

CONTRATS D'ADHÉSION ET CLAUSES ABUSIVES : UN CLAIR-OBSCUR POUR LA PRATIQUE SOCIÉTAIRE

*par Armand W. Grumberg, Avocat, associé de Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP
Head of European M&A,*

*François Barrière, Professeur à l'Université de Lyon (EA4573), Avocat – French counsel,
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP,*

et Guillaume Roche, Avocat – European counsel, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP



Armand W. Grumberg



François Barrière



Guillaume Roche

A l'occasion de l'adoption de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 venant ratifier l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, les parlementaires ont entendu procéder à certaines clarifications de ce nouveau droit des contrats, y compris sur des questions intéressant directement la vie des affaires. Tel est le cas de la question importante, en particulier en matière de pacte d'actionnaires, de la définition des contrats d'adhésion et de la sanction applicable en cas de clauses dites « abusives » insérées dans ces contrats.

L'ordonnance de 2016 a introduit dans le code civil deux dispositions générales relatives, d'une part, à la définition des contrats d'adhésion et de gré à gré pour lesquels l'article 1110 (dans sa version issue de l'ordonnance) disposait que « le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont

librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties », d'autre part, à la sanction applicable aux clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion au sujet desquelles l'article 1171 (dans sa version issue de l'ordonnance) disposait que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

La conciliation difficile entre le droit commun et le droit spécial

Avant l'ordonnance de 2016, des textes de droits spéciaux – notamment le code de la consommation (s'agissant des relations entre professionnels et consommateurs) et le code

de commerce (s'agissant des relations entre un industriel, producteur ou commerçant et un partenaire commercial essentiellement, mais pas uniquement, dans le domaine de la distribution) – prévoyaient déjà certaines dispositions applicables aux clauses et pratiques caractérisant un abus de la partie dominante. La complexité et la sensibilité des débats soulevés par ces dispositions de droit spécial et leur application en jurisprudence laissaient augurer des questions qu'allaient susciter les articles 1110 et 1171 du Code civil.

La première incertitude soulevée par les articles 1110 et 1171 tenait naturellement à leur champ d'application. En effet, comment articuler ces nouvelles dispositions générales (et surtout la sanction des clauses abusives prévues à l'article 1171) avec les dispositions similaires déjà prévues par les droits spéciaux ? A cet égard, par deux fois à l'occasion des première et deuxième lectures du projet de loi de ratification devant le Sénat, la Commission des lois du Sénat a indiqué que l'article 1171 du Code civil n'a purement et simplement pas vocation à s'appliquer dans les domaines déjà couverts par des textes spéciaux conformément au principe posé par l'article 1105 du Code civil selon lequel les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Considérant les travaux préparatoires de la loi de ratification suffisamment clairs sur ce point et à même d'éclairer le juge en cas de difficulté, les parlementaires ont suivi la recommandation de la Commission des lois de ne pas modifier l'ordonnance. L'avenir devrait rapidement dire si cette position sera suffisante pour régler cette épineuse question, sachant que le champ d'application des dispositions du Code de la consommation et du Code de commerce relatives aux clauses et pratiques abusives est toujours débattu.

L'enjeu pratique est important dans la mesure notamment où le régime général de l'article 1171 – en ce que le contrôle du déséquilibre ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation et que la sanction prévue est de réputer non écrite la clause concernée – diffère de celui du texte au domaine plus spécifique du code de commerce. En outre, il n'est pas impossible que, dans la lignée de la décision de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} février 2005, la seule stipulation d'une clause abusive, pourrait constituer une faute, de nature à engager la responsabilité de son auteur.

L'extension du régime du domaine des clauses abusives et des contrats d'adhésion

En tout état de cause, il convient de se garder de l'impression trompeuse que la primauté du droit spécial a vocation à rendre le champ d'application des articles 1110 et 1171

purement résiduel. La principale nouveauté introduite par ces dispositions, avant comme après la loi de ratification, ne réside pas dans un empiètement sur le domaine d'application des droits spéciaux mais dans la soumission de l'ensemble des contrats non déjà couverts par ces droits spéciaux à un régime de contrôle judiciaire des clauses abusives, pour autant naturellement que ces contrats soient d'abord qualifiés de contrats d'adhésion. Preuve de cette extension significative du domaine du contrôle des clauses abusives, les réflexions en cours sur une modification du Code monétaire et financier pour expressément exclure tout ou partie des contrats financiers (tels que les options sur titres cotés ou les instruments dérivés) du champ d'application de l'article 1171. Là où, avant l'ordonnance, la question des clauses abusives ne se posait tout simplement pas pour des contrats hors du champ d'application des dispositions du Code de la consommation et du Code de commerce, désormais, même dans ce cas, il faudra se poser la question de savoir si le contrat en cause (quel qu'il soit) est un contrat d'adhésion et, dans l'affirmative, si oui ou non il comporte des clauses significativement déséquilibrées.

Sur cette question importante et décidément complexe, on invitera en tout état de cause à la vigilance pour éviter les situations dans lesquelles certains contrats importants pour la vie sociétariaire, par exemple des promesses de cession de titres conclues à l'occasion de la mise en place de plans d'intéressement du management, sont conclus sans négociation véritable entre les parties concernées et risquent donc d'être qualifiés de contrats d'adhésion. En effet, en pratique, dès lors qu'il y a un intéressement assez large du management, les cadres qui vont en bénéficier ne négocient habituellement rien ; tout au plus, reçoivent-ils peu de temps avant la finalisation de l'opération la possibilité d'investir. A la différence des dirigeants du premier cercle qui négocient le plus souvent leur management package, ces cadres se retrouvent liés par des clauses, en particulier de type «*bad leaver*» qui stipulent généralement que, lors de certains départs, notamment en cas de faute, la personne concernée devra revendre ses titres au plus bas de leur valeur de marché ou de leur prix d'acquisition. Le risque de contentieux dans ce domaine ne peut pas être exclu, sachant qu'il est souvent difficile de récupérer les titres auprès des cadres dits de deuxième ou troisième cercle. La pratique verra au demeurant peut-être se développer les demandes auprès d'experts pour confirmer que la valorisation retenue prend en compte l'ensemble des clauses du package, y compris celles de *bad leaver*. En effet, puisque l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation, la clause de *bad leaver* pourrait être réputée partie intégrante de l'objet principal du contrat,

mais aussi en être considérée comme un accessoire au prix et, en conséquence, ne pas pouvoir être remise en cause, sous réserve du cas – presque d'école – du prix dérisoire, sanctionné alors par la nullité du contrat conformément à l'article 1169 C. civ.

Le contrat d'adhésion : un contrat non négocié

En second lieu, certains avaient souligné qu'à la lettre de l'article 1110 dans sa version issue de l'ordonnance un contrat qu'une partie a accepté en l'état, sans le négociier, alors même que celui-ci était négociable, ne pouvait être qualifié ni de contrat de gré à gré (faute d'avoir été effectivement négocié) ni de contrat d'adhésion (en l'absence de véritable soustraction à la négociation). Sur ce point, le Parlement a décidé de clarifier les définitions du contrat de gré à gré et du contrat d'adhésion prévues à l'article 1110 comme suit: «*le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties*». Il suffit donc qu'il eut été possible de négocier un contrat pour que celui-ci soit qualifié de contrat de gré à gré. En tout état de cause, la preuve de la non négociabilité de clauses contractuelles pourra s'avérer difficile à apporter. Non négociabilité n'est pas synonyme d'absence de négociation. La preuve d'un fait négatif est presque diabolique. Sans doute que le juge aura recours à un faisceau d'indices pour y parvenir. On notera également, dans la définition du contrat d'adhésion, la substitution des termes «*un ensemble de clauses*» aux termes «*conditions générales*» que certains considéraient comme trop marqués du sceau et des ambiguïtés du droit de la consommation.

L'adhésion aux statuts et pactes d'actionnaires

Autre incertitude relevée à l'encontre de l'article 1110 dans sa version issue de l'ordonnance : quelle qualification donner (contrat de gré à gré ou d'adhésion), avec les conséquences que celle-ci emporte (possible mise en œuvre de la sanction des clauses abusives prévue par l'article 1171 en cas de contrat d'adhésion), aux situations dans lesquelles une personne devient partie à un contrat déjà conclu par d'autres personnes ? En pratique, ces situations sont très fréquentes. Citons par exemple le cas du souscripteur à une augmentation de capital à qui vient alors à s'appliquer les statuts de la société concernée, le cessionnaire de droits sociaux qui en plus de se voir appliquer les statuts de la société concernée doit fréquemment «adhérer» à un pacte d'actionnaires ou à un contrat d'investissement, ou encore le prêteur qui vient à «adhérer» à un contrat de crédit. Retenir la qualification de contrat d'adhésion dans ces circonstances pourrait susciter non seulement des complex-

ités juridiques non souhaitables (le contrat pouvant être qualifié distributivement de gré à gré entre les parties initiales et d'adhésion à l'égard du nouvel entrant) mais surtout une insécurité juridique nouvelle pour ces actes fondamentaux de la vie sociétaire (en raison de la possible mise en œuvre de la sanction des clauses abusives de l'article 1171), alors même qu'ils sont généralement longuement négociés à l'origine. Là encore, en dépit des inquiétudes exprimées, le Parlement a fait le choix de ne pas modifier l'article 1110 sur ce point ; en tout cas, la loi n'a pas prévu de limiter aux seuls contrats de masse l'application des dispositions sur les contrats d'adhésion. Les plus optimistes se rassureront en observant les débats relatifs à la loi de ratification. En effet, la Garde des Sceaux avait indiqué que le Gouvernement n'avait nullement eu l'intention de qualifier ce type de situation de contrat d'adhésion, au motif que le contrat concerné a été négocié par les parties initiales, ce qui paraît être une position de bon sens. En outre, si ces clauses sont certes déterminées à l'avance pour celui qui y adhère par la suite, elles ont bien été à l'origine déterminées par plusieurs parties et non au seul bon vouloir d'une seule, sauf exception et sans exclure au demeurant que les actionnaires ayant négociés à l'origine les stipulations du pacte ou des statuts ne le soient plus ! Les plus prudents rappelleront les précédents débats suscités par une jurisprudence ayant parfois eu tendance à faire sortir les dispositions spéciales du Code de la consommation et du Code de commerce du champ d'application initialement voulu par le législateur, et attendront les premières décisions de justice afin de confirmer si la position exprimée par la Garde des Sceaux est suivie par les juges dans la richesse des situations pratiques que peut offrir la vie des affaires.

Nul doute que les modifications apportées par la loi de ratification n'épuisent pas l'ensemble des questions soulevées par les dispositions du Code civil relatives aux contrats d'adhésion et aux clauses abusives. Comme pour l'application des règles spéciales prévues par le Code de la consommation et le Code de commerce, il reviendra donc au juge de construire une grande partie du régime des nouveaux articles 1110 et 1171. Les acteurs économiques, quant à eux, garderont à l'esprit que certains contrats de la vie des affaires traditionnellement en dehors du champ du contrôle des clauses abusives peuvent désormais en être l'objet sur le terrain des articles 1110 et 1171 du Code civil s'ils sont qualifiés de contrats d'adhésion faute de pouvoir faire l'objet d'une négociation véritable entre les parties. En matière de clause abusive, plus que la prudence c'est la négociation qui sera mère de sureté juridique !