans l'objet social, y compris l'obligation de réparer les préjudices causés aux cocontractants.

⁷¹⁵ En réalité, la jurisprudence majoritaire annule les contrats qui n'entrent pas dans l'objet social, voir en ce sens : LE Minh Tâm, *op.cit.*

2. Le cautionnement personnel du dirigeant.

462. Définition de cautionnement. – En vertu de l'article 361 du Code civil de 2005 , le cautionnement est défini comme « *le fait pour un tiers de s'engager envers un créancier à exécuter une obligation à la place du débiteur (dénommé cautionné), pour le cas où, à l'échéance, celui-ci n'aurait pas exécuté son obligation ou l'aurait exécuté de manière imparfaite [...]* ». Ainsi, le cautionnement consiste pour une personne à s'engager à garantir le remboursement de la dette d'un débiteur principal en cas d'impossibilité pour ce dernier d'exécuter ses obligations. Cette dernière pratique est particulièrement répandue dans la vie des affaires vietnamienne, notamment dans celle des affaires de société.

463. Obligation personnelle de dirigeant envers créanciers. - Lorsqu'un dirigeant souscrit un cautionnement à titre personnel pour garantir les dettes de la société, il peut être appelé à payer personnellement les dettes de celle-ci en cas de défaillance de la société. Ce cas de figure est très répandu dans la mesure où les banques consentant des prêts aux sociétés exigent quasi systématiquement des garanties de la part de leurs dirigeants et parfois même des membres de leur famille (époux ou épouse, père, mère, belle-mère, beau-père du dirigeant, etc...).

3. La responsabilité envers les tiers pour la garantie de fourniture des informations précontractuelles exactes.

464. Lorsqu'un dirigeant donne au tiers contractant de la société une garantie sur l'exactitude des informations précontractuelles, il l'engage à titre personnel, de sorte qu'il doit réparer personnellement les préjudices causés au tiers contractant en cas de fausses informations. En réalité, l'article 6 du Code civil de 2005 exige que les parties doivent se comporter avec bonne foi et « *une partie ne doit pas tromper l'autre* » et le fait de garantir les fausses informations pour assurer le cocontractant constitue le dol sur le fondement de l'article 132 du Code civil et ce dol est la cause de nullité du contrat⁷¹⁶. Lorsque le contrat

⁷¹⁶L'article 132 du Code civil 2005 dispose que « La partie qui a conclu un acte de la vie civile par dol ou violence peut demander au tribunal de prononcer la nullité de l'acte.

Le dol est un comportement intentionnel d'une partie ou d'un tiers qui vise à induire une autre partie en erreur sur la personne du cocontractant, sur la nature de l'objet ou sur le contenu de l'acte et qui conduit l'autre partie à s'engager. »

est annulé, le tiers lésé par les fausses informations garanties par le dirigeant en cause peut lui exiger la réparation des préjudices sur le fondement de l'article 137.2 du Code civil de 2005 selon lequel « *la partie fautive qui a causé des dommages est tenue de les réparer* ».

B. Les hypothèses de la responsabilité civile envers les tiers dans les sociétés cotées.

465. L'article 36.2 du Modèle de Statut dispose que la société va rembourser aux dirigeants la somme d'argent qu'ils ont payée aux tiers lorsque ces dirigeants sont assignés en justice par les tiers. Pourtant, le remboursement est subordonné aux conditions cumulatives suivantes : (i) le préjudice doit être causé par le dirigeant dans l'exercice de ses missions attribuées par la société ; (ii) le dirigeant en cause doit prouver qu'il a agi avec bonne foi, avec diligence, avec attention dans l'intérêt de la société ; (iii) le dirigeant en cause doit prouver qu'il a respecté la loi et exécuté correctement leurs missions.

Cet article implique une double hypothèse. En premier lieu, cet article prévoit implicitement la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers, c'est-à-dire que les dirigeants peuvent faire l'objet d'une action individuelle intentée par les tiers qui se trouvent avoir subi des préjudices causés par leurs actes fautifs. En deuxième lieu, les dirigeants en cause réclament à la société le remboursement du montant qu'ils ont payé aux victimes en prétendant qu'ils ont rempli les conditions de remboursement prévu par l'article 36.2 du Modèle de Statut.

466. Ainsi, en déduisant *a contrario* de l'article 36.2 du Modèle de Statut, il résulte que les dirigeants seront responsables personnellement des préjudices causés aux tiers par les comportements fautifs suivants : l'agissement malhonnête (1), l'imprudence (2), l'agissement contraire à l'intérêt social (3) et la violation de la loi (4).

1. L'agissement malhonnête.

467. Le dirigeant ne doit pas agir de façon malhonnête, c'est-à-dire qu'il ne doit pas faire des manœuvres dolosives visant à tromper les tiers, même s'il agit dans le cadre d'une mission commandée par la société. À cet égard, la jurisprudence française peut servir de modèle pour retenir la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers. En réalité, le juge français a retenu la responsabilité civile d'un dirigeant envers les tiers dans les cas

suivants : la présentation flatteuse de la situation de son entreprise en se portant également garant du règlement de factures établies pour du personnel intérimaire employé par une filiale⁷¹⁷; la dissimulation de la cessation des paiements pour obtenir livraison de marchandises qui ne pourraient pas être payées⁷¹⁸; la minoration des pertes pour inciter un investisseur à entrer dans le capital⁷¹⁹; la dissimulation lors d'une cession de fonds de commerce d'une indemnité de fin de carrière du gérant non provisionnée en comptabilité⁷²⁰.

2. L'imprudence.

468. Comme décrit ci-dessus, le devoir de diligence implique l'obligation de se renseigner et l'obligation de surveillance des dirigeants de la société.

469. Manquement au devoir de se renseigner. - Ainsi, lorsque le dirigeant agit avec l'imprudence, c'est-à-dire que lorsqu'il décide sur la base d'informations matérielles qui ne sont pas raisonnablement à sa disposition, il doit personnellement répondre des préjudices causés aux tiers.

L'affaire *Hoang Dinh Dung*⁷²¹ peut donner un exemple typique de la situation d'un dirigeant qui décide sur la base d'informations insuffisantes. En espèce, Hoang Dinh Dung est le DG de la Société de l'Import – Export générale N° 3 (« Centrimex 3 ») relevant du Ministère de Commerce, une société dont l'État est associé unique. Le 17 juillet 2000, Centrimex conclut avec la société H. allemande un contrat d'achat 10.000 tonnes d'engrais à base d'urée ayant une valeur de 1.450.000 USD. Les parties sont d'accord que le paiement sera effectué par la modalité de L/C en conformité à INCOTERMS 2000⁷²². Le

⁷¹⁷ CA Besançon, 23 nov. 2004 : JurisData n° 2004-257232

⁷¹⁸ CA Toulouse, 2e ch., 2e sect., 19 févr. 2004 : JurisData n° 2004-243903.

⁷¹⁹ CA Bordeaux, 2e ch., 1er avr. 2003 : JurisData n° 2003-213765.

⁷²⁰ CA Besançon, 2e ch., 22 déc. 2003 : JurisData n° 2003-230386.

⁷²¹ Arrêt n° 494/2008/HSPT du 23 juillet 2008 du Tribunal d'Appel de la Cour Populaire Suprême de Hanoi (ci-après, « *Arrêt Hoang Dinh Dung* »).

⁷²² INCOTERMS est une abréviation anglo-saxonne de l'expression «International Commercial Terms» signifiant «termes du commerce international» et traduite en français par «C.I.V.» ou «conditions internationales de vente». Les Incoterms résultent d'une codification des modalités d'une transaction commerciale mise en place par la Chambre de Commerce Internationale. Voir en ligne à « <http://www.icc-france.fr/> »

27 septembre 2000, le navire Dewan 1 transporte 10.000 tonnes d'engrais d'urée est arrivé au port de Saigon. Pourtant, le 3 octobre 2000, en se basant sur une lettre de la banque d'Agribank disant que les documents de L/C présentait certains défauts, Hoang Dinh Dung envoya une lettre à Agribank pour lui demander de refuser de payer à la banque BHF la somme de 1.451.935, 75 USD en conformité avec L/C n° LN/SGD1 -00/071. Le navire Dewan 1, était en attente de livraison des marchandises mais personne ne vient pour les récupérer, il dut alors quitter le port de Saigon le 19 octobre 2000 avec les 10.000 tonnes d'engrais à base d'urée. Comme Centrimex 3 lui a toujours refusé de payer les frais de transport, le tribunal de Karachi lui a permis de vendre ces marchandises pour récupérer ces frais. Quant à BHF, comme Agribank lui a refusé de payer, il a automatiquement débité la somme de 1.451.935, 75 USD du compte de l'Agribank en Allemagne. Hoang Dinh Dung a commis la faute de « *manquement à la responsabilité causant des pertes pour les biens de l'État* »⁷²³ et il a été ainsi condamné à payer les préjudices de 1.451.935, 75 USD à l'État⁷²⁴.

Si on analyse l'affaire sous l'angle de régime du devoir de diligence, on peut dire que Hoang Dinh Dung a manqué au devoir de diligence en décidant de ne pas recevoir les marchandises sans connaissance de cause. En effet, s'il n'est pas sûr que les défauts de documents de L/C puissent justifier le refus de réception des marchandises, il était tenu de consulter les experts juridiques pour avoir une réponse juridique précise.

470. Manquement au devoir de surveillance.- La responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers peut être retenue s'ils manquent au devoir de surveillance. Par exemple, les créanciers peuvent mettre en cause la responsabilité civile des administrateurs d'une société s'ils prouvent que les administrateurs se désintéressent des affaires de la société, c'est à dire qu'ils laissent le DG à conduire la société à défaillance sans prendre aucune mesure nécessaire.

3. L'agissement contraire à l'intérêt de la société.

471. La responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers peut être mise en cause s'ils agissent contrairement aux intérêts de la société. Autrement dit, lorsque les dirigeants

⁷²³ Conformément à l'article 144.3 et 46.2 du Code pénal 1999.

⁷²⁴ Arrêt Hoang Dinh Dung, p.8

utilisent les pouvoirs pour servir l'intérêt personnel ou l'intérêt d'autre personne de la société, ils doivent répondre personnellement des préjudices causés aux tiers.

4. La violation de la loi.

472. Dans l'exercice des missions de la société, le dirigeant doit répondre personnellement des préjudices causés aux tiers s'ils ont violé les dispositions légales ou réglementaires. Par exemple, lorsque le dirigeant ne paie pas les primes d'assurance d'un véhicule utilisé par les salariés de la société ; lorsque le dirigeant construit un appartement sans permis de construire.

473. En résumé, il apparaît que, en droit des sociétés cotées au Vietnam, le dirigeant sera soumis aux actions en responsabilité intentées par les tiers pour les raisons similaires à celles évoquées dans les actions sociales. Ce dispositif n'est pas juste et il semble remettre en cause la théorie de personne morale. En effet, il est généralement admis que les dirigeants de la société ne sont pas responsables envers les tiers des engagements sociaux lorsqu'ils ont été pris dans l'exercice de leurs pouvoirs.

CONCLUSION DE LA SOUS - SECTION 2

474. La responsabilité civile des dirigeants envers les tiers est plutôt rare en France comme au Vietnam.

475. En droit français, la jurisprudence consacre la théorie de faute séparable des fonctions sociales qui permet de mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers. La notion de faute séparable de fonctions comporte trois critères : une faute incompatible avec l'exercice normal des fonctions des dirigeants, intentionnelle et d'une particulière gravité.

La responsabilité civile envers les tiers demeure seulement une responsabilité à titre exceptionnel⁷²⁵. Autrement dit, les tiers lésés par les actes fautifs des dirigeants sociaux peuvent en principe demander la réparation directe à la société qui, à son tour, se retourne contre les dirigeants fautifs pour leur demander le remboursement du montant payé aux victimes.

476. En droit vietnamien, le droit des sociétés est muet sur cette question. On doit donc faire référence aux dispositions du droit commun pour déterminer la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers. En effet, selon le régime de la théorie de personne morale, le principe est que la société personne morale doit réparer les préjudices que ses dirigeants ont causés aux tiers. Pour mettre en cause la responsabilité individuelle des dirigeants, les tiers doivent démontrer qu'ils ont commis une faute séparable des missions attribuées par la société. Pourtant, le droit commun ne donne pas de critères pour pouvoir déterminer en quoi les faits révèlent un comportement du dirigeant constitutif de faute séparable de ses missions. Ainsi, la charge de preuve incombe aux tiers lésés lorsqu'ils assignent les dirigeants et la qualification de fautes séparables dépend discrètement de la compétence des juges du fond.

Dans certains cas particuliers, les dirigeants doivent personnellement répondre de leurs actes fautifs même lorsqu'ils agissent dans la limite des missions attribuées par la société. Cette sanction est plus sévère pour les dirigeants des sociétés cotées et elle risque de remettre en cause la théorie de personne morale.

⁷²⁵ Voir. Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, n° 483-35

CONCLUSION DU CHAPITRE II.

477. L'analyse a montré que le droit français et le droit vietnamien ne prévoient pas une norme spéciale pour engager la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires. En droit français, l'insuffisance du droit positif est complétée par la jurisprudence qui développe la théorie du devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires. En effet, le devoir de loyauté exige que le dirigeant français doive révéler aux associés minoritaires les négociations parallèles qu'il mène pour revendre les titres qu'il leur achète. En outre, le devoir de loyauté exige également que le dirigeant ne doive pas détourner les opportunités d'affaires appartenant aux actionnaires. Pourtant, la jurisprudence française ne connaît pas la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires pour le manquement à l'obligation d'informations financières destinées au marché des capitaux.

Le droit vietnamien consacre également une obligation de loyauté dans le droit positif mais il est regrettable qu'il n'y ait aucune disposition spécifique pour garantir cette obligation des dirigeants envers les actionnaires. Le devoir de loyauté exige que les dirigeants ne doivent pas se placer dans le conflit d'intérêts avec les actionnaires et doivent fournir aux actionnaires des informations financières exactes et complètes. Pourtant, le manquement à l'obligation des informations sur le marché des capitaux n'est que régie par le droit pénale.

Cette réalité juridique montre le déséquilibre entre l'intérêt des dirigeants et celui des actionnaires. Autrement dit, les dirigeants sont mieux protégés par la société écran en ce qui concerne la responsabilisation envers les actionnaires.

En ce qui concerne la responsabilité civile envers les tiers, le droit français et le droit vietnamien se convergent sur le principe selon lequel la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers n'est retenue que si les dirigeants commettent des fautes séparables de leurs fonctions sociales. En droit français, ce principe est dégagé par la jurisprudence alors qu'en droit vietnamien, ce principe est déduit du droit commun de la responsabilité civile de la personnalité morale. Ainsi, la jurisprudence française peut ici servir de modèle pour que le droit vietnamien puisse construire un fondement spécial pour mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers.

CONCLUSION DU TITRE 1

478. L'analyse a montré que lorsque la société est *in bonis*, les conditions de la responsabilité civile connaissent de différents degrés car les intérêts à protéger sont différents : l'intérêt de la société, l'intérêt des actionnaires et l'intérêt des tiers. Toutefois, il apparaît que la responsabilité civile des dirigeants envers la société doit constituer une clé de voûte de la responsabilité.

TITRE 2. LE RÉGIME SPÉCIAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS DANS LA SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ.

479. Introduction.- Lorsque la société fait face à des difficultés financières, c'est-à-dire qu'elle se retrouve en situation d'insolvabilité, les dirigeants ne peuvent se dégager de toute responsabilité puisqu'ils sont les seules personnes à qui les actionnaires confient la gestion du patrimoine social. Ainsi, il est légitime de s'interroger sur l'incidence des fautes des dirigeants sur la défaillance de l'entreprise débitrice lorsque celle-ci ne peut plus être redressée, et de mettre en cause le cas échéant leur responsabilité personnelle pour réparer le préjudice subi par les créanciers⁷²⁶.

480. En droit français, la responsabilité personnelle des dirigeants dans la société insolvable est engagée sous la forme de la responsabilité pour insuffisance d'actif qui est prévue dans l'article L.651-2 al. 2 du Code de commerce. Au travers de l'action pour insuffisance d'actif, la société lésée peut demander aux dirigeants de supporter tout ou une partie du passif social. Le demandeur de l'action pour insuffisance d'actif doit prouver toute faute de gestion du dirigeant pour mettre en cause sa responsabilité (**Chapitre 1**).

481. À la différence du droit français, le droit vietnamien ne prévoit aucune responsabilité spéciale des dirigeants lorsque la société anonyme se trouve en situation d'insolvabilité. Toutefois, la possibilité d'intenter une action en obligation aux dettes sociales sera déduite de certains comportements fautifs particuliers (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS DANS LA SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ EN DROIT FRANÇAIS : RESPONSABILITÉ POUR INSUFFISANCE D'ACTIF.

482. Le droit des sociétés français consacre un régime « *spécial* » de responsabilité des dirigeants de la société en difficulté. En effet, selon l'article L.651-2 du Code de commerce lorsque la société est en liquidation judiciaire, le dirigeant peut faire l'objet d'une action pour insuffisance d'actif (c'est la nouvelle dénomination de l'action en comblement du

⁷²⁶ Voir. JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Litec, 8^e édition, 2013, n°1072

passif) s'il a commis une faute de gestion⁷²⁷. Selon certains auteurs, l'action pour insuffisance d'actif tente de trouver un point d'équilibre : adoucir le sort des dirigeants sans leur assurer une trop grande impunité⁷²⁸.

483. En vertu de l'article L.651-2 du Code de commerce, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'est intentée qu'en cas de liquidation judiciaire⁷²⁹ et elle peut mettre en cause la responsabilité de tout dirigeant *de jure* ou *de facto* ayant contribué à la faute de gestion⁷³⁰.

484. Conformément au droit commun de la responsabilité, l'action pour insuffisance d'actif est subordonnée à la preuve d'une faute (**Section 1**), d'une insuffisance d'actif (**Section 2**) et d'un lien de causalité entre ces deux premiers éléments (**Section 3**).

SECTION 1. LA FAUTE DE GESTION DANS L'ACTION POUR INSUFFISANCE D'ACTIF.

485. Qualification de faute de gestion. - Pour engager la faute des dirigeants, le demandeur doit prouver qu'il y a eu faute de gestion⁷³¹. Pourtant, le Code de commerce français ne définit pas ce qu'est une faute de gestion. Ainsi, la qualification de cette faute relève du pouvoir souverain des juges du fond⁷³². En réalité, la jurisprudence française consacre une conception très large et variée de la faute de gestion⁷³³. En effet, la faute de gestion comprend toute faute du dirigeant, qu'elle soit légère, grave, lourde ou dolosive à condition qu'elle soit commise

⁷²⁷Voir notamment. LE CANNU P., « La responsabilité civile des dirigeants de la personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 743

⁷²⁸Voir. COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27^e éd., 2014, n° 319.

⁷²⁹ Avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, l'action en comblement du passif pouvait être exercée à tout moment de la procédure quelle que soit au demeurant celle-ci, excluant les actions en responsabilité civile de droit commun pour faute du dirigeant : Cass.com., 28 février 1995 : *Bull. joy Société* 1995, §84, note DAIGRE J-J.

⁷³⁰ Voir. GERMAIN M., « L'action en comblement du passif social : entre le droit commun et droit spécial : le Code de commerce, livre du Bicentenaire », *Dalloz*, 2007, p. 243 ; Voir notamment, COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n° 320 et ss.

⁷³¹ Voir. FAVERIO F., « La faute de gestion au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce », *Rev. proc.coll.*, 2011, étude 15 :

⁷³² Voir par exemple, Cass.com., 13 nov. 2007 : *Gaz. Proc.coll.* 2008-1, p.68, not MONTERAN Th.

⁷³³Voir notamment. CALVO J., « L'action en comblement de passif et la faute de gestion », *P.A.*, n° 63, 27 mai 1998, spéc. 16 ; MASCALA C., « Panorama des fautes de gestion », *RTD. com.*, 1999, p. 983 ; HADJI-ARTINIAN S., *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001.

dans le cadre de l'administration et de la gestion de la société⁷³⁴. Selon d'autres auteurs, la faute de gestion peut consister soit en un fait positif, soit en une abstention. En premier lieu, la faute d'action peut prendre la forme d'aventurisme dans les affaires, de lancement de projets d'investissement démesurés, d'entêtement dans une diversification malheureuse. En deuxième lieu, la faute d'abstention implique le défaut de surveillance des cadres supérieurs ou du président, le lancement d'opération sans étude préalable sérieuse, l'absence de comptabilité analytique⁷³⁵.

486. Exemple de faute de gestion. - À titre d'exemple, on peut citer certains cas de faute de gestion sanctionnée pour démontrer que la jurisprudence française se montre sévère à l'égard du dirigeant lorsque qu'il met la société en liquidation judiciaire⁷³⁶.

- L'achat d'un stock très important et la revente à perte⁷³⁷;
- La poursuite abusive d'une exploitation déficitaire⁷³⁸;
- Le défaut de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal de quinze jours⁷³⁹.
- Le fait pour un père de désigner comme dirigeante sa fille, une jeune étudiante de vingt ans. Ignorante des impératifs de la vie des affaires, la fille se contentait d'obéir aux ordres de son père, et ne jouait aucun rôle effectif dans la direction de l'entreprise. Cette inertie a été lourdement sanctionnée par les juges qui le biais de la faute de gestion⁷⁴⁰.
- Le fait pour un dirigeant de société d'embaucher du personnel et de procéder à des investissements alors qu'il n'a que des espoirs, aucune certitude - de signer des contrats⁷⁴¹.
- Le fait de tenir une comptabilité incomplète ou irrégulière⁷⁴².

⁷³⁴ Voir en ce sens, AKAM AKAM A., « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2t. XXI, 2, p. 211-243.

⁷³⁵ Voir. COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27^e éd., 2014, n° 321.

⁷³⁶ Voir la synthèse et commentaire général des arrêts ; MASCALA C., « Panorama des fautes de gestion », *RTD. com.*, 1999, p. 983 ; COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27^e éd., 2014, n° 324.

⁷³⁷ CA Rouen, 11 sept. 1997, *JCP E* 1998, p. 1574.

⁷³⁸ Com. 8 déc. 1998, n° 1951 D ; 1er févr. 1998, *Gaz. Pal.* 26 mai 1998, n° 42 ; Com. 9 déc. 1997, *RJDA* 4/1998. 345 ; 31 mars 1998, *RJDA* 6/1998. 548.

⁷³⁹ Com. 8 déc. 1998, n° 1928 D.

⁷⁴⁰ Cass. com. 23 juin 1998 et 7 juillet 1998 : *JCP E* 1999, p.29, obs. VIANDIER A et CAUSSAIN J-J.,

⁷⁴¹ Cass. com. 27 octobre 1998, n° 95-19528.

⁷⁴² Cass. com. 18 janvier 2000, n° 96-18512: *Bull. Joly Sociétés* 2000, p.103, note BARBIERI J-F.

- La distribution exceptionnelle de réserves, décidée par le conseil d'administration et entérinée en assemblée, dans un contexte de baisse d'activité et alors que le passif n'est pas réglé⁷⁴³.

SECTION 2. L'EXIGENCE D'UNE INSUFFISANCE D'ACTIF

487. Preuve de l'insuffisance d'actif. Le succès d'une action pour insuffisance d'actif est subordonné à la preuve d'un préjudice subi par la société, c'est-à-dire une insuffisance d'actif⁷⁴⁴. L'existence et le montant de l'insuffisance d'actif sont en général constatés au moment où le tribunal saisi statue sur l'action⁷⁴⁵. L'insuffisance d'actif existe lorsque l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser les créanciers⁷⁴⁶. Autrement dit, l'insuffisance d'actif existe lorsque le passif est supérieur à l'actif disponible.

SECTION 3. LE LIEN DE CAUSALITÉ.

488. Preuve du rapport de causalité.- La preuve du rapport de causalité.- Pour prouver l'existence d'un lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif, le demandeur est tenu de démontrer que la faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif⁷⁴⁷. Pourtant, la détermination du lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif n'est pas toujours une mission aisée pour les juges, notamment lorsqu'il faut qualifier une faute de gestion qui a été commise à une époque plus ou moins éloignée du moment de la constatation de l'insuffisance d'actif⁷⁴⁸.

⁷⁴³ Cass. com. 25 octobre 2011, n° 10-23671: *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 136, note PORACCHIA D.

⁷⁴⁴ Voir. AKAM AKAM A., « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2t. XXI, 2, p. 211-243; voir également Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-14846: *Gaz. Proc.coll.* 2008-1, p.69, not. MONTERAN Th.: la condamnation à combler la totalité du passif suppose donc constater un actif nul.

⁷⁴⁵ Cass. Com., 27 févr. 1978 :D.1978, inf.rap. p.334.

⁷⁴⁶ CA Metz, 20 oct. 1992, *Juris-Data*, n° 048844

⁷⁴⁷ Voir. JACQUEMONT A., *op.cit.*, n°1097

⁷⁴⁸ Voir en ce sens. AKAM AKAM A., *op.cit.*

489. Présomption de lien de causalité. - Pour faciliter la constatation de lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif, la Cour de cassation apparait adopter la théorie de l'équivalence des conditions en retenant la présomption selon laquelle toute faute de gestion peut contribuer à l'insuffisance d'actif. En effet, selon la Cour « *le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article L.624-3 (devenu l'actuel article L.651-2) du Code de commerce, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et il peut être condamné à supporter la totalité des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles* »⁷⁴⁹. Ainsi, il apparait que la Cour de cassation cherche seulement l'existence d'une faute de gestion pour engager la responsabilité des dirigeants en cas d'insuffisance d'actif. Cette approche est raisonnable en matière de détermination de la cause de défaillance d'une société parce que en réalité la défaillance d'une entreprise est souvent due à une multiplicité de facteurs qui interagissent (insuffisance de fonds propres, défaillance d'un client, incompétence et négligence des dirigeants, nouvelle donne concurrentielle, etc...) et parmi lesquels il est difficile d'isoler un facteur causal déterminant⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ Cass. com., 30 nov. 1993, *Bull. Joly*, 1994, p. 410, obs. PETEL. Dans le même sens, voir. Cass. com., 2 mai 2001, *Dr. Sociétés*, 2001, comm. 141.

⁷⁵⁰ Voir. JACQUEMONT A., *op.cit.*, n°1097

CONCLUSION DU CHAPITRE I

490. L'exposé sur le droit français montre que, par la responsabilité pour insuffisance d'actif, le législateur français a élaboré un régime efficace de protection des créanciers en cas de liquidation judiciaire. En effet, il est intéressant de voir que la protection des créanciers se fonde sur une responsabilité du dirigeant envers la société et non une responsabilité du dirigeant envers les créanciers. Par l'action pour l'insuffisance d'actif, il est plus facile d'engager la responsabilité des dirigeants puisque le demandeur a juste à prouver une simple faute de gestion des dirigeants.

CHAPITRE II. LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS DANS LA SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ EN DROIT VIETNAMIEN : MANQUEMENT À L'OBLIGATION AUX DETTES SOCIALES.

491. Existence implicite de l'obligation aux dettes sociales.- À la différence du droit français, le droit vietnamien des sociétés anonymes ne prévoit pas expressément la responsabilité civile des dirigeants sociaux lorsque la société est en situation d'insolvabilité. Toutefois, à travers certaines dispositions de la Loi sur les Entreprises 2014 qui exigent que les dirigeants ne doivent prendre les décisions que s'ils assurent que « *la société doit être en mesure de s'acquitter de toutes ses dettes et autres obligations patrimoniales exigibles* »⁷⁵¹, on peut en déduire l'hypothèse selon laquelle les dirigeants sociaux se voient imposer une obligation aux dettes sociales, c'est-à-dire qu'ils peuvent faire l'objet d'une action en obligation aux dettes de la société lors de la société est insolvable⁷⁵².

492. Conformément au droit commun de responsabilité civile, l'action en obligation aux dettes sociales contre les dirigeants est toujours subordonnée à la preuve d'une faute (**Section 1**), d'une insuffisance d'actif (**Section 2**) et d'un lien de causalité entre ces deux premiers éléments (**Section 3**).

SECTION 1. LES FAUTES PRESUMÉES : LES ACTES AYANT CONTRIBUÉ À LA CESSATION DE PAIEMENT

493. D'une façon générale, la responsabilité civile des dirigeants envers les créanciers n'est retenue que lorsque la société est tombée en situation d'insolvabilité. Ainsi, il convient d'examiner tout d'abord la qualification de la cessation de paiement en droit vietnamien (**§1**), ensuite les comportements fautifs ayant contribué à cette situation difficile de la société (**§2**).

⁷⁵¹ LE 2014.132.2 (c).

⁷⁵² Dans la LE 1999 l'obligation aux dettes sociales est expressément prévue dans l'article 86.3 (c) selon lequel les dirigeants sont personnellement responsables des dettes de la société s'ils décident d'augmenter le salaire et les primes des salariés et des dirigeants en ayant connaissance de l'insolvabilité de la société.

§1. La cessation de paiement.

494. Définition de la cessation de paiement en droit vietnamien. – En vertu de l'article 4.1 de la Loi sur les Faillites 2014, l'état de cessation de paiement est qualifié lorsque la société ne parvient pas à s'acquitter de son obligation de payer une dette exigible dans les trois mois à compter de la date d'échéance. Il est intéressant de voir que le législateur vietnamien fixe un simple délai de retard de paiement de la dette pour qualifier l'insolvabilité de la société, alors qu'en droit français, la cessation de paiements n'est qualifiée que si la société ne dispose plus d'une trésorerie pour faire face au passif exigible⁷⁵³. Pour que la dette soit prise en compte, elle doit être certaine, liquide et exigible⁷⁵⁴. Par conséquent, si la dette est contestée, elle ne sera pas prise en compte pour l'appréciation de la cessation de paiements⁷⁵⁵.

495. Responsables. – En vertu des articles 131.1 et 132.2 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014, les décisions visées par la loi sont celles délibérées par le CA. Ainsi, si une de ces décisions est considérée comme la cause de la cessation de paiement de la société, tous les administrateurs ayant participé au vote de la décision en cause seront responsables.

§2. Les comportements fautifs ayant contribué à la cessation de paiement.

496. En déduisant des dispositions de la Loi sur les Entreprises 2014, les comportements fautifs suivants sont susceptibles d'engager la responsabilité civile des administrateurs lorsque la société est insolvable : le manquement au devoir d'enregistrer le capital réel de la société **(I)** l'abus du pouvoir de rachat des actions émises par la société **(II)**, l'abus du pouvoir de paiement de dividende **(III)**.

⁷⁵³ Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.183.

⁷⁵⁴ Voir. SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droits des sociétés en difficulté*, 5^e éd, Paris 2006, n°1087

⁷⁵⁵ Cass. com., 22 févr. 1994, *JCPE* 1994, I, p.394, note PETEL.

I. Le manquement au devoir d'enregistrer fidèlement le montant réel du capital de la société.

497. En vertu de l'article 112.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, les actionnaires sont tenus de libérer les actions souscrites dans le délai de 90 jours à compter de la date où la société reçoit le certificat d'immatriculation. Par conséquent, les administrateurs et le DG de la société ont le devoir de surveiller la libération des actionnaires. Lorsqu'ils trouvent que les actionnaires négligent de libérer les actions souscrites, ils doivent les inciter à exécuter leurs obligations. À l'expiration du délai de 90 jours, si les actionnaires ne libèrent pas toutes les actions qu'ils ont souscrites, la société est tenue de notifier la réduction de capital statutaire au registre des entreprises. Par exemple, si la société X enregistre dans le certificat d'immatriculation un capital statutaire initial de 10.000.000.000 de Dong, après 90 jours, les actionnaires ne libèrent que 9.000.000.000 Dong. En vertu de l'article 112.3 (d) de la Loi sur les Entreprises 2014, dans le délai de 30 jours à compter de la date de l'expiration de la libération du capital, les administrateurs et le DG doivent procéder à notifier la réduction de capital statutaire au registre des entreprises, c'est-à-dire ils doivent enregistrer le montant de 9.000.000.000 Dong comme le capital officiel de la société.

498. Par conséquent, l'article 112.4 de la Loi sur les Entreprises 2014 prévoit expressément que si les dirigeants manquent au devoir de surveiller la libération des actions et le devoir d'enregistrer le montant réel du capital statutaire, ils seront solidairement responsables des préjudices causés à autrui par leurs comportements fautifs.

499. Lorsque les co-contractants concluent des transactions avec la société, le préjudice typique qu'ils peuvent supporter sera évidemment une dette impayée par celle-ci. Cette disposition vise ainsi à protéger les créanciers de bonne foi de la société parce que si les actionnaires ne libèrent pas complètement des actions souscrites, les co-contractants vont conclure les transactions avec la société sur le fondement d'un capital fictif. En matière du droit civil, la présentation flatteuse de la situation du capital de la société constitue le dol qui peut porter atteinte à l'intérêt des cocontractants de la société⁷⁵⁶, notamment lorsqu'ils entreprennent *bonna fide* les affaires avec la société en se basant seulement sur la capacité financière formellement décrite dans le certificat d'immatriculation de la société⁷⁵⁷. Ainsi,

⁷⁵⁶ C.civ. 2005. art 132.

⁷⁵⁷ En droit vietnamien, le capital statutaire de la société est formellement enregistré dans le certificat d'immatriculation de la société. Voir également MANH Bon. « Luật Doanh nghiệp sửa đổi sẽ rất thoáng, nhưng không dễ lợi dụng » (La LE amendée est très ouverte

les dirigeants ont non seulement le devoir de surveiller la libération des actions, mais encore le devoir d'enregistrer fidèlement le montant réel du capital de la société dans le certificat d'immatriculation de la société après le délai prévu par la loi.

II. L'abus du pouvoir de rachat des actions émises par la société.

500. En vertu de l'article 131.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, le CA a le droit de racheter un maximum de 10% du nombre total des actions ordinaires et tout ou partie des actions de préférence dividende émises par la société pour chaque période de 12 mois. Pourtant, l'obligation aux dettes sociales exige que « *la société ne doit que rembourser le rachat des actions [...] si après le remboursement, la société est en mesure d'acquitter des dettes exigibles et les autres obligations patrimoniales* ». Le fait de rembourser les actions émises par la société implique une restitution à l'actionnaire d'une fraction du capital dont il est détenteur: on parle alors de l'amortissement du capital. Cet amortissement du capital influence directement la solvabilité de la société. Ainsi, pour assurer la solvabilité des créanciers, la loi interdit aux dirigeants de rembourser le rachat des actions lorsqu'ils sont en mesure de constater qu'après le remboursement des actions, la société se trouve en situation d'insolvabilité. Par conséquent, si le remboursement du rachat des actions est effectué lorsque les administrateurs ont connaissance de l'insolvabilité de la société, c'est-à-dire qu'ils ont conscience que cet achat d'actions va entraîner une cessation de paiement, ils manquent alors à l'obligation aux dettes sociales.

III. L'abus du pouvoir de paiement de dividende.

501. En investissant au capital d'une société, les actionnaires attendent toujours la participation aux bénéfices, c'est-à-dire la distribution de dividendes. Pour protéger

mais il n'est pas facile à en abuser), *Dau Tu Chung Khoan* 12 juin 2014, disponible en ligne à: <http://timhanhchungkhoan.vn/phap-luat/luat-doanh-nghiep-sua-doi-se-rat-thoang-nhung-khong-de-loi-dung-97135.html>; BA Dan, « Đăng ký khống vốn điều lệ 45.000 tỉ đồng quá dễ » (Enregistrer facilement le capital fictif de 45 mille de milliard de Dong), *Thoi Bao Kinh Te Sai Gon*, 6 mars 2014, disponible en ligne à: <http://www.thesaigontimes.vn/111495/Dang-ky-khong-von-dieu-le-45000-ti-dong-qua-de.html>

l'intérêt des créanciers, la loi contraint la société à assurer la solvabilité lorsqu'elle procède à la distribution des dividendes. En effet, en vertu de l'article 132.2 (c) de la Loi sur les Entreprises 2014, la société anonyme n'effectue le paiement des dividendes au profit des actionnaires que « *si elle est en mesure de s'acquitter de toutes ses dettes et autres obligations patrimoniales exigibles après le paiement des dividendes* ». En réalité, c'est l'AG qui décide la distribution des dividendes, mais le CA est l'organe habilité à proposer la distribution des dividendes à l'AG. Alors, en proposant la distribution de dividendes, les administrateurs sont présumés d'assurer la solvabilité de la société. Par conséquent, s'ils proposent la distribution de dividendes en ayant connaissance de la situation d'insolvabilité de la société, ils sont considérés comme ayant manqué à l'obligation aux dettes sociales.

SECTION 2. LE PRÉJUDICE.

502. La preuve d'un préjudice.- Le succès d'une action en obligation aux dettes sociales est subordonné à la preuve d'un préjudice subi par le créancier. Lorsque la société est insolvable, le préjudice est évidemment une dette impayée par la société. Pourtant, afin de mettre en cause la responsabilité des administrateurs, le créancier lésé doit encore démontrer le lien de causalité entre les comportements fautifs des administrateurs et le préjudice qu'il a subi.

SECTION 3. LE LIEN DE CAUSALITÉ

503. Nécessité d'application de la théorie de l'équivalence des conditions.- Pour engager la responsabilité des dirigeants pour le manquement à l'obligation aux dettes sociales, un lien de causalité doit être établi entre la faute des dirigeants et l'insolvabilité de la société. Dans la pratique, pour plusieurs raisons, il arrive que ce lien soit difficile à mettre en lumière si on applique la théorie de la cause adéquate des conditions.

Tout d'abord, la faute des dirigeants peut ne pas être la seule cause déterminante de l'acte préjudiciable, c'est-à-dire l'acte qui contribue à l'état d'insolvabilité de la société, et se combiner avec de nombreux autres facteurs parfois plus décisifs. En plus, la difficulté est accrue lorsque les faits reprochés aux dirigeants sont assez lointains du moment où la

société est qualifiée insolvable, à tel point qu'il est quasiment impossible d'identifier le secteur prépondérant dans la production du résultat incriminé⁷⁵⁸.

Il serait par conséquent préférable d'appliquer la théorie de l'équivalence des conditions pour déterminer le lien de causalité lorsque la société est insolvable. En d'autres termes, si la preuve de la faute et du dommage crée une présomption selon laquelle l'insolvabilité a été causée par les actes fautifs des dirigeants, un lien de causalité doit être constaté.

504. Charge de preuve. – Les demandeurs de l'action en obligation aux dettes doivent apporter tous moyens pour démontrer la relation de cause à effet entre les comportements fautifs des dirigeants et l'insolvabilité de la société.

⁷⁵⁸ Voir en ce sens, GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, op.cit. p.435

CONCLUSION DU CHAPITRE II

505. L'exposé a montré que, à la différence du droit français, le droit vietnamien reconnaît implicitement une responsabilité envers les créanciers pour le manquement à l'obligation aux dettes sociales lorsque la société est en liquidation judiciaire. Il s'agira d'une action individuelle directement intentée par les créanciers. Pourtant, le droit d'agir en justice des créanciers est très limité et cette action est purement théorique. En plus, Il y a seulement trois hypothèses de l'agissement fautif où les créanciers peuvent mettre en cause la responsabilité personnelle des dirigeants : le manquement au devoir d'enregistrer fidèlement le montant du capital statutaire, l'abus du pouvoir de rachat des actions émises par la société et l'abus du pouvoir de paiement de dividende.

CONCLUSION DU TITRE II

506. Lorsque la société se trouve en situation d'insolvabilité, il faut préférablement tenir compte des intérêts des créanciers. En pratique, une action sociale apparaît juste pour mieux protéger les intérêts. À cet effet, le droit français peut faire figure de modèle pour le droit vietnamien en consacrant la responsabilité pour insuffisance d'actif qui est intentée lors de la liquidation judiciaire.

Il faudrait que le législateur vietnamien s'en inspire pour réformer leur droit afin que la responsabilité des dirigeants puisse être mise en cause par une action sociale qui se fonde sur la faute de gestion. Une telle action sociale renforcerait la responsabilité des dirigeants envers les créanciers lorsqu'ils prennent des décisions alors qu'actuellement l'obligation au paiement des dettes sociales est seulement prévue de façon implicite dans la Loi sur les Entreprises 2014 avec certains cas de comportements fautifs à titre particulier.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

507. Notre exposé montre que, dans les deux systèmes juridiques étudiés, les conditions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux sont liées à l'état économique de la société. En effet, lorsque la société est *in bonis*, cette responsabilité connaît différents degrés car les intérêts à protéger sont différents : l'intérêt de la société, l'intérêt des actionnaires et l'intérêt des tiers. Lorsque la société se trouve en situation de liquidation judiciaire, seuls les créanciers seuls poursuivront le patrimoine des dirigeants si les conditions sont remplies⁷⁵⁹, dans ce cas d'espèce, la faute devra avoir un lien direct ou indirect avec la gestion sociale.

Pour mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants, le demandeur doit démontrer que les dirigeants ont commis une faute. Il doit également porter la preuve d'un préjudice réparable et distinct. Enfin, il doit prouver qu'il existe un lien de causalité entre la faute et le dommage.

508. L'étude démontre également qu'en droit vietnamien, la question de la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires et envers les tiers n'est pas abordée par les législateurs. Elle n'est que théoriquement déduite du droit commun.

509. En tout état de cause, la responsabilisation des dirigeants dépend encore du régime de mise en œuvre de la responsabilité civile à l'encontre des dirigeants.

⁷⁵⁹ Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.* p.229.

DEUXIÈME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

510. Introduction.- Selon Rode, parmi les mécanismes de règlement des différends, l'action en justice est souvent considérée comme la voie la plus choisie par les parties aux différends dans l'espoir que « *justice soit faite* »⁷⁶⁰. Dans le domaine de *corporate governance*, l'action en responsabilité a émergé récemment comme une arme prometteuse utilisée par les actionnaires afin de lutter contre les actionnaires majoritaires ou les dirigeants fautifs⁷⁶¹. Pourtant, on se demande pourquoi en pratique les actions en responsabilité à l'encontre des dirigeants sont très rares dans les deux systèmes de droit⁷⁶².

511. Pour trouver la réponse à la question précitée, il convient en premier temps d'aborder le régime de mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants dans les deux législations (**Titre 1**) et dans le deuxième temps, les éventuels obstacles affectant l'effectivité des actions en responsabilité (**Titre 2**).

TITRE 1. LES ACTIONS À L'ENCONTRE DES DIRIGEANTS SOCIAUX

512. La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants se fait par deux actions bien distinctes⁷⁶³: L'action sociale qui est ouverte à la société pour demander la réparation du dommage subi par la société (**Chapitre 1**), et l'action individuelle qui est reconnue aux

⁷⁶⁰ Voir. DEBORAH L. RODE, *Access to justice* (2004), cité par QUACH Thuy Quynh, "Does more litigation mean more justice for shareholders? The case of derivative actions in Vietnam", in WRBKA S., VAN UYTSEL S., SIEMS M (Sous la direction de) *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, éd. Cambridge University Press, 2012.

⁷⁶¹ Voir. QUACH Thuy Quynh, "Does more litigation mean more justice for shareholders? The case of derivative actions in Vietnam", in WRBKA S., VAN UYTSEL S., SIEMS M (Sous la direction de) *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, éd. Cambridge University Press, 2012.

⁷⁶² En droit français, voir. GELTER M., op.cit; JEULAND E., "Responsabilité de l'entreprise et action de groupe", in FERRIER N., PELISSIER A., (sous la dir.) *l'Entreprise Face Aux Évolutions de la Responsabilité Civile*, éd. Economica, Collection Études juridiques, 2012, p. 75.

En droit vietnamien, selon une étude de QUACH Thuy Quynh, en 2011, il y a une seule action sociale qui est rapportée par la Cour populaire de la ville de Hanoi, voir en ce sens, QUACH Thuy Quynh, "Transplantation of Derivative Actions to Vietnam – Tip-Offs from Absence of Academic Debate", 7 *Asian Journal of Comparative Law*, March 22, 2012; voir également NGUYEN Hoang Thuy Trang, op.cit;

⁷⁶³ Cass. civ., 26 nov. 1912 : *DP* 1913, 1, p. 377, note THALLER.

actionnaires ou aux tiers pour demander la réparation des préjudices qu'ils ont personnellement supportés (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. L'ACTION SOCIALE *UT SINGULI* : LA TRANSPOSITION DE « DERIVATIVE ACTION » DE COMMON LAW

513. L'action sociale est celle qui est exercée pour obtenir la réparation du dommage causé à la société dans son ensemble et, par suite, à la masse des actionnaires. L'action sociale a pour fonction naturelle d'obtenir l'indemnisation de préjudice causé à la société. Elle a donc pour objectif, d'une part, de reconstituer le patrimoine des actionnaires ou de la société qui a été amoindri par le préjudice occasionné⁷⁶⁴ et, d'autre part, de renforcer la confiance des investisseurs car l'irresponsabilité des dirigeants pourra décourager l'épargne et l'investissement⁷⁶⁵. De plus, l'action sociale contribue à renforcer la fonction de contrôle des actionnaires qu'ils exercent au sein de la société⁷⁶⁶.

514. En droit français, l'action sociale est prévue par l'article L.225-252 du Code de commerce selon lequel « *outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués* ». En droit vietnamien, l'action sociale est inscrite dans l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel « *l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires détenant au moins 1% de droits de vote pendant 6 mois consécutifs peut intenter, en son nom propre ou au nom de la société, une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs ou du DG [...]* ». Ainsi, on observe qu'il y a un point commun entre deux législations : les actionnaires peuvent intenter une action sociale contre des dirigeants pour leur demander la réparation des préjudices causés à la société : on parle alors de l'action sociale *ut singuli*. Cette dernière

⁷⁶⁴Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude 483-63

⁷⁶⁵ Voir. IFC, « Du án Quan tri Công ty tai Việt Nam (Projet de Corporate Governance au Vietnam) », *Bulletin n°2, mars 2011*, p. 7 ; voir également GUYON Y., LE BARS B., *op. cit.*, Fasc.132 -10, n° 84.

⁷⁶⁶ Voir. IFC, « Projet de Corporate Governance au Vietnam », *op.cit.*; voir notamment, SCHMIDT D., *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris 1970, n° 300 ; Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude n° 483-63.

action sociale est inspirée de « *derivative action* », un moyen d'action à l'encontre des dirigeants en *common law* que l'on pourrait littéralement traduire en français comme « *action dérivée* ». Ainsi, il est opportun de retracer brièvement l'origine de cette action en droit de *common law*.

515. Brève description de *derivative action* ou *action dérivée* en *common law*. - En effet, l'action dérivée a pris son origine en droit américain au 19^e siècle avec le fameux arrêt *Dodge v. Woolsey* en 1855⁷⁶⁷. En espèce, M. Woolsey, un actionnaire de Branch Bank of Cleveland avait intenté une action à l'encontre des dirigeants d'une banque et de la banque elle-même pour les empêcher de commettre les actes qui pourraient réduire la valeur des actions. Il s'agit de la violation du statut ou la mauvaise utilisation du capital ou des dividendes. Pour accorder une action équitable aux actionnaires, la Cour Suprême a énoncé que “*It is now no longer doubted, either in England or the United States, that courts of equity, in both, have a jurisdiction over corporations, at the instance of one or more of their members; to apply preventive remedies by injunction, to restrain those who administer them from doing acts which would amount to a violation of charters, or to prevent any misapplication of their capitals or profits, which might result in lessening the dividends of stockholders, or the value of their shares, as either may be protected by the franchises of a corporation, if the acts intended to be done create what is in the law denominated a breach of trust*”⁷⁶⁸. Ainsi, la Cour a accordé aux actionnaires une action dérivée lorsque les dirigeants ont commis les fautes constituant « *breach of trust* ». En réalité, l'action dérivée reconnue par la Cour Suprême comporte une double nature : d'une part, cette action contraint la société à exécuter correctement toutes ses obligations envers les actionnaires, et, d'autre part, cette action renforce le droit de société d'intenter une action à l'encontre des dirigeants fautifs⁷⁶⁹.

516. Il faut noter qu'au moment de l'action de Woolsey, la *common law* ne permettait pas aux actionnaires d'intenter une action au nom de la société à l'encontre des dirigeants. Il s'agit d'une des difficultés résultant de la règle « *proper plaintiff* » établie par l'arrêt *Foss*

⁷⁶⁷Dodge v. Woolsey, 59 U. S. (18 Howard) 331, 15L.Ed.401 (1855).

⁷⁶⁸ Dodge v. Woolsey, *op.cit.*, 59 U. S. (18 Howard), at 341

⁷⁶⁹Voir en ce sens, DAN W. PUCHNIAK., BAUM H., and EWING –CHOW M., (éditeurs), *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach*, éd. Cambridge University Press, 2012, p.65

v. *Harbottle*⁷⁷⁰ selon lequel seule la société victime peut exercer une action en justice pour demander la réparation des préjudices causés par les dirigeants⁷⁷¹. La société est donc le demandeur exclusif de l'action sociale. L'application stricte de cette règle peut conduire à des résultats très faibles, voire injustes en ce qui concerne la protection des actionnaires car les dirigeants refusent, dans la plupart de cas, d'exercer l'action sociale à l'encontre d'eux-mêmes⁷⁷². Ainsi, l'action dérivée confirmée par l'arrêt *Dodge v. Woolsey* a marqué une évolution dans la protection des droits des actionnaires en *common law*.

517. Apports de l'action dérivée. - L'action dérivée permet aux actionnaires d'agir en justice au nom de la société à l'encontre des dirigeants ou des tiers qui ont porté atteinte à l'intérêt de la société, alors que la société n'est pas prête à une telle action⁷⁷³. En exerçant l'action dérivée, les actionnaires ne visent peut-être pas la reconstitution de leur patrimoine personnel, mais celui de la société, c'est-à-dire qu'ils agissent au nom et pour le compte de la société. Cette action dérivée est considérée comme le contre-pouvoir des actionnaires. Il est utilisé dans le but de lutter contre les abus des pouvoirs des dirigeants, ceux - qui contrôlent la société et cherchent toujours à éviter les actions en justice à l'encontre d'eux-mêmes.

Il convient d'envisager en premier temps l'exercice de l'action sociale en droit français (**Section 1**) et en deuxième temps, l'exercice de l'action sociale en droit vietnamien (**Section 2**).

⁷⁷⁰*Foss v Harbottle* (1834) 2 Hare 461, Chancery Division. En espèce, les dirigeants ont trompé la société en lui vendant le terrain avec le prix très élevé. Les actionnaires ont assigné ces dirigeants au tribunal. Le tribunal statue que la société est la victime des dirigeants, les actionnaires n'ont pas donc de droit d'agir en justice au nom de la société.

⁷⁷¹Voir en ce sens, DAN W. PUCHNIAK., BAUM H., and EWING –CHOW M., *op.cit.*, p.64

⁷⁷²Voir en ce sens, ZHONG Zhang, "The Shareholder Derivative Action and Good Corporate Governance in China: Why the Excitement is Actually for Nothing", *Pacific Basin Law Journal*, 28(2), 2011, p.180; voir autres obstacles, NGUYEN Hoang Thy Trang, *op.cit.*

⁷⁷³Voir en ce sens, REISBERG A., *Derivative Actions and Corporate Governance*, Oxford Scholarship Online 2007, p.1; voir également, CHEESEMAN H., *Business Law – Legal environment, Online commerce, Business Ethics and International Issues*, Pearson Prentice Hall, 2010, p. 605.

SECTION 1. LA PRÉSENTATION DE L'ACTION SOCIALE EN DROIT FRANÇAIS : L'ACTION *UT UNIVERSI* ET L'ACTION *UT SINGULI*

518. En droit français, le principe des actions en responsabilité à l'encontre des dirigeants a été affirmé par l'arrêt du 26 novembre 1912 de la Cour de cassation selon lequel « [...] la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes à raison de leur gestion donne, suivant les cas, ouverture à une double action, l'action sociale et l'action individuelle ; que la première a sa base dans un préjudice qui atteint la société tout entière, c'est-à-dire la collectivité des actionnaires et des créanciers ; qu'elle tend au maintien ou à la reconstitution du fonds social ; qu'elle est, en conséquence, épuisée par l'exercice qu'en font les représentants légaux de la société [...] »⁷⁷⁴. Ainsi, l'action sociale est intentée soit par un représentant de la société (§1), soit par un groupe des actionnaires (§2).

§1. L'action sociale exercée par la société (action *ut universi*).

519. Principe de l'action sociale *ut universi*.- Lorsque l'action sociale est intentée par les représentants au nom de la société, dans ce cas, on parle de l'action sociale *ut universi*. En réalité, ce sont les représentants qui sont habilités à agir *ès qualités* en justice au nom de la société afin d'obtenir réparation du préjudice causé à la société par les comportements fautifs des dirigeants. Cependant, il est assez rare que les dirigeants ayant commis une faute soient enclins à engager une action en justice à l'encontre d'eux-mêmes. En pratique, l'action sociale contre les dirigeants est intentée par les dirigeants successeurs⁷⁷⁵. En fait, ces derniers sont motivés à agir en justice pour défendre le patrimoine social.

520. Lorsque les représentants sociaux n'agissent pas en justice pour obtenir la réparation du préjudice de la société, la loi permet à l'actionnaire de se substituer aux organes sociaux défaillants pour demander aux dirigeants fautifs de réparer le dommage causé à la société tout entière: on parle de l'action sociale *ut singuli*.

⁷⁷⁴Cass. civ., 26 nov. 1912 : DP 1913, 1, p. 377, note THALLER

⁷⁷⁵ Voir. COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *op.cit.*, n° 295.

§2. L'action sociale exercée par les actionnaires (action sociale *ut singuli*).

521. L'action *ut singuli*, dirigée par l'un des associés à l'encontre des dirigeants, semble efficace pour la responsabilisation des dirigeants⁷⁷⁶. Il est important donc d'envisager l'encadrement juridique de cette institution (I), la qualité des demandeurs (II) ainsi que le résultat d'une telle action (III).

I. L'encadrement juridique.

522. Droit positif. - En effet, pour renforcer le pouvoir de contrôle des actionnaires, l'article L. 225-252 du Code de commerce dispose qu'« outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général ». Il est intéressant de noter que le droit français permet aux actionnaires d'exercer l'action *ut singuli* soit de manière individuelle, soit de manière collective, c'est-à-dire que les actionnaires peuvent se regrouper pour intenter au nom de la société une action à l'encontre des dirigeants. L'action sociale *ut universi* peut également se faire par l'association des actionnaires.

523. La possibilité pour les actionnaires d'agir en justice pour défendre l'intérêt de la société semble être expliquée, d'une part, par le motif qu'ils agissent indirectement dans leur propre intérêt car la valeur de leur actions est influencée par le préjudice subi par la société⁷⁷⁷ et d'autre part, parce qu'ils sont considérés comme un organe social représentant les intérêts de la société et cet organe est habilité à agir subsidiairement si la société n'agit pas elle-même⁷⁷⁸.

524. Caractère subsidiaire de l'action sociale *ut singuli*. - Il faut noter que l'action sociale *ut singuli* est une action subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être intentée qu'à défaut

⁷⁷⁶ Concernant l'utilité de l'action *ut singuli*, voir. GHESNE G., « L'exercice "ut singuli" de l'action sociale dans la société anonyme », *RTD com.* 1962, p. 347 ; GIVERDON, « L'action individuelle des membres d'un groupement », *JCP G* 1955, II, 1244. – voir aussi D. 1981, jurispr. p. 205, obs. ALAPHILIPPE M.

⁷⁷⁷ Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.*, p.243.

⁷⁷⁸ Voir en ce sens, SCHMIDT D., *op.cit.*

d'exercice de l'action sociale par les organes habilités pour ce faire⁷⁷⁹. En outre, une action sociale *ut singuli* peut être exercée si les dirigeants en place exercent l'action sociale *ut universi* de façon purement formelle sans émettre aucune critique à l'encontre du dirigeant contre lequel l'action en responsabilité civile est exercée, l'intervention des représentants légaux ne saurait priver les associés de leur droit propre d'agir *ut singuli*⁷⁸⁰.

II. Les demandeurs.

525. Qualité d'agir en justice des actionnaires.- L'action sociale peut tout d'abord être exercée par un associé agissant seul, aussi minime que soit sa participation. Elle ne peut être exercée que par un actionnaire de la société⁷⁸¹. Autrement dit, pour agir en justice au nom de la société, le demandeur doit être l'actionnaire au moment de l'introduction de la procédure et pendant toute la durée de celle – ci. Par conséquent, si cette qualité d'actionnaire s'éteint, la demande en dommages-intérêts est irrecevable⁷⁸². Si l'actionnaire demandeur cède ses actions, seul le nouvel actionnaire est autorisé, après le transfert de la propriété des actions, à poursuivre la procédure⁷⁸³.

526. Nomination du mandataire représentant des actionnaires. - Il est également à noter que le droit d'exercer l'action sociale *ut singuli* est un droit propre de l'associé. Par conséquent, les actionnaires minoritaires ne peuvent pas demander le tribunal de nommer un mandataire *ad hoc* chargé de les représenter⁷⁸⁴. La possibilité de nommer un mandataire des actionnaires doit ainsi se conformer aux dispositions prévues dans l'article R.225-169 du Code de commerce. Il s'agit des hypothèses où l'action sociale *ut singuli* est organisée par le groupe des actionnaires.

527. L'article R.225-169 du Code de commerce français: les possibilités de l'actionnaire de se faire représenter dans l'action sociale *ut singuli*.- L'article R.225-169 du Code de

⁷⁷⁹CA Douai, 29 avr. 1997 : JurisData n° 1997-612682 ; JCP G 1997, II, 22919, note DAIGRE J.-J.

⁷⁸⁰ Cass.crim., 16 déc. 2009, n°09-88305 : *Dr.sociétés* 2010, n°78, obs. SALOMON R. ; JCP E 2010, 1993, n°1 obs. DEBOISSY F. et WICKER G.

⁷⁸¹ Voir. GUYON Y., *op. cit.*, Fasc.132 -10. n° 96.

⁷⁸²*Ibid*

⁷⁸³Cass.com., 26 janvier 1970, *Rev. sociétés* 1970, p. 476 ; voir également, REDENIUS – HOEVERMANN J.,*op.cit.*, p.244.

⁷⁸⁴Cass. com.,14 déc. 2004, n° 04-13.059 : JurisData n° 2004-026360.

commerce prévoit trois hypothèses dans lesquelles les actionnaires peuvent se faire représenter pour agir en justice.

1° En premier lieu : lorsque le capital social est inférieur à 750 000 euro, les actionnaires détenant 1/20 du capital social peuvent charger un ou plusieurs d'entre eux de les représenter pour agir en justice.

2° En deuxième lieu : lorsque le capital est supérieur à 750 000 euro, la représentation doit satisfaire à la condition de quorum prévue dans l'article R. 225-169 aliéna 2 du Code de commerce selon lequel la représentation exigée en pourcentage du capital social est variable selon le barème suivant :

- 4 % pour les 750 000 premiers euros ;
- 2,5 % pour la tranche de capital comprise entre 750 000 et 7 500 000 euros,
- 1 % pour la tranche de capital comprise entre 7 500 000 et 15 000 000 euros,
- 0,5 % pour le surplus du capital.

3° En deuxième lieu : lorsqu'un actionnaire se retire en cours d'instance. Selon l'article R. 225-169 aliéna 3 « *le retrait en cours d'instance d'un ou plusieurs des actionnaires mentionnés à l'alinéa précédent, soit qu'ils aient perdu la qualité d'actionnaire, soit qu'ils se soient volontairement désistés, est sans effet sur la poursuite de l'instance* ». Autrement dit, le retrait d'un actionnaire en cours d'instance n'affecte pas la procédure d'instance si les conditions posées par la loi étaient réunies au moment de l'introduction de l'instance.

528. Qualité d'agir en justice de l'association d'actionnaires dans les sociétés cotées.-

Depuis la loi n° 94-679 du 8 août 1994, l'action sociale *ut singuli* peut être exercée par les associations d'actionnaires. Pourtant, cette action est applicable seulement aux sociétés cotées. Il s'agit ainsi de l'action intentée par une association d'actionnaires dans les sociétés cotées. En effet, les actionnaires peuvent être représentés par une association d'actionnaires regroupant des actionnaires qui détiennent au moins 5 % des droits de vote depuis au moins deux ans conformément à l'article L.225-120 du Code de commerce. Le pourcentage de représentation nécessaire diminue en fonction de la taille du capital de la société. Il sera alors de 4% lorsque le capital de la société est supérieur à 750 000 euros et de 1% lorsque le capital de la société est supérieur à 15 000 000 euros. La loi exige également que pour exercer l'action sociale, l'association des actionnaires doit avoir communiqué leur statut à la société et à l'AMF.

III. Modalités d’agir en justice.

529. Modalités.- Pour intenter une action *ut singuli*, l’actionnaire ou les actionnaires qui agissent en justice doivent informer la société de cette initiative⁷⁸⁵. À défaut de mise en cause de la société⁷⁸⁶ et si les juges n'accordent aucun délai pour régulariser la situation, l'action peut être déclarée irrecevable⁷⁸⁷. Si la société est régulièrement informée et qu'elle décide d'agir, l'action des actionnaires deviendra sans objet.

530. Lorsqu’il y a conflit d’intérêt entre la société et ses représentants légaux, le tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la société dans l’instance⁷⁸⁸. Selon la jurisprudence, les actionnaires habilités à agir en réparation contre un dirigeant sur le fondement de l'action sociale *ut singuli* peuvent solliciter une mesure conservatoire contre ce dernier, à condition d'agir au nom de la société⁷⁸⁹. La mesure conservatoire vise à assurer la protection de la créance appartenant à la société⁷⁹⁰. Ainsi, l’action *ut singuli* permet non seulement d’établir la créance de réparation appartenant à la société, mais aussi de mettre en œuvre les mesures de contrainte destinées à assurer l’effectivité de cette créance⁷⁹¹.

IV. Résultats de l’action.

⁷⁸⁵ C.com., art. R. 225-170, al. 1^{er}.

⁷⁸⁶ Cass. crim., 13 sept. 2006, no 05-85.083, Resp. civ. et assur. 2007, comm. 8, *Dr. sociétés* mars 2007, comm. 44, obs. LECUYER H. : une citation à comparaître délivrée au dirigeant ne vaut pas mise en cause de la société.

⁷⁸⁷ CA Douai, 31 janv. 1975, *Rev. sociétés* 1975, p. 282, note TAISNE J.-J.; Cass. com., 5 nov. 1991, no 89-21.650, *Dr. sociétés* 1992, no 17, note LE NABASQUE H.

⁷⁸⁸ C. com., art. R. 225-170, al. 2.

⁷⁸⁹ Cass. 2e civ., 14 sept. 2006, n° 05-16.266 : *JurisData* n° 2006-034995 ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 175 ; Voir aussi Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-15.835 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 205 ; *JurisData* n° 2009-049111 ; *JCP E*, 2010, 1088, note RODRIGUEZ K.

⁷⁹⁰ Voir. GUYON Y., LE BARS B., *op. cit.*, Fasc.132 -10. n° 90

⁷⁹¹ Cass.com., 7 juillet 2009, n° 08-15835, PB : *Bull. Joly Sociétés* 2010,p. 122, note DONDERO B. ; *JCP E*, 2010, 1088, note RODRIGUEZ K.; *Rev.soc.* 2009, p. 832, note THOMAS V. : l’associé a qualité pour demander au juge de l’exécution, pour le compte de la personne morale, d’assortir d’une astreinte une décision exécutoire ayant accueilli l’action sociale en responsabilité exercé *ut singuli*.

531. Versement des dommages–intérêts.- Les dommages–intérêts doivent être versés au compte de la société non à celui des actionnaires demandeurs.

532. Coûts de procédure.- Le droit français est muet sur le coût de procédure lorsque l'action sociale *ut singuli* est intentée par les actionnaires. Selon la doctrine majoritaire, les frais de la procédure incombent à l'actionnaire demandeur si la demande est rejetée⁷⁹².

Selon certains auteurs, le fait que les actionnaires sont chargés des coûts de procédure constitue une des causes expliquant pourquoi les actions *ut singuli* sont rares⁷⁹³. En effet, le risque de devoir supporter tous les coûts de procédure décourage les actionnaires, notamment les actionnaires minoritaires, d'intenter les actions *ut singuli* pour protéger le patrimoine social car, d'une part, le bénéfice qu'aurait un actionnaire si la demande était reçue est très disproportionné par rapport au risque de devoir supporter la totalité des coûts et, d'autre part, la procédure était quelquefois renchérie par la consultation des experts⁷⁹⁴. Pourtant, il faut également noter que le fait de se voir imposer la charge aux frais de procédure peut limiter les actions abusives des actionnaires qui veulent abuser de l'action *ut singuli* pour perturber les affaires normales de la société.

SECTION 2. L'ACTION SOCIALE EN DROIT VIETNAMIEN : LA PRIMAUTÉ DE L'ACTION *UT SINGULI*

533. Introduction. - À la différence du droit français, le droit vietnamien ne prévoit pas une action *ut universi* intentée par les représentants de la société à l'encontre des dirigeants. En réalité, les législateurs vietnamiens prévoient directement une action sociale *ut singuli* qui est dirigée par un ou groupe d'actionnaires pour obtenir la réparation du préjudice causé à la société par les dirigeants. L'action sociale *ut singuli* est prévue dans l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 selon lequel « l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires détenant au moins 1% de droits de vote pendant 6 mois consécutifs peut

⁷⁹²CA Paris, 30 octobre 1978, *JCP* 1979, II, p. 19209 ; voir également SCHMIDT D., *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, op.cit., n° 229.

⁷⁹³Voir notamment GRECHENIG K. & SEKYRA M., "No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion", *International Review of Law and Economics*, 2011.

⁷⁹⁴ Voir. REDENIUS – HOEVERMANN J., *op .cit.* p.248.

intenter, en son nom propre ou au nom de la société, une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs ou du DG [...] » lorsque ces dirigeants manquent aux obligations qui leur incombent. En dehors de l'article 25.1 du Décret gouvernemental 102/2010, c'est la première fois qu'un texte législatif prévoit expressément une action sociale *ut singuli* à l'encontre des dirigeants de sociétés anonymes.

534. L'exercice de l'action sociale avant le Décret 102/2010.- Avant l'entrée en vigueur du Décret 102/2010, l'action sociale n'était prévue dans aucun texte de droit des sociétés anonymes. Elle devait donc se fonder sur l'article 165 de la Loi sur les Entreprises 2005 et sur le droit commun de responsabilité civile.

Selon l'article 165 de la Loi sur les Entreprises 2005 *« toute personne qui a commis une infraction aux dispositions de la présente Loi [...] cause des dommages à la société, au propriétaire, aux associés, aux actionnaires est tenu de les réparer [...] »*. Cet article impliquait que chaque victime pouvait intenter une action directe à l'encontre des dirigeants lorsqu'elle subit des préjudices à titre personnel. À cet effet, une action sociale ne pouvait être intentée que par le dirigeant qui est le représentant légal de la société.

En vertu de l'article 56.2 du CPC 2004, *« le demandeur de l'action civile est la personne qui introduit l'action civile ou la personne, l'organisme prescrits par cette Loi introduisant l'action civile pour demander la Cour de régler l'action civile lorsqu'il trouve que ses intérêts légitimes sont lésés [...] »*. Cet article suppose deux catégories de demandeurs d'une action en responsabilité. En premier lieu, l'action peut être intentée par la personne qui est directement lésée. En deuxième lieu, l'action peut être intentée par les personnes qui ne sont pas directement lésées, c'est-à-dire elles agissent en justice au nom et pour le compte d'autrui. L'article 162 du CPC e 2004 prescrit également une liste de personnes qui sont habilitées à intenter une action civile au nom et pour le compte d'autre personne. Pourtant, cette liste ne comprend pas les actionnaires. Autrement dit, les actionnaires ne sont pas habilités à intenter une action sociale à l'encontre des dirigeants au nom et pour le compte de la société. Ce qui explique pourquoi l'action sociale était très rare en pratique⁷⁹⁵.

535. La nécessité de transposition de l'action dérivée en droit des sociétés anonymes vietnamien. - En réalité, le faible score que le Vietnam a obtenu sur l'indice de la responsabilité des administrateurs rapporté par la Banque mondiale dans le Doing Business Report est une preuve frappante de l'avis selon lequel les droits d'agir en justice des

⁷⁹⁵ Voir *supra* n° 513.

actionnaires en vertu de la Loi sur les Entreprises 2005 soient très limitées⁷⁹⁶. D'où vient la nécessité de reconnaître une action dérivée en faveur des actionnaires. La reconnaissance du droit d'intenter l'action dérivée semble avoir pour objet de renforcer la confiance des actionnaires à l'épargne du pays.

536. L'action *ut singuli* prévue dans le Décret 102/2010. – Le Décret 102/2010 est entré en vigueur le 15 novembre 2010, l'article 25 dispose que « *L'actionnaire ou le groupe d'actionnaires qui détient au moins 1% des actions ordinaires pendant une période de 6 mois consécutifs a le droit de demander, à son nom propre, au conseil de surveillance d'exercer une action en responsabilité contre les administrateurs et le DG dans les cas suivants [...] ».*

537. En adoptant l'action dérivée de *common law*⁷⁹⁷, les législateurs se trouvent dans une situation très délicate. D'une part, ils doivent démontrer la volonté de protéger les actionnaires pour encourager l'investissement et l'épargne. D'autre part, ils doivent protéger les dirigeants contre les actions abusives ou injustifiées qui peuvent décourager les candidats à des fonctions de direction. Il semble que le législateur a choisi une solution en faveur des dirigeants en prévoyant les modalités de l'exercice de l'action *ut singuli* assez compliquée.

538. Le Décret 102/2010 permet aux actionnaires d'intenter une action dérivée à l'encontre des dirigeants sociaux lorsque leurs manquements fautifs aux obligations causent des préjudices à la société. Pourtant, c'est pour la première fois que cette action est transplantée en droit vietnamien, le législateur a hésité à permettre aux actionnaires d'intenter immédiatement une action contre les dirigeants fautifs. L'action dérivée intentée par les actionnaires n'est donc que subsidiaire. En effet, ils doivent préalablement proposer au conseil de surveillance d'assigner les dirigeants fautifs. Si le conseil de surveillance est enclin à engager une action en justice contre les dirigeants en cause ou si la société ne constitue pas le conseil de surveillance, les actionnaires sont habilités à agir en justice à l'encontre des dirigeants.

⁷⁹⁶ Voir. <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomics/vietnam#protecting-investors>

⁷⁹⁷ Voir *supra* n° 515 ss.

Depuis l'entrée en vigueur du Décret 102/2010, il y a très peu de cas d'actions dérivées qui ont été introduites au tribunal⁷⁹⁸. Cette situation pourrait être expliquée par deux raisons. En premier lieu, la plupart des sociétés anonymes au Vietnam sont dirigées par des dirigeants qui sont eux-mêmes des actionnaires majoritaires de la société⁷⁹⁹. Ainsi, il n'est pas surprenant de voir que les dirigeants sociaux n'introduisent pas d'action à l'encontre d'eux-mêmes. L'action dérivée est en réalité plus utilisée comme une arme par les groupes d'actionnaires comme un moyen de vengeance contre les rivaux dans la société que pour protéger l'intérêt de la société⁸⁰⁰. En deuxième lieu, pour les actionnaires minoritaires, il semble que l'action dérivée ne les intéresse pas parce qu'ils ne trouvent pas un intérêt particulier à agir en justice contre les dirigeants au nom et pour le compte de la société.

539. Ainsi, le droit des sociétés vietnamien transpose officiellement le principe de l'action dérivée en son droit interne depuis le Décret 102/2010 du 15 novembre 2010 et puis reprise dans la Loi sur les Entreprises 2014. Il convient ainsi d'étudier ce principe en droit interne (§1), ses modalités d'application (§2) ainsi que la prévisibilité du résultat d'une action.

§1. Le principe de l'action *ut singuli*.

540. Le droit positif.— La Loi sur les Entreprises 2014 a repris le droit des actionnaires à intenter une action à l'encontre des dirigeants dans l'article 25 du Décret 102/2010. En effet, l'article 161 de cette loi intitulé « *droit d'agir en justice contre les administrateurs et le DG* » dispose que :

« 1. L'actionnaire ou le groupe d'actionnaires qui détient au moins 1% des actions ordinaires pendant une période de 6 mois consécutifs a le droit exercer à son nom propre

⁷⁹⁸ Selon une étude de Mme. QUACH, depuis l'entrée en vigueur du Décret 102/2010 le 15 novembre 2010 jusqu'à mars 2012, il y a 38 cas de disputes concernant les affaires de sociétés sont introduits au Tribunal Populaire de la ville de Hanoi, parmi ces cas il y a seulement une action dérivée intentée par un actionnaire majoritaire d'une société anonyme contre les administrateurs de la société (affaire *Pham c. Vinatour*). Il est à noter que le demandeur est également un ancien président de la société qui est révoqué par d'autre actionnaire, il veut donc faire une vengeance en utilisant le droit d'intenter l'action dérivée sur le fondement de l'article 25.1 du Décret 102/2010. Voir. QUACH Thuy Quynh, "Transplantation of Derivative Actions to Vietnam – Tip-Offs from Absence of Academic Debate", op.cit.

⁷⁹⁹ Voir. NGUYEN Ngoc Bich et NGUYEN Dinh Cung, *op.cit.*, p. 320-321

⁸⁰⁰ Voir *supra* n° 512 ss.

ou au nom de la société une action en responsabilité contre les administrateurs et le DG dans les cas suivants [...] .

2. La procédure d'agissement en justice est exercée conformément à la procédure du droit civil. Les dépenses relatives à l'action seront prises en charge par la société lorsque les actionnaires agissent au nom de la société, sauf le cas où la demande est irrecevable ».

541.Évolution dans la garantie du droit d'agir en justice des actionnaires. - En le comparant avec le Décret 102/2010, l'article 161 de la Loi sur les Entreprises 2014 connaît une certaine évolution dans la protection des actionnaires en ce qui concerne le droit d'agir en justice contre les dirigeants.

En premier lieu, en vertu de l'article 161 de la Loi sur les Entreprises 2014, l'action intentée par les actionnaires n'est pas subordonnée à une proposition préalable adressée au conseil de surveillance⁸⁰¹. Autrement dit, les actionnaires (lorsqu'ils remplissent la condition de détention de 1% des actions pendant 6 mois consécutifs) sont habilités à intenter directement une action en responsabilité à l'encontre des dirigeants sans avoir prouvé que leurs intérêts sont lésés par les fautes desdits dirigeants. En deuxième lieu, les dirigeants peuvent exercer une action sociale contre les dirigeants au nom de la société ou à leur nom propre⁸⁰². En troisième lieu, lorsqu'ils agissent au nom et pour le compte de la société, les coûts de procédures seront à la charge de la société, sous réserve que l'action soit irrecevable. Cette disposition est un vrai encouragement pour les actionnaires minoritaires qui veulent agir pour défendre l'intérêt de la société. Pourtant, rien ne s'oppose à ce qu'il arrive des actions abusives. Ainsi, à l'instar de la doctrine française, il serait préférable de prévoir dans le statut que les frais de procédures seront à la charge des actionnaires si la demande est rejetée.

§2. Les modalités d'application de l'action sociale *ut singuli*.

Il convient d'aborder les demandeurs de l'action *ut singuli* (I), les défenseurs (II), le tribunal de compétence (III) la procédure judiciaire (IV) et les mesures conservatoires (V).

⁸⁰¹ Voir *supra* n° 538.

⁸⁰² En vertu de l'article 25.1 du Décret 102/2010 les dirigeants ne peuvent qu'agir à leur nom propre.

I. Les demandeurs à l'action *ut singuli*.

542. Les demandeurs à l'action *ut singuli*.- En vertu de l'article 141 de la Loi sur les Entreprises 2014 précité, l'action *ut singuli* peut tout d'abord être exercée par un actionnaire qui détient une fraction de 1% de droits de vote pendant 6 mois consécutifs. Par conséquent, lorsqu'un actionnaire ne détient pas suffisamment des actions exigées par la loi, il doit joindre à d'autres actionnaires pour remplir cette condition.

543. Selon les explications des experts, l'exigence d'une détention d'au moins 1% des actions ordinaires pendant une période de 6 mois a pour objectif d'éviter les actions abusives⁸⁰³. En effet, comme décrit plus haut, l'action sociale *ut singuli* pourra être utilisée par certains actionnaires comme une arme dans le but d'éliminer les dirigeants rivaux pour satisfaire l'intérêt égoïste de certains actionnaires plutôt que pour protéger l'intérêt de la société. Ainsi, si la loi permet à tout actionnaire d'intenter une action *ut singuli*, quel que soit le nombre de parts sociales qu'il détient, il arrive que les actions abusives puissent paralyser les activités normales de la société.

544. Une question se pose pour savoir si l'actionnaire introduisant l'action en responsabilité doit conserver leur qualité d'actionnaires pendant toute la durée de l'instance. En réalité, la loi est muette sur ce problème. Il faut donc envisager quatre circonstances différentes. Premièrement, il s'agit de la situation où l'actionnaire agit en justice à son nom propre. Dans ce cas, l'action *ut singuli* ne sera plus recevable si après la cessation des actions, le cessionnaire ou la société n'exprime pas expressément la volonté de continuer la poursuite des dirigeants. Deuxièmement, il s'agit de la situation où l'actionnaire agit en justice au nom et pour le compte de la société. Dans ce cas, l'action *ut singuli* sera recevable même après la cessation des actions de l'actionnaire demandeur. Il est nécessaire que le tribunal demande à la société de procéder à la nomination d'un mandataire pour représenter la société à l'instance. Troisièmement, il s'agit de la situation où l'actionnaire ne veut plus continuer l'instance. Dans ce cas, si la société exprime expressément la volonté de continuer la poursuite des dirigeants, il apparaît que la demande est toujours recevable. Quatrièmement, il s'agit de la situation de plusieurs actionnaires qui exercent conjointement une action *ut singuli*, c'est-à-dire que lorsqu'un actionnaire ne remplit pas la condition de détention d'une fraction de 1%

⁸⁰³Voir. IFC, « Projet de Corporate Governance au Vietnam », *op. cit.* p. 8.

des actions. La question se pose de savoir si l'action *ut singuli* demeure recevable après la cessation des actions d'un ou de certains actionnaires. Il paraît que la réponse est positive s'il y a au moins un actionnaire qui maintient la qualité d'actionnaire et ce dernier est tenu de s'engager à poursuivre l'action et à payer toutes les dépenses encourues.

545. Mandataire. – La loi est également muette sur la question de savoir si l'actionnaire demandeur (ou le groupe d'actionnaires) peut nommer un mandataire pour le représenter à l'instance. De la combinaison des articles 143.1 du Code civil 2005 et 73.3 du CPC 2004, il résulte que la nomination d'un mandataire est possible. Pourtant, il se déduit que si l'actionnaire intente une action *ut singuli* à son nom propre, la qualité de mandataire doit être éteinte si cet actionnaire cède ces actions parce que comme décrit ci-dessus, en cédant les actions, l'actionnaire a cessé de courir les risques et les chances de la société, il n'a plus le droit d'exercer l'action sociale. Ainsi, le statut de mandataire est nécessairement éteint. Par contre, si l'actionnaire intente une action *ut singuli* au nom de la société, la cessation des actions de l'actionnaire en cause n'éteint pas la qualité du mandataire si la société donne l'acceptation du mandataire nommé par l'actionnaire en cause.

II. Les défenseurs à l'action *ut singuli*.

546. L'absence des dirigeants statutaires.– En vertu de l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises, seuls les administrateurs ou le DG, c'est-à-dire les dirigeants légaux, peuvent faire l'objet d'une action sociale. Autrement dit, les dirigeants statutaires ne sont pas visés par l'action *ut singuli*. L'exercice de l'action sociale ne vise non plus les membres du conseil de surveillance. Cette lacune semble regrettable car si les dirigeants statutaires ainsi que les membres du conseil de surveillance commettent des fautes, ils ne devraient pas être mieux traités que les dirigeants légaux.

547. Ainsi, il est nécessaire de prévoir dans les statuts la possibilité d'intenter l'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants statutaires.

III. La compétence du tribunal au Vietnam.

548. Compétence d'attribution.- En vertu des articles 25.6 et 33.1(a) du CPC 2004 (amandé par la loi n° 65/2011/QH12 de 29 mars 2011), le tribunal de première instance qui connaît l'action sociale *ut singuli* sera le tribunal du district⁸⁰⁴. Pourtant, en vertu de l'article 33.3 du CPC 2004, lorsque le défendeur vit à l'étranger au moment de l'introduction de l'instance, le tribunal compétent semble être celui de la province.

549. Compétence territoriale.- En vertu de l'article 35.1(a) du CPC 2004, le tribunal compétent est celui du lieu où habite ou travaille le défendeur. Conformément à l'article 36.1(a) du CPC 2004, dans le cas où le demandeur n'est pas en mesure de déterminer le lieu d'habitation ou de travail du défendeur, le demandeur peut choisir le tribunal compétent qui a son siège dans le même territoire où se trouve le dernier domicile, le dernier lieu de travail ou le lieu où il y a le bien du défendeur.

En vertu de l'article 36.1 (h) du CPC 2004, lorsqu'il y a plusieurs dirigeants assignés en même temps, mais que ces dirigeants habitent dans plusieurs domiciles différents, le demandeur peut choisir le tribunal compétent du lieu de résidence de n'importe quel défendeur pour introduire l'action.

IV. La procédure judiciaire.

550. Lorsque l'action est reçue par le tribunal du district, la procédure de première instance se fera devant le conseil de jugement qui se compose en général d'un juge spécialiste en

⁸⁰⁴ Selon l'article 3 de la Loi n° 62/2014/QH13 du 24 novembre 2014, l'ordre judiciaire vietnamien comporte des niveaux suivants :

1. La Cour Populaire Suprême.
2. La Haute Cour Populaire.
3. La Cour Populaire des villes.
4. La Cour Populaire des districts.
5. La Cour Militaire.

matière civile et de deux assesseurs. Si l'action est discrétionnairement prise par le tribunal de la ville, la procédure sera traitée devant une juridiction civile.

551. La charge de preuve. - La loi offre à l'actionnaire demandeur le droit de mener la procédure. La difficulté de l'action en responsabilité extracontractuelle réside en la charge de la preuve qui incombe au demandeur en conformité avec l'article 79 du CPC 2004. Ainsi, le demandeur doit établir toutes les conditions de responsabilité civile du défendeur : le manquement fautif, le préjudice, le lien de causalité. Lorsque le demandeur trouve qu'il n'est pas en mesure de trouver des preuves appropriées, il peut demander au juge d'utiliser les mesures nécessaires pour les collecter conformément à l'article 85.2 du CPC 2004.

552. En matière du droit des sociétés, la plus grande difficulté se situe dans la présentation des preuves pour démontrer le manquement au devoir de diligence et au devoir de loyauté car la qualification de ces comportements fautifs demeure très subjective, d'autant plus que ces notions sont récemment apparues en droit vietnamien. La difficulté de collection des preuves explique également pourquoi il y a très peu de l'action en responsabilité contre des dirigeants sociaux. À cet égard, il faudrait prendre exemple sur le droit allemand selon lequel la preuve concernant la diligence d'un homme d'affaire reste à la charge du dirigeant en cause⁸⁰⁵.

V. La possibilité de demander une mesure conservatoire.

553. Selon l'article 99 du CPC 2004, tous les demandeurs peuvent solliciter une mesure conservatoire contre les dirigeants aux fins d'obtenir la réparation des préjudices. Pourtant, il faut noter qu'en vertu de l'article 27.2 du Décret 102/2010, si l'action en responsabilité vise également la nullité d'une décision délibérée par le CA, cette décision reste toujours valable jusqu'à la décision finale du tribunal. Il semble que le législateur veuille favoriser l'intérêt de la société au détriment de l'intérêt égoïste des actionnaires demandeurs.

⁸⁰⁵L'article 93 alinéa 2, 2^{ème} phrase 2 et 116 de AktG, cité par REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.*, p.241.

§3. Les résultats de l'action.

554. Lorsque la responsabilité civile des dirigeants est retenue, les juges vont déterminer les dommages-intérêts payés à la victime (I), le sort des actes fautifs (II) et le coût de la procédure (III).

I. Le paiement des dommages intérêts.

555. Principe.- En vertu de l'article 605.1 du Code civil de 2005, le dirigeant fautif doit réparer l'intégralité du préjudice causé à la victime par son fait. Les dommages –intérêt sont versés dans les caisses sociales, en cas de condamnation au titre de l'action sociale.

556. Modalité de réparation des préjudices. - En vertu de l'article 605.2 du Code civil de 2005, le dirigeant fautif et le demandeur peuvent convenir du montant de la réparation et des modalités de la réparation qui peut s'effectuer en nature, en espèces, par l'exécution d'une prestation, en une seule fois ou De plusieurs fois.

557. Possibilité de réduction des dommages –intérêts. - En vertu de l'article 605.3 du Code civil de 2005, le dirigeant fautif peut demander la réduction de la somme exigible du préjudice qu'il doit payer aux victimes dans le cas d'un dommage causé non intentionnellement, excédant considérablement ses possibilités économiques actuelles et futures.

558. Dans un autre cas, lorsque le montant de la réparation du préjudice causé ne correspond plus aux circonstances au moment de paiement, l'auteur du dommage a le droit de demander au tribunal ou à une autorité publique compétente de le modifier. Cette disposition est juste puisque l'économie nationale connaît souvent l'augmentation irrégulière de l'inflation.

II. Le sort des actes fautifs.

559. La loi est muette sur la question du sort des actes fautifs qui étaient la cause des actions sociales. Pourtant, rien n'interdit au demandeur de demander l'annulation des

décisions fautives du CA ou du DG. Ainsi, si la demande est recevable, le juge devrait juger nuls les actes fautifs si ces derniers demeurent valables au moment de jugement.

III. Les coûts de procédure.

560. À la différence du droit français, le droit vietnamien prévoit expressément la répartition des coûts de procédure. En effet, selon l'article 161.2 de la Loi sur les Entreprises 2014 « *les coûts de la procédure seront pris en charge par la société si la demande de l'action est intentée par les actionnaires au nom et pour le compte de la société, sauf le cas où la demande est rejetée* ». Cette disposition suppose une double condition de prise en charge des coûts de la société. En premier lieu, l'action doit être intentée au nom et pour le compte de la société⁸⁰⁶. En deuxième lieu, la demande ne doit pas être rejetée par le tribunal.

561. Pourtant, il faut noter que les actionnaires demandeurs doivent payer en avance les coûts de la procédure, qu'ils intentent une action au nom de la société ou à leur nom propre, et si la demande est recevable, la société va leur rembourser le montant payé en avance. Le paiement en avance des coûts de procédure demeure donc un facteur important qui décourage l'action en responsabilité des actionnaires⁸⁰⁷.

CHAPITRE 2. L'ACTION INDIVIDUELLE

562. Généralités. -L'action individuelle est exercée par l'actionnaire ou par le tiers pour obtenir la réparation du préjudice qu'il a personnellement subi. En réalité, les comportements fautifs des dirigeants peuvent causer, en dehors de la société, des préjudices à l'actionnaire et au tiers. En ce qui concerne les actionnaires, l'action individuelle peut être intentée dans les cas suivants : Lorsque le dirigeant détourne le dividende appartenant à l'actionnaire ou lorsque l'actionnaire est victime d'un refus de lui livrer les actions qu'il a

⁸⁰⁶ En vertu de l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises 2014, les actionnaires peuvent intenter à leur nom propre une action sociale à l'encontre des dirigeants.

⁸⁰⁷ Pour les facteurs qui contribuent à décourager l'action sociale, voir QUACH Thuy Quynh, "Does more litigation mean more justice for shareholders? The case of derivative actions in Vietnam", *op.cit.*

régulièrement souscrites. Il en est également lorsqu'un dirigeant laisse hypothéquer et vendre un immeuble dont la propriété devait revenir à l'actionnaire d'une société de construction⁸⁰⁸. En usant de manœuvres dolosives pour forcer un associé à souscrire à une augmentation de capital⁸⁰⁹. Ou encore lorsque le dirigeant fournit des fausses informations concernant le marché de capitaux pour inciter les actionnaires à acquérir ou à céder des titres avec le prix excessif ou très bon marché.

Pourtant, tant en droit français (**Section 1**) qu'en droit vietnamien (**Section 2**), l'exercice de l'action individuelle n'est pas explicitement prévu par le droit des sociétés. Il convient d'examiner le fondement pour une telle action.

SECTION 1. L'EXERCICE DE L'ACTION INDIVIDUELLE EN DROIT FRANÇAIS

563. Fondement juridique.- En droit français, l'action individuelle n'est pas prévue par le droit des sociétés. En réalité, l'action en réparation ne se réfère qu'à la société ou aux tiers selon l'article L. 225-251 du Code de commerce. Par l'arrêt du 13 juin 1995, la Cour de cassation affirme que l'action individuelle intentée par les actionnaires à l'encontre du président relève « *nécessairement de l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966* »⁸¹⁰. Autrement dit, la Haute juridiction a étendu les conditions de l'action en responsabilité en faveur des actionnaires.

564. Mandat.- Les actionnaires lésés peuvent donner à un ou plusieurs d'entre eux le mandat d'agir en réparation en leur nom devant les juridictions civiles pour mettre en cause la responsabilité des dirigeants de la société. S'agissant du mandat, celui-ci doit être écrit et mentionner expressément qu'il donne aux mandataires le pouvoir d'accomplir au nom du mandant tous les actes de procédure. Il doit, le cas échéant, préciser qu'il emporte le pouvoir d'exercer les voies de recours. S'agissant de la demande en justice, celle-ci doit indiquer les noms,

⁸⁰⁸ Cass. 1re civ., 1er févr. 1984 : *RTD com.* 1984, p. 685, note ALFANDARI E. et JEANTIN M.

⁸⁰⁹ CA Lyon, 16 sept. 1960 : *Gaz. Pal.* 1961, 1, p. 164

⁸¹⁰ Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-12.856, *Dr. sociétés* nov. 1995, comm. 223

prénoms et adresse de chacun des mandants ainsi que le nombre des actions qu'ils détiennent⁸¹¹. Elle doit également préciser le montant de la réparation réclamée par chaque associé⁸¹².

565. Exercice de l'action par une association. - En vertu de la loi no 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, les investisseurs personnes physiques lésés par le comportement fautif des dirigeants peuvent également donner le mandat d'agir en justice aux associations déclarées ayant pour objet la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en instruments financiers. Dans ce cas, l'association choisie agit en vertu d'un mandat écrit qu'elle aura reçu d'au moins deux investisseurs concernés⁸¹³.

SECTION 2. L'EXERCICE DE L'ACTION INDIVIDUELLE EN DROIT VIETNAMIEN.

566. Fondement du droit commun.- L'exercice de l'action individuelle doit théoriquement être fondé sur le droit commun qui ne présente pas d'éléments particuliers comparables avec l'action sociale *ut singuli*. En effet, lorsque l'actionnaire ou le tiers trouve que ses intérêts personnels sont lésés par les comportements fautifs des dirigeants, il peut tenter une action individuelle pour en obtenir la réparation conformément à l'article 161 CPC 2004. En effet, cet dernier article dispose que « *tout particulier, organe ou organisme ont le droit d'introduire, par eux-mêmes ou par le mandataire, au tribunal une action pour défendre leurs droits et intérêts légitimes* ». Ainsi, la procédure d'une action individuelle doit se conformer aux dispositions du droit commun.

567. Qualité du demandeur actionnaire. – L'action individuelle exercée par un actionnaire n'est pas évidemment subordonnée à la détention d'une fraction de droits de vote comme dans l'action sociale *ut singuli*. En plus, selon de l'article 210.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 et l'article 161 CPC 2004 précités, il paraît qu'un actionnaire qui a cédé les actions peut toujours agir en justice contre les dirigeants à titre individuel pour obtenir la réparation des préjudices qu'il a supportés avant la cessation de ses actions. Il apparaît également qu'un

⁸¹¹Voir. Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude n° 483-73.

⁸¹² C.com., art. R. 225-167.

⁸¹³Voir. Collection Lamy Droit Civil, *op.cit.*, étude n° 483-75.

cessionnaire peut exercer une action individuelle contre les dirigeants pour les fautes commises antérieurement à la cessation des titres mais qui lui causent des préjudices personnels propres au moment de l'introduction de l'instance.

568. L'action individuelle est une prérogative de l'actionnaire demandeur, il peut donc donner le mandat à une ou plusieurs personnes physiques de le représenter à l'instance conformément au droit commun de la représentation.

569. Régime de l'action individuelle. - En vertu de l'article 163.2 du CPC 2004, une action *ut singuli* à l'encontre des dirigeants n'empêche pas l'actionnaire d'exercer l'action individuelle. En effet, cet article prévoit que « *plusieurs particuliers, organes ou organismes peuvent conjointement assigner d'autres particuliers, organes ou organismes sur le fondement d'une relation légale ou de plusieurs relations légales différentes dans une même action* ». Ainsi, dans cette situation, l'actionnaire peut intenter une action individuelle contre les dirigeants en même temps que l'action *ut singuli* intentée par la société. Le tribunal compétent peut discrétionnairement décider de fusionner ou de séparer les actions pour les instances différentes.

CONCLUSION DE TITRE 1

570. Action *ut singuli*. - Autant en droit français qu'en droit vietnamien, il est reconnu que les actionnaires peuvent exercer l'action sociale à l'encontre des dirigeants. Pourtant chaque juridiction rencontre des difficultés qui n'assurent pas une protection efficace.

Pour le droit français, l'inefficacité de l'action *ut singuli* résulte, d'une part, du fait que la charge des coûts de procédure devrait être prise par l'actionnaire demandeur et, d'autre part, du fait que si l'actionnaire intente une action en groupe, il doit atteindre le quorum prévu par la loi.

Pour le droit vietnamien, la difficulté se situe principalement au niveau du quorum à atteindre. En ce qui concerne la question de répartition des coûts, le droit vietnamien prévoit que la société supportera les frais de la procédure et les actionnaires seront libérés de cette charge lors que la demande est acceptée par le tribunal. Pourtant, lorsque les frais de la procédure sont pris en charge par la société, il y a le risque des actions abusives qui peuvent perturber les affaires sociales. Il sera préférable donc de prévoir que le droit au remboursement des frais sera exclu pour les cas où l'actionnaire agit de manière abusive.

571. Action individuelle. – Contrairement à l'exercice de l'action *ut singuli*, autant en droit français qu'en droit vietnamien, la possibilité d'une action individuelle intentée par les actionnaires n'est pas explicitement reconnue par le droit des sociétés. Ainsi, la jurisprudence française énonce que cette action individuelle relève « nécessairement » du fondement commun de l'action sociale, alors qu'en droit vietnamien, l'action individuelle devrait se fonder sur le droit civil.

TITRE 2. LES OBSTACLES À L'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

572. En principe, une action en responsabilité est exercée lorsque les conditions de la responsabilité sont réunies. Pourtant, dans certains cas, l'action en responsabilité ne peut pas avoir lieu par des raisons différentes. Il s'agirait de la situation où il existe la prescription prévue par la loi (**Chapitre 1**) ou de la situation où l'AG ne favorise pas une action en justice à l'encontre des dirigeants (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LA PRESCRIPTION : LE PLUS GRAND OBSTACLE À L'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.

573. Définition de la prescription. - La prescription est un principe général de droit qui désigne la durée au-delà de laquelle une action en justice n'est plus recevable⁸¹⁴. En conséquence, la prescription, dans une certaine mesure, est un bouclier pour les défendeurs qui s'opposent à la mise en cause leur responsabilité.

La prescription sert à établir la sécurité juridique. En effet, s'il n'y a pas de prescription, les sujets de droit sont menacés de façon permanente par des contentieux qui influencent négativement leur vie normale. De plus, la détermination de la cause d'un litige qui passé depuis trop longtemps devient difficile à établir et cette difficulté rend le jugement du tribunal moins objectif⁸¹⁵.

En matière du droit des sociétés, la prescription a pour fonction de protéger les dirigeants contre une mise en cause issue d'une situation remontant à un passé lointain. Les preuves s'avèrent donc difficiles à apporter⁸¹⁶. En outre, le délai de prescription exige que les actionnaires doivent prendre conscience de l'extinction de leur droit d'agir en justice pour renforcer le contrôle des affaires de la société⁸¹⁷.

Ainsi, tant en droit français (**Section 1**) qu'en droit vietnamien (**Section 2**), l'action en responsabilité peut s'éteindre par prescription.

⁸¹⁴Article 154 du Code civil 2005 ; voir également DINH Van Thanh et NGUYEN Minh Tuan (et.al), *op.cit.*, p.166

⁸¹⁵Voir. DINH Van Thanh et NGUYEN Minh Tuan (et.al), *op.cit.*, p.166

⁸¹⁶ Voir en ce sens. REDENIUS – HOEVERMANN J., *op.cit.*, p.241.

⁸¹⁷Voir en ce sens. DINH Van Thanh et NGUYEN Minh Tuan (et.al), *op.cit.*, p.166

SECTION 1. EN DROIT FRANÇAIS: LA PRESCRIPTION VARIABLE.

574. Droit positif.- En droit français, l'article 2219 du Code civil résultant de la Loi du 17 juin 2008 définit la prescription comme "*un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*". Par conséquent, au-delà de certain laps de temps prévu par la loi, une victime ne peut pas exercer une responsabilité civile pour obtenir la réparation de préjudice.

575.L'article L.225-254 du Code de commerce prévoit deux délais de prescriptions en matière de l'action en responsabilité contre les dirigeants. Il s'agit d'une prescription triennale (§1) et d'une prescription décennale (§2).

§1. Prescription triennale.

576. Domaine de prescription. – Selon l'article L.225-254 du Code de commerce « *L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans.* ». Ainsi, la prescription triennale s'applique seulement à l'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux. Pourtant, pour le directeur général délégué, la jurisprudence reconnaît une prescription décennale⁸¹⁸. De même pour les dirigeants de fait, leur responsabilité est soumise à la prescription décennale conformément à l'article 2270-1 du Code civil⁸¹⁹.

577. Point de départ de la prescription. – Selon l'article L.225-254 du Code de commerce, le délai de la prescription commence à courir « *à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation.* ». Ainsi, le législateur français prévoit deux hypothèses différentes⁸²⁰.

⁸¹⁸ CA Versailles, 7 septembre 2006, *Rev. sociétés* 2007, p. 637, obs. URBAIN – PARLEANI L.

⁸¹⁹ Voir en ce sens. GUYON Y., LE BARS B., *op.cit.* Fasc .132 -10. n°134.

⁸²⁰ Pour la détermination du point de départ de la prescription, voir notamment. RAULT O., « Le point de départ de la prescription en responsabilité de l'article 247 de la du 24 juillet 1966 », *JCP E* 2000, p.1462 ss

La première hypothèse fixe le moment où le fait dommageable a lieu. Le fait dommageable ne donne lieu à aucune difficulté d'interprétation. La jurisprudence a reconnu que l'action sociale contre les administrateurs qui ont reçu d'une société des rémunérations plus de trois ans avant est prescrite parce que c'est la privation des sommes litigieuses à l'époque de leur perception qui constitue le fait dommageable pour la société⁸²¹.

La deuxième hypothèse fixe le moment où le fait dommageable est révélé. Selon la jurisprudence, le terme « révélation » semble indiquer que la prescription commence à courir non pas à partir du jour où le fait dommageable a été effectivement constaté, mais du jour où il aurait pu l'être parce qu'il a perdu son caractère occulte⁸²². Selon la Cour de cassation, la notion de « révélation » doit s'entendre comme le jour où les demandeurs étaient en mesure d'agir⁸²³.

§2. Prescription décennale.

578. La prescription décennale est exceptionnelle et ne se rencontre que dans trois hypothèses. La première hypothèse est celle où le fait dommageable est un crime prévu dans l'article L. 225-254 du Code de commerce. Le cas se présente rarement et n'entraîne pas de difficulté. La deuxième hypothèse est celle prévue par l'article 1840 du Code civil français pour lequel le préjudice est causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts. La troisième hypothèse est celle impliquant l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite en cas de constitution ou de modification des statuts prévue par l'article L. 210-8 du Code de commerce.

⁸²¹ Cass. com., 2 mai 1983, n° 81-12.717, Sté Comptoir Commercial du Caoutchouc c/ Crts Devos : Bull. civ. 1983, IV, n° 128

⁸²² CA Paris, 9 déc. 1994 : JCP E 1995, pan. 108 ; Cass. com., 3 juill. 1984 : JurisData n° 1984-701205 ; JCP G 1984, IV, 296 ; D. 1985, jurispr. p. 323, note J.H. ; *Rev. sociétés* 1985, p. 422, note BOULOC B. ; Bull. civ. 1984, IV, n° 211

⁸²³ Cass. com., 3 juill. 1984.

SECTION 2. EN DROIT VIETNAMIEN : LA PRESCRIPTION BIENNALE

579. À la différence du droit français, le droit vietnamien des sociétés est muet sur la prescription. La prescription de l'action de la responsabilité à l'encontre des dirigeants sociaux doit se soumettre au droit commun.

580. La prescription biennale. – Selon l'article 159.3 (b) du CPC e 2004 « *toute action civile se prescrit par deux ans [...]* ». La prescription biennale de l'action en responsabilité extracontractuelle est également reprise dans l'article 607 du Code civil de 2005 selon lequel « *l'action en réparation des dommages se prescrit dans un délai de 2 ans à compter de la date de l'atteinte portée aux droits et intérêts légitimes d'une personne physique ou morale ou de tout autre sujet de droit* ».

581. Point de départ du délai de prescription. – Selon l'article 159.3 (b) du CPC e 2004, « *le délai de la prescription commence à courir à compter de la date où une personne physique ou morale ou tout autre sujet de droit prend connaissance de la violation de leurs droits et intérêts légitimes* ». Ainsi, le délai de la prescription commence à courir de la date où la victime prend connaissance de l'acte préjudiciable des dirigeants sociaux. Ces dispositions sont prévues depuis l'amendement du CPC en 2011. Elles semblent plus favorables à la victime par rapport à l'ancien article 159.3 (a) du CPC e 2004 selon lequel le délai de la prescription commence à compter « *de la date où les droits et intérêts légitimes d'une personne physique ou morale ou de tout autre sujet de droit sont violés* ». En effet, selon l'ancien article, la formule « *la date où les droits et intérêts légitimes [...]* sont violés » apparaît s'entendre comme la date où les dirigeants ont commis les actes dommageables. En matière de l'action en responsabilité contre les dirigeants, ces dispositions semblent très défavorables à la victime parce que les actes dommageables commis par les dirigeants au cours de la gestion sociale ne sont que révélés par les successeurs et la date de révélation est en générale trop lointaine de celle où les actes dommageables ont eu lieu.

Pour combler cette lacune, l'article 161.1 du Code civil de 2005 prévoit le principe de « *suspension du délai de prescription du droit d'action en justice* » selon lequel peut être suspendu le délai de prescription de l'action lorsque le demandeur prouve l'existence d'une un « *obstacle objectif* » qui l'empêche d'agir en justice dans le délai prévu par la loi. Selon l'article 161.1, un « *obstacle objectif* » comporte tout obstacle survenu

indépendamment de la volonté du titulaire des droits l'empêchant d'exercer ses droits ou de savoir que ses droits et intérêts légitimes ont été violés. À cet effet, la preuve de « *l'obstacle objectif* » exige que le demandeur de l'action en responsabilité contre les dirigeants établisse la dissimulation des actes dommageables réalisée par ces derniers pendant leur mandat de gestion.

CHAPITRE 2.L'OBSTACLE VENANT DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE.

582. Outre la prescription, l'action en responsabilité contre les dirigeants peut s'éteindre par le quitus (**Section 1**) ou la renonciation (**Section 2**) délibérée par l'AG.

SECTION 1. LE QUITUS.

583. Définition.- D'une façon générale, "*quitus*" est le nom donné à la décision par laquelle les actionnaires d'une société, réunis en assemblée délibérante, approuvent l'exactitude de la gestion du ou des dirigeants sociaux. Autrement dit, le quitus est l'acte qui reconnaît que le dirigeant social s'est acquitté de sa charge⁸²⁴.

584. En droit français. - Le quitus donné aux dirigeants par la collectivité des associés n'éteint pas l'action en responsabilité⁸²⁵. En effet, les dirigeants, qui ont généralement la majorité dans les assemblées, pourraient s'assurer d'une impunité quasi absolue. En outre, le plus souvent, les actionnaires réunis en assemblée générale n'ont pas de renseignements suffisants pour voter un tel quitus⁸²⁶.

Toutefois, des quitus individuels pourraient être efficaces, s'ils étaient donnés en connaissance de cause, c'est-à-dire par des associés informés de la faute des dirigeants et du dommage par la société. Cependant, il convient de rappeler qu'en matière d'action individuelle, celle-ci appartenant à un actionnaire ne peut être arrêtée par le quitus ou une

⁸²⁴ Voir le Dictionnaire Larousse en ligne, disponible en ligne à <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/quitus/65789>

⁸²⁵ C. civ., art. 1843-5; C. com., art. L. 223-22 et L. 225-253 ; Cass. com. 15 déc. 1987, n° 86-13.479, Bull. civ. IV, no 280, *JCP E*, 1988. II. 15240, no 6, note VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J.; CA Rouen, 12 janv. 1973, D. 1973, somm. 28 ; Communiqué COB, Bull. COB, no 128, juill. 1980.

⁸²⁶ Voir. RIPERT G. et ROBLOT R., *op.cit.*, n°1768.

décision de l'assemblée générale approuvant l'acte du dirigeant responsable, sauf en cas de renonciation personnelle de l'actionnaire⁸²⁷.

585. En droit vietnamien. – Le droit des sociétés est muet sur la question de quitus. Par déduction de certains arrêts du droit pénal, il semble que le quitus donné par l'AG n'éteint pas l'action en responsabilité contre les dirigeants. Par exemple, dans l'affaire *Nguyen Khac Son*⁸²⁸, une délibération de l'AG votée par 75% des actionnaires visant l'exonération de la responsabilité civile du DG fautif n'a pas été acceptée par le tribunal correctionnel. En effet, comme les homologues français, les juges vietnamiens craignaient implicitement que le quitus n'ait pas été donné par les actionnaires en connaissance de cause.

Dans un autre exemple, l'affaire *Vinashin*, le tribunal pénal de la ville de Hai Phong a également jugé que Pham Thanh Binh était tenu de réparer les préjudices causés à deux sociétés victimes qui s'étaient constituées parties civiles, bien que les représentants de ces sociétés victimes n'exigassent pas réparation⁸²⁹.

Ainsi, à l'instar du droit français, Il serait préférable que le tribunal rejette le quitus donné aux dirigeants par la collectivité des actionnaires et accepte le quitus individuel.

SECTION 2. LA RENONCIATION.

586. Définition. – La renonciation implique, d'une part, les clauses statutaires ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui comporterait par avance la renonciation à l'exercice de cette action. D'autre part, la renonciation désigne les décisions de l'assemblée générale ayant pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat⁸³⁰.

587. En droit français. – Les renonciations anticipées à l'exercice de l'action sont réputées non écrites dans les SARL et les sociétés par actions⁸³¹.

⁸²⁷Cass. crim. 26 janv. 1938, S. 1939.1.49 ; voir également, LE BARS B., Répertoire de droit des sociétés, « Quitus », n°122.

⁸²⁸ *Affaire Nguyen Khac Son* : Arrêt n° 227/2013/HSST du 26 avril 2013 de la Cour Populaire Suprême – Cour d'appel de Hanoi.

⁸²⁹ Arrêt *Vinashin*, op.cit.

⁸³⁰ C.com., art. L. 225-253

⁸³¹ C.civ., art. 1843-5. - C. com., art. L. 223-22 et L. 225-253.

588. En droit vietnamien. – L'article 135.2 (h) de la Loi sur les Entreprises 2014 dispose que l'AG a le pouvoir de « *connaitre, statuer sur les infractions commises par le conseil d'administration ou le comité de contrôle, portant atteinte aux intérêts de la société et de ses actionnaires* ». L'analyse littérale de cet article, il résulte que la mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants peut se soumettre à l'AG. Par conséquent, la décision de l'AG est définitive lorsque qu'elle ne fait pas l'objet d'une demande d'annulation⁸³². Pourtant, la loi est muette sur la question si une renonciation à la mise en cause de la responsabilité des dirigeants délibérée par l'AG peut éteindre l'action sociale. La réponse semble négative car selon l'article 161.1 de la Loi sur les Entreprises 2014 l'action sociale n'est subordonnée à aucune approbation préalable de l'AG. Il semble que les législateurs vietnamiens veulent éviter d'offrir une impunité absolue aux dirigeants car dans les sociétés anonymes vietnamiennes actuelles, les actionnaires majoritaires occupent très généralement les postes de dirigeants⁸³³.

⁸³² Selon l'article 147 de la LE 2014, une décision de l'AG ne peut faire l'objet d'une annulation que dans deux circonstances suivantes :

1. La convocation de l'assemblée générale n'a pas été effectuée conformément à la procédure et aux formalités prévues par la présente Loi et les statuts de la société;
2. Le déroulement du vote et les dispositions de la décision en question se trouvent en infraction avec la loi ou les statuts de la société.

⁸³³ Voir. NGUYEN Ngoc Bich et NGUYEN Dinh Cung, *op.cit.*, p. 320-321. En outre, selon l'article 144.2 de la LE 2014, pour que l'AG prenne une décision en faveur de la responsabilité civile des dirigeants, il suffit de détenir seulement 51% des actions, sous réserve d'une clause contraire des statuts

CONCLUSION DE TITRE 2

589. L'exercice de l'action en responsabilité civile des dirigeants connaît certains obstacles provenant soit du droit commun des procédures civiles, soit de la pratique. Ces obstacles sont en réalité favorables aux dirigeants. Le droit français a beaucoup évolué dans la manière de traiter les questions relatives au quitus et aux renonciations, alors que le droit vietnamien ne prévoit que des solutions relatives à la question de la prescription.

CONCLUSION DE DEUXIEME PARTIE

590. Notre exposé montre que dans les deux systèmes juridiques, la mise en œuvre de la responsabilité à l'encontre des dirigeants est exercée lorsque les conditions sont réunies.

591. En matière d'action sociale, le droit français prévoit deux actions différentes : l'action sociale *ut universi* et l'action *ut singuli*. La première action est intentée par le représentant de la société, à défaut, tout actionnaire peut substituer le représentant pour introduire l'action *ut singuli* pour défendre l'intérêt de la société. Le droit vietnamien ne prévoit que l'action *ut singuli* qui sera intentée lorsque l'actionnaire aura atteint le quorum exigé par la loi. C'est un véritable obstacle pour sa mise en œuvre par les actionnaires vietnamiens.

592. Lorsque la mise en œuvre de la responsabilité en droit français rencontre des difficultés concernant la question de la répartition des frais de la procédure, le droit vietnamien peut ici servir de modèle car avec la nouvelle Loi sur les Entreprises 2014, l'aspect financier est réglé de telle sorte que l'action *ut singuli* devrait connaître une plus grande mise en œuvre de l'action en responsabilité de la société envers les dirigeants.

593. En matière d'action individuelle, le législateur vietnamien devrait s'inspirer de la législation française et se demander si ce modèle pourrait contribuer à l'instauration d'un système équilibré de la responsabilité civile.

594. Pourtant, s'agissant de la responsabilité civile pour manquement à l'obligation d'informations financières destinées aux marchés de capitaux, les droits français et vietnamien n'ont encore rien prévu en matière d'action collective qui permettrait aux actionnaires lésés de se regrouper afin d'exercer collectivement une action contre les dirigeants.

595. La démonstration a également constaté que les coûts de la procédure, le quorum, la charge de preuves sont les facteurs principaux qui expliquent pourquoi il y a peu d'actions sociales intentées à l'encontre des dirigeants.

CONCLUSION GÉNÉRALE

596. Aperçu général.- L'étude de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés anonymes en droit français et en droit vietnamien démontre que les similitudes entre les deux systèmes sont plus fortes que les différences qui les séparent. Nous avons observé que deux systèmes s'efforcent de renforcer la confiance de l'épargnant en instaurant un régime adéquat pour mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants sociaux. À ce propos, nous avons également remarqué que, les deux législations ont transposé en leur système de droit des sociétés les principes de *corporate governance* pour déterminer les normes de conduite des dirigeants. Toutefois, il est intéressant de remarquer que les principes de *corporate governance* sont acceptés en droit français par la jurisprudence, alors qu'en droit vietnamien, ces principes sont directement transposés en droit interne par le législateur.

597. Les victimes des dirigeants sociaux. –En droit français, le droit des sociétés reconnaît que les dirigeants sont responsables envers la société, envers les actionnaires ou envers les tiers, alors qu'en droit vietnamien, la loi prévoit que seuls les dirigeants sont responsables envers la société. Ainsi, la responsabilité envers les actionnaires ou envers les tiers doit être déduite du droit commun de la personne morale.

598. La responsabilité pour faute. - Il est communément admis que tous les deux législations reconnaissent le principe de responsabilité pour faute, c'est-à-dire qu'il est nécessaire que la faute soit prouvée pour engager la responsabilité des dirigeants sociaux. Pourtant, l'appréciation de la faute est différente dans les sociétés *in bonis* et dans les sociétés mises en procédure collective.

599. Les conditions de la responsabilité. – Nous avons également constaté qu'il y a une similitude entre les deux pays en ce qui concerne les conditions de la responsabilité. En effet, pour engager la responsabilité civile des dirigeants, la victime doit prouver l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage.

600. La responsabilité civile envers la société. - S'agissant de la responsabilité civile envers la société, la qualification de faute est influencée par la théorie de *corporate governance*. En effet, dans les deux pays, la faute des dirigeants est toujours engagée lorsqu'ils manquent aux devoirs spécifiques imposés aux dirigeants sociaux. Les devoirs des dirigeants se fondent sur la nature d'une relation fiduciaire entre les dirigeants et la société. En droit vietnamien, les

dirigeants sont soumis à quatre devoirs auxquels est attachée la responsabilité civile: devoir de légalité, devoir de bonne foi, devoir de loyauté et devoir de diligence. En droit français, les devoirs de légalité et de diligence des dirigeants sont déduits du Code de commerce, alors que le devoir de loyauté est consacré par la jurisprudence en se basant sur le fondement du principe de bonne foi.

Parmi ces devoirs précités, nous avons constaté que le plus important est celui de loyauté car ce devoir constitue préférablement une obligation morale qui fonde l'éthique requise dans l'activité des dirigeants. Ce devoir exige que les dirigeants ne doivent pas abuser de la position pour se procurer des avantages personnels ou pour en procurer à d'autres personnes qu'à la société. Les contours de ce devoir sont explicitement prévus dans le droit vietnamien alors qu'en droit français, ils ne sont déterminés qu'cas par cas par la jurisprudence. Le droit français pourrait ici prendre l'exemple du droit vietnamien.

Au regard du devoir de diligence, les deux systèmes juridiques exigent que les dirigeants doivent, d'une part, démontrer qu'ils ont pris des décisions sur la base des informations matériellement suffisantes et, d'autre part, surveiller attentivement la direction du DG et des autres dirigeants. Ce devoir est plus exigeant que celui du bon père de famille ou de l'homme diligent du droit commun de la responsabilité. En plus, il s'agit d'une responsabilité professionnelle qui dépasse la distinction classique entre la responsabilité contractuelle et celle extracontractuelle⁸³⁴. Pourtant, il faut que la règle de « *business judgement rule* » puisse trouver application tant en droit français qu'en droit vietnamien car cette règle contribue à protéger des dirigeants contre les actions abusives.

601. La responsabilité civile envers les actionnaires. - S'agissant de la responsabilité envers les actionnaires, le droit français et le droit vietnamien sont muets sur ce sujet. Selon la jurisprudence française, cette responsabilité est soumise aux mêmes conditions que celles applicables à la société. Pourtant, il serait préférable que la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires soit engagée lorsqu'ils ont abusé de la confiance des actionnaires ou lorsqu'ils commettent une faute intentionnelle pour manquement à l'obligation d'informations destinées au marché des capitaux⁸³⁵.

602. La responsabilité civile envers les tiers.- Pour engager la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers, la jurisprudence française consacre un développement assez

⁸³⁴ Voir, DOMINGUEZ HIDALGO C., *op.cit.* p.447

⁸³⁵ Voir en ce sens, REDENIUS – HOEVERMANN J., *op. cit.* p.444.

complet sur la base de la théorie de faute séparable des fonctions. Le droit vietnamien des sociétés est muet sur ce sujet. Par conséquent, il faut référer à la théorie du droit civil selon laquelle la société personne morale doit être responsable des préjudices causés au tiers par les fautes de ses préposés commises dans l'exercice de leurs missions. À ce propos, le droit vietnamien pourrait prendre l'exemple du droit français pour pouvoir encadrer la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers afin d'éviter que ces derniers soient des intouchables quelles que soient la gravité des fautes qu'ils ont commises.

603. La responsabilité civile des dirigeants sociaux lorsque la société est en procédure collective.- L'objectif visé par les législateurs français et vietnamiens est de prévenir les difficultés des sociétés et de protéger l'intérêt des créanciers. Il s'agit d'une différence importante entre le droit français et droit vietnamien. En effet, le droit français prévoit expressément l'action pour insuffisance d'actif à l'encontre des dirigeants lorsque la société est soumise en procédure collective. Le droit français semble sévère à l'égard des dirigeants en ce sens que toute faute de gestion est considérée comme contribuer à l'insuffisance d'actif.

Le droit vietnamien, au contraire, est muet sur le sujet de la responsabilité des dirigeants sociaux quand la société n'est plus solvable. En plus, dans la perspective de protéger les tiers lorsque la société est en crise financière, on peut déduire que les tiers peuvent intenter une action aux dettes de la société à l'encontre des dirigeants en se fondant sur certaines fautes présumées.

604. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en droit français et celle en obligation aux dettes sociales en droit vietnamien seront soumises au régime commun de la responsabilité civile, c'est-à-dire qu'il faut établir l'existence de la faute, du préjudice et du lien de causalité dans les deux cas. En droit français, la condamnation susceptible d'être prononcée à l'encontre des dirigeants fautifs est limitée au montant de l'insuffisance d'actif. Ce principe français devrait faire figure de modèle pour le droit vietnamien.

605. L'exercice de l'action en responsabilité.- À propos de l'exercice de l'action en responsabilité civile des dirigeants, les deux systèmes de droit se concentrent sur l'action *ut singuli* qui est considérée comme la clé de la réussite de la mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants⁸³⁶. Les deux systèmes permettent aux dirigeants d'intenter une action *ut singuli* contre les dirigeants au nom et pour le compte de la société. Pourtant, cette action se heurte à des obstacles différents. En droit français, la difficulté

⁸³⁶ *Ibid.*

implique la question de répartition des frais de procédure alors qu'en droit vietnamien, l'action *ut singuli* rencontre l'obstacle principal relatif au quorum exigé par la loi.

606. L'action individuelle a été exercée dans la pratique juridique française mais en droit vietnamien, cette action ne n'existe que sur le plan théorique en se fondant sur le droit civil. Il serait souhaitable également que les deux systèmes de droit prévoient des mesures adéquates pour traiter de la difficulté relative à l'action fondée sur le manquement à l'obligation d'informations financières qui pourrait être intentée par un grand nombre d'ayants droits.

607. Notre étude montre que les actions en responsabilité peuvent également se heurter à des obstacles comme la prescription prévue par la loi. Le délai de prescription de l'action en droit vietnamien est de deux ans, le délai de prescription en droit français est, selon les cas, de trois ans et de dix ans. La prescription assure, d'une part, une protection des dirigeants dans la mesure où elle peut leur garantir une sécurité juridique⁸³⁷ et, d'autre part, renforce le contrôle de la gestion des affaires dans la mesure où les actionnaires ou les tiers doivent avoir conscience du délai dans lequel ils peuvent intenter une action avant que celle-ci ne soit prescrite.

608. En conclusion, l'étude nous a permis de constater des orientations très proches entre les deux législations. En outre, la jurisprudence française semble avoir trouvé le point d'équilibre dans la répartition de la responsabilité des dirigeants et la société⁸³⁸. Elle peut être une source d'inspiration et de réflexion pour les théoriciens et les praticiens du droit des sociétés des législations civilistes, y compris le législateur vietnamien.

BIBLIOGRAPHIE

I. EN FRANÇAIS

OUVRAGES GÉNÉRAUX

AFEP-MEDEF., Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (Code AFEP-MEDEF), révisé en avril 2010,

AFG, Recommandations sur le gouvernement d'entreprise, janv. 2011, p. 13.

BARRIERE F., La réception du trust au travers de la fiducie (préface de Michel Grimaldi), Litec, 2004, p.17.

BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 13e édition, Montchrestien, 2012, p.389.

BENOIT – RENAUDIN C., (préface de Delebecque Ph.) *La responsabilité du préposé*, L.G.D.J, 2010

BENOIT – RENAUDIN C., (préface de Delebecque Ph.), *La responsabilité du préposé*, L.G.D.J, 2010

BISSARA Ph., FOY R., DE VAUPLANE A., *Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées*, éd. Joly, 2007;

CARBONNIER J., *Droit civil*, vol. 2, PUF, 2004.

CAUSSAIN J.-J., *Le gouvernement d'entreprise – Le pouvoir rendu aux actionnaires*, éd. Litec, 2005

CELY D., *Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés Etude franco-colombienne*, Thèse, Paris II, 2011

CHARREAUX G. et PITOL-BELIN J.-P., *Le Conseil d'Administration*, ed. Vuibert, 1990.

CHARREAUX G., *Le gouvernement des entreprises- Corporate governance : théories et faits*, Paris, Economica, 1997, p. 1]

CORNU G., *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9e éd. 2011, p.781.voir « préjudice ».

CORRADI M., « Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté », *Bull. Joly*, 01 février 2011, n° 2, p. 157.

COZIAN M., VIANDIER A., et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27^e éd., 2014.

CRETE R. et ROUSSEAU S., *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd. Montréal, Edition Thémis, 2011.

GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, Litec, 1995.

GOFFIN J-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, éd. Larcier, 2012

GUYON Y., *Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés*, 10^e édition, Paris 1989.

HADJI-ARTINIAN S., *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001.

HELLERINGER G., « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires », *D.* 2012. 1560

JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Litec, 8^e édition, 2013, n°1072

JEANTIN M., *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrétien, 1994, n° 254 ;

JOFFRE P., *De nouvelles théories pour gérer l'entreprise*, Paris, Economica, 1987, p.83

LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien– Lextenso, 2012

MARTEL M et MARTEL P., *La compagnie au Québec. Les aspects juridiques*, éd. Wilson & Lafleur, 2002

MASSART T., *Le régime juridique de la cession de contrôle, thèse Paris II*, 1995, spéc. p.532.

MATVAYEV G.K., *La faute dans le droit soviétique (en russe)*, éd. Kiev, 1955, p. 216.

MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, révisé 2013.

MERLE Ph., *Sociétés commerciales*, 17^e éd. Dalloz, 2013, n°437

MESSAI – BAHRI S., *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd. 2009.

MESTRE J, PANCRAZI M-E, ARNEAU -GROSSI I, MERLAND L, TAGLIARINO – VIGNAL., *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, L.G.D.J., 29^e édition, 2012, p.328

- OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004
- PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise* : éd. Sirey, Paris, 1967
- QUÉZEL-AMBRUNAZ C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, thèse. Dalloz, 2010
- REDENIUS – HOEVERMANN J., *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, préf. de Michel Germain, L.G.D.J /Lextenso éditions, 2010.
- RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de Droit des Affaires, Tome 2, les Sociétés commerciales*, (sous la direction de Michel Germain), 20^{ème} édition, Paris, L.J.D.G, 2011.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005.
- SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droits des sociétés en difficulté*, 5^e éd, Paris 2006.
- SCHMIDT D., *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris 1970.
- STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J, 1982
- TERRE F., *Droit civil, Les Personnes*, Dalloz, 8e éd. 2012
- TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013.
- VINEY G., *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd. Paris : LGDJ, collection traité de droit civil, 2006.

ARTICLES

- AKAM AKAM A., « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2t. XXI, 2, p. 211-243.
- ASENCIO S., « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Rev. sociétés* 2000, p. 683.
- AUBERT J.-L. Aubert, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p.263 ;

BAILLOD R., « L'information des administrateurs de sociétés anonymes », *RTD. com.* 1990, p. 1 ;

BARBIERI J.-F., « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41 ;

BERTREL J.-P., « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit & patrimoine*, avril 1997, p.42, spéc. p.46 ; voir également certaines autres opinions de théorie de « juste milieu » dans l'étude de ROUSSEAU S. et TCHOTOURIAN I., « L'« intérêt social » en droit des sociétés : Regards transatlantiques », disponible en ligne à : <https://www.google.fr/#q=int%C3%A9ret+social+transatlantique>.

BEZARD P., « L'élaboration de la nouvelle codification vietnamienne », in *Histoire de la Codification juridique au Vietnam. Lịch Sử Điển – Chế - Pháp – Luật ở Việt Nam* [Bernard Durand; Philippe Langlet; Chanh Tam Nguyen], Faculté de droit de l'Université Montpellier, 2001 (Temps et droits), p. 379 ss.

BISSARA Ph., « Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise », *Rev. Sociétés*, janvier-mars 1998, pp. 5- 20.

BOCCARA V., « Définir la notion de conflit d'intérêts », *P.A.*, 28 avril 2014 n° 84.

BOUERE J.-P., « L'information du conseil d'administration », *JCP E* 1992, I, 190

BOULOC B., « L'obligation de loyauté du dirigeant social », dans *Mélanges Paul Le Cannu*, éd. Dalloz, L.G.D.J, IRJS, 2014, p. 233 ss.

BOYER L./LORAND H., « A propos du défaut de diligence », in : *Mélanges Vincent*, Paris 1981, p.11

BURKE -ROBERTSON J., « Guide à l'intention des administrateurs des sociétés à but non lucratif » disponible en ligne à : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00692.html>.

CALVO J., « L'action en comblement de passif et la faute de gestion », *P.A.*, n° 63, 27 mai 1998, spéc. 16 ;

CAUSSAIN J.-J., « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », *Mélanges B. Mercadal : Lefebvre* 2002, p. 303.

- CAUSSAIN J.-J., « Le devoir de loyauté des dirigeants en droit français », *Gaz. Pal.* 5 décembre 2000, n° 340, P. 66.
- CHAMY E., « *Transposition du corporate governance anglo-saxon en droit français* », *P.A.*, 09 juin 1997 n° 69, p. 4 ;
- CONAC P.-H. et URBAIN-PARLEANI I., « Directors' duties and liability in public limited companies in France », in *Second German-French Symposium on Company Law and Capital Markets Law June 27-28*, University of Paris 1-Sorbonne, 2013, p. 3-87.
- CONSTANTIN L., « L'actualité jurisprudentielle et législative concernant les organes sociaux », *Daloz Actualité*, 20 mai 2011 ;
- CONTIN R., « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.*, 1968, chron., p.45 ;
- COUSI O., « Protégeons le secret qui protège nos entreprises », *Le Monde.fr*, 10 novembre 2014.
- DAIGRE - J.-J., « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », Mélanges BEZARD P., *LPA-Montchrestien*, 2002, p. 79 ;
- CAUSSAIN J.-J., « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », Mélanges B. Mercadal : *Lefebvre* 2002, p. 303 ;
- DAIGRE J.-J., « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Droit & patrimoine*, juillet/août 1996, p.21 ;
- DAILLE –DUCLOS B., « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E*, 1998, p. 1486 ;
- DARROIS J.-M. et VIANDIER A., « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », *Les échos*, 27 juin 1993.
- DECKON F K., « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », *Rev. Soc.*, 2013, p. 467
- DELALANDE P., « La France doit resserrer ses liens avec le Vietnam », *Le Monde.fr*, 24 septembre ; La France et le Vietnam, disponible à <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/vietnam/la-france-et-le-vietnam>.
- DIDIER Ph., « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 238.

DION N., Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : Droit des Etats Unis d'Amérique et droit français, Thèse Orléans, 1994;

DIONNE-PROULX J., et LAROCHELLE G., « Éthique et gouvernance d'entreprise », *Management & Avenir*, 2010/2n° 32, p. 36-53 ; VINCENT M., LEGOUT A-L., « Origines et principes du gouvernement d'entreprise », *Journal des sociétés*, n° 63, mars 2009.

DONDERO B. et LE CANNU P., « Le devoir de loyauté du dirigeant de SAS et l'opportunité d'affaires », *RTD Com.* 2013 p. 90

DONDERO B., « La captation des opportunités d'affaires : regards vers l'Étranger », *Gaz. Pal.* 11 février 2012 n° 42, p. 13.

DONDERO B., « Les opportunités d'affaires ou la France, pays de common law... », *Les Echos* 5 mai 2014.

DONDERO B., « La responsabilité civile, boussole des dirigeants ? », *Gaz. Pal.* 06 avril 2013 n° 96, p. 3.

DOMINGUEZ HIDALGO C., « Les sanctions du pouvoir dans les sociétés - Le rapport général », *Journée chilienne de l'Association Henri – Capitant 2012*, éd. Bruylant, 2014, p. 443 ss.

DUCOULOUX - FAVARD C., « La règle de la faute séparable des fonctions de gestion des sociétés de capitaux est dans la loi », *Dr. sociétés*, 2007, étude 11

DURAND P., « L'entreprise », *Rapport aux Travaux de l'Association H. Capitant*, 1947, p.54;

FAGNART J.-L., « Chronique de jurisprudence (1968-1975). La responsabilité civile », *J.T.* 1976, p.569, cité par GOFFIN J-F., *op. cit.*, p. 111

FAVARIO T., « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *D.* 2013, p. 288.

FAVERIO F., « La faute de gestion au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce », *Rev. proc.coll.*, 2011, étude 15 :

FAYOL H., *Administration industrielle et générale*, Paris, Dunod, 1970, p. 133

FRIEDIEFF M., « La responsabilité civile en droit soviétique », *R.I.D.C.*, Vol. 10 N°3, 1958. pp. 574-590

GERMAIN M., « L'action en comblement du passif social : entre le droit commun et droit spécial : le Code de commerce, livre du Bicentenaire », *Dalloz*, 2007, p. 243

GERMAIN M., « La responsabilité civil des dirigeants sociaux, rapport de synthèse » in, *La responsabilité civil des dirigeants sociaux, Rev. sociétés* 2003, p. 284.

GHESNE G., « L'exercice "ut singuli" de l'action sociale dans la société anonyme », *RTD com.* 1962, p. 347 ; GIVERDON, « L'action individuelle des membres d'un groupement », *JCP G* 1955, II, 1244

GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », *JCP*, 1992, I, p.3628 ;

GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p.777.

GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, Litec, 1995, p.12 ;

GODON L., « Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté. » (Note sous Cour de cassation (com.) 28 novembre 2006, M. Alain Leygonie), *Rev. Sociétés* 2007 p. 519;

GODON L., « l'obligation de non –concurrence des dirigeants sociaux », *Bull. Joly* 1991, p.5, 6.

GODON L., « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés », *Rev. sociétés* 2005, p. 140

GRECHENIG K. & SEKYRA M., “No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion”, *International Review of Law and Economics*, 2011.

GREVAIN – LEMERCIER K., *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, Thèse Rennes 1, 2011.

GRÉVAIN-LEMERCIER K., « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal.*, 11 février 2012 n° 42, p. 7

IFA., « “ Comply or Explain ” Guide pratique de mise en œuvre », avril 2013, disponible en ligne à : <http://ifa-asso.com/files/documents/fichiers/document-533.pdf>

JEULAND E., “ Responsabilité de l'entreprise et action de groupe”, in FERRIER N., PELISSIER A., (sous la dir.) *l'Entreprise Face Aux Évolutions de la Responsabilité Civile*, éd. Economica, Collection Études juridiques, 2012.

- LE CANNU P., « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », in FERRIER N., PELISSIER A., (sous la direction de) *l'Entreprise Face Aux Évolutions de la Responsabilité Civile*, éd. Économica, Collection Études juridiques, 2012, p. 13 ss.
- LE CANNU P., « La responsabilité civile des dirigeants de la personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 743
- LE NABASQUE H., « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD.com.*, avril- juin 1999, n°52, pp.273-290;
- LE NABASQUE H., op.cit. p. 273 ; CAUSSAIN J.-J., « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », *Mélanges B. Mercadal : Lefebvre* 2002, p. 303 ;
- LEBEGUE D. et PICARD J-P., « La révolution discrète des conseils d'administration », *Le journal de l'école de Paris du management*, 2006/5N°61, p. 8-15; TRICKER B., *Op.cit.*, p. 6-7;
- LES ECHOS, « Enron, Tyco, WorldCom... des sociétés dans la tourmente », *Les Échos*, 08 janvier 2003, disponible en ligne à http://www.lesechos.fr/08/01/2003/LesEchos/18818-120-ECH_enron--tyco--worldcom---des-societes-dans-la-tourmente.htm#CS6h1PPI5ib7LfyQ.99;
- LES ECHOS, « administrateur indépendant », *Lexique Financier*, disponible à http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_administrateur-independent.html
- LIZÉE M., « Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé », (1989) 34 *R.D. McGill* 653.
- MAGNIER V., « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?, *Bull. Jolly. sociétés*, janvier 2012, p. 75 -81
- MASCALA C., « Panorama des fautes de gestion », *RTD. com.*, 1999, p. 983;
- MALABAT V., « Les sanctions du pouvoir dans les sociétés en France », *Journée chilienne de l'Association Henri-Capitant*, 2012, p.525 ss.
- MAREMBERT Th., « Renforcement du devoir de loyauté des dirigeants », *Les Echos* n° 21182 du 10 Mai 2012, p.12.

- MARTEL P. " Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales - impact du Code civil du Québec ", *Revue Juridique Thémis*, Vol. 42 Numéros 1 - 2, 2008, p. 154.
- MARTIN D., « L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social ? » in *Mélanges D. Schmidt*, éditions Joly, 2005, p.359 ;
- MATHEY N., « Recherches sur la personnalité morale en droit privé », thèse Paris II, 2001 ;
- MASCALA C., « Panorama des fautes de gestion », *RTD. com.*, 1999, p. 983
- MASSART T. « Une déloyauté du dirigeant à l'égard d'un associé sanctionnée à 100% », note sur l'arrêt de CA Paris, 17 septembre 2013, n°12/14712, *BJS* 31 janvier 2014, n°1, p25.
- MASSART T., « Le devoir de loyauté face à l'obligation de confidentialité », *Rev. sociétés*. 2013 p. 689 (Note sous Cour de cassation (com.) 12 mars 2013, F-D, n° 12-11.970, *Jay c/ Baudet*); voir également, Com. 18 déc. 2012, n° 11-24.305, D. 2013. 288, note
- MASSART T., Le régime juridique de la cession de contrôle, *thèse Paris II*, 1995, spéc. p.532.
- MATHEY N., « Recherches sur la personnalité morale en droit privé », thèse Paris II, 2001 ;
- MAZEAUD J., *D.* 1969, p. 601.
- METIVET J.-P., « Rapport de la Cour de cassation pour 1998 », p. 113
- MICHEL A., « Les anciens dirigeants du Crédit martiniquais pourront être poursuivis devant la justice », *Le Monde*, 09.12.2005;
- MILOUD T., « Aspects particuliers du Corporate Governance dans les S.A. », dans *Cahier de recherche*, n°5, mai 2005, p.7
- MORIN F., « *Le vote cumulatif en droit des compagnies* », *Les Cahiers de droit*, vol. 4, n° 2, 1960, p. 26-33.
- MOUSSERON P. et SAUCIER L., « Un dirigeant peut-il profiter d'une opportunité offerte à la société ? » : *Les Échos*, 13 mars 2003, p. 51.

NGO Ba Thanh, « Opportunité d'une réforme du droit des sociétés au Vietnam », *Journal d'Extrême - Orient*, 18, 25 mai, 1^{er}, 8, 15, 22, 29 juin, 6 et 13 juillet 1963;

NGUYEN Ngoc Dien, « Le Code civil vietnamien comme exemple de l'adaptation du Code Napoléon dans le système de la propriété publique des sols », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 253-269

NICOLAS E., « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente. Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? », *Rev. Sociétés*, 2013 p. 535.

NODIN J., « L'affaire du crédit martiniquais : jugement rendu aujourd'hui », *Martinique* 1^{er}, 28 février 2013, disponible en ligne à <http://martinique.la1ere.fr/2013/02/28/1-affaire-du-credit-martiniquais-jugement-rendu-aujour-hui-17557.html>

NURIT –PONTIER L., « La loyauté en droit des sociétés » : *Actes prat.* mars-avr. 2011, p. 6 ;

OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, 2004, VI-A, p. 24 ;

PAILLER P., « Actualité de la responsabilité des dirigeants : les tendances », *RLDC*, 2011 – n°81) « dans ses rapport avec la société et les associés, la responsabilité du dirigeant est une responsabilité de fonction ».

PAILLER P., « *Actualité de la responsabilité des dirigeants : les tendances* », *RLDC*, 2011 – n°81.

PAILLUSSEAU J., « l'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *PA*, 19 juin 1996, n° 74, p. 17

PAILLUSSEAU J., « Les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP* 1984, éd. E, II, 14193.

PALLE-GUILLABERT F., « Président du conseil d'administration et dirigeant responsable », *Bulletin de la Banque de France*, N° 97, janvier 200;

PARIENTE J., « Le « bon père de famille » va disparaître du droit français », *Le Monde*, 20 janvier 2014.

PEREZ J. M. « Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain », *Rev. Sociétés* 2003 p. 195

PHILIP B., « Le géant Vinashin prend l'eau », *Le Monde*, 30 décembre 2010.

- POMMIER A-H., «L'administrateur indépendant : il aide à prendre du recul », *Express*, 12 décembre 2008, disponible en ligne à http://lentreprise.lexpress.fr/rh-management/l-administrateur-independant-il-aide-a-prendre-du-recul_1537757.html
- QUEZEL – AMBRUNAZ Ch., « La fiction de la causalité alternative- Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène » », *D.* 2010, p. 1162
- RAULT O., « Le point de départ de la prescription en responsabilité de l'article 247 de la loi du 24 juillet 1966 », *JCP E* 2000, p.1462 ss
- RETE R. et ROUSSEAU S., *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd. Montréal, Edition Thémis, 2011, p. 197 ss.
- RIGGS J., « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain », *Gaz. Pal.*, 05 décembre 2000 n° 340, p. 62 ;
- RIVES-LANGE J.-L., « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *D.* 1975, chr., p. 41
- ROSSET P.R., *Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés*, Neuchâtel et Paris, 1939 à la p. 19 cité par F Sami, *La souscription d'actions dans la société anonyme*, Genève, Librairie Reausseau, 1968 à la p. 44 ; voir également
- ROUSSEAU S., « Le rapport général », *Journée chilienne de l'Association Henri – Capitant 2012*, éd. Bruylant, 2014, p. 2-47
- SCHMIDT D., « De l'intérêt social », *JCP E*, n° 38, 21 Septembre 1995, p. 488.
- SCHOLASTIQUE E., «Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés », *L.G.D.J* 1998 ;
- SERVAN-SCHREIBER P., « Le concept de gouvernance - La gouvernance dans les systèmes de Common Law », *Gaz., Pal.*, 28 août 2014 n° 240, p. 11.
- TEYSSIE B., « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p.1080 ; « Crise et structure juridiques des entreprises », 5^{ème} journées R. Savatier, 1997, p.87 ;
- TUNC A., « Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », *R.I.D.C.*, 1, 1994, p. 60
- TUNC A., « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés », in *Évolution du droit des sociétés, Travaux de l'association Capitant* : Dalloz 1967, t. XV, p. 30.

URBAIN –PARLEANI I., « Les nouvelles obligations d’information des dirigeants envers les actionnaires », *Rev. Sociétés*, 2001, 781.

VAN OMMESLAGHE P., « La bonne foi dans la formation des contrats : Rapport général » in, *la Bonne Foi, Travaux de l’Association de Henri Capitant*, Litec, 1992

VINEY G., *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd. Paris : LGDJ 2006, collection traité de droit civil, n°474.

WEIGMANN R., « La prise du pouvoir dans les sociétés en Italie », *Journée chilienne de l’Association Henri-Capitant*, éd. Bruylant, 2014, p.151ss

WESTER – OUISSE V., « Critique d’une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions. », *D. affaires* 1999, n° 161, p. 782 s ;

RÉPECTOIRES ENCYCLOPÉDIÉS

Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux, étude 483-41.

DELEBECQUE Ph et PANSIER F.-J, *Conseil d’administration*, Répertoire de droit des sociétés, *D.*, (mise à jour 2013), n°107.

GIBIRILA D., « Dirigeants sociaux. - Désignation. Exercice et cessation des fonctions », *JurisClasseur Commercial*, fasc. 1050.

GUYON Y., Responsabilité civile des administrateurs, *Jurisclasseurs Société Traité et Formulaire*, [mis à jour 20 Novembre 2013], Fasc.132 -10.

GUYON Y., « corporate governance », *Rép. Soc. Dalloz*, févr. 2000, n° 1

LAMY Les Sociétés Commerciales, « devoir de loyauté », *Lamyline.fr*, 2014, n° 697.

LE BARS B., Répertoire de droit des sociétés, « Quitus », n°122.

LE TOURNEAU Ph., BLOCH C., *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*. Voir « Causalité », 2012, n° 1704

LE TOURNEAU Ph., *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, voir. « Conduite en bon père de famille », n° 6762, 6763.

ROUSSEAU S., « Devoirs des administrateurs et des dirigeants », *Fascicule 7, JurisClasseur Québec – Droit des sociétés*, Montréal, LexisNexis Canada, 2009.

II. EN ANGLAIS

OUVRAGES GENERAUX

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance : Analysis and recommendations*, 1994

BARNARD C., DEAKIN S. and MORRIS G. (eds.), *The Future of Labour Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 79; DAVIES P., ‘Shareholder Value; Company Law and Securities Markets Law – A British View’ in K. Hopt and E. Wymeersch (eds.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 262;

BAXT R, RAMSAY I. and STEPLEDON *Corporate Governance in Australia: the Evolving legal Framwork and Empirical Evidence*, in KEONG L.C (editeur en chef) *Corporate Governance: An Asia Pacific Critique*. Éd. Sweet & Mawxell Asia, Hong Kong, 2002.

BERLE Adolf A., et MEANS Gardiner C., « *The modern corporation and Private property* » (éd. Mac Millan, New York, 1932).

BLACK’S LAW DICTIONARY1067 (Abridged 8th ed. 2004).

CHEESEMAN H., *Business Law – Legal environment, Online commerce, Business Ethics and International Issues* ,(7th ed) Pearson Prentice Hall, 2010.

CLARK R. Ch., *Corporate Law*, Aspen CO: Aspen Publishers, 1986

CORKERY JF., *Directors' powers and duties* (1987). Law Book Gallery. Book 2, p. 62

DALLEY P., “Shareholder (and director) fiduciary duties and shareholder activism”, *Houston Business and Tax Law Journal*, Vol. VIII, 2008, p. 302;

DAN W. PUCHNIAK., BAUM H., and EWING –CHOW M., (editeurs), *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach*, éd. Cambridge University Press, 2012, p.65.

Ellis MV, *Corporate and Commercial Fiduciary Duties*, Carswell Thomson, 1995, at 1-1;

- FARRAR J., *Corporate Governance: Theories, Principles and Practice*, Oxford University, 2 ed., 2005, p.106; J.
- FREEMAN R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984, p.46
- GARNER BA (ed in chief), *Black's Law Dictionary*, éd. St Paul, Thomson, 2004.
- GILLESPIE J, *Transplanting Commercial Law Reform – Developing a ‘Rule of Law’ in Vietnam*, Aldershot: Ashgate, 2006,
- GILLESPIE J, *Transplanting Commercial Law Reform – Developing a ‘Rule of Law’ in Vietnam*, Aldershot: Ashgate, 2006.
- GILLESPIE J., « Changing Concepts of Socialist Law in Vietnam », in *Asian Socialism & Legal Change: The Dynamics of Vietnamese and Chinese Reform*, ANU E press and Asia Pacific Press, 2005;
- HANSELL C., *Directors and Officers in Canada: Law and Practice*, looseleaf, Toronto: Carswell, 1999, vol. 2, p. 9-27; McGUINNESS K P., *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Toronto: Butterworths, 1999, p. 691ff.
- IFC, *Corporate Government Manuel*, 2010, p.152.
- JENNINGS/MARRSH/COFFEE/SELIGMAN, *Securities Regulations*, 8e edition, New-York, 1998, p.1210 ss
- MANSELL S., “Shareholder Theory and Kant's “Duty of Beneficence””, *Journal of Business Ethics*, Vol. 117, No. 3 (October 2013), pp. 583-599.
- MANUEL S.-L., *Corporations*, Aspen Publishers – Wolters Kluwer, 2009, 6^e éd., p. 222.
- PEARCE J., "Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam", *op.cit*
- TRICKER B., *Directors. An A – Z guide*, The Economist, 2009;
- WEST’S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW, edition 2 , 2008

ARTICLES

MELVIN A. EISENBERG, “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, No. 1, 2005, p. 30

American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and recommendations*, 1994 ;

ANTONY W.DNES, « Enron, Corporate Governance and Deterrence », *Managerial and Decision Economics*, Vol. 26, No. 7, *Corporate Governance: An International Perspective* (Oct. - Nov., 2005), pp. 421-429

BALLANTINE, *Corporation* § 177 (rev. ed. 1946);

BERLE A.A. Jr., “Corporate Powers as Powers in Trust”, (1931) 44 *Harvard Law Review*, 1049.

BHAGAT S and A. BRICKLEY J., “Cumulative Voting: The Value of Minority Shareholder Voting Rights”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 27, No. 2 (Oct., 1984), pp. 339-365;

BLACK’S LAW DICTIONARY 713 (8th ed. 2004); see also ELIZABETH A. Nowicki, “A Director’s Good Faith”, 55 *Buffalo Law Review* 457, 482–86 (2007) (reviewing uses of the phrase “good faith” in fiduciary and other contexts and concluding that good faith requires action that is intended to serve the best interests of the fiduciary’s constituency);

BUI Xuan Hai & CHIHIRO Nuno, “Corporate Governance in Vietnam: a System in Transition”, *Hitotsubashi Journal of Commerce and Management*, Japan, 42(1), Oct 2008;

BUI Xuan Hai & Gordon Walker, « Transitional Adjustment Problems in Contemporary Vietnamese Company Law », *Journal of International Banking Law & Regulation, the United Kingdom*, 2005, Vol. 20(11);

BUI Xuan Hai, “Internal Corporate Governance Structures in Vietnamese Companies”, Research Paper, *Hitotsubashi University*, Tokyo, Japan, Jan 2008;

BUI Xuan Hai, “Vietnamese Company Law: The Development and Corporate Governance Issues”, *Bond Law Review*, Australia, (2006) Vol. 18(1);

BUNCHHOLZ R.A, and ROSENTHAL S B, “Social responsibility and Business Ethics” in Frederick RE (Ed), *A Companion to Business Ethics*, Massachusetts, Blackwell Publishers, 2002.

CAMPBELL W., « The origin and growth of cumulative voting for directors » in *The Business Lawyer*, Vol.10, N° 3, april 1955, p15);

DANG Xuan Hop et LE Hoai Nam,. « Some practical issues in the Vietnamese law on enterprise”, in *Dong A Journal of International Business Transaction Law Review*, Vol.1, No.1, Fall 2009, p.47;

DAVID Rosenberg, “Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: A Contractarian Approach”, *29 DEL. J. CORP. L.* 491 (2004);

DEBORAH L. RODE, *Access to justice* (2004), cité par QUACH Thuy Quynh, “Does more litigation mean more justice for shareholders? The case of derivative actions in Vietnam”, in WRBKA S., VAN UYTSEL S., SIEMS M (Sous la direction de) *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, éd. Cambridge University Press, 2012.

DeMOTT D A., “Puzzles and Parables: Defining Good Faith in the MBO Context”, *25 WAKE FOREST L. REV.* 15 (1990).

DeMOTT D A., "Directors' Duty of Care and the Business Judgement Rule: American Precedents and Australian Choices", *Bond Law Review* (1992): V ol. 4: Iss. 2, Article 2;

E. NORMAN Veasey, “Corporate Governance and Ethics in the Post-Enron WorldCom Environment”, *38 WAKE FOREST L. Rev.* 839, 850 (2003)

ELIZABETH A. NOWICKI, “A Director’s Good Faith”, *55 Buffalo Law Review.* 457, 482–86 (2007)

F PEREZ CARRILLO E., “ Corporate governance: shareholders’ interest and other stakeholders’ interest”, *Corporate Ownership & Control*, Volume 4, Issue 4, Summer 2007

FRIEDMAN M., *Capitalism and Freedom.* University of Chicago, Press, 1962).

FURLOW C W., « Good faith, fiduciary duties, and the business judgement rule in Delaware », *UTAH Law Review*, N°3, 2009 ;

GELTER M., “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, *Brooklyn Journal of International Law*, Volume 37, Issue 3, October 21, 2011;

- GOLD A. S., “The New Concept of Loyalty in Corporate Law”, *Review University of California*, Davis, Vol. 43, 2009, p. 457
- GRANTHAM R., “The Powers of Company Directors and the Proper Purpose Doctrine”, *King's College Law Journal*, 1994;
- HILLARY Sale, « Delaware's Good Faith », 89 *CORNELL L. REV.* 456 (2004) ;
- JEULAND E., “ Responsabilité de l’entreprise et action de groupe”, in FERRIER N., PELISSIER A., (sous la dir.) *l’Entreprise Face Aux Evolutions de la Responsabilité Civile*, éd. Economica, Collection Etudes juridiques, 2012, p. 75
- JOHN L. Reed & MATT Neiderman, “Good Faith and the Ability of Directors to Assert § 102(b)(7) of the Delaware Corporation Law as a Defense to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight, and Similar Breaches of Fiduciary Duty”, 29 *DEL. J. CoRP. L.* 111 (2004);
- KENNETH M. Rosen, “Fiduciaries,” *Alabama Law Review*, 58 (2007),p. 1041, 1043;
- L. DAVIES P., *Gower’s Principles of Modern Company Law*, 6^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 605-608;
- LE Dang Doanh, “Market economy with socialist orientation in Vietnam and the concept of the social and ecological market economy”, in *The social and ecological market economy: a model for Asian development?.*- Eschborn: GTZ. - 2008, p. 166-193, disponible en ligne à: <http://www.giz.de/fachexpertise/downloads/gtz2008-asia-social-ecological-market-economy-reader.pdf>; PVC, *Le XI^e Congrès National du Parti Communiste du Vietnam*, éd. The Gioi, 2011, p. 145 ;
- LE Minh Toan and GORDON W, "*Corporate Governance of Listed Companies in Vietnam*," *Bond Law Review*: V ol. 20 (2008), 2, Article 6, disponible en ligne à <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol20/iss2/6>;
- LE Minh Toan and GORDON W, "*Corporate Governance of Listed Companies in Vietnam*," *Bond Law Review*: V ol. 20 (2008), 2, Article 6, disponible en ligne à <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol20/iss2/6>;
- MANSELL S., “Shareholder Theory and Kant's “Duty of Beneficence”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 117, No. 3 (October 2013), pp. 583-599

MATHEW R. Berry, “Does Delaware's Section 102(b)(7) Protect Reckless Directors From Personal Liability? Only if Delaware Courts Act in Good Faith”, 79 *WASH. L. REV.* 1125 (2004);

MELVIN A. EISENBERG , “An Overview of the Principles of Corporate Governance”, 48 *Bus. Law.* 1271 (1993) disponible à <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2024> ;

MELVIN A. EISENBERG . “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, No. 1, 2005, p. 30

MITCHELL R., O'DONNELL A. and RAMSAY I., ‘Shareholder Value and Employee Interests: Intersections Between Corporate Governance, Corporate Law and Labor Law’ (2005) 23 *Wisconsin International Law Journal* 417.

NGUYEN Dinh Cung, “Corporate governance in Vietnam: Regulations, practices and problems”, *CIEM and GTZ*, Hanoi, 2008;

PEARCE J. "Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam", *Bond University ePublications@bond*, 6 novembre 2010, disponible en ligne à: <http://epublications.bond.edu.au/cgej/17>.

QUACH Thuy Quynh, “Does more litigation mean more justice for shareholders? The case of derivative actions in Vietnam”, in WRBKA S., VAN UYTSEL S., SIEMS M (Sous la direction de) *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, éd. Cambridge University Press, 2012.

QUACH Thuy Quynh, “Transplantation of Derivative Actions to Vietnam – Tip-Offs from Absence of Academic Debate”, 7 *Asian Journal of Comparative Law*, March 22, 2012;

QUINN D. P. and M.JONES T., “An Agent Morality View of Business Policy”, *Academy of Management Review* 20(1), 1995, 22-42;

REISBERG A., *Derivative Actions and Corporate Governance*, Oxford Scholarship Online 2007, p.1;

RENEE B. ADAMS, BENJAMIN E. HERMALIN and MICHEAL S. WEISBAC “The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 48, No. 1 (MARCH 2010), pp. 58-107.

RONALD H.COASE., “*The nature of the firm*”, (1937) 4. *Economica* 386, 388

S. DALEBOUT R., “Cumulative voting for corporation directors: majority shareholder in the Role of a Fox Guarding a Hen House”., *Brigham Young University*, 1989, p. 1200

SCOTT A., “*The Fiduciary Principle*”, *California Law Review*, n°37, 1949, p. 539, 540;

SEALY L.S., « The Directors as Trustees », *Cambridge Law Journal*, 1967, p. 86;

SHANKMAN N.A., “Refraining the Debate between Agency and Stakeholder Theories of the Firm”, *Journal of Business Ethics* 19(4), 1999, pp. 319-334.

TALLEY E. and HASHMALL M., “The Corporate opportunity doctrine », *U.S.C. Institute for Corporate Counsel*, 2001, disponible en ligne à : <http://law.usc.edu/why/academics/cle/icc/assets/docs/articles/icVoinral.pdf>.

WILIAMS CH M., *Cumulative voting for Directors*, éd. Boston, Harvard University, ©1951. p.4St; John's Law Review (1955) "Cumulative Voting and Classification of Directors--The Wolfson and Winous Cases," *St. J ohn' s Law Review*: Vol.30:Iss. 1, Article 6, disponible en ligne à : <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol30/iss1/6>;

ZHONG Zhang, “The Shareholder Derivative Action and Good Corporate Governance in China: Why the Excitement is Actually for Nothing”, *Pacific Basin Law Journal*, 28(2), 2011, p.180

III. EN VIETNAMIEN

OUVRAGES GÉNÉRAUX

BUI Ngoc Son, *Giao Trinh Phap Luat Doanh Nghiep (Droit des sociétés)*, éd. Dai Hoc Quoc Gia Ha Noi, 2011.

DINH Van An et LE Xuan Ba (éd en chef), *Tiep tục xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng Xã hội chủ nghĩa* » (continuation de l'édification et du perfectionnement de l'économie de marché à orientation socialiste), éd. Khoa Hoc & Ky Thuat, 2006.

DINH Van Thanh et NGUYEN Minh Tuan (rédacteurs en chef), *Giao trinh luat dan su Viet Nam (Cours du droit civil du Vietnam)*, Faculté de droit de Hanoi, éd. Cong An Nhan Dan, 2008.

DO Van Dai, *Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận bản án (droit vietnamien du contrat: les arrêts et des commentaires)*, Volume 1, éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2011.

DO Van Dai, *Luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận bản án (droit vietnamien de la réparation des préjudices extracontractuels : les arrêts et les commentaires)*, éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2010.

HOANG Phe (éditeur en chef), *Tu Dien Tieng Viet (Dictionnaire vietnamien)*, éd. Da Nang, 1998.

HOANG The Lien (rédacteur en chef), *Binh Luan Khoa Hoc Bo Luat Dan Su 2005, tap II (Commentaire du Code civil de 2005 , tome II)* éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2009.

HOC VIEN TU PHAP, *Giao Trinh Luat Dan Su (Manuel du Droit Civil)*, éd. Cong Anh Nhan Dan, 2007.

IFC, *Corporate government Manuel*, 2010.

LE Minh Tam, VU Thi Nga (éditeurs en chef), *Giao trinh nha nuoc va phap luat Vietnam (Cours sur l'Etat et le Droit du Vietnam)*, éd. Cong An Nhan Dan, Ha Noi, 2010.

LE Tai Trien, NGUYEN Vang Tho, NGUYEN Tan, *Luat Thuong Mai Viet Nam Dan Giai (Traité sur le droit commercial du Vietnam)*, éd., Kim Lai An Quan, Sai Gon ,1972.

LE Thi Bich Tho, *Hop Dong Kinh Te Vo Hieu (la nullité des contrats économiques)*, éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2004.

NGO Thi Quynh Hoa et VU Thi Hien. *Hoi Dap Phap Luat Ve Boi Thuong Thiet Hai (Question – Réponse de la réparation des préjudices)*, éd. Lao Dong Xa Hoi, 2003, p. 64 ;

NGUYEN Minh Doan, *Cac nguyen tac phap luat Xa Hoi Chu Nghia thoi ky doi moi va hoi nhap quoc te (les principes de législation socialiste dans l'époque de Doi moi et d'intégration internationale)*, éd. Tu Phap, 2006.

NGUYEN Ngoc Bich, NGUYEN Dinh Cung, *Cong ty. Von, Quan Ly va Tranh Chap, (Société. Capital, administration et Disputes)*, éd. Tri Thuc, 2009.

NGUYEN Ngoc Dien, *Chu the quan he phap luat dan su (Sujets de droit dans les rapports civils)*, éd. Chinh Tri Quoc Gia, Ha Noi, 2010

PHAM Duy NGHIA, *Chuyen Khao Luat Kinh Te (Traité du Droit économique)*, éd. Dai Hoc Quoc Gia Ha Noi, 2004.

PHUNG Trung Tap, *Boi Thuong Thiet Hai Ngoai Hop Dong Ve Tai San, Suc Khoe va Tinh Mang (Réparation des dommages extra contractuels concernant les biens, la santé et la vie)*, éd. Ha Noi, 2009.

Tu Dien Luat Hoc (Dictionnaire de Droit) éd. Tu Dien Bach Khoa et Tu Phap, 2006.

ARTICLES

BA Dan, « Đăng ký không vốn điều lệ 45.000 tỉ đồng quá dễ » (Enregistrer facilement le capital fictif de 45 mille de milliard de Dong), *Thoi Bao Kinh Te Sai Gon*, 6 mars 2014, disponible en ligne à: <http://www.thesaigontimes.vn/111495/Dang-ky-khong-von-dieu-le-45000-ti-dong-qua-de.html>

BUI Xuân Hải, “Khởi kiện người quản lý công ty: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn trong pháp luật doanh nghiệp Việt Nam” (Action contre les dirigeants sociaux- théorie et pratique), *Tạp chí Nhà nước & Pháp Luật*, số 01/2011, p.29;

DDDN, « Sếp Habubank vắng bóng trong ban lãnh đạo SHB mới (les chefs de Habubank sont absents dans le nouveau CA de SHB) », in <http://dddn.com.vn/>

HOANG Duy, « Hoàn cảnh nào "đẩy" ACB mang 28.000 tỷ đồng gửi ngân hàng khác trong vụ "bầu" Kiên? » (Pourquoi l'ACB place 28.000 milliard de Dong à d'autres banques ?), *Tin Nhanh Chung Khoan*, 9 décembre 2014.

IFC, « Du án Quan tri Công ty tại Việt Nam (Projet de Corporate Governance au Vietnam) », *Bulletin n°2, mars 2011*, p. 7

LE Minh Tâm, « Hoạt động kinh doanh không đúng các ngành nghề đã đăng ký: pháp luật, thực tiễn tài phán và các quan điểm » (les activités commerciales ne sont pas inscrites dans le certificat d'enregistrement : la loi, la réalité jurisprudentielle et les discussions), site web de la *Cour Populaire Suprême*, disponible en ligne à http://toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p_page_id=1754190&p_cateid=1751909&item_id=24701204&article_details=1

LE Minh Toan, « Cuộc đối đầu giữa "Luật không cấm" và "Luật cho phép" » (« la loi n'interdit pas » c. « la loi permet »), *VCCI*, 28/10/2013, disponible en ligne à:

« <http://www.vcci.com.vn/phap-luat/201310260958517/cuoc-doi-dau-giua-luat-khong-cam-va-luat-cho-phep.htm> »

LE Vu Nam, « Bản chất của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 » (La nature de l'économie de marché à orientation socialiste dans le projet de l'amendement de Constitution 1992), *Revue Tap Chi Cong San*, 3 juillet 2013.

LINH Thu, Hong Nhi « Vụ ông Hồ Nghĩa Dũng là bài học cho cán bộ hưu'» (L'affaire de Ho Nghia Dung est une loçon pour les cadres retraités), *Vietnamnet.vn*, 30 septembre 2014, disponible en ligne à <http://vietnamnet.vn/vn/ chinh-tri/199892/-vu-ong-ho-nghia-dung-la-bai-hoc-cho-can-bo-huu-.html>

MANH Bon. « Luật Doanh nghiệp sửa đổi sẽ rất thoáng, nhưng không dễ lợi dụng » (La LE amendée est très ouverte mais il n'est pas facile à en abuser), *Dau Tu Chung Khoan* 12 juin 2014, disponible en ligne à : <http://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/luat-doanh-nghiep-sua-doi-se-rat-thoang-nhung-khong-de-loi-dung-97135.html>;

N.V. HAI, « Làm rõ các "doanh nghiệp sân sau" của Bùi Tiến Dũng" (les entreprises "cour arrière" de Bui Tien Dung), *Tuoi Tre*, 01/03/2006, disponible en ligne à <http://tuoitre.vn/tin/phap-luat/20060301/lam-ro-cac-doanh-nghiep-san-sau-cua-bui-tien-dung/125183.html>;

NGOC Lan, “De Khong That Bai Nhu Thue Giam Doc” (pour ne pas échouer à l'instar de l'embauche du directeur général), *Thesaigontimes.vn*, 14/10/2010, disponible en ligne à l'adresse <http://www.thesaigontimes.vn/41824/De-khong-that-bai-nhu-thue-giam-doc.html>

NGUYEN Hoang Anh, « Văn hóa kinh doanh Việt Nam trên đường phát triển và hội nhập » (La culture des commerces du Vietnam en voie de développement^{et} d'intégration), *Tap chí Hoạt động khoa học (Revue des activités scientifiques)*, Hà Nội n° 3, 2005, p. 57 ;

NGUYEN Hoang Thuy Trang, « Quyen khai kien phai sinh cua co dong cong ty co phan theo phap luat Anh va bai hoc doi voi Viet Nam » (La *derivative action* des actionnaires de la société anonyme en droit anglais et les leçons pour le Vietnam), *TCKHPL* No 5/2011, p. 36 ss ;

NGUYEN Minh, « FPT chấp thuận đơn từ chức của 2 thành viên Hội đồng quản trị » (FPT accepte la démission de deux administrateurs), *bizlive.vn*, 1/07/2014 disponible en

ligne à <http://bizlive.vn/doanh-nghiep/fpt-chap-thuan-don-tu-chuc-cua-2-thanh-vien-hoi-dong-quan-tri-257067.html>

NGUYEN Ngoc Bich “Chủ tịch và Tổng giám đốc, ai có quyền hơn ai? » (Le président et Directeur général, qui a plus de pouvoirs ?), *Thoi Bao Kinh Te Sai Gon*, 2007, disponible en ligne à <http://vneconomy.vn/doanh-nhan/chu-tich-va-tong-giam-doc-ai-co-quyen-hon-69965.htm>

NGUYEN Thanh Tinh, « Khắc phục lối sống "tiểu nông" trong quá trình hội nhập » (Remédier au mode de vie de «petite paysannerie » dans le processus d'intégration), *Dang Cong San Viet Nam (Journal du Parti communiste du Vietnam)*, 2/01/2007, disponible en ligne à l'adresse http://www.cpv.org.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx?co_id=0&cn_id=108979

PETROTIMES, « Bầu Kiên 'đọa' ông Trần Xuân Giá thế nào? » (comment Bau Kien « menace » Tran Xuan Gia ?), *Petrotimes.vn*, 13/08/2013, disponible en ligne à <http://vtc.vn/1-408670/kinh-te/bau-kien-doa-ong-tran-xuan-gia-the-nao.htm>

PETROTIMES, « Vì sao vợ và em gái "bầu" Kiên thoát vòng lao lý? » (Pourquoi la femme et la sœur de Bau Kien ne sont pas poursuivies ?), *Petrotimes.vn*, 10/08/2013, disponible à <http://petrotimes.vn/news/vn/phap-luat/vi-sao-vo-va-em-gai-bau-kien-thoat-vong-lao-ly.html>

THIEN Thao, « Muốn làm "sếp" ngân hàng phải được NHNN chấp thuận, vì sao? » (Pour devenir le « chef » de la banque, il faut avoir l'approbation de la Banque Centrale, pourquoi ?), *Revue Kinh Te Sai Gon*, 31 juillet 2014, disponible en ligne à <http://www.thesaigontimes.vn/118273/Muon-lam-sep-ngan-hang-phai-duoc-NHNN-chap-thuan-vi-sao.html>

THUY Trang, “Doanh nghiệp Việt chậm trong tư duy chiến lược” (les entreprises vietnamiennes sont en retard dans la détermination des stratégies), *PetroTimes*, 20/08/2013.

TRAN Minh Son, « Ban Kiem Soat trong cong ty co phan » (le conseil de surveillance dans la société anonyme), VCCI 25 février 2010, disponible en ligne à <http://www.vibonline.com.vn/Phobienphapluat/1802/Ban-Kiem-soat-trong-cong-ty-co-phan.aspx>

TUOI TRE, « EVN lỗ lớn vì đầu tư ngoài ngành » (La grande perte d'EVN à cause de l'investissement hors de domaine essentiel), *Tuoi Tre*, 07/10/2013

VCCI, « Hàng nghìn tỷ đồng cho vay các doanh nghiệp ‘sân sau’ » (de milliard de milliards de dong prêtés aux entreprises « cour arrière »), Chambre du Commerce et de l’Industrie du Vietnam, 22/06/2012, disponible en ligne à <http://www.vcci.com.vn/doanh-nhan-doanh-nghiep/20120622073810935/hang-nghin-ty-dong-cho-vay-cac-doanh-nghiep-san-sau.htm>

VU Hai, DANG Khanh, « Các tập đoàn nhà nước đầu tư ngoài ngành: Lỡ nhiều hơn lãi » (les groupes d’entreprises étatiques investissent hors de leur domaine d’activité : plus tot de perte), *VOV*, 21/12/2011, disponible en ligne à: <http://vov.vn/kinh-te/cac-tap-doan-nha-nuoc-dau-tu-ngoai-nganh-lo-nhieu-hon-lai-194974.vov>;

VU Van Phuc, « Tính đặc thù theo định hướng xã hội chủ nghĩa của nền kinh tế thị trường nước ta » (les caractéristiques de l’orientation socialiste de notre économie), *Revue Tap Chi Cong San*, 8 avril 2011, disponible en ligne à : <http://www.tapchiconsan.org.vn/Home/kinh-te-thi-truong-XHCN/2011/628/Tinh-dac-thu-theo-dinh-huong-xa-hoi-chu-nghia-cua-nen.aspx>

VU Van Tinh., « Quyền lực của người đại diện theo pháp luật trong CTCP » (*Les pouvoirs du représentant légal dans la société anonyme*), *Revue Dau Tu Chung Khoan*, 12 septembre 2013, disponible en ligne à: « <http://tinnhanhchungkhoan.vn/dau-tu/quyen-luc-cua-nguoi-dai-dien-theo-phap-luat-trong-ctcp-12431.html> ».

JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET NOTES

I. JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

A.P.S note sous Cass.com., 12 mars 1974 Gaz. Pal., 1974, jurispr. 662,

ALFANDARI E. et JEANTIN M. note sous Cass. 1re civ., 1er févr. 1984 : *RTD com.* 1984, p. 685,

BARBIERI J.-F. note sous cass.com., 1er avril 1977, *Bull. Joly Sociétés* 1997, §248, p. 650.

- note sous Cass. com. 18 janvier 2000, n° 96-18512: *Bull. Joly Sociétés* 2000, p.103.

BASTIAN D. note sous Cass. civ., 6 juill. 1905 : DP 1908, 5, p. 46.

BOULOC B. note sous Cass., crim. 14 octobre 1991, Rev.soc. 1992, p. 782,

BOUSQUET obs. sous Paris 15 mars 1990, *DS* 1992, *Somm. comm.* 180, 1re esp.

CAMPANA M.-J. note sous CA Versailles, 13e ch., 29 avr. 2004, Chouraqui c/ Me Segard, *JCP E* 2005, no 32, p. 34.

CASEAU-ROCHE C. note sous Civ. 1re, 4 déc. 2001, n° 1878, *Bull. civ. I*, n° 310 ; Gaz. Pal. 21-23 avr. 2002.

CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER, obs. sous Cass. Com., 22 févr. 2005, no 03-12902, *JCP E* 2005, 1046

CHARTIER Y. note sous Cass. com., 10 mars 1976 : *JCP G* 1977, II, 18566 et 18595,

CHERON note sous CA Paris, 22 mars 1911, *D.* 1912, 2, p. 353

CONSTANTIN A. note sous CA Paris, 4 juill. 2003 : *JCP E* 2004, 604.

COQUELET M.-L note sous Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-18.785 : *JurisData* n° 2009-049620 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 1,

COQUELET M.-L., GIBIRILA Aj. obs. sous Cass.com., 1er févr. 2011, no 10-20953, *Dr.des.soc.* 2011, n°65.

COURET A. note sous Cass. com., 12 janv. 1993 : *Bull. Joly* 1993, p. 336.

- DAIGRE J.-J. note sous Cass. 1 re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 707,
- DAIGRE J.-J. note sous Cass.com., 28 février 1995 : *Bull. Joly Société* 1995, §84
- DERRIDA F. note sous CA Aix-en-Provence, 9 avr. 1974 : D. 1974, jurispr. p. 690.
- DEZEUZE E et TREVES J. note sous Cass. com, 6 mai 2014, n° 13-17632, *Rev. sociétés*, 2014, p.579.
- DONDERO B note sous Cass.com., 7 juillet 2009, no 08-15835, PB : *Bull. Joly Sociétés* 2010,p. 122,.
- DONDERO B. note sous Cass. com., 30 mars 2010, no 08-17.841, D. 2010, p. 1678,
- note sous Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24305 : *BJS* mars 2013, p. 200, n° 84.
- GORE. note sous T. com. Roubaix, 26 sept. 1956 : D. 1957, jurispr. p. 10.
- GRÉVAIN-LEMERCIER K. note sous Cass. com., 18 décembre 2012, n°11-24305 : *Gal.Pal.* 6 avril 2013,n°96 p. 21.
- note sous Cass. com., 18 décembre 2012, n°11-24305 : *Gal.Pal.* 6 avril 2013,n°96 p. 21.
- GUYON Y. note sous .Cass. civ., 30 sept. 1940: *Gaz. Pal.* 1940, 2, p. 169; Cass. com., 26 janv. 1970: *JCP G* 1970, II, 16385.
- note sous CA Paris, 25e ch., 4 févr. 1994 : *JurisData* n° 1994-600148 ; *Rev. sociétés* 1994, somm. p. 336,
 - note sous Cass. com., 8 mars 1982 : *Rev. Sociétés* 1983, p. 573.
- HONORAT J. note sous Cass. com., 18 juill. 1989 : *JurisData* n° 1989-702876 ; *Defrénois* 1990, art. 34788, p. 633,
- note sous Cass. com., 28 mai 1991 : *Rev. sociétés* 1992, p. 373.
 - note sous Cass.com., 26 oct. 1959, *JCP* 1960.2.11696 ; 3 janv.1985, *Defrénois* 1987, 620.
 - note sous Cass.com., 18 juillet 1989, *Défrénois* 1990, art. 34788, no 5, p. 633.3
- HOUIN R. obs. sous CA Amiens, 10 mars 1977, *RTD.com.* 1977, 528,
- obs. sous Rennes, 25 févr. 1972, *JCP* 1972.2.17220, *RTD. Com* 1972, 921.

- obs. sous TGI Seine, 18 févr. 1966 : *RTD com.* 1967, p. 190,
- LARROUMET C obs. sous Cass.2e civ., 17 mars 1977 : *D.*1977, inf.rap.326.
- LE CANNU P. note sous Cass. Com., 6 mai 1982, *Rev.soc.* 1982, 523.
- LE NABASQUE H. note sous Cass.com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *Bull. Joly* 2003, § 167, p. 786.
- Cass. com., 5 nov. 1991, no 89-21.650, *Dr. sociétés* 1992, no 17.
- note sous Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15049 : *Bull. civ.*, IV, n° 188 ; *BJS* févr. 2012, p. 1127, n° 116.
- LECUYER H. obs. sous Cass. crim., 13 sept. 2006, no 05-85.083, *Dr. sociétés* mars 2007, comm. 44,
- note sous Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-12024 : *Dr. sociétés* 2007, comm.1.
- LEGROS J.-P. obs. sous Cass. com., 26 juin 2001, no 98-20.115, *Dr. sociétés* oct. 2001, comm. 140.
- LIENHARD A. note sous Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793, *Bull. civ.* IV, n° 48, *D.* 2010, p. 761,
- obs. sous Cass.com., 23 novembre 2010, n° 09-15.339, arrêt n° 1180 F-D, *Rev. sociétés* 2011. 33.
- obs. sous Cass. com., 4 juill. 2006, no 05-13.930, *Bull. civ.* IV, no 166, *D.* 2006, p. 1958.
- note sous Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793, *Bull. civ.* IV, n° 48, *D.* 2010, p. 761.
- MALAURIE Ph. note sous Cass. Com.27 févr. 1996, no 94-11241, *Bull. civ.* IV, n° 65; *D.* 1996. 518.
- note sous Cass. Com. 27 févr. 1996,no 94-11241, *Bull. civ.* IV, n° 65; *D.* 1996. 518.
- MASSART T. note sous CA Paris, 17 septembre 2013, n°12/14712, *BJS* 31 janvier 2014, n°1, p25.
- note sous Cass. com., 22 févr. 2005, n°01-13642 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1105.

- note sous Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13642 : BJS oct. 2005, p. 1105, n° 244.
 - note sous Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13.198 : JurisData n°2008-043846 ; *Bull. Joly* 2008, p. 885, § 190.
- MATHEY note sous Com., 21 déc 1964, *Bull.civ.* III, n°516 ; 14 juin 2005, *Rev.soc.* 2006 , p.66 ,;
- MATSOPOULOU H. note sous Cass.crim., 31 mai 2012, no 11-86.324 : *Rev.soc.* 2013, p.47.
- MESTRE J. obs. sous Civ.1re, 3 février 1993, *Bull.civ.I*, n°61 ; RDT Civ. 1994, p.596.
- obs. sous Soc., 8 novembre 1984, *RTD civ.* 1985, p.367.
- MONNET J. note sous Cass. com., 27 sept. 2005 : JurisData n° 2005-030513 ; *Dr. sociétés*, 2005, comm. 221.
- MONTERAN Th. note sous Cass.com., 13 nov. 2007: *Gaz. Proc.coll.* 2008-1, p.68.
- MORTIER. obs. sous Cass.com., 7 avr. 2009, no 07-14626, *Dr.des.soc.*2009,
- note VIANDIER A. note sous Cass.com., 2 juillet 1985, n° 83-16887, *Bull.civ.IV*, n° 203, J.C.P. 1985, II, 20518.
- PARIENTE M. note sous CA Paris, 4 févr. 1994 : *Bull. Joly* 1994, p. 403,
- note sous CA Paris, 4 févr. 1994 : JurisData n° 1994-600148 ; *Bull. Joly* 1994, p. 403, § 121,
 - note sous CA Paris, 4 févr. 1994 : JurisData n° 1994-600148 ; *Bull. Joly* 1994, p. 402.
- PETEL. note sous Cass. com., 22 févr. 1994, *JCPE* 1994, I, p.394.
- obs. sous Cass. com., 30 nov. 1993, *Bull. Joly*, 1994, p. 410
- PORACCHIA D. note sous Cass. com. 25 octobre 2011, n° 10-23671: *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 136.
- RAFFRAY R. note sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 69 ; *BJS* juin 2010, p. 533, n° 108.
- note sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 69 ; *BJS* juin 2010, p. 533, n° 108,

- RAULT J. obs. sous Cass. soc., 3 avril 1990; Cass. com., 26 nov. 1956 : *RTD com.* 1957, p. 402.
- RODRIGUEZ K. note sous Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-15.835 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 205 ; JurisData n° 2009-049111 ; *JCP E*, 2010, 1088.
- ROUSSILLE M. note sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 : JurisData n° 2010-002958 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 117.
- SAINTOURENS B. note sous Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975 : *BJS* oct. 2011, p. 817, n° 405.
- note sous Cass. com., 21 mars 1995, no 93-13.721, *Bull. civ. IV*, no 98, *Rev. sociétés* 1995, p. 501.
 - note sous Cass. com., 21 mars 1995, no 93-13.721, *Bull. civ. IV*, no 98, *Rev. sociétés* 1995, p. 501,
- SALOMON R. obs. sous Cass.crim., 16 déc. 2009, n°09-88305 : *Dr.sociétés* 2010, n°78.
- SCHMIDT D. note sous Cass. com, 9 mars 2010, n° 08-21 .547, *Bull. Joly Bourse*, 01 janvier 2012 n° 1, p. 1.
- note sous CA Paris, 1er févr. 1984 : *Rev. sociétés* 1984, p. 779.
- SOINNE B., note sous Cass. com., 6 oct. 1981, no 77-15.264, *D. 1983*, jur., p. 133.
- TAISNE J.-J. note sous CA Douai, 31 janv. 1975, *Rev. sociétés* 1975, p. 282.
- THALLER. note sous Cass. civ., 26 nov. 1912 : *DP* 1913, 1, p. 377.
- URBAIN –PARLEANI I., comm. sous Cass. com. 17 mai 1965, *JCP, G*, 1966, II, 14647. *Rev. Sociétés*, 2001, 781.
- VIANDIER A., note sous Cass. com., 4 oct. 1988 : *Rev. sociétés* 1989, p. 213.
- note sous Cass. com., 2 juill. 1985: JurisData n° 1985-701835 ; *JCP E* 1985, II, 14758.
- VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J. note sous Cass. com. 15 déc. 1987, n° 86-13.479, *Bull. civ. IV*, no 280, *JCP E*, 1988. II. 15240, no 6.
- note sous Cass. com. 23 juin 1998 et 7 juillet 1998 : *JCP E* 1999, p.29.
- VIDAL D. obs. sous CA Paris, 13 nov. 1996, *Dr. sociétés* févr. 1997, comm. 33.

- note sous Cass. com., 28 avr. 1998 : JurisData n° 1998-001895 ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 114.

Cass. civ., 16 juin 1891 : *Journ. sociétés* 1891, p. 505 ; *Rev. sociétés* 1891, p. 431.

Cass. req., 28 janv. 1908 : *DP* 1909, 1, p. 453.

Cass. req., 21 déc. 1936 : *Gaz. Pal.* 1937, 1, 240.

Cass. crim. 26 janv. 1938, S. 1939.1.49

Com. 8 déc. 1998, n° 1951 D ; 1er févr. 1998, *Gaz. Pal.* 26 mai 1998, n° 42 ;

Cass. com., 8 nov. 1960, no 58-11.804, *Bull. civ. III*, no 355.

Cass. com., 3 juin 1964, no 61-13.635, *Bull. civ. IV*, no 292.

Cass.2e civ., 21 avril 1966 : *JCP* 1966, II, 14710.

Cass.com., 26 janvier 1970, *JCP G* 1970, II, 16385, note GUYON Y. ;

Cass.com., 26 janvier 1970, *Rev. sociétés* 1970, p. 476.

Cass. com., 12 mars 1974, *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 662 ; Paris, 28 oct. 1980, *JCP, G*, 1981, IV, p. 393

Cass. com., 12 mars 1974, n° 73-11.453 : *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 662.

Cass. 3e civ., 2 juill. 1974 : *D.* 1974, inf. rap. p. 224.

Cass. com., 12 mai 1975 : *Bull. civ.* 1975, IV, n° 130.

Cass.com., 1er juill. 1975, *Bull.cass.* 1975, 4, no 189.

Cass. 2e civ. 27 avril 1977, n°75-14761, *Bull.civ.* II, n°108.

Cass.civ. 3e, 17 janvier 1978, *JCP* 78, éd. G. IV, p. 95

Cass. Com., 27 févr. 1978 : *D.*1978, inf.rap. p.334.

Cass. com., 9 mai 1978, nos 77-10.104 et 77-10.661, *D.* 1979, p. 419.

Cass. 1re civ., 31 mai 1978 : *Bull. civ.* 1978, I, n° 213.

Cass. com., 4 févr. 1980 : *Bull. civ.* 1980, IV, n° 55.

Cass. com., 23 juin 1982, no 81-10.560.

Cass. com., 15 déc. 1982, no 81-14.054.

Cass. com., 2 mai 1983, n° 81-12.717, *Sté Comptoir Commercial du Caoutchouc c/ Crts Devos* : *Bull. civ.* 1983, IV, n° 128

Cass. com., 3 juill. 1984 : JurisData n° 1984-701205 ; JCP G 1984, IV, 296 ; D. 1985, jurispr. p. 323.

Cass. com., 3 avr. 1984, n° 83-11.464.

Cass. com., 7 juill. 1987, n° 86-10.248.

Cass. com., 3 avr. 1990 : *Rev. sociétés* 1990, p. 625.

Cass. com., 7 juill. 1992 : *Bull. Joly* 1992, p. 1192.

Cass. com., 11 juin 1991 : RJDA 1991, n° 852, p. 732.

Cass. com., 14 janv. 1992 : JurisData n° 1992-000119 ; JCP G 1992, IV, p. 83, n° 775 ; Bull. civ. 1992, IV, n° 13 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 798.

Cass. com., 14 déc. 1993, n°91-20839: Bull. civ. 1993, IV, n° 473.

Cass. com., 25 janv. 1994, no 91-20.007, RJDA 1994, no 457.

Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-21607: JurisData n° 1995-001098 ; JCP E 1995, pan. p. 262, n° 848 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 133 ; JCP G 1995, IV, 1609

Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21.548 : JurisData n° 1995-000294.

Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : JCP E 1995, pan. 361 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 29 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 763.

Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-12.856, *Dr. sociétés* nov. 1995, comm. 223

Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241 : Bull. 1996, IV, n° 65.

Cass. com., 1 er oct. 1996, RJDA, 1/97, n° 65.

Cass. civ. 1re Ch., 26 novembre 1996.

Cass. com., 18 juin 1996, n° 94-16.448, société Installation énergie "INES", c/ Reille : *Bull. Joly* 1996, p. 922, § 332.

Cass. 2e civ., 18 juin 1997 : *Res.civ.et assur.*1997 ; comm.287

Com. 9 déc. 1997, RJDA 4/1998. 345 ; 31 mars 1998, RJDA 6/1998. 548.

Cass. com., 24 novembre 1998 Gaz. Pal. 1999. Panor. cass. P. 17 <99/0345>.

Cass. com. 27 octobre 1998, n° 95-19528.

Cass. com., 24 février 1998, *Bull.civ.IV*, n° 86

Cass. com., 23 nov. 1999, no 97-14.693, RJDA 2000, no 270.

Cass. civ. 3^e, 4 avril 2001, RJDA 2001/12, n o 1214.

Cass. com., 9 mai 2001, RJDA 2001/12, n o 1214

Cass. com., 2 mai 2001, *Dr. Sociétés*, 2001, comm. 141.

Cass. com., 24 septembre 2002, BRDA 2002/19, n o 4)

Cass. com., 20 mai 2003, no 99-17.092.

Cass. com., 4 mars 2003, no 01-01.115, *RJDA* 2003, no 724;

Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15. 618 : Juris-Data n° 2004-023739.

Cass. com., 14 déc. 2004, n° 04-13. 059 : JurisData n° 2004-026360.

Cass. com., 2 nov. 2005, no 02-15.895.

Cass. 2e civ., 14 sept. 2006, n° 05-16. 266 : JurisData n° 2006-034995 ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 175.

Cass. com., 27 juin 2006, no 04-15.831,

Cass. com., 20 nov. 2007, no 06-16933;

Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-14846: *Gaz. Proc.coll.* 2008-1, p.69.

Cass. com. 10 février 2009, no 07-20.445, *Gaz.Pal.*, 07 mai 2009 n° 127, p. 2.

Cass.com., 1 mars 2011, n° 10-16.816, inédit.

Cass.soc., 1er février 2011. n° 10-20953.

CA Montpellier, 4 nov. 1940 : *JCP G* 1942, II, 1871

CA Douai, 28 janv. 1954 : *JCP G* 1954, II, 8101.

CA Lyon, 16 sept. 1960 : *Gaz. Pal.* 1961, 1, p. 164

CA Rouen, 12 janv. 1973, D. 1973, somm. 28 ; Communiqué COB, Bull. COB, no 128, juill. 1980.

CA Paris, 7 nov. 1984, BRDA, 1984/24, p. 18.

CA Paris, 3e sect. B, 24 janv. 1986 : JurisData n° 1986-021036 ;

CA Paris, 4juillet 1991, *JCP E* 1991, pan. 991.

CA Paris, 4 juill. 1991: *JCP E* 1991, pan. 991.

CA Metz, 20 oct. 1992, Juris-Data, n° 048844

CA Paris, 19 janv. 1993 : *D.* 1993, inf. rap. p. 123.

CA Versailles, 21 oct. 1993 : *JurisData* n° 1993-600048 ; *Bull. Joly* 1994, p. 99. CA Paris, 9 déc. 1994 : *JCP E* 1995, pan. 108 ;

CA Paris, 19 déc. 1995.

CA Rouen, 11 sept. 1997, *JCP E* 1998, p. 1574.

CA Paris, 4 févr. 2000, *Bull. Joly*, 2000, p. 817, *RJDA*, 6/00, n° 674.

CA Orléans, 2 novembre 2000, inédit.

CA Paris, 3e ch., 22 juin 2001 : *JurisData* n° 2001-154649.

CA Limoges, 22 nov. 2001 : *JurisData* n° 2001-162956

CA Versailles, 17 janvier 2002, *Bull. Joly* 2002, § 111, p. 515.) ;

CA Montpellier, 1re ch., 18 juin 2002 : *JurisData* n° 2002-209025

T. confl., 30 juill. 1873, Pelletier, n° 00035 , *GAJA*, 18e éd., 2011, n° 2.

II. JURISPRUDENCE VIETNAMIENNE

-*Affaire Natraco* : Arrêt n° 45/2008/KDTM-PT du 22 février 2008 de la Cour Populaire Suprême – Cour d’appel de Hanoi.

-*Affaire Hoang Dinh Dung* : Arrêt n° 494/2008/HSPT du 23 juillet 2008 du Tribunal d’Appel de la Cour Populaire Suprême de Hanoi

-*Affaire Nguyen Duc Kien* : arrêt No 219/2014/HSST du 9 juin 2014 de la Cour Populaire de la ville de Hanoi

-*Affaire Vinashin* : arrêt n0 45/2012/HSST du 30/03/2012 de la Cour Populaire de la ville Hai Phong.

-*Affaire Duong Chi Dung* : arrêt n0 479/2013/HSST du 16/12/2013 de la Cour Populaire de la ville Hanoi.

- *Affaire AK* : Décision n° 30/2003/HDTP-DS du 3 novembre 2003 du Conseil des Juges de Cour populaire Suprême, comm. DO Van Dai (Do Van Dai , *Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận (droit vietnamien du contrat: les arrêts et des commentaires)*, Volume 1, éd. Chinh Tri Quoc Gia, 2011, p. 158)

III. JURISPRUDENCE AMÉRICAINNE

Foss v Harbottle (1834) 2 Hare 461

Dodge v. Woolsey, 59 U. S. (18 Howard) 331, 15L.Ed.401 (1855).

Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985)

Solash v. Telex Corp., C.A. N° 9518, slip op. at 18 (Del. Ch. Jan. 19, 1988).

Cede & Co. v. Technicolor, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993).

ANNEXES

Annexe 1 :

La Loi Vietnamienne sur Les Entreprises 2015 (Loi N°68/2014/QH 13 du 26 novembre 2014 - Extraits)

Article 149: Conseil d'Administration.

1. Le conseil d'administration est chargé de l'administration de la SA. Il dispose de pleins pouvoirs pour décider et exercer, au nom de la société, tous les droits et obligations autres que ceux expressément attribués à l'assemblée générale.

2. Le conseil d'administration a les pouvoirs et missions suivants:

a) Décider de la stratégie de développement à moyen terme et du plan d'affaires annuel de la société;

b) Proposer les différentes catégories d'actions et le nombre total par catégorie des actions susceptibles de faire l'objet d'une offre de vente;

c) Décider des offres de vente d'actions nouvelles dans la limite du nombre d'actions susceptibles de faire l'objet d'une offre de vente; décider des appels aux apports en capitaux supplémentaires par tous autres moyens;

d) Décider du prix des actions et des obligations de la société mises en vente;

dd) Décider du rachat d'actions prévu au paragraphe 1 de l'article 130 de la présente Loi;

e) Décider du plan d'investissement et des projets d'investissement relevant de sa compétence et dans les conditions fixées par la présente Loi ou les statuts;

g) Décider des mesures de recherche de nouveaux débouchés, de marketing et de développement technologique;

h) Approuver les contrats de vente, d'emprunt, de prêt et les autres contrats d'une valeur supérieure ou égale à 35% de la valeur totale de l'actif inscrite dans le dernier rapport financier de la société, ou à un pourcentage moins élevé déterminé par les statuts, sous réserve des contrats et actes prévus aux article 135.2 (d), 162.1 et 162.3 de la présente Loi;

i) Nommer, révoquer ou destituer le directeur ou le directeur général et les autres gérants importants de la société déterminés par les statuts; conclure, résilier les

contrats avec ces personnes; décider du salaire et des autres intérêts au profit de ces gérants; désigner les représentants des copropriétaires de la société auprès d'autres sociétés dont elle détient des actions ou une part sociale, décider de la rémunération et des autres intérêts au profit de ces représentants;

k) Surveiller et diriger le directeur ou le directeur général et les autres dirigeants dans la direction des activités courantes de la société;

l) Décider du schéma d'organisation et du règlement intérieur de la société, de la création des filiales, des succursales ou des bureaux de représentation, et de la prise de participation financière ou de l'achat d'actions dans d'autres entreprises;

m) Approuver l'ordre du jour et les documents de travail pour l'assemblée générale; convoquer l'assemblée générale ou mettre en œuvre le vote par correspondance aux fins de l'adoption des décisions par l'assemblée générale;

n) Présenter le compte annuel à l'assemblée générale;

o) Proposer le montant du dividende à payer, décider du délai et des modalités de paiement des dividendes ou de règlement des pertes accusées au cours de l'exercice;

p) Proposer la restructuration, la dissolution de la société ou l'ouverture d'une procédure collective;

q) Accomplir tous les autres pouvoirs et missions définis par la présente Loi et les statuts.

3. Le conseil d'administration adopte ses décisions sous forme de vote sur place ou par correspondance, ou sous toute autre forme prévue par les statuts. Chaque membre du conseil d'administration a droit à une voix.

4. Le conseil d'administration se soumet, dans l'exercice de ses fonctions et missions, aux dispositions légales, aux statuts de la société et aux décisions de l'assemblée générale. En cas de contradiction entre une décision prise par le conseil d'administration et les dispositions légales ou les statuts au détriment de la société, les administrateurs qui ont voté pour la décision en cause sont solidairement responsables de cette décision et de la réparation des dommages causés à la société; les administrateurs qui ont voté contre la décision en cause, sont libérés de cette responsabilité. Dans ce cas, tout actionnaire détenant des actions de la société sur une

période continue d'au moins un an peut demander au conseil d'administration de suspendre ladite décision.

Article 157. : Directeur ou directeur général de la SA

1. Le conseil d'administration nomme une personne parmi ses membres ou une autre personne pour devenir directeur ou directeur général de la société. Si les statuts de la société ne stipulent pas que le président du conseil d'administration est le représentant légal de la société, le directeur ou directeur général assurera ce poste.

2. Le directeur ou directeur général dirige les activités d'affaires journalières de la société; il est placé sous le contrôle du conseil d'administration; il est responsable devant ce dernier et devant la loi, de l'exercice des pouvoirs et des missions qui lui sont confiés.

Le directeur ou directeur général est nommé pour une durée qui ne peut excéder cinq ans; il est rééligible sans que le nombre de mandats soit limité.

Les conditions de nomination du directeur ou directeur général sont prévues à l'article 65 de la présente Loi

3. Le directeur ou directeur général de la société anonyme a les pouvoirs et missions suivants:

a) Décider des questions relatives aux activités ordinaires de la société sans que soit exigée une décision du conseil d'administration;

b) Assurer l'exécution des décisions du conseil d'administration;

c) Assurer la mise en œuvre des plans d'affaires et d'investissement de la société;

d) Proposer le schéma d'organisation et de gestion et le règlement intérieur de la société;

e) Nommer, révoquer ou destituer les gérants de la société, sous réserve de ceux qui relèvent de la compétence du conseil d'administration;

f) Décider du salaire et des compléments de salaire éventuels au profit des salariés de la société, y compris les gérants qu'il nomme;

g) Recruter des employés;

h) Proposer le plan de distribution des dividendes ou de règlement des pertes accusées au cours de l'exercice;

i) Accomplir tous les autres pouvoirs et missions définis par la loi, les statuts de la société et les décisions du conseil d'administration.

4. Le directeur ou directeur général est tenu de diriger les activités courantes de la société conformément à la loi, aux statuts de la société, au contrat de travail qu'il conclut avec la société et aux décisions du conseil d'administration. Le directeur ou directeur général est responsable devant la loi des infractions aux dispositions susmentionnées et, le cas échéant, de la réparation du dommage causé à la société.

Article 160. : Obligations des dirigeants de la SA

1. Les membres du conseil d'administration, le directeur ou directeur général et les autres dirigeants de la société sont tenus aux obligations suivantes:

a) Exercer les pouvoirs et missions qui leur sont confiés conformément aux dispositions de la présente Loi, des législations afférentes, des statuts de la société, et aux décisions de l'assemblée générale;

b) Accomplir les pouvoirs et missions qui leur sont confiés, avec bonne foi, avec diligence et de la meilleure manière possible afin d'assurer au maximum les intérêts légitimes de la société et de ses actionnaires;

c) Être loyaux aux intérêts de la société et des actionnaires; Ne pas user des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société; ne pas abuser de leurs pouvoirs et des biens de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale;

d) Faire des déclarations exactes en temps voulu, à la société sur toutes les entreprises dont la totalité du capital social ou des actions dominantes ou une part sociale dominante sont détenues par eux-mêmes ou par les personnes ayant un lien avec eux; ces déclarations sont affichées au siège social et aux succursales de la société.

2. Ils doivent également exécuter toutes autres obligations définies par la présente Loi et les statuts.

Article 161. Droit d'agir en justice contre l'administrateur, le directeur ou le directeur général.

1. L'actionnaire ou le groupe d'actionnaires détenant au moins 1% de droits de vote pendant 6 mois consécutifs peut intenter, en son nom propre ou au nom de la société,

une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs ou du DG dans les cas suivants :

- a) Lorsqu'ils manquent aux obligations des dirigeants sociaux incombées par l'article 160 de cette Loi;
- b) Lorsqu'ils n'exercent pas correctement les pouvoirs et missions attribués; lorsqu'ils ne exécutent pas, ou lorsqu'ils exécutent incomplètement ou lorsqu'ils ne exécutent pas à temps les décisions du CA.
- c) Lorsqu'ils usent des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale;
- d) Lorsqu'ils abusent de leurs pouvoirs et des biens de la société à des fins personnelles ou dans l'intérêt de toute autre personne physique ou morale;

2. La procédure d'agissement en justice est exercée conformément à la procédure du droit civil. Les dépenses relatives à l'action seront prises en charge par la société lorsque les actionnaires agissent au nom de la société, sauf le cas où la demande est irrecevable ».

Annexe 2 :

Le Code Civil Vietnamien 2005 (Loi N°33/2005/QH 11 du 14 juin 2005 - Extraits)

Article 69. Gestion des biens de la personne sous tutelle

1. Le tuteur doit administrer les biens de la personne sous tutelle en bon père de famille.
2. Le tuteur est autorisé à exercer des actes portant sur les biens de la personne sous tutelle dans l'intérêt de celle-ci. La vente, l'échange, la location, le prêt, la mise en gage, le nantissement mobilier, l'hypothèque, le versement d'arrhes et tout autre acte qui porteraient sur des biens de grande valeur de la personne sous tutelle nécessitent le consentement de la personne en charge du contrôle de l'exercice de la tutelle.

Le tuteur ne peut céder à titre gratuit les biens de la personne sous tutelle.

3. Tous les actes de la vie civile entre le tuteur et la personne sous tutelle qui porteraient sur les biens de cette dernière sont nuls, sauf si ces actes sont exécutés dans l'intérêt de ladite personne avec le consentement de la personne en charge du contrôle de l'exercice de la tutelle.

Article 76. Obligations de l'administrateur des biens d'une personne ayant cessé de paraître à son lieu de résidence

L'administrateur des biens d'une personne ayant cessé de paraître à son lieu de résidence est tenu aux obligations suivantes:

1. Garder et conserver, en bon père de famille, les biens de ladite personne;
2. Faire vendre sans délai les produits de la terre et les autres produits menacés de détérioration;
3. Sur décision du tribunal, exécuter toute obligation alimentaire et payer toute dette échue de ladite personne sur ses biens;
4. Restituer les biens à ladite personne si elle reparaît et en informer le tribunal; réparer les dommages qui auraient été causés par sa faute dans l'administration des biens.

Article 79. Gestion des biens du présumé absent

La personne chargée d'administrer les biens d'une personne ayant cessé de paraître à son lieu de résidence conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 75

du présent Code, continue à administrer les biens de cette personne dont la présomption d'absence a été judiciairement constatée et a les droits et les obligations prévus aux articles 76 et 77 du présent Code.

Si le tribunal a fait droit à la demande en divorce du conjoint du présumé absent, l'administration des biens de ce dernier est confiée à l'un de ses enfants majeurs ou à ses parents; à défaut, l'administration de ces biens est confiée aux parents proches du présumé absent; à défaut de parents proches, le tribunal désigne toute autre personne pour administrer les biens

Article 139. Représentation

1. La représentation est le fait pour une personne (dénommée représentant) de conclure ou d'exécuter un acte de la vie civile au nom et pour le compte d'une autre personne (dénommée représenté) dans les limites assignées par la représentation.

2. Toute personne physique, toute personne morale ou tout autre sujet de droit peut conclure et exécuter un acte de la vie civile par l'intermédiaire d'un représentant.

Néanmoins, une personne physique ne peut se faire représenter dans les cas où la loi dispose qu'elle doit agir elle-même.

3. Les rapports entre le représentant et le représenté sont définis soit par la loi soit par un mandat.

4. Le représenté reçoit les droits et est tenu aux obligations nées des actes de la vie civile conclus et exécutés par son représentant.

5. Le représentant doit jouir de la pleine capacité d'exercice en matière civile, à l'exception du cas prévu à l'article 143.2 du présent Code.

Article 141. Représentant légal

Sont représentants légaux:

1. Le père ou la mère pour les enfants mineurs;

2. Le tuteur pour la personne placée sous tutelle;

3. La personne désignée par une décision de justice pour la personne physique dont la capacité d'exercice est limitée;

4. Pour une personne morale, son dirigeant désigné en application des statuts ou de la décision d'une autorité publique compétente;

5. Le chef du foyer familial pour le foyer familial;
6. Le chef du groupement coopératif pour le groupement coopératif;
7. Toute autre personne définie par la loi.

Article 144. Étendue de la représentation

1. Le représentant légal est habilité à conclure et à exécuter tout acte de la vie civile dans l'intérêt du représenté, sauf les cas où la loi en dispose autrement.
2. L'étendue de la représentation conventionnelle est fixée par le mandat.
3. Le représentant ne peut exécuter d'actes de la vie civile que dans les limites de ses pouvoirs de représentation.
4. Le représentant est tenu d'informer son cocontractant de l'étendue de ses pouvoirs de représentation.
5. Le représentant ne peut conclure ni exécuter d'actes de la vie civile avec lui-même ou avec tout tiers dont il serait également le représentant, sauf les cas où la loi en dispose autrement.

Article 146. Effets de l'acte de la vie civile conclu ou exécuté par excès de pouvoirs de représentation

1. Tout acte de la vie civile conclu ou exécuté par excès de pouvoir de représentation ne fait pas naître, en ce qui concerne la partie excédant les limites des pouvoirs de représentation, ni de droits ni d'obligations au profit ou à la charge du représenté, sauf si celui-ci y consent ou ne s'y oppose pas en toute connaissance de cause; à défaut d'un tel consentement, le représentant est tenu envers son cocontractant des obligations ainsi créées qui ont excédé ses pouvoirs de représentation.
2. Le cocontractant du représentant peut résilier unilatéralement ou résoudre l'intégralité de l'acte ou les dispositions de l'acte qui excèdent le pouvoir de représentation et réclamer des dommages - intérêts, sauf le cas où il savait ou ne pouvait ignorer que le représentant excédait son pouvoir de représentation.
3. Le représentant et son cocontractant qui concluent et exécutent intentionnellement un acte de la vie civile excédant les pouvoirs de représentation sont solidairement responsables du préjudice causé au représenté.

Article 302. Responsabilité civile en cas de violation d'une obligation civile

1. Tout débiteur est civilement responsable à l'égard du créancier du dommage résultant de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de son obligation.
2. Le débiteur qui, par suite de force majeure, a été empêché d'exécuter son obligation, est exonéré de sa responsabilité, à moins que les parties n'en conviennent autrement ou que la loi n'en dispose autrement.
3. La responsabilité civile du débiteur ne peut être engagée si ce dernier prouve que l'inexécution de l'obligation résulte en totalité de la faute du créancier.

Article 308. Faute

1. Toute personne qui n'exécute pas son obligation civile ou l'exécute de manière imparfaite, est responsable du dommage causé par sa faute qu'elle soit intentionnelle ou non-intentionnelle, à moins que les parties n'en conviennent autrement ou que la loi n'en dispose autrement.

2. Cause un dommage intentionnellement, toute personne qui accomplit un acte sachant que cet acte peut causer un dommage à autrui et qui laisse se produire volontairement ou involontairement le dommage.

Cause un dommage non intentionnellement toute personne qui accomplit un acte, soit en ignorant que cet acte causera un dommage alors qu'elle devrait ou pourrait le savoir, soit en sachant que l'acte peut causer un dommage, en estimant que le dommage ne se produira pas ou pourra être évité.

Article 604. Sources de responsabilité extracontractuelle

1. Toute personne qui intentionnellement ou non intentionnellement, a porté atteinte à la vie, à la santé, à l'honneur, à la dignité, à la notoriété, aux biens ou aux droits et intérêts légitimes d'une personne physique ou à l'honneur, à la notoriété ou aux biens d'une personne morale ou de tout autre sujet de droit, est tenue de réparer le préjudice qu'elle a causé.

2. Dans les cas où l'application de la responsabilité sans faute est prévue par la loi, le respect d'une telle disposition est obligatoire.

Article 608. Dommage causé aux biens

En cas de dommage causé aux biens, les préjudices susceptibles de réparation comprennent:

1. La perte des biens;
2. La destruction ou la détérioration des biens;
3. La perte des fruits résultant de l'usage ou de l'exploitation des biens;
4. Les dépenses raisonnables faites pour limiter l'étendue du dommage ou le prévenir ou le réparer.

Article 618. Dommages causés par les préposés d'une personne morale

Une personne morale est tenue de répondre des dommages causés par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions; si la personne morale a indemnisé directement la victime, elle a le droit de se retourner contre le préposé fautif en lui réclamant le remboursement d'une somme d'argent conformément aux dispositions légales.

INDEX

A

Action individuelle, 386,414, 462, 502, 509, 515, 559, 560, 563 ss., 568, 581, 590, 603

Action sociale *ut singuli*, 511, 517, 518, 519, 521, 523 ss., 529 ss., 533 ss., 539 ss., 545, 563, 564, 566 ss., 587, 589, 602.

Action *ut universi*, 516, 519, 521, 530, 588

Administrateur indépendant, 23, 31, 45, 49, 50 ss., 111, 125, 222

B

Business Judgement Rule, 372 ss., 597

C

Cessation de paiement, 490 ss., 467.

Commissariat aux comptes, 23, 125

Concurrence déloyale, 293, 294, 306 ss.

Conflit d'intérêts, 296 ss., 406, 474, 527.

Conventions réglementées, 138

Corporate governance, 226, 267, 593

Coûts de procédure, 529, 557 ss., 592.

D

Derivative action, 511, 512

Devoir de bonne foi, 101, 121, 244 ss., 275, 277 ss., 283, 284 ss., 597.

Devoir de diligence, 80, 101, 121, 241, 245, 286, 300, 339 ss., 344, 348, 358 ss., 361, 363, 367 ss., 374, 379 ss., 465 ss., 549, 597.

Devoir de loyauté, 313, 315, 323, 338, 374, 387, 389 ss., 399 ss., 423, 424, 474, 549, 597.

Dirigeant de fait, 27 ss., 164, 351.

Dirigeants statutaires, 24 ss., 123, 139, 149, 164, 543, 544.

Domage, 6, 9, 87 ss., 95, 99, 139, 165, 169, 171, 179, 184 ss., 189 ss., 198, 214, 225, 273, 293, 335, 404, 410, 412, 414, 417 ss., 421 ss., 427, 437, 441, 446, 448, 451, 454, 457, 461, 500, 504, 509, 510, 511, 517, 522, 528, 531, 551 ss., 554 ss., 574 ss., 577 ss., 581, 590.

F

Faute de gestion, 344 ss., 477, 482, 483, 485 ss., 600.

Faute séparable des fonctions/missions, 428, 431, 433 ss., 440, 441, 444, 446, 452 ss., 472, ss., 599.

Fonction préventive, 6 ; **Fonction réparatrice**, 6

I

Insuffisance d'actif, 354, 477, 479 ss., 484 ss., 489, 503.

L

Lien de causalité, 168, 191 ss., 197 ss., 201 ss., 398, 418, 422, 485, 486, 489, 500, 504, 548, 596, 601.

M

Marché financier, 382, 414, 418, 420.

O

Obligation aux dettes sociales, 478, 488 ss., 497 ss., 502, 601.

P

Prescription, 569 ss., 604,

Préjudice, 186 ss., 191 ss., 194 ss., 202, 203, 217, 222, 229, 236 ss., 325, 336, 366, 374, 382, 384, 386, 398, 402, 404, 410, 413 ss., 417, 421 ss., 427, 447 ss., 452, 458, 461 ss., 466, 468, 469, 473, 476, 484, 495 ss., 499, 504, 509 ss., 513, 515 ss., 519 ss., 530, 535, 548, 550, 552 ss., 559, 564, 571, 575, 582, 599, 601.

R

Rémunération, 48, 51, 95, 100, 131

T

Théorie d'équivalence des conditions, 194, 195 202.

Théorie de causalité adéquate, 194, 198, 202, 500 ;

V

Vote cumulatif, 52 ss., 62 ss., 122

Vote direct, 52 ss., 63

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	13
PARTIE INTRODUCTIVE: BRÈVE DESCRIPTION DES DIRIGEANTS DONT LA RESPONSABILITÉ PEUT ÊTRE MISE EN CAUSE EN DROIT VIETNAMIEN.	23
TITRE I. L'ACCÈS AUX FONCTIONS DES DIRIGEANTS.	29
CHAPITRE 1. LES CONDITIONS DE FONDS.....	29
SECTION 1. LES CONDITIONS GÉNÉRALES APPLICABLES AUX ADMINISTRATEURS ORDINNAIRES.	29
§1. La capacité d'exercice.....	30
§2. L'interdiction.	31
§3. Les compétences professionnelles et expériences pratiques.	35
§4. La qualité d'actionnaire	36
SECTION 2. LES CONDITIONS SPÉCIALES APPLICABLES AUX ADMINISTRATEURS INDÉPENDANTS.	39
CHAPITRE 2. LES CONDITIONS DE FORME : LA NOMINATION PAR L'ASSEMBLE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES.....	41
SECTION 1. LE VOTE CUMULATIF.....	41
§1. La détermination de la liste des candidats.	43
I. Le principe : Libre proposition des candidats.....	43
II. L'exception : Approbation préalable de la liste des candidats dans le secteur bancaire.	44
§2. La communication des informations sur les candidats.	45
§3. Le calcul des résultats.	46
SECTION 2. LE VOTE DIRECT.....	46
SECTION 3. LA COOPTATION : LA NOMINATION DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION.....	47
CONCLUSION DU TITRE I	49
TITRE 2. LA FIN DE FONCTIONS DES DIRIGEANTS.....	50
CHAPITRE 1. L'EXPIRATION DU MANDAT SOCIAL.....	50
CHAPITRE 2. LA RÉVOCATION DES ADMINISTRATEURS.....	51

SECTION 1. LE PRINCIPE DE RÉVOCATION DES ADMINISTRATEURS..	52
§1. La révocation par justes motifs.....	52
I. La révocation pour violation des conditions d'éligibilité.....	52
II. La révocation pour l'abstention aux activités du CA.....	53
III. La révocation pour la démission.....	53
§ 2. La révocation <i>ad nutum</i>	55
SECTION 2. LA PROCEDURE DE RÉVOCATION D'UN ADMINISTRATEUR.....	56
TITRE 3. LE RÔLE ET LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS.....	57
CHAPITRE 1. LE RÔLE DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉ ANONYME.....	57
SECTION 1. LE CONCEPT DU RÔLE DES DIRIGEANTS SOCIAUX DANS CERTAINES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.....	57
SECTION 2. LE RÔLE DES DIRIGEANTS SOCIAUX EN DROIT VIETNAMIEN.....	60
CHAPITRE 2. LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS : L'INFLUENCE DE LA THÉORIE DE <i>CORPORATE GOVERNANCE</i>	66
SECTION 1. LA <i>CORPORATE GOVERNANCE</i> : LA THÉORIE INFLUANT SUR LA DÉTERMINATION DES POUVOIRS DES DIRIGEANTS EN DROIT VIETNAMIEN.....	69
§1. Le contexte politico-économique affectant la gouvernance d'entreprise au Vietnamien.....	71
§2. La réflexion sur la <i>corporate governance</i> en droit vietnamien.....	74
SECTION 2. L'ATTRIBUTION DES POUVOIRS DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉ : INTERVENTION DES LÉGISLATEURS.....	78
§1. Les pouvoirs de décision.....	79
I. Les décisions collégiales prises par le CA.....	80
A. Les pouvoirs de décision des objectifs stratégiques de la société.	81
B. Les pouvoirs de décision des mesures de mobilisation du capital.	82
C. Le pouvoir de décision des investissements.....	82
D. Le pouvoir d'approbation des transactions de grandes valeurs.....	83
E. Le pouvoir de nomination et de révocation du DG et d'autres dirigeants statutaires.....	85

F. Le pouvoir de décider l'organisation interne de la société.	86
II. Les décisions individuelles assumées par le DG.	87
A. Les pouvoirs du DG.	88
B. La délégation du pouvoir.	90
§2. Pouvoirs de représentation: Pluralité des représentants légaux.....	91
§3. Pouvoirs de convocation de l'AG et pouvoir de proposition.	95
CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE	96

PREMIÈRE PARTIE : LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS SOCIAUX..... 98

TITRE 1. LE RÉGIME GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS EN SOCIÉTÉ <i>IN BONIS</i>	98
---	----

CHAPITRE I. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES DIRIGEANTS.	99
---	----

SECTION 1. LA FAUTE.	99
---------------------------	----

SOUS - SECTION 1. LA DÉFINITION DE LA FAUTE.	99
---	----

SOUS-SECTION 2. L'ORIGINE DE LA FAUTE.	102
---	-----

§1. La faute individuelle.....	102
--------------------------------	-----

§2. La faute collective.	103
-------------------------------	-----

SOUS - SECTION 3. LE MOMENT DE LA COMMISSION DE FAUTE. ..	104
---	-----

SECTION 2. LE PRÉJUDICE	104
-------------------------------	-----

SECTION 3. LE LIEN DE CAUSALITÉ.....	108
--------------------------------------	-----

SOUS - SECTION 1. LA DÉTERMINATION DU LIEN DE CAUSALITÉ EN DROIT FRANÇAIS : LA PRÉFÉRENCE DE THÉORIE DE L'ÉQUIVALENCE DES CONDITIONS.....	110
---	-----

SOUS - SECTION 2. L'APPLICATION DE THÉORIE DE LA CAUSALITÉ ADÉQUATE EN DROIT VIETNAMIEN.	110
---	-----

CONCLUSION DU CHAPITRE 1	113
--------------------------------	-----

CHAPITRE II. LES CAS DE LA RESPONSABILITÉ.	114
---	-----

SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS À L'ÉGARD DE LA SOCIÉTÉ.....	114
--	-----

SOUS - SECTION 1. LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE LÉGALITÉ : LA FAUTE CLASSICQUE DES DIRIGEANTS SOCIAUX.	116
§1. La violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés.	116
I. En droit français.	117
II. En droit vietnamien.	118
A. La violation des dispositions législatives régissant le fonctionnement des sociétés : les fautes présumées.	118
B. La violation des dispositions législatives afférentes.	120
§2. La violation des statuts sociaux.	126
I. En droit français.	126
II. En droit vietnamien.	126
A. La violation des clauses statutaires.	127
B. La violation des décisions de l'AG.	127
SOUS - SECTION 2. LE MANQUEMENT AUX DEVOIRS FIDUCIAIRES : LES FAUTES SPÉCIFIQUES DES DIRIGEANTS SOCIAUX.	130
§1. Le devoir de bonne foi: La motivation de promouvoir l'intérêt de la société.	133
I. L'intérêt de la société : La « boussole » des comportements des dirigeants...	133
A. L'intérêt social dans le droit étranger.	134
B. L'intérêt social dans le droit vietnamien: L'assimilation à l'intérêt des actionnaires.	137
II. Les contours du devoir de bonne foi.	142
A. Le devoir de bonne foi en <i>common law</i>	142
B. Les contours du devoir de bonne foi en droit vietnamien.	145
§2. Devoir de loyauté : le noyau des devoirs fiduciaires des dirigeants sociaux.	148
I. Le devoir de loyauté envers la société des dirigeants en droit français.	150
II. Le devoir de loyauté envers la société des dirigeants en droit vietnamien: L'obligation de ne pas se trouver en conflit d'intérêts avec la société.	153
A. L'interdiction de la concurrence déloyale avec la société.	156
B. Devoir de ne pas détourner des informations secrètes et des opportunités d'affaires de la société.	158
C. Le devoir de ne pas abuser les pouvoirs.	162

D. Le devoir de ne pas abuser des biens sociaux.	164
E. Le devoir de respecter la procédure de contrôle des transactions conclues avec la société.....	166
F. Le devoir de remettre de profit personnel à la société.	171
§3. Le devoir de diligence.....	172
I. Le devoir de diligence en droit français.	173
A. Le manquement au « devoir de diligence » en sens large: la faute de gestion.	174
B. Le manquement au « devoir de diligence » <i>stricto sensu</i> : omission de protestation contre les décisions fautives.	179
II. Le devoir de diligence en droit vietnamien.	180
A. La norme subjective d'un comportement prudent.....	181
B. La proposition d'une norme objective d'un comportement diligent.	182
CONCLUSION DE SECTION 1.	189
SECTION 2. LA RESPONSABILITE CIVILE DES DIRIGEANTS A L'EGARD DES ACTIONNAIRES ET DES TIERS.....	190
SOUS - SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS ENVERS LES ACTIONNAIRES.....	190
§1. La faute engageant la responsabilité des dirigeants envers les actionnaires en droit français : le manquement au devoir de loyauté.	191
I. Le manquement au devoir de loyauté envers les actionnaires dans les sociétés non cotées.	192
A. La reconnaissance du devoir de loyauté envers les actionnaires.....	192
B. L'extension du devoir de loyauté envers les actionnaires appliquée aux opportunités d'affaire.	194
II. L'extension du devoir de loyauté envers les actionnaires des sociétés cotées: devoir d'informations confidentielles.	195
A. Le devoir de révéler les informations sur toute opération en cours.	196
B. Le devoir de fournir un avis honnête sur l'offre.....	197

C. Le devoir de ne pas utiliser le pouvoir du CA afin d'obtenir un intérêt personnel au détriment des actionnaires.....	197
§2. La responsabilité des dirigeants envers les actionnaires en droit vietnamien: l'absence du droit positif.....	198
I. Le concept du devoir de loyauté des dirigeants envers les actionnaires en droit vietnamien.....	199
II. La sanction du manquement au devoir de loyauté.	200
A. La sanction civile.....	200
B. La sanction pénale : manquement au devoir d'information.	201
CONCLUSION DE LA SOUS - SECTION 1	207
SOUS - SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS ENVERS LES TIERS.	208
§1. La responsabilité des dirigeants envers les tiers en droit français: l'exigence de la faute séparable des fonctions.	210
I. L'arrêt <i>Seusse</i> du 20 mai 2003: mise en place de la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers.	210
A. La conception de faute séparable des fonctions des dirigeants antérieure à l'arrêt <i>Seusse</i>	210
B. L'apport important de l'arrêt <i>Seusse</i> du 20 mai 2003 : La détermination des critères de la faute séparable des fonctions.....	212
II. La position de la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers après l'arrêt <i>Seusse</i> du 20 mai 2003.....	214
A. L'arrêt <i>Pierre Cardin</i> du 10 février 2009 : l'abandon de critère de faute séparable constitué par l'arrêt <i>Seusse</i>	215
B. Les nouvelles modalités d'appréciation des critères de la faute séparable.	216
§2. La responsabilité des dirigeants envers les tiers en droit vietnamien : nécessité de l'exigence de la faute séparable des missions.....	217
I. La faute séparable des missions : la première cause de la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers	218
A. L'exigence d'une faute séparable des missions.	218
B. Les critères d'appréciation de la faute séparable des missions sociales.	219

II. La responsabilité civile des dirigeants envers les tiers pour les fautes commises dans la limite des missions sociales en droit vietnamien.	219
A. Les hypothèses de la responsabilité civile envers les tiers en droit civil.	220
B. Les hypothèses de la responsabilité civile envers les tiers dans les sociétés cotées.	222
CONCLUSION DE LA SOUS - SECTION 2.....	226
CONCLUSION DU CHAPITRE II.	227
CONCLUSION DU TITRE 1.....	228
TITRE 2. LE RÉGIME SPÉCIAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS DANS LA SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ.....	229
CHAPITRE I. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS DANS LA SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ EN DROIT FRANÇAIS : RESPONSABILITÉ POUR INSUFFISANCE D’ACTIF.	229
SECTION 1. LA FAUTE DE GESTION DANS L’ACTION POUR INSUFFISANCE D’ACTIF.	230
SECTION 2. L’EXIGENCE D’UNE INSUFFISANCE D’ACTIF.....	232
SECTION 3. LE LIEN DE CAUSALITÉ.....	232
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	234
CHAPITRE II. LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS DANS LA SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ EN DROIT VIETNAMIEN : MANQUEMENT À L’OBLIGATION AUX DETTES SOCIALES.	235
SECTION 1. LES FAUTES PRESUMÉES : LES ACTES AYANT CONTRIBUÉ À LA CESSATION DE PAIEMENT.....	235
§1. La cessation de paiement.	236
§2. Les comportements fautifs ayant contribué à la cessation de paiement.	236
I. Le manquement au devoir d’enregistrer fidèlement le montant réel du capital de la société.....	237
II. L’abus du pouvoir de rachat des actions émises par la société.....	238
III. L’abus du pouvoir de paiement de dividende.....	238
SECTION 2. LE PRÉJUDICE.....	239
SECTION 3. LE LIEN DE CAUSALITÉ.....	239

CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	241
CONCLUSION DU TITRE II.....	242
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	243
DEUXIÈME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE	244
TITRE 1. LES ACTIONS À L'ENCONTRE DES DIRIGEANTS SOCIAUX	244
CHAPITRE 1. L'ACTION SOCIALE <i>UT SINGULI</i> : LA TRANSPOSITION DE « DERIVATIVE ACTION » DE COMMON LAW.....	245
SECTION 1. LA PRÉSENTATION DE L'ACTION SOCIALE EN DROIT FRANÇAIS : L'ACTION <i>UT UNIVERSI</i> ET L'ACTION <i>UT SINGULI</i>	248
§1. L'action sociale exercée par la société (action <i>ut universi</i>).	248
§2. L'action sociale exercée par les actionnaires (action sociale <i>ut singuli</i>).	249
I. L'encadrement juridique.....	249
II. Les demandeurs.....	250
III. Modalités d'agir en justice.....	252
IV. Résultats de l'action.	252
SECTION 2. L'ACTION SOCIALE EN DROIT VIETNAMIEN : LA PRIMAUTÉ DE L'ACTION <i>UT SINGULI</i>	253
§1. Le principe de l'action <i>ut singuli</i>	256
§2. Les modalités d'application de l'action sociale <i>ut singuli</i>	257
I. Les demandeurs à l'action <i>ut singuli</i>	258
II. Les défenseurs à l'action <i>ut singuli</i>	259
III. La compétence du tribunal au Vietnam.....	260
IV. La procédure judiciaire.	260
V. La possibilité de demander une mesure conservatoire.	261
§3. Les résultats de l'action.....	262
I. Le paiement des dommages intérêts.....	262
II. Le sort des actes fautifs.....	262
III. Les coûts de procédure.....	263
CHAPITRE 2. L'ACTION INDIVIDUELLE	263

SECTION 1. L'EXERCICE DE L'ACTION INDIVIDUELLE EN DROIT FRANÇAIS.....	264
SECTION 2. L'EXERCICE DE L'ACTION INDIVIDUELLE EN DROIT VIETNAMIEN.....	265
CONCLUSION DE TITRE 1	267
TITRE 2. LES OBSTACLES À L'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ	268
CHAPITRE 1. LA PRESCRIPTION : LE PLUS GRAND OBSTACLE À L'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.....	268
SECTION 1. EN DROIT FRANÇAIS: LA PRESCRIPTION VARIABLE.	269
§1. Prescription triennale.....	269
§2. Prescription décennale.....	270
SECTION 2. EN DROIT VIETNAMIEN : LA PRESCRIPTION BIENNALE.	271
CHAPITRE 2.L'OBSTACLE VENANT DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE.	272
SECTION 1. LE QUITUS.....	272
SECTION 2. LA RENONCIATION.....	273
CONCLUSION DE TITRE 2	275
CONCLUSION DE DEUXIEME PARTIE.....	276
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	277
BIBLIOGRAPHIE.....	281

RÉSUMÉ.

La thèse examine la responsabilité civile des dirigeants de sociétés anonymes en droit vietnamien et droit français. Il s'agit d'une première étude académique qui aborde l'état actuel du droit vietnamien de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés anonymes et fait des comparaisons avec celui de l'actuel ordre juridique français. Quels avantages pourrait-il y avoir à aborder une étude du droit vietnamien touché par des illustrations en droit français ? Les deux pays sont proches sur le plan juridique. Le droit de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés n'échappe pas à cette réalité. La responsabilité civile des dirigeants reste fondée sur la faute, mais elle a connu certaines adaptations. Le système actuellement existant dans chacun des deux pays s'est vu par ailleurs complété par des nouvelles sources, justifiées par la mondialisation. Le droit français est très riche en illustrations jurisprudentielles alors que le droit vietnamien est purement théorique et caractérisée par les nouveaux concepts prêtés des principes proposés par la doctrine anglo-saxonne du gouvernement d'entreprise. Ainsi, la conclusion qui s'en dégage est que certaines dispositions du droit français pourraient utilement inspirer le législateur vietnamien et vice versa.

Mots-clés : *Vietnam, Dirigeants, Sociétés, Responsabilité civile, Gouvernement d'entreprise, Devoir de diligence, Devoir de loyauté.*

SUMMARY

“Directors’ liability in public limited companies in Vietnamese law. A comparative study with French law”

The thesis examines the personal liability of public limited companies directors in Vietnamese law and French law. This is the first academic literature that addresses the current rules on the civil liability of directors of limited companies in Vietnamese law. What benefit is there to conduct a study of Vietnamese law affected by French law? The two countries are close in law. The law of civil liability of corporate directors does not escape from this fact. Liability of director remains based on fault, but it has experienced some adaptations. The existing system in each country was also supplemented by new sources which are justified by globalization process. French law is then very rich jurisprudential illustrations while Vietnamese law is purely theoretical and characterized by new concepts borrowed from the corporate governance doctrine of common law. Thus, the conclusion that emerges is that some provisions of French law could usefully inspire the Vietnamese legislator and vice versa.

Keywords: Vietnam, Civil Liability, Corporate, Directors, Corporate Governance, Duty of care, Duty of loyalty.