


# MÉLANGES EN L'HONNEUR DE PASCAL ANCEL

2021

Collection de la Faculté de Droit, d'Économie  
et de Finance de l'Université du Luxembourg

 LORCIER

 LexisNexis®



Force obligatoire du contrat c.  
contrainte économique – focus  
sur les arrangements contractuels  
dans le cadre du capital-  
investissement (*private equity*),  
spécialement au Luxembourg

Isabelle Corbisier

Professeure ordinaire en droit civil,  
Université du Luxembourg



## INTRODUCTION

1. La force obligatoire du contrat fit l'objet de l'une des études les plus fameuses du Professeur Pascal Ancel<sup>1</sup>. Cette notion, indissolublement liée à celles de liberté contractuelle et de sécurité juridique, est particulièrement prisée dans la vie des affaires et notamment dans le cadre d'accords statutaires et extrastatutaires animant la vie des organisations lucratives sociétaires. Dans cette modeste contribution nous nous penchons sur la contrainte économique qui pourrait caractériser certains accords conclus en matière de capital-investissement (*private equity*) de même que sur les conséquences qui pourraient en découler.

### I. – LES STRUCTURES SOCIÉTAIRES ET LES ARRANGEMENTS CONTRACTUELS À L'ŒUVRE DANS LA PRATIQUE DU CAPITAL-INVESTISSEMENT, NOTAMMENT AU LUXEMBOURG

2. Chacun sait que la récente phase de mondialisation<sup>2</sup>, fondée sur une analyse économique de type néoclassique ou contractarienne (« néolibérale » dans le langage courant)<sup>3</sup>, a abouti à ériger le Marché et ses règles prétendument<sup>4</sup> inéluctables en qualité d'institution concurrente à l'État et ses lois<sup>5</sup>, ces dernières étant perçues comme introduisant des distorsions malvenues dans le fonctionnement d'un Marché autorégulateur, comme mû par une « main invisible »<sup>6</sup>.

3. Ce discours a connu d'importants prolongements en droit des sociétés<sup>7</sup>. Toutefois la constante référence à la régulation par le Marché a évidemment abouti à articuler une bonne part du discours contractarien autour de la société

<sup>1</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDCiv.*, 1999, pp. 771 et s.

<sup>2</sup> À savoir celle (la mondialisation traduisant une intensification des transactions transfrontières et des flux internationaux de capitaux) dont les prémises se sont manifestées aux États-Unis vers la moitié des années 70 : voy. I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 1.

<sup>3</sup> Pour une analyse approfondie, cons. I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, op. cit., pp. 255-340. Cette analyse est aujourd'hui contestée, plus spécialement depuis la crise financière des années 2007-2008, laquelle a traduit, selon l'un des partisans de cette analyse, un « échec du capitalisme » (R. POSNER, *A failure of capitalism – The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2009).

<sup>4</sup> On sait en effet que l'hypothèse de départ de l'analyse néoclassique, à savoir celle d'un marché en situation de concurrence et d'information parfaites et animé par des acteurs dotés d'une rationalité parfaite (non limitée) et mus exclusivement par un objectif de froide maximisation (*l'homo oeconomicus*) s'avère largement irréaliste. Pour une analyse approfondie : I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, op. cit., n° 35 à 42.4.

<sup>5</sup> I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, n°s 27 et 42.

<sup>6</sup> Selon l'expression rendue célèbre par Adam Smith (dans *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776), le « père » de l'analyse économique classique sur laquelle se construira l'analyse néoclassique à partir des travaux de L. Walras et de A. Marshall (I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, op. cit., n° 29).

<sup>7</sup> Plus spécifiquement à partir des analyses centrées sur la société (firme) en tant que « noeud de contrats » où s'illustrent les « conflits d'agence » (voy. I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, op. cit., n°s 29-33).

cotée<sup>8</sup>. Néanmoins, s'agissant des sociétés « privées » ou non cotées, le discours marchériste a également cours lorsqu'il s'agit d'appréhender le phénomène du capital-investissement, également lié à la mondialisation financière et plus connu encore sous le vocable de « private equity »<sup>9</sup>.

4. Comme le rappelle P. Mischo<sup>10</sup> : « On entend généralement par capital investissement ou private equity "La prise de participation en capital dans des entreprises généralement non cotées. Le capital investissement est un soutien fondamental de l'entreprise non cotée tout au long de son existence. Il finance le démarrage (capital risque ou *venture capital*), le développement (capital développement), la transmission ou l'acquisition (LBO/capital retournement) de cette entreprise"<sup>11</sup> ».

#### A. Les structures sociétaires des fonds de *private equity*

5. La pratique du capital-investissement donne lieu à des structurations sociétaires spécifiques. Toujours selon P. Mischo<sup>12</sup> : « Dans une structure de *private equity* classique, les promoteurs constituent un véhicule, le fonds de *private equity*, qui est destiné à acquérir les actifs cibles (le plus souvent des titres de sociétés non cotées) grâce aux appels de fonds effectués auprès des investisseurs. La durée de détention moyenne des participations dans les sociétés cibles se situe entre trois et sept ans, alors que la durée de vie d'un fonds est généralement de dix à douze ans ». Les fonds de *private equity* se présentent à l'international le plus souvent sous la forme de *limited partnerships* (équivalent des sociétés en commandite). Le Luxembourg connaît une importante activité dans ce domaine, ce qui a motivé l'adoption, en 2013<sup>13</sup>, d'une loi qui a considérablement modernisé le droit régissant ses différentes formes préexistantes de sociétés en commandite (simple et par actions) et créant, spécialement à l'attention des investisseurs internationaux,

une forme de société en commandite à responsabilité limitée<sup>14</sup>.

6. Lorsque le fonds est structuré en société en commandite, il présente généralement les caractéristiques

- chaque investisseur (commanditaire) participe à l'occasion d'appels de fonds à la constitution d'investissements dont le montant est déterminé par les investisseurs dès leur réalisation ;
- les actifs en portefeuille, pendant une période de détention déterminée ;
- l'associé commandité, en charge de la gestion de la société à responsabilité limitée, peut être nommé directeur de gestion ou de conseil (*manager*) ;

7. De manière assez frappante, la loi de 2013 a été invoquée en vue de justifier la structure de sociétés en commandite ne respectant pas le principe de K. Panichi a-t-elle souligné l'importance de mettre en évidence, en mettant aux gérants de fonds, la responsabilité, donc incertain, de sanctionner les sociétés en commandite ne répondant pas à ces critères. Les « outils » développés pour permettre de respecter leurs engagements sans compromettre la rentabilité<sup>17</sup> prévoient d'une suppression du droit de rachat forcé (exclusion), à la satisfaction de l'associé récalcitrant d'intérêts de l'associé récalcitrant.

8. À cet égard le pouvoir de loi de 2013 a été invoqué de manière éclatante au Grand-Duché de Luxembourg ces dernières années car, outre l'adoption de la loi de 2013, elle a permis de modifier considérablement les formes de sociétés en commandite sous la forme de la commandite simple et par actions, dans le cadre desquelles un large panel

<sup>8</sup> I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, op. cit., n° 2, 6.2.2.6, 6.2.3.5.1.2, 33.2 (la société cotée comme « contrat standard ») et 46.

<sup>9</sup> Voy. *infra* n° 9.

<sup>10</sup> P. MISCHO, « La mise en place d'un fonds de *private equity* sous forme de société en commandite : aspects fiscaux », in CH. BOYER, I. CORBISIER, G. DUSEMON, P. MISCHO, K. PANICHI, TH. PARTSCH, C. POGORZELSKI, P. SCHLEIMER, L. SCHUMMER et A. STEICHEN, *Les commandites en droit luxembourgeois*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux Luxembourg, n° 3, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 31 et s. et spéc. p. 33.

<sup>11</sup> L'auteur se réfère au site de l'association française des investisseurs, l'AFIC ([www.afic.asso.fr](http://www.afic.asso.fr)), aujourd'hui France Invest (<https://www.franceinvest.eu/>), consulté le 29/10/20).

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, *Mém. A*, n° 119, 15 juillet 2013 (cette loi porte notamment transposition de la directive européenne 2011/61/UE du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifie la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, désignées *infra* comme « loi sur les sociétés commerciales », LSC), en ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1915/08/10/n1/jo> (consulté le 29/10/20). Pour les dispositions issues de cette loi concernant les sociétés en commandite, cons. spécialement les art. 100-2, 310-1 à 320-9 et 600-1 à 600-10 LSC issus de la consolidation opérée en 2017 (en ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2017/12/05/a1066/jo>, consulté le 29/10/20).

<sup>14</sup> Les commandites sont, en droit luxembourgeois, à l'instar du droit français. Il a donc été créé une forme de commandite simple dotée de ce type de véhicule sans personnalité juridique propre, identique à celui de la commandite simple. La loi législative n'a pas été sans influence sur la structure de partenariat ayant retenu l'attention du législateur. Pour une comparaison entre la structure de société de libre partenariat français et celle de la société de libre partenariat luxembourgeois, voir le degré de parenté ? », *Rev. sociétés*, 2013, p. 34.

<sup>15</sup> P. MISCHO, op. cit., p. 34.

<sup>16</sup> K. PANICHI, « Les commandites : la structure de la commandite en droit luxembourgeois », *Rev. sociétés*, 2013, p. 67.

<sup>17</sup> K. PANICHI, op. cit., p. 67.

<sup>18</sup> K. PANICHI, op. cit., pp. 68-76.



« cotées » ou non cotées, le droit peine à appréhender le phénomène de la mondialisation financière et de la « private equity »<sup>9</sup>.

Le fonds est généralement financé par capital investissement en capital dans des fonds d'investissement est un soutien financier de son existence. Il finance le développement (capital LBO/capital retournement)

### private equity

Le lieu de structuration des fonds est un véhicule, le fonds de fonds effectue des participations dans les sociétés que la durée de vie d'un fonds de private equity sous la forme de *limited partnership*. Le Luxembourg connaît une loi qui a motivé l'adoption, modernisant le droit régissant ses sociétés en commandite (simple et par investisseurs internationaux,

2, 6.2.2.6, 6.2.3.5.1.2, 33.2 (la société

sous forme de société en commandite, P. MISCHO, K. PANICHI, TH. PARTSCH, *Les commandites en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 31 et s. et

investisseurs, l'AFIC ([www.afic.asso.fr](http://www.afic.asso.fr)), consulté le 29/10/20.

l'investissement alternatifs, *Mém. A. Proposition de la directive européenne sur l'investissement alternatifs et modification des sociétés commerciales, désignées infra comme « loi relative à la loi public.lu/eli/etat/leg/loi/1915/08/10/ relative à la loi concernant les sociétés en commandite »* (20-9 et 600-1 à 600-10 LSC issus de la loi public.lu/eli/etat/leg/rgd/2017/12/05/

une forme de société en commandite dite « spéciale » dénuée de la personnalité juridique<sup>14</sup>.

6. Lorsque le fonds est structuré sous la forme d'une commandite, on<sup>15</sup> relève généralement les caractéristiques suivantes :

- chaque investisseur (commanditaire) effectue des versements, généralement à l'occasion d'appels de fonds, qui seront affectés par le fonds à la réalisation d'investissements dont les bénéfices sont généralement distribués aux investisseurs dès leur réalisation et rarement réinvestis par le fonds ;
- les actifs en portefeuille, peu liquides, sont généralement revendus après une période de détention de 3 à 7 ans ;
- l'associé commandité, en charge de la gestion du fonds, est en général une société à responsabilité limitée, le cas échéant conseillée par une société de gestion ou de conseil (*management/ advisory company*).

7. De manière assez frappante la liberté contractuelle est particulièrement invoquée en vue de justifier les mécanismes de sanctions applicables aux commanditaires ne respectant pas leurs engagements contractuels<sup>16</sup>. Ainsi K. Panichi a-t-elle souligné l'importance des stipulations contractuelles permettant aux gérants de fonds, dans un contexte économique changeant et donc incertain, de sanctionner l'irrespect des engagements (*commitments*) des commanditaires ne répondant pas aux appels de fonds qui leur sont adressés. Les « outils » développés soit en vue de contraindre les investisseurs à respecter leurs engagements soit à les forcer à sortir du fonds pour ne pas compromettre la rentabilité<sup>17</sup> prennent notamment la forme d'une suspension voire d'une suppression du droit de vote de l'associé ou encore de clauses de rachat forcé (exclusion), à la seule discrétion du gérant commandité, des parts d'intérêts de l'associé récalcitrant<sup>18</sup>.

8. À cet égard le pouvoir de *lobbying* des fonds de *private equity* s'est illustré de manière éclatante au Grand-Duché de Luxembourg au cours des dernières années car, outre l'adoption de la loi du 12 juillet 2013, déjà évoquée, modernisant considérablement les formes de commandites existantes et introduisant la forme de la commandite spéciale dénuée de la personnalité juridique dans le cadre desquelles un large pouvoir d'application des sanctions précitées se

<sup>14</sup> Les commandites sont, en droit luxembourgeois, généralement dotées de la personnalité juridique, à l'instar du droit français. Il a donc fallu créer une forme « spéciale » de commandite, aux côtés de la commandite simple dotée de la personnalité juridique, afin de procurer aux investisseurs un type de véhicule sans personnalité juridique dont le régime est par ailleurs presque totalement identique à celui de la commandite simple avec personnalité juridique. À noter que cette activité législative n'a pas été sans influence sur le droit français, la commandite spéciale luxembourgeoise ayant retenu l'attention du législateur français à l'occasion de la création de la société de libre partenariat (pour une comparaison entre les deux structures, cons. I. RIASSETTO et I. CORBISIER, « La société de libre partenariat française et la société en commandite spéciale luxembourgeoise, quel degré de parenté ? », *Rev. sociétés*, 2015, pp. 646 et s.).

<sup>15</sup> P. MISCHO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>16</sup> K. PANICHI, « Les commandites : la liberté contractuelle et les mécanismes de sanctions », *Les commandites en droit luxembourgeois*, *op. cit.*, pp. 63 et s.

<sup>17</sup> K. PANICHI, *op. cit.*, p. 67.

<sup>18</sup> K. PANICHI, *op. cit.*, pp. 68-76.



trouve confirmé<sup>19</sup>, la loi du 10 août 2016 de modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (LSC)<sup>20</sup> :

- consacre de manière expresse la validité des clauses permettant de suspendre le droit de vote à titre de sanction ou portant renonciation éventuellement définitive par l'associé à son droit de vote dans le cadre des SA<sup>21</sup> et des SARL<sup>22</sup> ;
- ne comporte pas de dispositions en matière d'exclusion-retrait judiciaire (sur la base de la démonstration d'un « juste motif » d'exclusion ou de retrait admis par le juge) dont l'adoption, calquée sur celles ayant fait la preuve de leur efficacité à régler les conflits entre associés dans les sociétés privées (sous la forme de SA ou S(A)RL) en droit belge<sup>23</sup>, avait été proposée<sup>24</sup> mais qui furent retirées du projet et de la loi finalement adoptée à la suite d'une pression intense exercée en ce sens par les cabinets d'avocats représentant les intérêts des fonds de *private equity*. Ce, bien sûr, au détriment de la mise à disposition d'une méthode de résolution des conflits internes qui a permis de sauver nombre d'entreprises privées en Belgique...

Concernant la consécration légale de la possibilité de suspendre le droit de vote, ce dernier constituant un droit social essentiel revenant à l'associé,

<sup>19</sup> Voy. les art. 310-6, al. 4 (sociétés en commandite simple), 320-7, al. 4 (sociétés en commandite spéciales) consacrant la possibilité d'inclure dans le contrat social des clauses de cession forcée (retrait) et de rachat forcé (exclusion) des parts d'intérêts et voy. les commentaires de K. PANICHI, *op. cit.*, pp. 74-76. S'agissant de la société en commandite par actions et des autres formes de sociétés, la validité des clauses de rachat forcé ou d'exclusion insérées dans les statuts ou un pacte d'actionnaire, est généralement reconnue en droit luxembourgeois : voy. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg, Éditions St-Paul, 5<sup>e</sup> éd., 2017, n<sup>os</sup> 294 à 301. Voy. en outre K. PANICHI (*op. cit.*, p. 75) rappelant que la position du droit français est également en ce sens.

Quant à la possibilité de suspendre voire supprimer le droit de vote dans le cadre des commandites simple et spéciale, K. PANICHI (pp. 68 et 71) estime que celles-ci se trouvent légitimées par les dispositions des art. 310-5 (1) (commandites simples) et 320-6, al. 1<sup>er</sup> (commandites spéciales) LSC lesquelles énoncent que : « À défaut de stipulations contraires dans le contrat social, les droits de vote de chaque associé sont en proportion de ses parts d'intérêts ».

<sup>20</sup> Loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (...), *Mém. A*, n<sup>o</sup> 167, 19 août 2016 (en ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2016/08/10/n1/jo>, consulté le 29/10/20).

<sup>21</sup> Cons. l'art. 450-1 (9) LSC : « Les statuts peuvent prévoir que le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, peut suspendre les droits de vote de tout actionnaire qui est en défaut de remplir les obligations lui incombant en vertu des statuts ou de son acte de souscription ou d'engagement.

Il est permis à tout actionnaire, à titre personnel, de s'engager à ne pas exercer temporairement ou définitivement tout ou partie de ses droits de vote. Une telle renonciation lie l'actionnaire renonçant et s'impose à la société dès sa notification à cette dernière ».

Cette disposition est également applicable aux commandites par actions en vertu de l'art. 600-2, al. 1<sup>er</sup>, LSC.

<sup>22</sup> Cons. l'art. 710-19, al. 2 et 3 LSC (disposition similaire à celle, précitée de l'art. 450-1 (9) LSC, le gérant étant investi du pouvoir de suspension des droits de vote).

La SARL constitue une forme sociétaire également couramment utilisée dans le cadre d'opérations de capital-investissement.

<sup>23</sup> Les dispositions belges en matière d'exclusion-retrait judiciaires sur la base de la démonstration d'un juste motif dans les SRL (équivalant aux SARL en France et au Luxembourg) et dans les SA non cotées se trouvent désormais dans le Code des sociétés et associations, adopté en 2019, aux art. 2:60 à 2:69.

<sup>24</sup> Voy. l'art. II, 58 du Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Ch. députés, sess. ord., 2006-2007, n<sup>o</sup> 5730 (disponible en ligne : [chd.lu](http://chd.lu), onglet « Travail à la chambre »).

justifiée au cours des travaux p d'inexécution, nous avons eu justification devait être maniée d'inexécution étant soumise pendance causale des obliga concernée (proportionnalité c

Quant au retrait des dispo accusées de porter atteinte à naires » qui n'aurait pas révé geoise, il s'est révélé que la p de la mise en place par les fo tuelles complexes ont en cra la possibilité qui aurait été o possibilité d'une sortie d'asso qui ne leur apparaîtrait pas o contractuel ceux-ci se verront leur droit de vote par le dirig

## B. Les arrangements cont

9. Dans les rapports entre les ses fondateurs ou associés « on observe généralement u acteurs. Les fonds, gérant de en mesure d'imposer des pac le contenu en fonction de « avec les associés « locaux » ( une participation est prise<sup>27</sup>. fonds de véritables associés leur investissement, et désir conditions de leur propre de contrôler les mouvements ca veiller à l'implication d'homn de retrait, de liquidité, de s tive... les constructions ima

<sup>25</sup> Pour de plus amples développ projet 5730 », in *Cent ans de* pp. 151-166 et spéc., pp. 163-16

<sup>26</sup> Pour plus de détails : I. CORBISIER, Cons. également I. CORBISIER « sociétés luxembourgeoises », in *Bruxelles, Larcier*, 2017, pp. 29 e À noter que la réforme de 2016 c également à une demande de I. CORBISIER et A. PRÜM, *ibid.*, n<sup>os</sup>

<sup>27</sup> L. PONS, « Déséquilibre significatif n<sup>o</sup> 144, septembre 2016, pp. 2 significatif-abus-de-dependance 29/10/20) et spéc. p. 22.



justifiée au cours des travaux préparatoires par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, nous avons eu l'occasion de faire observer à quel point cette justification devait être maniée avec précaution, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution étant soumise à un contrôle judiciaire au niveau de l'interdépendance causale des obligations invoquées et de la gravité de l'inexécution concernée (proportionnalité de la sanction)<sup>25</sup>.

Quant au retrait des dispositions relatives à l'exclusion-retrait judiciaires, accusées de porter atteinte à rien moins que « la liberté des sociétés et actionnaires » qui n'aurait pas révélé sa « nécessité » dans la pratique luxembourgeoise, il s'est révélé que la pratique que l'on s'efforçait de protéger était celle de la mise en place par les fonds d'investissements de constructions contractuelles complexes dont on craignait qu'elles ne soient désormais fragilisées par la possibilité qui aurait été ouverte de recourir au juge afin qu'il aménage la possibilité d'une sortie d'associés autrement astreints à une « loi du contrat » qui ne leur apparaîtrait pas ou plus favorable, d'autant plus qu'en cas d'écart contractuel ceux-ci se verraient potentiellement privés de la possibilité d'exercer leur droit de vote par le dirigeant du fonds<sup>26</sup>.

### B. Les arrangements contractuels dans le cadre de la société cible

9. Dans les rapports entre les fonds de capital-investissement et la société (et ses fondateurs ou associés externes au fonds) dans laquelle ils investissent, on observe généralement une forte disparité entre les poids respectifs des acteurs. Les fonds, gérant de nombreux actifs à travers le monde, sont en effet en mesure d'imposer des pactes d'actionnaires dont ils déterminent largement le contenu en fonction de « standards de marché », régissant leurs relations avec les associés « locaux » (ou externes au fonds) de la société dans laquelle une participation est prise<sup>27</sup>. Le déséquilibre est tel que l'on peut qualifier les fonds de véritables associés « professionnels », soucieux de la rentabilité de leur investissement, et désireux pour ce faire de façonner à titre anticipé les conditions de leur propre départ ou celui de leurs partenaires, mais aussi de contrôler les mouvements capitalistiques au sein de la société, ou encore de veiller à l'implication d'hommes-clés au sein de la société. Clauses d'exclusion, de retrait, de liquidité, de sortie conjointe, de préemption, d'offre alternative... les constructions imaginées par les praticiens sont ainsi innombrables,

<sup>25</sup> Pour de plus amples développements, cons. I. CORBISIER, « L'actionnaire dans le cadre du projet 5730 », in *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 151-166 et spéc., pp. 163-164.

<sup>26</sup> Pour plus de détails : I. CORBISIER et A. PRÜM, « De nouveaux espaces de liberté dans le droit des sociétés luxembourgeois », in A. PRÜM (dir.) *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 29 et s. et spéc. n<sup>os</sup> 41-46.

À noter que la réforme de 2016 consacre également le mécanisme des actions traçantes, répondant également à une demande de la pratique axée sur le capital-investissement ou private equity : I. CORBISIER et A. PRÜM, *ibid.*, n<sup>os</sup> 65-69.

<sup>27</sup> L. PONS, « Déséquilibre significatif, abus de dépendance et private equity », *Journal des Sociétés*, n<sup>o</sup> 144, septembre 2016, pp. 21 et s. (en ligne : <http://www.racine.eu/racinepost/desequilibre-significatif-abus-de-dependance-private-equity/dossier-racine-reforme-obligations-lp/>, consulté le 29/10/20) et spéc. p. 22.





été que – plus fréquem-  
 »<sup>28</sup>. Une rapide consul-  
 ise<sup>29</sup> que française<sup>30</sup> sur  
 re de ces arrangements  
 des décisions où appa-  
 ilaires voire identiques

nt de confronter la pra-  
 évolutions du droit des  
 ique pour nous poser la  
 e droit luxembourgeois.

#### ÉPREUVE DU DOUBLE ÉGLEMENTATION

uelle est au centre des  
 s le *private equity*. Tou-  
 que lesdites construc-  
 e les acteurs, les fonds  
 leurs, les clauses régis-  
 s contractuels imposés  
 habituelles. Ceci per-  
 e un langage cher aux  
 nsaction. Néanmoins il  
 accompagne pas d'une  
 contexte socio-écono-  
 e en la toute-puissance  
 plus en plus remises en  
 d des droits français (A)  
 s (C).

tés et la réforme du droit des  
 dossier 3, n° 181.

nField=ALL&query=&page=1

de rendement couramment  
 la sortie d'un associé), *earn out*  
 è), *good leaver* ou *bad leaver*

### A. En droit français : le déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, l'abus de dépendance et les clauses abusives dans les contrats entre professionnels

11. On sait que le droit des obligations, et plus spécialement le droit des contrats, a connu une importante réforme en 2016<sup>33</sup>. Même si celle-ci s'est opérée à droit constant<sup>34</sup>, il n'empêche que la codification de jurisprudences reposant sur l'usage de concepts vagues ou souples, selon le point de vue, traduit ce que d'aucuns désignent comme une « américanisation du droit des contrats » en ce sens qu'elle devrait amener les rédacteurs de contrats, spécialement dans la sphère sociétaire, à davantage de précautions/précision dans la mesure où le juge aura davantage le loisir de s'immiscer dans la relation contractuelle<sup>35</sup>. Dans le cadre spatialement limité de cette étude on s'intéressera aux art. 1171 et 1143 du Code civil, dispositions qualifiées de règles de « police des stipulations contractuelles »<sup>36</sup> ou encore revêtant un caractère d'ordre public<sup>37</sup> de protection<sup>38</sup>.

12. L'art. 1171 du Code civil et le déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion. Aux termes de cet article :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, 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 »<sup>39</sup>.

On notera en outre que, aux termes de l'art. 1190 du Code civil, le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé<sup>40</sup>. Cette règle porte à modifier le regard posé sur l'exécution de ce contrat.

<sup>33</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>34</sup> Pour un commentaire introductif, voy. N. DISSAUX et CH. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, pp. IX-XIII.

<sup>35</sup> En ce sens M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? – Les clauses », *Rev. sociétés*, 2016, pp. 563 et s. et spéc. n° 1.

<sup>36</sup> M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés (...) », *op. cit.*, n° 5 (pour les art. 1170 et 1171 du Code civil).

<sup>37</sup> L. PONS, *op. cit.*, p. 21 (pour les art. 1110 et 1171).

<sup>38</sup> A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *R.T.D. Com.*, 2016, pp. 767 et s. (à propos de l'art. 1171 : « la question est de savoir si le juge va, sinon devoir, du moins pouvoir relever d'office un cas de clause abusive. La loi ne le prévoit pas expressément mais l'on pourrait considérer que la lutte contre les clauses abusives participe d'un ordre public de protection »).

<sup>39</sup> Sur cette disposition en général, voy. notamment N. DISSAUX et CH. JAMIN, *op. cit.*, pp. 70-72 ; PH. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2019, n°s 373-385 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2018, spéc. n°s 427, 450, 603 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 645 ; O. DESHAYES, « Lésion, violence économique et clauses abusives – Rapport français », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 313 et s., n°s 25-27.

<sup>40</sup> Alors que s'agissant du contrat de gré à gré, celui-ci s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, ce qui correspond à l'ancienne règle figurant naguère à l'art. 1162 du Code civil.



La notion de « contrat d'adhésion »<sup>41</sup> est délicate à cerner mais il apparaît certain que le fait que certaines clauses du contrat aient été négociées ne suffit pas à lui ôter ce caractère<sup>42</sup>.

Certains auteurs considèrent que les pactes d'actionnaires dont ceux portant sur la cession d'actions/parts<sup>43</sup> ou même les statuts<sup>44</sup> pourraient constituer un contrat d'adhésion et même que, dans le contexte du *private equity* la plupart des contrats/clauses statutaires s'y illustrant pourraient être considérés comme correspondant à cette qualification du fait du caractère « standard » des clauses couramment imposées par les fonds. En outre le risque de y discerner un « déséquilibre significatif » en raison de la disparité des forces en présence apparaît non négligeable<sup>45</sup>. Le contrôle de clauses au regard de l'art. 1171 peut indiscutablement concerner les pactes d'associé<sup>46</sup>. Quant aux statuts un auteur estime que ceux-ci seraient également concernés en insistant sur le caractère contractuel de ceux-ci<sup>47</sup> tandis qu'un autre émet des doutes

à ce que, de manière générale, les statuts constituent un « contrat d'adhésion »<sup>48</sup>. Ceci étant, la qualification des statuts au regard du contexte particulier de leur élaboration, au regard duquel se situe le problème, dépend de ce que l'on entend par « contrat d'adhésion ». Selon l'art. 1171, il s'agit d'un contrat dont les clauses ont été imposées par l'un des acteurs du *private equity* sans que les autres aient pu négocier ces clauses. Les conventions considérées

13. L'art. 1143 du Code de Commerce (dans sa version actuelle) (jurisprudence). Aux termes de ce

« Il y a également violation de l'art. 1143 du Code de Commerce dans le cas d'un engagement dans lequel se trouvent des clauses qui n'auraient pas été négociées et qui tirent un avantage manifestement excessif pour l'une des parties ».

Selon O. Deshayes, il est possible de qualifier les statuts de cas de lésion (généralment en droit français) ne reposant ni sur une lésion subjective (relative) ni sur une lésion objective (relative) ne

Or la pratique du *private equity* dans des situations de dépendance (L. Pons<sup>52</sup>, l'entreprise qui se trouve dans un état de nécessité économique) pour des paiements ou pour rencontrer des difficultés manifestement excessif pour l'une des parties lorsque la mise de fonds est imposée par des clauses lui permettant d'acquiescer au spectre de l'art. 1143 pour éviter la renégociation. M. Mekki

<sup>41</sup> Définie à l'art. 1110 du Code civil en tant que s'opposant au contrat de gré à gré : « 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 ».

<sup>42</sup> Voy. notamment : G. CHANTEPIE, « Contrat : effets - Contenu du contrat », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, n° 32 (« le contrat d'adhésion demeure un contrat individuel, dont seules les stipulations essentielles sont soustraites à la libre discussion (...) ») ; L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat*, 2018, pp. 262 et s., n° 6 (« (...) la non-négociabilité d'une seule clause ne suffit pas à qualifier le contrat d'adhésion, mais on aura du mal en pratique à définir à partir de quand plusieurs clauses forment un « ensemble » au sens du texte. (...) il faut admettre que cet ensemble de clauses non négociables émanant de l'une des parties doit être prépondérant dans l'acte par rapport aux clauses négociables. À défaut, la qualification de contrat d'adhésion serait usurpée (...) ») ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.*, 2018, pp. 912 et s., n° 16 (« La difficulté (...) réside dans l'identification du concept d' « ensemble de clauses non négociable ». D'abord, il est certain qu'il n'est pas nécessaire que toutes les clauses du contrat ne soient pas négociables pour que celui-ci soit qualifié de contrat d'adhésion. Ensuite, il est concevable de retenir un critère quantitatif et de décider que le contrat est d'adhésion quand il comporte un grand nombre de clauses qu'il était impossible de négocier. Enfin, et c'est le critère qui nous paraît le plus pertinent, c'est au regard de l'importance des clauses non négociables au regard de l'équilibre contractuel que pourrait s'opérer la qualification. Interprétation qui a, par ailleurs, le « mérite » d'être en phase avec la principale occurrence du contrat d'adhésion, à savoir la protection contre les clauses abusives ») ; F. CHÉNEDE, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », *D.*, 2017, pp. 912 et s., n° 8 (soulignant la difficulté d'appréhension de la notion entre vision maximaliste protectrice et souci de la sécurité juridique). Voy. en outre : G. LARDEUX, « La notion de contrat d'adhésion », in G. LARDEUX, A. SÉRIAUX et V. EGEA (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve de la réforme du droit des contrats*, 2017, P.U.A.M. ; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.*, 2016 Chron., 1771 ; F. CHÉNEDE, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP*, 2016, n° 27 ; « Fiche pratique sur les contrats d'adhésion », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, n° 12, p. 16.

<sup>43</sup> Voy. notamment : M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés (...) », *op. cit.*, n° 7-8 (l'auteur évoque notamment les clauses « 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...) ») ; B. LECOURT, « Cession de droits sociaux », *Rép. des sociétés*, 2017, n° 34 (« On pourrait imaginer des contrats d'adhésion, en matière de cession de droits sociaux, notamment ceux qui structurent une promesse de vente des actions issues de la levée d'option ; dans cette hypothèse, les conditions générales pourraient ne pas être négociées »).

<sup>44</sup> Voy. ci-après.

<sup>45</sup> En ce sens spécialement à propos du *private equity* : L. PONS, *op. cit.*, pp. 21-23.

<sup>46</sup> L. PONS, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>47</sup> L. PONS, *op. cit.*, pp. 22-23 : l'auteur se réfère, outre la doctrine qui considère que les textes issus de la réforme aient vocation à s'appliquer à la société en tant que contrat, à l'arrêt du

8 mars 2005 de la Cour de cassation (n° 04-1185) (id./JURITEXT000007051185/).

<sup>48</sup> M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés », *op. cit.*, n° 23.

<sup>49</sup> En ce sens : L. PONS, *op. cit.*

<sup>50</sup> Sur cette disposition générale : M. MEKKI et J-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 518 ; M. FABRE-MONTEIL, *op. cit.*, n° 14.

<sup>51</sup> O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 14.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>53</sup> M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : continuité ? Le contrat », *op. cit.*, n° 23. L'auteur évoque également d'autres situations de dépendance dans le contexte de la réforme, notamment la clause de « *bad leaver* » ou de veto exorbitants, faculté de droit de liquidité de leur part composant le capital social et les situations d'abus de droits sociaux, contexte cour



cerner mais il apparaît  
été négociées ne suffit

aires dont ceux portant  
pourraient constituer un  
private equity la plu-  
raient être considérés  
caractère « standard »  
contre le risque d'y dis-  
parité des forces en  
clauses au regard de  
d'associé<sup>46</sup>. Quant aux  
concernés en insistant  
contre émet des doutes

de gré à gré : « Le contrat de  
tre les parties.

traites à la négociation, sont

rat », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018,  
seules les stipulations essen-  
nouveau contrat d'adhésion »,  
e seule clause ne suffit pas à  
définir à partir de quand plu-  
admettre que cet ensemble  
prépondérant dans l'acte par  
at d'adhésion serait usurpée  
droit des contrats », *D.*, 2018,  
u concept d' « ensemble de  
aire que toutes les clauses du  
ontrat d'adhésion. Ensuite, il  
ontrat est d'adhésion quand  
ociet. Enfin, et c'est le critère  
clauses non négociables au  
on. Interprétation qui a, par  
ontrat d'adhésion, à savoir la  
et amélioration du nouveau  
d'appréhension de la notion  
. Voy. en outre : G. LARDEUX,  
SÉA (dir.), *Le droit spécial des*  
M. ; T. REVET, « Les critères de  
d'adhésion de l'article 1110  
dhésion », *Gaz. Pal.*, 22 mars

des obligations sur le droit  
uses « d'agrément, de break  
de sortie conjointe, d'earn  
suédoise, américaine, ome-  
és, 2017, n° 34 (« On pourrait  
ociaux, notamment ceux qui  
otion ; dans cette hypothèse,

, pp. 21-23.

ui considère que les textes  
nt que contrat, à l'arrêt du

à ce que, de manière générale, les statuts puissent être qualifiés de « contrat d'adhésion »<sup>48</sup>. Ceci étant dit et comme nous l'avons relevé auparavant la qualification des statuts au rang de contrat d'adhésion apparaît plus probable au regard du contexte particulier des pratiques de *private equity* qui est celui au regard duquel se situe le premier auteur cité. Par conséquent on peut considérer que les art. 1171 et 1190 pourraient constituer une arme contractuelle pour les acteurs du *private equity* qui ne sont pas à l'origine des clauses ou conventions considérées<sup>49</sup>.

13. L'art. 1143 du Code civil et l'abus de dépendance (ou violence économique). Aux termes de cet article :

« Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »<sup>50</sup>.

Selon O. Deshayes, il est possible de voir dans ce texte la consécration d'un cas de lésion (généralement rejetée hormis hypothèses particulières en droit français) ne reposant ni sur la nature du contrat ni sur la qualité des parties mais reposant sur l'existence d'une contrainte, la seule existence d'une situation lésionnaire (objective) ne suffisant pas<sup>51</sup>.

Or la pratique du *private equity* s'avère particulièrement apte à révéler des situations de dépendance ou contrainte économique. Comme le relève L. Pons<sup>52</sup>, l'entreprise qui lève des fonds de cette manière peut se trouver dans un état de nécessité de le faire soit en vue d'éviter une cessation de paiements ou pour rencontrer un crucial besoin de développement. L'avantage manifestement excessif pourrait alors se vérifier du fait que c'est précisément lorsque la mise de fonds s'avère la plus risquée que le fonds imposera des clauses lui permettant de maximiser son gain au regard du risque pris. Le spectre de l'art. 1143 pourrait donc ouvrir un champ à la contestation et à la renégociation. M. Mekki<sup>53</sup> a également souligné les potentialités que recèle

8 mars 2005 de la Cour de cassation (n° 02-17.692, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051185/>) aux termes duquel « les statuts (...) constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations ».

48 M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés (...), *op. cit.*, n° 23.

49 En ce sens : L. PONS, *op. cit.*, p. 21.

50 Sur cette disposition généralement : N. DISSAUX et CH. JAMIN, *op. cit.*, pp. 44-47 ; PH. MALINVAUD, M. MEKKI et J-B. SEUBE, *op. cit.*, n°s 227, 230-232 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 518 ; M. FABRE-MAGNAN, n°s 582-585 ; O. DESHAYES, *op. cit.*, n°s 14-22.

51 O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 14.

52 *Op. cit.*, pp. 23-24.

53 M. MEKKI, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Le contrat », *Rev. sociétés*, 2016, pp. 483 et s., n° 27. L. PONS (*ibid.*) évoque également la clause de « bad leaver » comme un possible exemple d'abus de dépendance et envisage également d'autres situations contractuelles possiblement déséquilibrées du fait d'un abus de dépendance dans le contexte du capital investissement (clauses de rattrapage de plus-values, droits de veto exorbitants, faculté que peuvent obtenir (imposer) certains investisseurs de disposer d'un droit de liquidité de leur participation par priorité à toutes les autres participations des actionnaires composant le capital social etc.). Cons. également B. LECOURT, *op. cit.*, n° 155 (évoquant d'éventuelles situations d'abus de dépendance au regard de l'art. 1143 dans le contexte de cessons de droits sociaux, contexte courant dans le cadre des activités relevant du *private equity*).

l'art. 1143 dans les relations sociétaires avec l'illustration d'une clause de *bad leaver* particulièrement désavantageuse pour l'intéressé qui se serait trouvé contraint de l'accepter du fait d'un urgent besoin de financement.

14. L'art. L442-1, I du Code de commerce et la clause abusive entre professionnels. Aux termes de cette disposition :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. »

L'origine de cette disposition, dont l'inspiration se situe du côté de la réglementation des clauses abusives en droit de la consommation<sup>54</sup> et qui relève de l'ordre public économique, remonte à 2008 (elle figurait alors à l'art. L442-6)<sup>55</sup> et a été réformée en 2019. Comme l'indique O. Deshayes elle permet de « condamner à réparer le préjudice subi l'industriel, le commerçant ou l'artisan qui a imposé ou tenté d'imposer à son partenaire commercial des clauses créant, au détriment de ce dernier, un 'déséquilibre significatif' entre les droits et obligations des parties » et, contrairement à l'art. 1171 du Code civil, la règle n'exclut pas les déséquilibres liés à l'inadéquation entre la chose ou la prestation et le prix et, par conséquent, peut être considérée comme l'une des exceptions les plus importantes à l'attitude généralement hostile du droit français face à la lésion<sup>56</sup>.

En outre, par rapport aux deux dispositions précédemment évoquées (art. 1171 et 1143 du Code civil), la sanction d'un comportement abusif s'exprime en termes de responsabilité et non de nullité et s'adresse à l'intégralité de la relation contractuelle (négociation, conclusion et exécution)<sup>57</sup>. Par ailleurs, contrairement à l'art. 1143, l'art. L442-1 permet de ne pas remettre en cause l'intégralité du contrat<sup>58</sup> et, contrairement à l'art. 1171, ne concerne pas que les contrats d'adhésion.

La question se pose néanmoins de l'articulation de cette disposition avec celles, précitées, du Code civil. Il semble en tout cas que la jurisprudence, contrairement aux indications figurant dans les travaux préparatoires de la réforme de

<sup>54</sup> Voy. notamment G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2015 pp. 218 et s.

<sup>55</sup> Voy. E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTDCom.*, 2014, pp. 267 et s., nos 7 et 11 : cette réglementation fit suite à la suppression de l'interdiction des discriminations tarifaires afin de relancer les négociations contractuelles, par conséquent cette liberté nouvelle nécessitait un garde-fou.

<sup>56</sup> O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 13.

<sup>57</sup> E. GICQUIAUD, *op. cit.*, n° 36.

<sup>58</sup> E. GICQUIAUD, *ibid.*

2016, n'hésite pas à appliquer l'art. 1143 à des clauses concernées au premier chef.

Nous n'avons pas vu s'appliquer l'art. L442-1 du Code de commerce pour des clauses sociétaires ou figurant dans des contrats de consommation, notamment dans le cadre de la négociation commerciale. Il nous semble que l'application de l'art. L442-1 à une telle application pose des questions s'agissant de son équivalence avec l'art. 1143.

## B. En droit belge : la lésion et les clauses abusives

15. En Belgique la lésion (*lesio ferenda*) dans le cadre de la négociation commerciale. Seules certaines hypothèses de lésion sont sanctionnées en droit belge. Par contre la lésion commerciale sanctionne les prestations de services en raison d'un abus du contractant. L'art. 5.41 de la proposition de loi portant lésion d'abus de circonstance

« Il y a abus de circonstance lorsque l'une des parties de la négociation commerciale existe un déséquilibre significatif entre les droits et obligations de la partie.

En ce cas, la victime peut demander la nullité du contrat et le juge et, si l'abus est démontré,

Les travaux préparatoires de la réforme de 2019 permettent de prendre en compte l'abus de circonstance et fonctionnelle »<sup>66</sup> et que

<sup>59</sup> Cons. H. BARBIER, « De l'abus de circonstance en droit belge », *RTDCiv.*, 2020, pp. 100 et s.

<sup>60</sup> Au sens de la distinction proposée par P. WÉRY, « Lésion, violence et déséquilibre économique », *RTDCiv.*, 2019, pp. 285 et s., n° 5), l'abus de circonstance est un déséquilibre économique entre les droits et obligations de certaines personnes (...).

<sup>61</sup> Art. 1118 du Code civil : « La lésion est la violence exercée sur certaines personnes (...).

<sup>62</sup> Proposition de loi portant réforme du droit de la consommation (Doc. parl., Chambre, n° 55), art. 1118, § 1, 2°.

<sup>63</sup> P. WÉRY, « Lésion, violence et abus de circonstance », *RTDCiv.*, 2019, pp. 323 et s., n° 2-3.

<sup>64</sup> Pour le rappel de cette jurisprudence, voir P. WÉRY, *op. cit.*, n° 2.

<sup>65</sup> Pour un commentaire : P. VANDERBEEK, *op. cit.*, n° 1.

<sup>66</sup> Proposition de loi portant réforme du droit de la consommation, art. 1118, § 1, 2°.



2016, n'hésite pas à appliquer l'art. 1171 à des relations commerciales *a priori* concernées au premier chef par l'art. L442-1 du Code de commerce<sup>59</sup>.

Nous n'avons pas vu s'exprimer l'opinion selon laquelle cette disposition du Code de commerce pourrait éventuellement s'appliquer à des clauses statutaires ou figurant dans des pactes d'associés susceptibles d'être déséquilibrées notamment dans le contexte des pratiques en matière de capital-investissement. Il nous semble pourtant que, au vu de la généralité de ses termes, une telle application pourrait être explorée, comme elle peut d'ailleurs l'être s'agissant de son équivalent belge, envisagé ci-après (*infra* n° 16).

**B. En droit belge : la lésion qualifiée (*de lege lata* et *de lege ferenda*) et les clauses abusives dans les contrats entre entreprises**

15. En Belgique la lésion objective<sup>60</sup> est rejetée tant *de lege lata*<sup>61</sup> que *de lege ferenda* dans le cadre de la proposition de réforme du droit des obligations<sup>62</sup>. Seules certaines hypothèses spécifiques sont admises, à l'instar du droit français<sup>63</sup>. Par contre la lésion qualifiée a été consacrée par la jurisprudence<sup>64</sup>, qui sanctionne les prestations réciproques manifestement disproportionnées en raison d'un abus du contractant en position de supériorité, et est codifiée à l'art. 5.41 de la proposition de réforme du droit des obligations sous l'appellation d'« abus de circonstances »<sup>65</sup> :

« Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie.

En ce cas, la victime peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative ».

Les travaux préparatoires de cet art. 5.41 confirment que cette disposition permet de prendre en compte des « circonstances de supériorité économique et fonctionnelle »<sup>66</sup> et que, par conséquent, les conventions passées dans le

<sup>59</sup> Cons. H. BARBIER, « De l'articulation de l'article 1171 du Code civil avec l'article L442-1 du Code de commerce », *RTDCiv.*, 2020, pp. 375 et s.

<sup>60</sup> Au sens de la distinction présentée par P. ANCEL (« Lésion, violence économique et clauses abusives – Rapport introductif », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? (...)*, op. cit., pp. 285 et s., n° 5), la lésion objective visant les hypothèses où la différence de valeur/le déséquilibre économique est sanctionné en lui-même tandis que la lésion qualifiée vise les cas où le déséquilibre économique est provoqué par le comportement du cocontractant qui en profite.

<sup>61</sup> Art. 1118 du Code civil : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes (...) ».

<sup>62</sup> Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil (Doc. parl., Chambre, n° 55/174, sess. extr. 2019, 16 juillet 2019), art. 5.42 : « La disproportion entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans les cas prévus par la loi ».

<sup>63</sup> P. WÉRY, « Lésion, violence économique et clauses abusives – Rapport introductif », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, pp. 323 et s., nos 2-3.

<sup>64</sup> Pour le rappel de cette jurisprudence : P. WÉRY, op. cit., n° 4.

<sup>65</sup> Pour un commentaire : P. WÉRY, op. cit., n° 4.

<sup>66</sup> Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, op. cit., Commentaire des articles, p. 48.

cadre des pratiques de *private equity* pourraient entrer dans son champ d'application et déboucher non seulement sur une nullité mais aussi sur une possible adaptation du contrat<sup>67</sup>.

16. Les clauses abusives dans les contrats entre entreprises. La Belgique connaît bien sûr depuis un certain nombre d'années une réglementation en matière de clauses abusives dans les contrats entre entreprises et consommateurs<sup>68</sup> mais, « coup de tonnerre dans le ciel du droit belge des obligations »<sup>69</sup>, une loi du 4 avril 2019 « modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises » a été adoptée<sup>70</sup> laquelle comprend une définition générale de la clause abusive dans les contrats entre entreprises<sup>71</sup> :

Art. VI.91/3. « § 1<sup>er</sup>. Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties.

§ 2. Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI.91/2, alinéa 1<sup>er</sup>. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »<sup>72</sup>.

Cette définition générale est suivie de dispositions comportant une liste noire (clauses nécessairement abusives) et une liste grise (clauses présumées abusives) de clauses dans les relations entre entreprises (art. V.91/4 et V.91/5 du Code de droit économique).

On retrouve au centre de cette définition générale la notion de « déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ». Par ailleurs à l'instar de l'art. 1171 du Code civil français (*supra* n° 12) et contrairement à l'art. L442 -1 du Code de commerce français (*supra* n° 14) les déséquilibres

<sup>67</sup> P. WÉRY (*op. cit.*, n° 7-8) signale par ailleurs que la violence économique n'est reconnue en Belgique ni de *lege lata* ni de *lege ferenda*, la notion de « violence » en tant que vice du consentement ne connaissant par ailleurs qu'assez peu d'applications jurisprudentielles, probablement en raison de l'importance prise par les notions de dol et de lésion qualifiée.

<sup>68</sup> Pour le rappel des principales dispositions figurant en la matière dans le Code de droit économique, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, n° 11.

<sup>69</sup> Selon l'expression de P. WÉRY, *op. cit.*, n° 12.

<sup>70</sup> *Mon. b.*, 24 mai 2019, pp. 50066 et s. Son entrée en vigueur est prévue à la fin de l'année 2020.

<sup>71</sup> La notion d'« entreprise » est définie de manière très large à l'art. I.1 du Code de droit économique (toute personne physique exerçant une activité professionnelle à titre indépendant et toute personne morale ou organisation sans personnalité juridique sous réserve de certaines exceptions définies au texte).

<sup>72</sup> Pour l'inspiration française : voy. notamment Doc. parl., Chambre, n° 54/2885/001, 10 janvier 2018, pp. 7-8.

portant sur l'adéquation ne sont pas pris en compte dans le champ d'application de la loi sur l'adhésion.

Tout contrat est visé par la loi, aussi, les statuts de sociétés à responsabilité limitée, en raison des incertitudes ayant entouré la sécurité juridique, cette législation nouvelle pourrait le cas échéant modifier les principes statutaires dans

### C. En droit luxembourgeois

17. Dans le domaine de la responsabilité contractuelle du fait d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'adhésion, l'art. 1171 du Code de droit économique, qui dispose que :

« Sauf les règles particulières relatives aux personnes, la lésion contractuelle est évidente au moment de la conclusion du contrat par l'une des parties lorsque la partie lésée a été introduite dans le contrat en abusant sciemment de la faiblesse de la partie. La charge de la preuve incombe à la partie lésée pour démontrer la réduction des obligations. L'action en rescision du contrat n'est exercée dans un délai de deux ans à compter de la date de la conclusion du contrat ».

Cette disposition, qui vise les obligations, fit l'objet de la loi du 4 avril 2019

<sup>73</sup> Voy. R. JAFFERALI, (« Les clauses abusives dans les contrats préparatoires du Code de droit économique », *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 25), la loi sur l'adhésion vise la personnalité juridique. Pour l'application de la loi sur l'adhésion à une société unipersonnelle, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, n° 11. L'application de la loi sur l'adhésion à une société unipersonnelle est ensuite que : « Ceci n'exclut pas que la loi sur l'adhésion qui dépasse d'ailleurs le champ d'application de la loi sur l'adhésion de lacune de la loi ». De plus, la loi sur l'adhésion aux contrats puisse s'appliquer à l'esprit du législateur.

<sup>74</sup> Notamment P. WÉRY, *op. cit.*, n° 11. L'application de la loi sur l'adhésion au contrat de travail doit, dans l'interprétation de la loi sur l'adhésion, et de sécurité juridique.

<sup>75</sup> Loi du 15 mai 1987 modifiant la loi du 25 août 1983 relative à la loi sur l'adhésion. Ligne : <http://legilux.public.lu>



ans son champ d'appli-  
s aussi sur une possible

es. La Belgique connaît  
entation en matière de  
consommateurs<sup>68</sup> mais,  
igations »<sup>69</sup>, une loi du  
en ce qui concerne les  
es et les pratiques du  
a laquelle comprend une  
ats entre entreprises<sup>71</sup> :

te clause d'un contrat  
le ou combinée avec  
e manifeste entre les

t apprécié en tenant  
contrat et en se référé-  
les circonstances qui  
rat, aux usages com-  
es clauses du contrat,

ent tenu compte de  
le VI.91/2, alinéa 1<sup>er</sup>.  
ni sur la définition de  
prix ou la rémunéra-  
e, d'autre part, pour  
compréhensible »<sup>72</sup>.

comportant une liste  
se (clauses présumées  
s (art. V.91/4 et V.91/5

la notion de « désé-  
parties ». Par ailleurs à  
2) et contrairement à  
14) les déséquilibres

e n'est reconnue en Belgique  
que vice du consentement ne  
s, probablement en raison de

e Code de droit économique,

ue à la fin de l'année 2020.  
1.1 du Code de droit écono-  
à titre indépendant et toute  
erve de certaines exceptions

54/2885/001, 10 janvier 2018,

portant sur l'adéquation entre le prix et les produits à fournir en contrepartie ne sont pas pris en considération. Mais, contrairement à l'art. 1171 précité, le champ d'application de cette disposition générale n'est pas limité aux contrats d'adhésion.

Tout contrat est visé, ce qui inclut les pactes d'associés et, probablement aussi, les statuts de sociétés<sup>73</sup>. Même si la doctrine, soulignant les nombreuses incertitudes ayant entouré l'élaboration de cette législation et craignant pour la sécurité juridique, en appelle à une application extrêmement mesurée de cette législation nouvelle<sup>74</sup>, il n'en demeure pas moins que ses dispositions pourraient le cas échéant concerner les pratiques contractuelles et probable-ment statutaires dans le domaine du capital-investissement.

### C. En droit luxembourgeois : la lésion qualifiée, quoi d'autre ?

17. Dans le domaine de la protection des victimes d'un déséquilibre contrac-tuel du fait d'un comportement du contractant, le Luxembourg fut législati-vement en avance par rapport à la France et la Belgique, la lésion qualifiée ayant fait l'objet d'une consécration légale en 1987<sup>75</sup> à l'art. 1118 du Code civil, lequel dispose que :

« Sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion vicie le contrat, lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prétend lésée. La partie lésée pourra, néanmoins, demander l'exécution du contrat, après réduction des obligations lésionnaires.

L'action en rescision du contrat ou en réduction des obligations doit être exercée dans un délai d'un an à partir de la conclusion du contrat ».

Cette disposition, inspirée du § 138 du BGB et de l'art. 21 du Code suisse des obligations, fit l'objet de vives controverses lors de son adoption, le Conseil

<sup>73</sup> Voy. R. JAFFERALI, (« Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (Première partie) », *J.T.*, 2020, pp. 273 et s., n° 7) qui, se référant aux travaux préparatoires du Code des sociétés et associations (Doc. parl., Chambre, sess. ord., 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 25), laisse la question ouverte s'agissant des statuts d'une société dotée de la personnalité juridique. Pourtant les travaux préparatoires en question évoquent le cas des statuts d'une société unipersonnelle, lesquels ne se fondent évidemment pas sur un contrat et précisent ensuite que : « Ceci n'exclut évidemment pas que le droit commun des obligations contractuelles, qui dépasse d'ailleurs le simple droit des contrats, continue à jouer son rôle notamment en cas de lacune de la loi ». De tels propos nous semblent au contraire renforcer l'idée que le droit des contrats puisse s'appliquer aux statuts de sociétés, qu'elles soient unipersonnelles ou non, dans l'esprit du législateur.

<sup>74</sup> Notamment P. WÉRY, *op. cit.*, n° 12 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 3 : « Il me semble qu'un poids prépondérant doit, dans l'interprétation de la loi nouvelle, être attribué aux valeurs de liberté contractuelle et de sécurité juridique par rapport à celle de protection de la partie faible ».

<sup>75</sup> Loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du Code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, *Mém. A*, n° 36, 29 mai 1987 (en ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1987/05/15/n2/jo>, consulté le 31/10/20)

d'État lui reprochant un potentiel de création d'insécurité juridique<sup>76</sup>, crainte qui s'est révélée non justifiée par la suite puisque, à ce jour, un seul arrêt de la Cour d'appel a, en 2010<sup>77</sup>, prononcé la nullité d'une vente d'actions sur cette base, confirmant au passage que cette disposition, générale, a également vocation à s'appliquer dans les rapports entre professionnels ou commerçants<sup>78</sup>. Son application repose sur une double condition : objective (défaut d'équivalence des prestations)<sup>79</sup> et subjectives (disparité des forces des contractants et exploitation abusive par le contractant en position de force de la faiblesse de l'autre)<sup>80</sup>. On peut s'étonner de voir citer la « légèreté » au rang des éléments qualifiant la faiblesse du contractant lésé (élément figurant également à l'art. 21 du Code suisse des obligations). Celle-ci devrait en effet s'avérer exclusive de protection mais, comme le relève P. Ancel, le comportement abusif du cocontractant en position de force rend cette légèreté excusable<sup>81</sup>. Il nous semble dès lors que l'attention se focalise essentiellement sur le comportement abusif de l'autre partie puisque même la légèreté de sa victime pourra être pardonnée en présence d'un tel comportement.

Il nous semble clairement que l'art. 1118 pourrait être invoqué dans les rapports contractuels s'inscrivant dans le cadre des opérations de capital-investissement. Néanmoins les conditions d'application sont exigeantes et les juges font preuve de retenue dans son application, leur tâche étant au surplus facilitée par le court délai de prescription d'un an, lequel a abouti à repousser plusieurs actions sans même que le fond de l'affaire ne soit examiné.

18. Quoi d'autre ? On notera que l'on pourrait avoir recours au vice de violence dans des situations de dépendance économique spécialement dans les cas où le recours à l'art. 1118 se trouve exclu (cas des actes ou contrats unilatéraux par exemple)<sup>82</sup> et que l'art. 1162 du Code civil a pu être invoqué en vue de justifier une interprétation du contrat contre l'auteur d'un contrat d'adhésion<sup>83</sup>, démarche qui s'inscrit dans la convergence de l'actuel art. 1190 du Code civil français. Mais, en dehors de la législation relative aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs, il n'existe à notre connaissance aucun projet d'instituer une réglementation visant à sanctionner les clauses abusives dans les rapports entre professionnels ou entreprises comparable à celles s'appliquant en France et, depuis peu, en Belgique.

<sup>76</sup> Voy. P. ANCEL, « Lésion, violence économique et clauses abusives – Rapport luxembourgeois », in P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? (...)*, op. cit., pp. 297 et s., n° 8.

<sup>77</sup> Cour d'appel, 10 novembre 2010, Pas. 35, p. 283.

<sup>78</sup> P. ANCEL, op. cit., n° 12.

<sup>79</sup> Cette condition requiert une analyse au cas par cas. Dans la situation ayant abouti à l'arrêt (précité) de la Cour d'appel des actions dont la valeur bilantaire était nulle avaient été vendues pour la somme de 225 000 euros. Voy. P. ANCEL, op. cit., n° 11.

<sup>80</sup> P. ANCEL, op. cit., n° 10.

<sup>81</sup> P. ANCEL, op. cit., n° 12.

<sup>82</sup> P. ANCEL, op. cit., n° 15.

<sup>83</sup> P. ANCEL et E. POILLOT, « La vulnérabilité économique », *Ann. Dr. Lux.*, 2018, pp. 259 et s. et spéc. pp. 268-269 (citant Cour d'appel, 13 février 2002, n° 24910 du rôle et Trib. Luxembourg, 31 janvier 2003, n° 73548).

Le Luxembourg tire son environnement favorable contractuelle y apparaît qu'en attestent les réserves les pratiques s'appliquent à la *private equity*. Le droit dans un sens moins strict liberté dans les pays voisins emboîte le pas de se entre professionnels et réglementation européenne l'adoption d'une disposition qualifiée. On peut tout le législateur luxembourgeois après tout favorable placer sous l'empire d'



## CONCLUSION

Le Luxembourg tire sa prospérité de sa place financière et notamment d'un environnement favorable aux activités de capital-investissement. La liberté contractuelle y apparaît donc particulièrement prisée et préservée, ainsi qu'en attestent les récentes réformes législatives visant à développer et préserver les pratiques sociétaires et contractuelles s'inscrivant dans le cadre du *private equity*. Le droit des obligations et des clauses abusives évolue pourtant dans un sens moins inconditionnellement favorable au déploiement de cette liberté dans les pays voisins. Il nous apparaît peu probable que le Luxembourg emboîte le pas de ses voisins quant à la réglementation des clauses abusives entre professionnels ou entreprises, sauf à y être un jour forcé du fait de la réglementation européenne. Certes le Luxembourg fit œuvre de pionnier dans l'adoption d'une disposition d'application générale dans une situation de lésion qualifiée. On peut toutefois se demander si, surpris par sa propre hardiesse, le législateur luxembourgeois n'a pas opté depuis pour une prudente réserve, après tout favorable au choix de puissants opérateurs économiques de se placer sous l'empire de son droit.