

Les inattendus de la réforme du droit des contrats : les pactes d'actionnaires, des contrats d'adhésion ?

Par Guillaume Rougier-Brierre, Associé, et Bruno Dondero, Senior Counsel de Gide, M&A / Corporate

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est bien évidemment au centre des préoccupations de la plupart des acteurs du droit. Si c'est au contrat que l'on touche, et de manière substantielle qui plus est, on affecte de très larges secteurs d'activité. De manière prévisible, la doctrine en son plus large ensemble, allant des universitaires aux juristes de terrain, a saisi à bras-le-corps les nouveaux textes.

Des plus grandes questions théoriques (la cause a-t-elle disparu, mais n'est-elle pas toujours là, tapie dans l'ombre ?) aux questions concrètes les plus sensibles (dans quelle mesure le nouveau devoir général d'information, qu'il n'est pas possible de limiter ou d'exclure, va-t-il perturber les acquisitions d'entreprises et la contractualisation de l'obligation d'information du cédant ?), le gotha des juristes s'attache à identifier les questions qui viendront, et à proposer des solutions.

Mais la réforme recèle aussi des questions moins évidentes et, pour certaines d'entre elles, plus paradoxales et surprenantes.

L'une de ces questions concerne certainement les pactes d'actionnaires. On comprend qu'ils gagnent en efficacité avec la réforme, et ce, à différents niveaux. Cela commence avec l'affirmation du principe de l'exécution en nature des obligations, sans que l'on distingue encore entre les obligations de faire ou de ne pas faire et les autres. Cela continue avec le renforcement de l'efficacité des promesses et avec la consécration des sanctions attachées au pacte de préférence, conventions fréquentes dans les pactes.

Mais l'on pourrait rencontrer des "innovations" qui n'étaient peut-être

pas souhaitées par les concepteurs de la réforme du droit des contrats. C'est ainsi le cas à propos du nouveau dispositif sur les contrats d'adhésion (1), qui pourrait produire des effets inattendus sur les pactes d'actionnaires (2).

1. Le nouveau dispositif sur les contrats d'adhésion

L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré la notion de contrat d'adhésion. Ce contrat est défini par le second alinéa d'un article 1110 nouveau comme celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Si on comprend aisément l'esprit de cette disposition (i.e. introduire un instrument de correction d'un rapport de force inégal, même entre professionnels), cette définition est malheureusement ambiguë : le contrat d'adhésion suppose-t-il l'existence de conditions générales entendues formellement, ou bien ces termes sont-ils à entendre comme désignant les principales stipulations du contrat ? On aura ici égard au premier alinéa de l'article 1110, qui définit le contrat de gré à gré, opposé au contrat d'adhésion, comme étant « celui dont les stipulations sont librement

négociées entre les parties ».

On comprend qu'il y a un risque de voir, au-delà des contrats de consommation, des contrats d'affaires reconnus comme relevant de la catégorie des contrats d'adhésion. L'inclusion dans cette catégorie emporte deux conséquences.

La plus importante est celle de l'applicabilité de l'article 1171 nouveau du Code civil. En application de ce texte, toute clause d'un contrat d'adhésion qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite, étant précisé que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. L'autre conséquence concerne l'interprétation des contrats d'adhésion. Il est prévu par l'article 1190 nouveau du Code civil que « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

2. La situation des pactes d'actionnaires

S'il est un contrat auquel on ne pense pas lorsque l'on envisage les contrats d'adhésion, c'est bien le pacte d'actionnaires. Même si les



Sur les auteurs

Associé au sein de la ligne de métiers Fusions-Acquisitions de Gide, **Guillaume Rougier-Brierre** intervient principalement dans le cadre d'acquisitions, de privatisations, d'investissements étrangers et de *joint ventures*. Il a une connaissance privilégiée des acquisitions et restructurations d'institutions financières, tant en France qu'à l'étranger. Il collabore avec les principales banques, des gestionnaires d'actifs, courtiers et fonds d'investissement sur leurs opérations stratégiques, et conseille également des fonds d'infrastructures. Il a en outre une expérience unique de la pratique des affaires internationales, puisqu'il a exercé trois ans en Pologne (Varsovie), six ans en Turquie (Istanbul) et plus de trois ans en Chine (Pékin).

Bruno Dondero est professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris I), agrégé des Facultés de Droit, *Senior Counsel* et membre du Conseil Scientifique de Gide. Il enseigne et écrit dans plusieurs matières du droit des affaires (droit des contrats, droit des sociétés, droit des entreprises en difficulté, droit bancaire et financier, droit pénal des affaires) et en droit comparé. Il intervient dans le domaine de la consultation, de l'arbitrage et de l'élaboration des normes. Il dirige le Centre audio-visuel d'études juridiques (CAVEJ) et le département Sorbonne Affaires / Finance de l'Institut de recherches juridiques de la Sorbonne (IRJS). Auteur de plus de 500 articles et notes de doctrine, il est également expert du Club des Juristes.

clauses qui figurent dans les pactes sont relativement toujours les mêmes, chaque pacte est supposé avoir été négocié par les associés ou actionnaires signataires, dans une recherche de la convention la plus appropriée à leur société.

Dans la pratique, on observe une multiplication des modèles de pactes, qui s'imposent de plus en plus comme des standards de marché auxquels il est de plus en plus difficile de déroger. C'est d'ailleurs un phénomène auquel concourent certaines "legaltechs" en voulant promouvoir une normalisation des clauses de contrats, afin d'optimiser les coûts de négociation. Il est aujourd'hui aisé de se retrancher derrière ces "bonnes pratiques" pour orienter, sinon "forcer", la négociation d'un pacte dans un sens convenu. Il est aussi parfois tout à fait illusoire de négocier un pacte au moment d'une levée de fonds, s'il y a de très nombreuses parties prenantes.

En outre, si l'on connaît un peu la vie des pactes, l'on sait que lorsque le pacte

a été signé, il est relativement difficile de le négocier ou de le modifier, sauf à obtenir l'accord de tous les signataires, ou à pouvoir faire jouer une clause de majorité, pas si fréquente que cela dans la réalité.

A titre d'exemple, lorsque l'un des signataires est autorisé à céder ses titres, c'est-à-dire lorsqu'il peut le faire sans que joue un droit de préemption, le cessionnaire pourra être tenu d'adhérer au pacte, ou désirer le faire de son propre chef. Or, sauf à ce que ce nouvel entrant ait pris le contrôle de la société, il n'est généralement pas en mesure d'obtenir une renégociation du pacte existant.

Pour lui, le pacte est généralement à prendre ou à laisser. Or, c'est précisément ainsi que l'on présente, traditionnellement, le contrat d'adhésion.

Si l'on en déduit que le pacte d'actionnaires est, à l'égard des nouveaux entrants, un contrat d'adhésion, on risque de mettre entre leurs mains une arme contentieuse,

potentiellement redoutable, puisqu'on leur permettrait de faire réputer non écrites certaines clauses du pacte. Certes, cela ne concernera pas l'objet principal du pacte, ainsi qu'on l'a vu, mais soumettre les pactes à la censure que permet l'article 1171 nouveau pourrait produire des effets inattendus, de nature à favoriser une négociation qui aurait, sinon, été exclue. Ce point devra être clarifié pour ne pas remettre en cause les initiatives vertueuses comme celles du Galion Project (cf. <https://thegalionproject.com>, qui a défini les termes usuels d'un projet de pacte en cas de premier tour de table), dont le but n'est pas d'instituer un déséquilibre entre parties contractantes, mais bien de faire prospérer une économie nouvelle avec des outils contractuels fiables reflétant l'expérience et un certain consensus de marché. ■