



Entreprise & expertise

Juridique



Par Thibaud Forbin,
avocat associé,
DS Avocats

Réforme du droit des obligations et pactes d'associés : une sécurité renforcée mais de nouveaux risques

Les pactes d'associés sont depuis très longtemps un complément incontournable des statuts de société. Les pactes permettent d'adapter un droit des sociétés souvent trop rigide à une multiplicité de situations particulières : création de société entre plusieurs entrepreneurs, organisation de la participation des managers ou des salariés au capital, création de joint-ventures industrielles ou levée de fonds. Les pactes permettent en outre de garantir la confidentialité des relations entre les associés face à des statuts qui sont publics et facilement disponibles.

Les pactes reposent essentiellement sur la liberté contractuelle qui est malgré tout limitée par le droit commun des contrats. Or, ce droit des contrats a évolué avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

La réforme avait deux objectifs essentiels quelque peu contradictoires : d'une part, garantir la sécurité et l'efficacité juridique des contrats et, d'autre part, accroître la justice contractuelle. Les modifications qui visent le premier objectif permettent de sécuriser certains mécanismes prévus dans les pactes. En revanche, celles qui visent la justice contractuelle risquent de remettre en cause la validité de certaines clauses.

La sécurisation liée à la réforme

Le renforcement de la promesse unilatérale

Les promesses d'achat et de vente d'actions sont très fréquemment utilisées dans les pactes. Elles servent généralement de

Impossible d'obliger un associé à voter en faveur de la distribution de dividendes ou de la nomination d'une personne particulière en qualité d'administrateur en application du pacte.

fondement à la clause de préemption qui donne une priorité d'achat aux associés existants en cas de vente d'actions, à la clause de sortie conjointe par laquelle les associés minoritaires vont s'engager à suivre les majoritaires s'ils décident de vendre



la majorité du capital à un tiers acquéreur (drag-along) ou à celle qui permet inversement aux minoritaires d'imposer la cession de leurs actions en cas de cession par les majoritaires (tag-along). C'est encore la promesse de vente qui est utilisée pour faire sortir les managers qui quittent leurs fonctions (clauses dites de « bad » ou « good leaver »). C'est toujours le même mécanisme qui est utilisé dans les joint-ventures pour résoudre les situations de blocage liées à un désaccord grave et persistant entre les associés (clauses de rachat alternatives). Or, la réforme a permis de sécuriser le mécanisme de la promesse en interdisant au promettant de se rétracter de son engagement de cession pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exercer la promesse. Avant la réforme, d'après une jurisprudence d'ailleurs très critiquée, il n'était pas possible d'obliger un promettant à céder ses actions s'il s'était rétracté préalablement à l'exercice de la promesse (même si l'engagement était contractuellement « irrévocable »). Tout au plus le bénéficiaire pouvait-il obtenir des dommages et intérêts pour violation des stipulations contractuelles. Cette rétractation « sauvage » n'a plus d'effet depuis l'entrée en vigueur du nouvel article 1124 du Code civil. En conséquence, le contrat de vente est formé dès l'exercice de la promesse par son bénéficiaire même si le promettant s'est rétracté préalablement. En cas de difficulté, le bénéficiaire pourra demander au juge qu'il oblige le promettant à céder ses actions, ce qui est, on en conviendra, plus efficace que d'obtenir des dommages et intérêts¹.

La consécration de l'exécution forcée en nature

De manière plus générale, la réforme a consacré, à l'article 1221 du Code civil, le principe de l'exécution forcée en nature de toute inexécution d'une obligation contractuelle. Cette modification n'est pas si révolutionnaire car les juges accordaient déjà de plus en plus volontiers l'exécution forcée en nature comme sanction de la violation d'une obligation contractuelle. Toutefois, l'article 1221 a prévu deux limites. Une déjà appliquée par la jurisprudence : que l'exécution en nature ne soit

d'annuler une décision d'un organe sociétaire en dehors des cas limitativement prévus par la loi). Cette « impossibilité » ayant été consacrée par la loi comme exception à l'exécution forcée, la jurisprudence ne devrait pas changer sur ce point. Donc impossible d'obliger un associé à voter en faveur de la distribution de dividendes ou de la nomination d'une personne particulière en qualité d'administrateur en application du pacte. La violation du pacte sur ces sujets se résoudra toujours par l'octroi de dommages et intérêts, ce qui n'est pas très satisfaisant.

Les risques liés à la réforme

Certaines protections mises en place par la réforme dans un souci de justice contractuelle pourraient remettre en cause l'exécution du pacte.

La violence économique

La réforme a ajouté un nouveau vice du consentement : l'abus d'état de dépendance ou violence économique (article 1143 du Code civil). Une partie au pacte pourrait tenter d'en demander la nullité au motif que son consentement aurait été vicié en raison de son état de dépendance vis-à-vis d'une autre partie. On pense en particulier au salarié qui signerait un pacte dans le cadre de l'attribution d'actions gratuites ou de bons de souscription. Il n'est pas douteux que certaines clauses des pactes sont souvent très déséquilibrées au détriment des salariés associés (ils ont généralement beaucoup d'obligations mais peu de droits). Il est possible que le juge considère que le lien de subordination du salarié crée un état de dépendance vis-à-vis de son employeur. Mais, pour obtenir la nullité du pacte, il lui restera à démontrer que cet état de dépendance existe vis-à-vis d'une autre partie au pacte (le contrat de travail est généralement conclu avec la société objet du pacte et non avec ses associés) et en outre que la ou les autres parties avaient conscience de son état de dépendance et qu'elles en ont profité pour obtenir un avantage excessif. La preuve sera très difficile à apporter et le risque paraît donc limité.

L'objet principal du pacte n'est très facile à déterminer pas plus que l'adéquation du prix. Tout au plus pourrait-on en déduire qu'il ne serait pas possible de réputer non écrites les clauses de détermination du prix des promesses de transfert d'actions sur ce fondement.

pas impossible, et l'autre plus novatrice : qu'il n'existe pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Pour les pactes, cette exécution forcée permettra, par exemple, d'imposer aux dirigeants de fournir l'information financière prévue aux associés ou d'imposer aux associés de transférer leurs actions dans le cadre des mécanismes empruntant à la promesse de vente. En revanche, l'article ne devrait pas rendre possible l'exécution en nature des engagements de vote des associés. En effet, les juges la refusaient déjà au motif que l'exécution forcée était « impossible » en raison des règles impératives du droit des sociétés (liberté fondamentale du droit de vote des associés ou impossibilité

Le contrat d'adhésion

Le nouvel article 1110 du Code civil introduit la notion de contrat d'adhésion défini comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». La question de savoir si un pacte d'associés pourrait être qualifié de contrat d'adhésion fait débat. Il est pourtant assez clair que les contrats visés par l'article 1110 sont plutôt ceux qui sont composés de conditions générales (non négociées) et de conditions particulières (négociées), ce qui n'est pas le cas d'un pacte. Reste que certaines clauses des pactes qui prévoient l'« adhésion » obligatoire des nouveaux associés pourraient prêter à confusion. Faudrait-il considérer que le pacte est un contrat d'adhésion pour les nouveaux associés qui y adhèrent et qui par définition n'en ont pas négocié les termes ? Certains considèrent qu'il faut rejeter cette interprétation au motif que le pacte a bien été négocié en amont, même si c'est uniquement



entre les parties initiales. Si le pacte était considéré comme un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif serait réputée non écrite (article 1171 du Code civil). Les pactes contenant beaucoup de clauses déséquilibrées, les conséquences pourraient être lourdes. Toutefois, selon le même article, sont exclus l'objet principal du contrat et l'adéquation du prix à la prestation. L'objet principal du pacte n'est très facile à déterminer pas plus que l'adéquation du prix. Tout au plus pourrait-on en déduire qu'il ne serait pas possible de réputer non écrites les clauses de détermination du prix des promesses de transfert d'actions sur ce fondement.

L'atteinte à une obligation essentielle

Le nouvel article 1170 du Code civil introduit dans le cadre de la réforme prévoit que toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. Certains auteurs considèrent que pourraient être visées toutes les clauses privant un associé de ses droits essentiels telles que les clauses de retrait obligatoire ou d'exclusion ou son droit aux dividendes ou encore son droit de vote. Mais ce serait inverser le concept car l'article 1170 fait référence à des obligations essentielles et non pas à des droits. En outre, l'article a été rédigé contre les clauses qui prévoient une exclusion trop large de la responsabilité d'un prestataire en cas d'inexécution de sa prestation. Une application aux clauses d'un pacte paraît difficile à envisager.

L'imprévision

La réforme a introduit la possibilité pour une partie de demander la renégociation d'un contrat en cas de changement de circonstances imprévisible rendant son exécution particulièrement onéreuse (article 1195 du Code civil). Cet article pourrait parfaitement s'appliquer au pacte qui a vocation à être exécuté sur une longue période. On pense en particulier aux clauses de sortie ou d'exclusion que le promettant pourrait tenter de

La réforme a introduit la possibilité pour une partie de demander la renégociation d'un contrat en cas de changement de circonstances imprévisible rendant son exécution particulièrement onéreuse.

renégocier sur ce fondement. Cette possibilité est d'autant plus fâcheuse qu'elle permet au juge, à défaut d'accord entre les parties, de réviser lui-même le contrat ou d'y mettre fin. Fort heureusement pour la sécurité des contrats, la doctrine est quasi unanime pour considérer que l'imprévision peut être exclue par les parties. Encore faut-il ne pas oublier de prévoir expressément cette exclusion dans le pacte. ■

1. Toutefois, certaines promesses prévoient qu'elles ne seront exerçables que sous réserve de l'arrivée d'une condition particulière (départ du promettant, existence d'un blocage, offre d'acquisition acceptée par une majorité des associés). Certains auteurs ont pu déduire d'une lecture littérale de l'article 1124 du Code civil qu'il serait impossible d'obtenir l'exécution forcée d'une promesse rétractée avant que son bénéficiaire puisse l'exercer, c'est-à-dire avant que la condition prévue soit réalisée.