

Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés

II. Les clauses

Mustapha Mekki
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'IRDA

1. **Droit des sociétés et police des clauses contractuelles** – L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne se contente pas de rafraîchir le droit des contrats en consolidant l'essentiel des acquis jurisprudentiels, elle innove en consacrant de nouveaux outils qui supposent des praticiens une plus grande précaution rédactionnelle et permettent au juge de s'immiscer plus encore au sein de la relation contractuelle. De manière à peine dissimulée, le législateur a choisi d'encourager ce qu'on peut appeler une « américanisation » du droit des contrats¹. Ainsi, au lieu d'aborder le lien contractuel sous l'angle classique des obligations (faire, ne pas faire, donner), l'ordonnance préfère accorder plus de place aux clauses contractuelles². Cette américanisation fait naître un paradoxe.
2. **Une « américanisation » du droit des contrats** - D'un côté, le législateur encourage le plein exercice de la liberté contractuelle. Cela se traduit par une augmentation de la sphère de liberté accordée aux parties au contrat. Le principe de liberté contractuelle prévu à l'article 1102 en est la principale illustration. Il faut également avoir égard au rapport remis au président de la République qui précise que tout ce qui n'est pas formellement qualifié d'ordre public relève en principe de la catégorie des règles supplétives. Même si cette affirmation doit être relativisée, elle exprime l'esprit dans lequel l'ordonnance du 10 février 2016 a été rédigé : encourager les parties à user des clauses contractuelles. Pour ce faire, les parties sont incitées à rédiger des clauses de plus en plus précises au sein desquelles elles vont définir, expliquer, contextualiser, justifier leurs droits et obligations. Cette prolifération des clauses contractuelles va entraîner une enflure du contenu contractuel.
3. **Une « rejudiciarisation » du droit des contrats** – Cette importance accordée aux clauses contractuelles va de pair avec le rôle que l'ordonnance souhaite accorder au juge. Il est devenu, dans l'esprit de la réforme sur la justice du 21^{ème} siècle (J 21), un ultime recours qui a à sa disposition un grand nombre de standards juridiques lui permettant de s'immiscer sans contrainte au sein de la relation contractuelle. Le nouveau droit des contrats invite les parties à anticiper sur l'intervention du juge en étant le plus précis possible sur leurs intentions et leurs objectifs. Prévoir pour ne pas subir, résume assez bien l'esprit dans lequel les parties doivent aborder leurs clauses contractuelles.
4. **Droit des sociétés, un droit des clauses contractuelles** – La place accordée aux clauses contractuelles sied parfaitement à la réalité du droit des sociétés. On sait combien le droit des sociétés, malgré l'importance des règles impératives, aspire à « *davantage de*

¹ M. Mekki, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* !, Gazette du Palais, 5 janvier 2016, n° 1.

² M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle » : RDC 2006, p. 1051 et s. et RDC 2007, p. 239 et s.

souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement » des personnes morales³. Le contrat et les clauses qui le composent sont un outil indispensable à la flexibilité et à l'adaptabilité du droit des sociétés aux besoins des entreprises⁴. Le contrat perd de sa superbe, il est « désacralisé »⁵. L'instrument ne se suffit pas à lui-même car il est devenu un outil au service d'une régulation de la société. L'ingénierie juridique gagne progressivement toutes les sphères du droit des sociétés⁶. Cet instrument contractuel contribue à la mise en place d'un droit des sociétés sur-mesure, sorte de microcosme juridique, ordre juridique contractuel, qui coexiste avec la loi et la jurisprudence⁷. Cette contractualisation s'est intensifiée dans les années 1990⁸. L'ordonnance du 10 février 2016 accélère ce mouvement et se trouve en harmonie parfaite avec les nouveaux besoins du droit des sociétés : un droit sur mesure adaptable et flexible.

- 5. De grandes libertés appellent de grandes responsabilités : des clauses sous haute surveillance** – Paradoxalement et d'un autre côté, cette pulvérisation des clauses contractuelles s'accompagne d'une nouvelle police des stipulations contractuelles. Il ne suffit pas d'user de ces clauses, encore faut-il ne pas en abuser. L'ordonnance du 10 février 2016, outre les hypothèses où elle prohibe formellement toute clause contraire (bonne foi, obligation précontractuelle d'information, révision de la clause pénale, délai de grâce...), intègre au sein du Code civil des dispositions permettant de lutter contre les clauses excessives. Ainsi en est-il de l'article 1170 du nouveau Code civil qui répute non écrite toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle et, surtout, de l'article 1171 qui lutte au sein des seuls contrats d'adhésion contre les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ces outils d'une grande flexibilité invitent les rédacteurs d'actes à repenser les termes de leurs contrats. Il ne s'agit plus de s'interroger sur la nature supplétive ou impérative de la règle évincée ou aménagée, première étape du raisonnement, il faut également vérifier le caractère raisonnable de la clause dont la pertinence devra être expliquée, justifiée, contextualisée. Cet encadrement de la liberté contractuelle par un ensemble de règles impératives veillant au respect de principes fondamentaux tels que la lutte contre l'excès ou la déloyauté, est familier au droit des sociétés qui se compose d'une réglementation impérative dense et parfois tatillonne. Aux parties de rédiger leurs clauses avec modération, au juge de corriger les clauses déraisonnables.
- 6. Vers une théorie générale des clauses contractuelles ?** – La place accordée aux clauses contractuelles au sein de la réforme renforce d'autant plus la nécessité d'une théorie générale des clauses contractuelles que certains auteurs ont déjà commencé à construire⁹. Les rédacteurs d'actes ne sont donc pas au bout de leur peine car non seulement ils devront tracer la frontière poreuse des règles supplétives et impératives, mais également ils devront identifier les indices d'une clause raisonnable.

³ Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002, p. 7. Adde, J.-J. Daigre, *Transformer les sociétés*, in *De nouveaux espaces à la liberté contractuelle*, Cha. Dr. Entr., 1995/2, p. 16.

⁴ A. Couret, *Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, Rev. Sociétés, 1984, p. 243.

⁵ G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008, n° 6, p. 15.

⁶ J. Barthélémy, *Propos liminaire*, in *De nouveaux espaces à la liberté contractuelle*, Cah. dr. entr., 1995/2, p. 2.

⁷ M. Mekki, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 323 et s.

⁸ J. Prieur, *Droit des contrats et droit des sociétés*, in *Mélanges A. Sayag*, Litec, 1997, p. 371.

⁹ G. Helleringer, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, LGDJ, 2012 ; N. Gras, *Essai sur les clauses contractuelles*, thèse dactyl. 2014.

7. **L'art de la clause et le droit des sociétés** – Les clauses contractuelles qui se rapportent à l'organisation de la société et à son fonctionnement sont nombreuses et prolifèrent en la matière : clause de déclaration, clause d'agrément, de *break up*, de *bad leaver*, de garantie de passif ou d'actif, clause de rachat, de sortie conjointe, d'*earn out*, d'inaliénabilité, de préemption, de retrait, d'exclusion (*buy or sell*, suédoise, américaine, omelette...)... La seule limite réside dans l'imagination des praticiens. Les dispositions de l'ordonnance sont nombreuses à encadrer directement ou indirectement ces stipulations contractuelles. Certaines clauses sont directement visées par l'ordonnance : la clause résolutoire, la clause de fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre, la clause d'indexation, la clause pénale, les « stipulations contraires »... L'ensemble de ces clauses est soumis à la fois au principe de liberté contractuelle (art. 1102 C. civ.) et à celui de bonne foi (art. 1104 C. civ.) qui doivent donc être conciliés¹⁰. De nombreuses questions naissent de cette conciliation. Notamment est-ce que la mise en œuvre d'une clause d'agrément¹¹ ou d'une clause de garantie de passif en toute mauvaise foi autorisera le juge à les priver d'efficacité ? On perçoit ici le débat polémique lancé par la Cour de cassation au lendemain d'un arrêt rendu le 10 juillet 2007 opérant une mystérieuse distinction entre les prérogatives contractuelles et la substance même des droits et obligations des parties¹² ! L'ordonnance n'ayant pas jugé opportun d'apporter des précisions sur la sanction en cas de violation du principe de bonne foi, il faut croire que la jurisprudence antérieure sera reconduite, à moins de voir dans la consécration formelle d'un « principe général » de bonne foi, qui plus est d'ordre public, la remise en cause d'une distinction bien trop dogmatique.
8. **Focus sur les clauses « excessives »** - Devant l'ampleur des questions à aborder, il a été fait le choix de se concentrer sur deux séries de dispositions qui se rapportent à l'excès. L'ordonnance du 10 février 2016 n'entend pas limiter la liberté contractuelle sans motifs légitimes. N'oublions pas que les valeurs prônées par la réforme renvoient tant à la justice contractuelle qu'à l'efficacité économique. Le législateur entend donc lutter contre les cas les plus flagrants, les plus manifestes. Il ne souhaite pas instaurer un équilibre parfait au sein des contrats mais lutter contre les clauses excessives. C'est la raison pour laquelle un regard plus approfondi mérite d'être porté sur les articles 1170 et 1171 du nouveau Code civil. Leur champ d'application potentiel est très large et leur mise en œuvre raisonnable dépend entièrement de la modération dont pourront faire preuve les juges. En attendant, les virtualités de ces deux dispositions en droit des sociétés sont considérables et méritent une attention particulière. Que peut-on donc dire de ces clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle (art. 1170 C. civ.) (I) et de celles qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. 1171 C. civ.) (II) ?

I. La police des clauses contractuelles à l'aune de l'article 1170 du Code civil

9. L'article 1170 dispose que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Les termes laissent à l'interprète une marge de manœuvre substantielle (A) et permettent d'envisager quelques incidences directes ou indirectes en droit des sociétés (B).

¹⁰ M. Mekki, La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels, RDC, 2015, n° 3, p. 651.

¹¹ Pour l'affirmative, Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19195.

¹² Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-14768.

A. Le contenu de l'article 1170

- 10. Consécration de la jurisprudence « Chronopost »** - L'article 1170 est avant tout la consécration d'une jurisprudence célèbre, l'affaire « Chronopost », concernant des clauses exonératoires de responsabilité. Une clause exonératoire de responsabilité qui porte sur une obligation essentielle et qui contredit la portée de l'engagement est réputée non écrite au fondement de l'article 1131 du Code civil¹³. Ce mode de raisonnement, autrefois fondé sur la cause, devrait demain être fondé sur l'article 1170 du Code civil nouveau. Notons que la formule choisie par le législateur n'est pas exactement celle de la jurisprudence. Certains s'inquiètent d'un retour à une conception plus stricte de la validité des clauses exonératoires. En n'insistant pas sur le fait que cette clause doit contredire la portée de l'engagement, ne doit-on pas craindre que le seul fait d'avoir pour objet une obligation essentielle pourrait à l'avenir suffire à invalider la clause ? Cette interprétation serait excessive. Le législateur n'a pas entendu durcir la jurisprudence Chronopost mais seulement la conforter par un texte. C'est ce que confirme d'ailleurs la lecture du rapport remis au président de la République : *« L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle »*.
- 11. « Toute clause »** - Si l'article 1170 était limité aux seules clauses exonératoires de responsabilité, son incidence sur le droit des sociétés serait relativement limitée. Mais il n'en est rien car le législateur a visé « toute clause » contractuelle et attribue ainsi au juge un instrument de contrôle au champ d'application relativement large. Les clauses relatives à la prescription, les clauses indemnitaires, les clauses de non-garantie, les clauses de répartition des risques, les clauses de réclamation, les clauses de couverture, les clauses de divisibilité, les clauses probatoires, sont autant de clauses qui pourraient demain être contrôlées à l'aune de l'article 1170 du Code civil nouveau. Toute clause contractuelle dès lors qu'elle vide de sa substance l'obligation essentielle peut être réputée non écrite. Que faut-il entendre par « substance de l'obligation essentielle » ?
- 12. « Substance de l'obligation essentielle »** - L'obligation essentielle est le cœur du contrat. Privé de ce « noyau dur », le contrat n'a plus d'intérêt, n'a plus de raison d'être. Selon Philippe Delebecque, *« il existe dans tout contrat un minimum d'obligations irréductibles, un « noyau dur » constitué par les obligations essentielles à l'être même de l'opération projetée (...) »*¹⁴. Même si l'article 1170 ne vise que l'obligation essentielle au singulier, rien ne permet d'exclure dans certains contrats l'existence de plusieurs obligations essentielles, comme la jurisprudence antérieure à l'ordonnance le laisse penser. En revanche, la notion de substance est nouvelle car elle dénote avec la jurisprudence antérieure. Elle renvoie à la *« donnée économique mise en œuvre juridiquement par le contrat »*¹⁵. A vrai dire, le terme substance ne devrait pas changer la donne. Il doit surtout permettre de comprendre que toute

¹³ Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261 ; Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115.

¹⁴ Ph. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Thèse Aix-Marseille, 1981, spéc. n° 132.

¹⁵ G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, p. 361.

atteinte à l'obligation essentielle est à elle seule insuffisante. Seules les clauses qui contredisent la portée de l'engagement, c'est-à-dire qui réduisent à néant la force obligatoire du contrat ou débouchent sur une contrepartie dérisoire, sont prohibées.

Qu'en est-il en droit des sociétés et quelle clause en particulier pourrait être menacée ?

B. La mise en œuvre de l'article 1170

Un fondement commun – Le droit des sociétés, contrat de société, pactes d'actionnaires, cessions de droits sociaux, est fréquemment confronté à des montages complexes qui supposent une appréciation globale des intérêts en présence. Les clauses rencontrées en droit des sociétés sont adaptées aux besoins des entreprises. Certaines d'entre elles plus courantes méritent une attention particulière. Si l'article 1170 pour beaucoup d'entre elles peut constituer un simple fondement commun aux diverses formes de contrôles opérées par les juges, dans d'autres hypothèses, il peut aussi devenir un nouveau moyen de durcir le contrôle de validité de certaines stipulations. En toute hypothèse, la cession de titres se compose d'une série d'obligations essentielles qui sont inextricablement liées aux droits sociaux transmis. Ces éléments fondamentaux, rattachés aux droits cédés (droit de rester associé, droit de vote, devoir de contribuer aux pertes ou droit de participer aux bénéfices) ou rattachés à la force obligatoire de toute convention (respect de la parole donnée, existence d'une contrepartie sérieuse et non dérisoire...), peuvent servir de référents lors de l'appréciation de la validité des diverses clauses contractuelles à l'aune de l'article 1170 C. civ. nouv.. Porter atteinte à la substance de ces éléments, c'est porter atteinte à la substance de l'obligation essentielle, au « noyau dur » du statut d'associé. Cette application du droit commun est d'autant plus intéressante que les règles relatives aux délais de prescription sont plus avantageuses¹⁶. A voir si les juges feront une application stricte ou large de l'article 1105 du Code civil nouveau. Pour prendre conscience des incidences importantes en droit des sociétés prenons quelques illustrations.

- 13. Les clauses léonines** – D'une manière générale, les clauses léonines sont prohibées par l'article 1844-1 al. 1^{er} du Code civil car elles portent atteinte à ce qui fait l'essence du contrat de société : la contribution aux pertes et la participation aux bénéfices (art. 1832 C. civ.). Lorsqu'elles figurent dans les statuts, seule la clause est réputée non écrite et le contrat de société est maintenu (art. 1844-1 al. 2 C. civ.). La clause léonine est réputée non écrite quand bien même elle serait essentielle et déterminante de l'engagement des parties. Cette différence entre nullité partielle et clause réputée non écrite est désormais consacrée par le Code civil (art. 1184 C. civ. nouv.). A vrai dire, seule l'absence totale ou dérisoire de risque de profit ou de perte semble être condamnée¹⁷. Une répartition inégalitaire des risques n'est donc pas interdite. Selon la formule d'Yves Chartier, « *ce qui compte, c'est que subsistent pour chacun un espoir de profit... et un risque* »¹⁸. Le caractère léonin de certaines clauses est parfois difficile à établir, notamment lorsqu'il est question de promesses de cession de droits sociaux¹⁹. Souvent, dans le cadre d'une prise de contrôle, des associés s'engagent à racheter à terme les droits qui sont encore entre les mains des anciens associés à un prix-plancher, limitant les risques de pertes pour ces derniers. La

¹⁶ V. par ex. le délai de 3 ans, art. 1844-14 C. civ.

¹⁷ H. Le Nabasque et M. Barbier, Les clauses léonines : droit des sociétés, Actes pratiques, n° 29, 1996.

¹⁸ Y. Chartier, Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers. La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, RJcom., n° spéc. nov. 1990, p. 77, spéc., n° 22.

¹⁹ Fr.-X. Lucas, Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines. A la recherche de la cohérence perdue... J.C.P. €., 2000, n° 5, p. 168 et s.

Chambre commerciale de la Cour de cassation a rapidement validé ce type de clause²⁰ et la première Chambre civile lui a aujourd'hui emboîté le pas²¹. Ces clauses de prix-plancher sont très appréciées dans les conventions de portage, promesses unilatérales croisées avec un prix de sortie notamment, dont la validité n'est plus aujourd'hui contestée²². Cette validité des clauses atténuant les risques de perte ou réduisant les chances de profit n'est cependant pas un blanc seing et certaines clauses excessives peuvent encore être sanctionnées²³.

La question que l'on peut se poser est de savoir si demain certaines clauses, notamment celles figurant dans les conventions de portage qui ont échappé à la censure de l'article 1844-1 al. 2 C. civ., ne pourraient pas être menacées par une application audacieuse de l'article 1170 C. civ. nouv. En effet, est-ce que l'acquisition de droits sociaux, sans risques de perte ou sans espoir de profit, ne prive pas l'obligation essentielle de sa substance ? Une telle analyse théoriquement fondée a peu de chances d'aboutir en pratique. D'abord parce qu'un tel raisonnement aurait pu être soutenu autrefois au fondement de la cause, et les juges n'ont jamais usé de cette opportunité. Ensuite, car il serait excessif de considérer ces clauses aujourd'hui validées comme portant atteinte à la substance de l'obligation essentielle. Ces montages ont une raison d'être, support apprécié des bailleurs de fond pour les opérations de financement, qui dépassent la clause prise isolément. Enfin, l'utilité économique de ces montages contractuels milite pour une approche restrictive de l'article 1170 en la matière. En revanche, rien n'exclut que les clauses aujourd'hui prohibées comme léonines ne soient plus sanctionnées au seul fondement de l'article 1844-1 mais également à celui de l'article 1170 dont les virtualités autorisent une telle application.

14. Les clauses de retrait – Dans un autre contexte, certaines clauses autorisent les associés à se retirer d'un projet commun au prix parfois d'une certaine potestativité. Ces stipulations doivent être rédigées avec précaution. Tel est le cas des clauses de sortie qui permettent de mettre fin à une filiale commune destinée à organiser une coopération entre des sociétés²⁴. Cette coopération organisée par les statuts repose habituellement sur la conclusion préalable d'un protocole qui constitue une forme de contrat d'intérêt commun²⁵. Si les causes fondant la mise en œuvre de ces clauses ne sont pas objectives et dépendent de la volonté d'une partie, elles peuvent être privées d'effet. Si la potestativité pouvait hier servir de contestation à la validité de ces clauses, rien n'exclut que demain ces clauses, qui permettent à un associé de se retirer sans justification de ses engagements, puissent être analysées comme portant atteinte à la force obligatoire du contrat et contredisant la portée de l'engagement. En effet, accorder à une société associée, dans le cadre de la création d'une filiale commune qui est en principe marquée par un fort « égalitarisme », le moyen de se dégager de ses obligations unilatéralement sans motivation et pour des causes purement subjectives, n'est-ce pas introduire une clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle ?

15. Les clauses d'exclusion – Les clauses d'exclusion permettent, selon des hypothèses variables, de forcer un associé à quitter la société. Le risque de ce type de clause, qualifiée de « monstruosité juridique »²⁶, est de porter atteinte à un droit fondamental de l'associé :

²⁰ Cass. com., 20 mai 1986, Rev. Sociétés, 1986, p. 587, D. Randoux.

²¹ Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 1990, n° 87-16605.

²² Cass. com., 24 mai 1994, n° 92-14380.

²³ V. par ex., Paris, 22 octobre 1996, JCP, 1997, I, 4012, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

²⁴ H. Le Nabasque, P. Dumond et P. Elsen, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Dr. Sociétés Actes pratiques, n° 1, 1992, n° 1, p. 2.

²⁵ S. Lequette, Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun, D. 2016, p. 1148 et s.

²⁶ R. Rodière, note sous CA Rouen, 8 février 1974, rev. Sociétés 1974, p. 507.

celui de rester associé²⁷. Si la validité des clauses d'exclusion n'est plus discutable aujourd'hui²⁸, de nombreuses précautions rédactionnelles s'imposent. D'une manière générale, les clauses d'exclusion, telles que les clauses de *buy or sell* ou *shot gun* doivent reposer sur des conditions de mise en œuvre objectives et non potestatives, à défaut de quoi elles pourraient à l'avenir être analysées comme privant de sa substance l'obligation essentielle en permettant de priver l'associé d'un droit fondamental rattaché à son statut. Ces événements objectifs permettent de préserver la force obligatoire de l'engagement pris à l'égard de l'associé et de ne pas le spolier injustement de ses droits²⁹. Dans les clauses de *buy or sell*, la détermination du prix, notamment, doit impérativement reposer sur un mécanisme qui ne dépend pas de la seule volonté d'un des associés. De nouveau, la police des clauses d'exclusion passera peut-être demain par le biais de cet article 1170 du Code civil nouveau.

16. Les clauses relatives au droit de vote – Les clauses relatives au droit de vote pourraient également être évaluées à l'aune de l'article 1170 C. civ. nouv. Le droit de vote est « *une des vaches sacrées du droit des sociétés* »³⁰. Pour cette raison, les clauses qui prévoient notamment un transfert provisoire du droit de vote sont sous haute surveillance et ne sont validées que si elles sont conformes à l'intérêt social³¹. A défaut, elles seraient dépourvues de cause³². Plus précisément, la jurisprudence, pour faire le tri entre les bonnes et les mauvaises conventions de vote, prend en considération à la fois la gravité de l'atteinte à la liberté d'exercer son droit de vote et à l'intérêt que celle clause peut avoir pour le fonctionnement de la société³³. La jurisprudence a par le passé invalidé de nombreuses clauses relatives au droit de vote principalement dans les cessions d'actions. Par exemple, une clause qui impose aux actionnaires le choix des futurs administrateurs, sans aucune liberté, est une clause excessive prohibée. En revanche, dès lors que la limite apportée à la liberté de vote est compensée par sa conformité à l'intérêt social, elle est généralement validée. C'est souvent le cas dans les groupes de sociétés, la limite à la liberté d'exercer son droit de vote est justifiée par la volonté de garantir une certaine égalité entre les administrateurs³⁴. L'article 1170 C. civ. nouv. pourrait-il demain servir de fondement à la police des clauses relatives au droit de vote ? Cela est envisageable. En effet, une clause qui prive l'associé de toute liberté de choix des administrateurs n'est-elle pas une clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle lorsqu'elle figure au sein d'une convention de cession des droits sociaux. L'exercice du droit de vote est un élément fondamental qui se rattache aux actions ainsi acquises et qui pourrait parfois être menacé par l'existence d'une clause le restreignant à outrance.

17. Les clauses de garantie de passif – Certaines catégories de clauses dont la validité est régulièrement confirmée pourraient être menacées par une application audacieuse de l'article 1170 C. civ. Tel est le cas des clauses de garantie de passif³⁵ qui renvoient au sens

²⁷ J.-J. Daigre, La perte de la qualité d'actionnaire, Rev. Sociétés 1999, p. 535.

²⁸ V. not. Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17692 ; Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10855 ; Rev. Sociétés, 2012, p. 435, obs. A. Couret.

²⁹ Ces éléments objectifs peuvent consister dans une inexécution répétée de ses obligations par un partenaire, la difficulté régulière d'obtenir une majorité, la paralysie de la société.

³⁰ A. Viandier, in Observations sur les conventions de vote, JCP E, 1986, p. 15405. Adde, A. Constantin, Réflexions sur la validité des conventions de vote, in mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 253.

³¹ V. A. Couret, Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue, Bull. Joly, 2015, p. 153. Plus généralement, v. D. Cohen, Les conventions de vote, in Liber amicorum C. Larroumet, Economica, 2010, p. 97.

³² V. en ce sens, Y. Guyon, Traité des contrats, op. cit., n° 92, p. 151.

³³ Ces clauses sont valables dans les groupes de sociétés depuis la loi du 12 juillet 1985.

³⁴ Cass. com., 19 déc. 1983, Rev. Sociétés, 1985, p. 105, obs. D. Schmidt.

³⁵ Sur les clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, P. Mousseron *et alii*, Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux, Bull. Joly 2009, 892, n° 181 et s.

le plus strict aux clauses par lesquelles le cédant s'oblige à « *garantir le cessionnaire de la diminution de la valeur des actions résultant de la sous-évaluation du passif de la société dont les droits sociaux ont été cédés* »³⁶. Les clauses de garantie de passif sont d'une grande hétérogénéité³⁷. Par ces clauses, le cédant prend à sa charge une dette qui existait avant la cession mais qui est révélée après cette cession. Ce passif peut être fiscal, social, environnemental... D'autres clauses garantissent l'actif net de la société et protègent contre sa diminution. D'autres stipulations sont plus subtiles telles que les clauses de garantie de valeur ou clauses de révision de prix qui mettent en place au profit des deux parties un mécanisme de compensation de l'actif et du passif³⁸. Certaines de ces clauses de garantie de passif ou de révision, lorsqu'elles sont mises en œuvre, peuvent aboutir à un coût pour le cédant supérieur au prix qui a été perçu. La jurisprudence a toujours refusé de sanctionner ce type de clause sur le fondement de l'absence de cause³⁹. Cette solution est approuvée par une partie de la doctrine qui souligne que la cause s'apprécie au stade de la formation et non au stade de l'exécution. Cependant, l'article 1170 C. civ. est moins contraint par cette donnée temporelle. Ne peut-on pas envisager à l'avenir que ce type de clause, lorsque le coût est supérieur au prix, constitue une privation de la substance de l'obligation essentielle ? L'argument est juridiquement fondé et dépend de la manière dont la clause de garantie aura été rédigée.

18. La police des clauses contractuelles réalisée par les juges ne se fait pas seulement au moyen de l'article 1170 C. civ. mais également au moyen de l'article 1171 C. civ. relatif aux clauses abusives.

II. La police des clauses contractuelles à l'aune de l'article 1171 du Code civil

19. L'article 1171 C. civ. nouv. est l'innovation la plus importante et la plus polémique de l'ordonnance du 10 février 2016. Les termes utilisés au sein de cette disposition, qui aura des incidences majeures en droit des sociétés, méritent d'être interprétés avec beaucoup de précaution⁴⁰ et laissent une marge de manœuvre importante aux interprètes. Si on ajoute à cela que cette disposition pourrait être qualifiée de loi de police⁴¹, selon l'analyse de certains auteurs⁴², le champ d'application de cette police contractuelle devient relativement large. En attendant une clarification jurisprudentielle, tout rédacteur d'acte devra nécessairement procéder en deux temps : s'agit-il, tout d'abord, d'un contrat d'adhésion ? S'agit-il, ensuite, d'une clause abusive ?

A. Le contrat d'adhésion

³⁶ P. Mousseron et alii, op. cit., n° 200, p. 136.

³⁷ G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, l'Harmattan, coll. PU de Sceaux, 2008, n° 488 et s. : Une distinction s'impose entre les clauses de garantie de passif au sens strict et les clauses de révision du prix ou de garantie de valeur.

³⁸ Sur cette diversité, A. Couret, *La conciliation des mécanismes de garantie dans les cessions de droits sociaux*, in *Liber Amicorum Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 121.

³⁹ Cass. com., 22 février 1983, Bull. civ. IV, n° 72.

⁴⁰ Fr. Bicheron, *N'busons pas de la clause abusive*, Gaz. Pal. 30 avril 2015, p. 24 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, p. 335 ; G. Chantepie, « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation » : D. 2015, AJ p. 218 ; M. Mekki, *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ?*, Gaz. Pal., 10 mai 2016, n° 17 ; M. Mekki, *Se conformer au nouveau droit des contrats. Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives*, JCP (E), 2016, 1373.

⁴¹ C'est l'analyse retenue pour l'article L. 442-6 I C. com. pour un jugement du tribunal de commerce de Paris le 7 mai 2015, Gaz. Pal. Août 2015, somm. p. 19, n° 2015000040.

⁴² En ce sens, B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Dossier pratique Francis Lefebvre, 2016, n° 425.

20. Conflit d'interprétations autour de la notion de contrat d'adhésion – Devant la critique de certains professionnels lors de la consultation publique du projet de février 2015, le législateur, à l'écoute, a voulu circonscrire la police des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion. Ces derniers sont définis à l'article 1110 al. 2 par opposition aux contrats de gré à gré. Il s'agit d'un contrat « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Le législateur a choisi de ne pas raisonner clause par clause en distinguant les clauses négociées des clauses non négociées. Deux attitudes sont possibles à la lecture de cette disposition. Une première interprétation consisterait à réduire le champ d'application de cette catégorie aux seuls contrats de masse qui sont répliqués en plusieurs exemplaires (contrats de fournitures d'eau, de consommation d'électricité, de téléphonie mobile, d'abonnement internet...) et dans lesquels le cocontractant donne un consentement irréflecti. Il faudrait donc exclure les contrats de dépendance au sein desquels existe une soumission forcée aux conditions particulières d'un distributeur ou d'un fournisseur⁴³. Cependant, distinguer juridiquement un consentement irréflecti d'un consentement qui n'est pas libre semble bien subtile. Si cette distinction est économiquement fondée et peut être l'une des interprétations de la volonté du législateur, d'autres présageant un champ d'application élargi sont également envisageables. Quoi qu'il en soit, plus le champ d'application des contrats d'adhésion est large, plus les incidences en droit des sociétés seront importantes.

21. Une définition compréhensive du contrat d'adhésion – La définition proposée par l'article 1110 al. 2 C. civ. nouv. est de nature purement formelle. Les « conditions générales », notion peu juridique, se définissent par opposition aux conditions particulières. Elles renvoient le plus souvent mais pas seulement à un ensemble de clauses accessoires (clauses limitatives de responsabilité, clauses d'indemnité, clauses de rupture, clauses probatoires, clauses de garantie ou de non-garantie, clauses de répartition des risques...). Ces conditions générales sont surtout déterminées de manière unilatérale et à l'avance sans négociation. Ce critère est purement formel. Il n'est tout d'abord pas exigé que ces conditions soient « imposées ». Certes, l'alinéa 1 qui définit le contrat de gré à gré se réfère aux stipulations « *librement négociées entre les parties* ». Cependant, l'alinéa 2 n'attribue aucune place à cette liberté de négociation ou de discussion. Ce faisant, quand bien même la liberté de discussion existerait en théorie, le contrat serait qualifié d'adhésion si, dans les faits, aucune négociation n'est effectivement intervenue. Partant de cette acception, le champ d'application est plus large et l'instrument de lutte contre les clauses abusives devient un outil privilégié de cette police des clauses contractuelles. Pourraient entrer dans cette catégorie les contrats de dépendance économique, tels que les contrats de distribution intégrée (franchise, concession), dans lesquels les conditions générales sont souvent déterminées unilatéralement, par avance et sans négociation, par les franchiseurs et par les concédants. Que l'on songe également au contrat-cadre, souvent vecteur des conditions générales qui vont régir les futurs contrats d'application, conditions déterminées unilatéralement, par avance et sans négociation. Les contrats-type professionnels⁴⁴, qualifiés en pratique de « conditions générales », mis à la disposition de ou imposés aux adhérents qui en font usage. Les exemples sont légion et toute liste exhaustive semble impossible (contrats de VEFA proposés par les promoteurs immobiliers, baux institutionnels, prêts hypothécaires, cession de terrains à bâtir dans un lotissement...). La sphère du contrôle opéré par le juge est d'autant plus vaste que si le contrat est qualifié d'adhésion ce sont toutes les clauses, y compris les clauses particulières

⁴³ Sur cette distinction, Fr. Chénéde, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, JCP (G), n° 27, 4 Juillet 2016, 776.

⁴⁴ G. Chantepie, De la nature contractuelle des contrats-types, RDC, 2009, p. 1233.

par définition négociées, qui peuvent être déclarées abusives. En effet, le législateur n'a pas fait le choix d'un contrôle clause par clause à l'instar de ce qui existe en droit allemand⁴⁵.

Qu'en est-il du droit des sociétés ?

22. Contrat d'adhésion et contrat de société – Le droit des sociétés regorge-t-il de contrats d'adhésion ? S'agissant du contrat de société, la qualification serait quelque peu singulière. Peut-on par exemple considérer que l'entrée d'un nouvel associé non fondateur dans une société dont les statuts n'ont *a priori* pas été négociés et sont déterminés unilatéralement ou la participation à une augmentation de capital présentée aux actionnaires dont les conditions sont prédéterminées constitue une « adhésion » et justifie la soumission des différentes clauses à la police des clauses abusives ? A vrai dire, c'est surtout la notion de « conditions générales »⁴⁶ qui semble ici pécher. Les statuts d'une société ont une nature singulière, constitution d'une organisation sociale, qu'il paraît difficile d'assimiler à des conditions générales au sens de l'article 1110 al. 2⁴⁷. Peut-être que si la notion de contrat avait été définie par référence aux effets de droit qu'il produit plutôt que par référence aux obligations qu'il crée, modifie, transmet ou éteint, les statuts auraient pu plus facilement être qualifiés de « conditions générales ». En qualité de contrat-alliance ou contrat d'intérêt commun, le contrat de société aurait été l'illustration parfaite d'une conception ouverte de la catégorie des contrats d'adhésion. Malgré le doute qui entoure une application de l'article 1171 C. civ. aux statuts d'une société, il existe de nombreuses autres hypothèses où la qualification de contrat d'adhésion peut être retenue.

23. Contrat d'adhésion et contrat de cession de droits sociaux – Les cessions de droits sociaux sont le plus souvent des contrats de gré à gré car les stipulations essentielles ont été librement négociées entre les parties. Cependant, il est des cas où l'associé adhère à un ensemble de conditions générales prédéterminées unilatéralement sans négociation. Telle est l'analyse qui peut être faite des cessions forcées à la suite de la mise en œuvre d'une clause de sortie ou d'exclusion. Ces clauses peuvent figurer dans les statuts ou au sein de pactes extrastatutaires. Par ce biais, sont exclus les associés qui ne respectent pas des obligations essentielles ou qui font l'objet d'une prise de contrôle par un concurrent qui pourrait menacer l'équilibre interne de la société. Ces clauses sont très diverses : clause omelette, suédoise, américaine, de sortie conjointe, clause anti-dilution... Les conditions générales d'une telle sortie forcée de la société peuvent être analysées à l'aune de la police des clauses abusives. D'autres exemples de cessions de droits sociaux entrent parfaitement dans cette définition relativement formelle du contrat d'adhésion. Tel est le cas des droits sociaux qui se rattachent à un plan d'options de souscription d'action. Cette attribution de stock-options peut entrer dans la catégorie des contrats d'adhésion car le dirigeant accepte fréquemment le contrat tel qu'il lui est proposé sans pouvoir le négocier. La même analyse peut être faite des « chartes » qui se multiplient notamment dans les plans « épargne entreprise » dont les conditions générales sont prédéterminées unilatéralement et soustraites à toute négociation. Contrat d'adhésion encore lorsque c'est

⁴⁵ Sur les autres difficultés liées à la qualification de contrat d'adhésion, v. not. M. Mekki, Fiche pratique sur le contrat d'adhésion, Gazette du Palais, 22 mars 2016, n° 12, p. 16.

⁴⁶ Comp. J.-Fr. Hamelin, Le contrat de société, in Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mai-juin 2016, p. 7 et s., spéc. n° 18.

⁴⁷ En ce sens, égal., Fr. Chénédy, op. cit. : « *Peut-on sérieusement penser que les clauses de ces contrats-organisation sont, au sens de ce texte, des « conditions générales (...) déterminées à l'avance par l'une des parties* » ? N'est-il pas évident que l'on est ici très loin du modèle contractuel que le législateur avait à l'esprit lorsqu'il s'est proposé de réglementer le « contrat d'adhésion » ? Le droit du contrat d'adhésion n'est d'ailleurs guère adapté à ce type de conventions : opposables et invocables par tous les contractants, les clauses des statuts et règlements ne créent pas de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » ».

l'établissement financier, souscripteur par exemple, qui impose ses conditions générales à l'émetteur d'emprunts obligataires. L'article 1171 C. civ. serait encore ici applicable.

24. La préconstitution des preuves d'un négociation – Si les rédacteurs de ces montages contractuels ne veulent pas subir les incertitudes que recouvre la notion de clause abusive, ils doivent alors opter pour un contrat de gré à gré. Pour ce faire, une ligne dans un contrat déclarant que le contrat a été négocié entre les parties ne sera évidemment pas suffisante. Ils devront marquer le processus de conclusion du contrat de plusieurs étapes, réunions, rencontres, échanges de courriels. Surtout, ils devront désormais prendre la bonne habitude d'en conserver une preuve. Attention cependant aux fausses négociations. Les juges devront faire preuve d'une grande vigilance afin de déceler les stratagèmes de partenaires mal intentionnés, en tirant les leçons des dérives observées à l'étranger.

Si en amont la qualification de contrat d'adhésion est retenue, il reste à apprécier le caractère abusif de la clause.

B. La clause abusive

25. Appréciation au cas par cas – L'avocat et le notaire doivent être informés du faisceau d'indices que le juge utilise pour qualifier une clause d'abusives. Ce faisceau d'indices, boîte à outils des praticiens et des juges, peut s'appuyer, comme le rappelle le rapport remis au président de la République, sur le droit positif construit autour de l'article L. 132-1 C. cons. et de l'article L. 442-6 I 2° C. com.⁴⁸

26. Identification d'une « clause contractuelle » La première étape du raisonnement consiste à identifier l'existence d'une véritable clause contractuelle. En droit de la consommation, par exemple, la Cour de cassation a dû rappeler que seule une clause compromissoire pouvait être qualifiée de clause abusive mais non pas un compromis qui n'est pas à proprement parler une « clause » contractuelle. Quant aux clauses légales qui sont la simple reprise d'un texte de loi d'ordre public, il ne s'agit pas non plus d'une clause contractuelle au sens strict (v. par ex. art. L. 145-37 et s. C. com. pour les baux commerciaux). Ces clauses légales sont nombreuses en droit des sociétés et ne peuvent en principe être appréciées sous l'angle de l'article 1171 C. civ. Les clauses informatives qui rappellent un texte de loi ne peuvent pas non plus être qualifiées d'abusives⁴⁹. En revanche, le cas des clauses de déclaration est plus discuté. Pour certains, les clauses de déclaration ne devraient pas être qualifiées de clause contractuelle car elles constatent un fait ou une situation mais ne créent pas de droits ou d'obligations à proprement parler. Pourtant, l'analyse peut ne pas convaincre. Ces clauses de déclaration peuvent être un moyen indirect de limiter la liberté de la preuve et parfois rendent difficile voire impossible l'accès au juge en raison d'un obstacle probatoire insurmontable. Il faudra être vigilant et veiller à ce que ces clauses ne constituent pas une entrave déraisonnable à la saisine du juge, ce qui lui vaudrait d'être qualifiée d'illicite à l'aune de l'article 6 § 1 Conv. E.D.H. mais plus simplement d'abusives au fondement de l'article 1171 C. civ. nouv. Quant aux clauses réglementaires, elles ne peuvent être contrôlées par un juge judiciaire. La compétence revient aux juridictions administratives⁵⁰ qui pourraient faire usage de

⁴⁸ A l'instar de ce que le Conseil constitutionnel avait décidé le 13 janvier 2011 à propos du « déséquilibre significatif » de l'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce, Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85, QPC : D. 2011, p. 415, note Y. Picod.

⁴⁹ J. Pélessier, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail » : RJS 1/04, p. 3 et s.

⁵⁰ Arrêt « Septfonds », T. confl., 16 juin 1923, P. Weil et alii, GAJA, Dalloz, 2011, 18^e éd., n° 39.

l'article 1171 C. civ. Cependant, à l'instar de ce que les juges administratifs ont pu faire lorsqu'ils ont appliqué l'article L. 132-1 C. cons. (devenu art. L. 212-1 C. cons.), ils adapteront l'appréciation de la clause aux impératifs du « service public »⁵¹.

27. Exclusion de « l'objet principal » et de « l'adéquation du prix à la prestation » -

Ensuite, « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* » (art. 1171 al. 2 C. civ.). la CJUE considère constamment que les clauses abusives sont celles qui « *revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence du rapport contractuel* »⁵². Les clauses qui portent sur l'objet principal du contrat sont « *celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci* »⁵³. Cependant, la position de la Cour de cassation est moins claire qui a jugé que les clauses abusives ne portent pas nécessairement sur une obligation accessoire⁵⁴ !

Cet alinéa peut poser problème dans les cessions de droits sociaux. En principe, les clauses qui ont pour objet les droits sociaux cédés et celles relatives au prix sont exclues. Cependant, la formule n'est pas si claire. Ce ne sont pas les clauses qui se rapportent à l'objet principal ou au prix qui sont hors du champ de contrôle. C'est l'appréciation du déséquilibre significatif qui ne peut porter ni sur l'objet principal ni sur l'adéquation du prix à la prestation. C'est le contrôle de la lésion qui est ici prohibé. Ce faisant, nombre de clauses sont encore dans le champ de contrôle des clauses abusives. Les clauses pénales devraient, à l'instar du droit de la consommation, pouvoir être qualifiées de clauses abusives dans certaines hypothèses. Les clauses qui organisent la fixation du prix, indépendamment de l'adéquation du prix seule visée par l'alinéa 2, ne devraient-elles pas également pouvoir être soumises à la police de l'article 1171 lorsqu'elles confèrent indépendamment du prix un pouvoir exorbitant à l'une des parties ?

28. Le nerf de la guerre : le déséquilibre significatif – Le nerf de la guerre réside, à dire vrai, dans la notion de déséquilibre significatif. En s'appuyant sur la lecture des articles R. 132-1 et R. 132-2 C. cons., dressant une liste noire et une liste grise des clauses abusives, en s'inspirant des recommandations de la Commission des clauses abusives et de la Commission d'examen des pratiques commerciales, en se fondant sur la jurisprudence rendue à l'aune des articles L. 132-1 C. cons. et L. 442-6 I 2° C. com., une grille de lecture peut être proposée pour identifier une clause susceptible de créer un déséquilibre significatif en droit commun des contrats. La clause potentiellement abusive est celle qui déroge à une règle supplétive, supposée traduire ce que le législateur conçoit comme la situation normale⁵⁵, en imposant une charge supplémentaire au débiteur ou en le privant d'un avantage que la loi lui accordait. Lorsque le juge déclare une clause abusive c'est aussi en se référant à l'absence de réciprocité, à son caractère potestatif car elle est invoquée et mise en œuvre sans aucune justification. Le juge relève parfois qu'elle est dépourvue de contrepartie ou encore qu'elle s'avère inhabituelle par rapport aux clauses d'usage dans un secteur d'activité donné. Sans être une formule mathématique, ce « petit guide-âne » doit pouvoir guider les praticiens dans la rédaction des futures clauses contractuelles sensibles. Le droit des sociétés est à ce titre un véritable laboratoire. En effet, dans les opérations de fusion-acquisition figurent des clauses pénales qui ne profitent qu'à une seule des parties, des clauses de non concurrence ou des clauses d'exclusivité sans aucune contrepartie. L'absence de contrepartie, réelle ou apparente, caractérise aussi de nombreuses clauses anti-dilution ou clauses relatives au droit de

⁵¹ CE, 11 juill. 2001, n° 221458, Sté des Eaux du Nord : Lebon 2001

⁵² CJUE, 30 avr. 2014, n° C-26/13, Kásler et Káslerné Rábai

⁵³ CJUE, 23 avr. 2015, n° C-96/14, Van Hove c/ CNP Assurances SA.

⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2006 : Bull. civ. I, n° 213

⁵⁵ C. Pérès, La règle supplétive, LGDJ, 2004.

vote... Accorder une prérogative unilatérale, en privant une partie d'un droit, sans contrepartie réelle, ce sont des indices forts de ce que pourrait être une clause abusive. Il existe également de nombreuses cessions de droits sociaux ou de pactes d'actionnaires conférant aux associés des prérogatives unilatérales qui pour certaines sont à la limite de la potestativité (droit de veto, droit de retrait, droit de préemption clause d'agrément...). Enfin, l'ordonnance ne précise pas si la clause est appréciée isolément ou si, au contraire, la clause doit être mise en perspective avec les autres clauses du contrat ou de l'ensemble contractuel. En s'inspirant du droit de la consommation et du droit commercial, il est probable que la clause soit appréciée de manière concrète et contextualisée. Elle n'est pas analysée isolément mais en lien avec l'économie générale du contrat ou de l'ensemble contractuelle. Ce mode d'appréciation est fondamental en droit des sociétés où les clauses contractuelles sont souvent un des maillons d'une chaîne contractuelle complexe et où prise isolément la clause paraît excessive mais réintégrée dans son ensemble semble parfaitement légitime. Un effort de rédaction s'impose alors afin de mettre en exergue dès la première lecture le caractère équilibré de la clause.

- 29.** Ce petit tour d'horizon des clauses contractuelles en droit des sociétés n'a pas pour but d'affirmer sans nuances que toutes les clauses, qui font la singularité du droit des sociétés et constituent les piliers d'une organisation flexible et adaptée aux besoins des entreprises, sont aujourd'hui menacées. Il s'agit d'attirer l'attention sur les nouveaux risques que font naître les articles 1170 et 1171 C. civ. nouv. qui constituent une invitation des rédacteurs à prendre plus précaution lors de la rédaction des clauses essentielles au sein des pactes d'actionnaires ou des cessions de droits sociaux, afin d'éclairer le juge, en cas de conflits, sur les intentions des parties et lui expliquer par anticipation la raison d'être des clauses ainsi rédigées. L'américanisation du droit des contrats est à ce prix. Les parties doivent définir, expliquer, justifier, motiver et contextualiser !