



HAL
open science

La clause de répartition des résultats

Iony Randrianirina

► **To cite this version:**

Iony Randrianirina. La clause de répartition des résultats. Contrats Concurrence Consommation, 2021, 4. hal-04214416

HAL Id: hal-04214416

<https://hal.science/hal-04214416v1>

Submitted on 21 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

La clause de répartition des résultats ¹

Iony RANDRIANIRINA

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Lorraine

Membre de l'Institut François Génys – IFG (UR 7301)

Chercheur associé au Centre de recherche Confluence Sciences & Humanités – Pôle Sciences juridiques

La clause de répartition des résultats est généralement stipulée dans un contrat de société, peu important que la société soit immatriculée ou non. Si la société est immatriculée, le pacte social est constitué par les statuts. La clause de répartition des résultats est donc conclue entre associés d'une société de personnes ou entre actionnaires d'une société de capitaux. Le texte de droit commun applicable à la répartition des résultats se trouve contenu à l'article 1844-1, alinéa 1^{er}, du Code civil : « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

Cette disposition nous enseigne que toute participation dans le capital social (part sociale, action) attribuée en contrepartie des apports, toute qualité d'associé, confère à l'associé qui la détient, un droit personnel sur les futurs résultats dégagés par la société, que ces résultats soient des bénéfices ou des pertes, les deux faces opposées des résultats comptables tels qu'ils apparaissent à la clôture de chaque exercice : si la réalisation d'un bénéfice ouvre le droit, pour les associés, à percevoir des parts de ce bénéfice, appelées dividendes, la réalisation de pertes, au contraire, oblige les associés à y contribuer.

L'interprétation pratique de l'article 1844-1 nous enseigne également qu'en principe, la répartition des résultats est contractuelle, la clé de répartition légale étant supplétive de la volonté des associés (I), et que la liberté statutaire est limitée par la prohibition des clauses léonines (II).

I. Le caractère contractuel de principe de la répartition des résultats

Le principe de liberté contractuelle guide les parties au contrat de société dans la stipulation de la clause de répartition des résultats. Ce qui explique que cette dernière peut être tout à fait disproportionnée par rapport à la participation de chaque associé dans le capital social. La répartition contractuelle est d'ailleurs fortement recommandée dans l'intérêt de l'associé apporteur en industrie, afin que celui-ci ne soit gratifié d'un dividende d'un montant trop faible par rapport à la quantité de travail qu'il fournit.

Exemple de clause de répartition des bénéfices :

Article 35. Affectation et répartition des bénéfices

Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures et des sommes que les associés décideront de porter en réserve en application des statuts et augmenté du report bénéficiaire.

¹ L'autrice tient à remercier chaleureusement l'organisateur du colloque virtuel « Technique contractuelle : morceaux choisis - L'exemple des contrats d'affaires », M. Kevin Magnier-Merran, de l'avoir associée aux travaux collectifs dans le cadre desquels s'inscrit la présente contribution.

Les pertes, s'il en existe, sont, après l'approbation des comptes par la collectivité des associés, inscrites à un compte spécial pour être imputées sur les bénéfices des exercices ultérieurs jusqu'à extinction.

Au titre des cinq premiers exercices sociaux, il sera distribué 20 % du bénéfice net.

Ce dividende sera réparti comme suit :

- actions de catégorie A : 50 % ;

- autres actions : 50 % à répartir au prorata du nombre d'actions détenues.

A l'issue de cette période, le bénéfice distribué sera fixé par l'Assemblée et réparti entre les associés dans les proportions de leur participation au capital social.

Exemple de clause d'apport en industrie stipulant la part de bénéfice revenant à l'associé apporteur en industrie :

FI.560-5 - Convention d'apport en industrie

M. X, apporteur, apporte à la Société ses connaissances techniques dans le domaine de _____ (domaine d'activité).

Le présent apport ne sera pas pris en compte pour la formation du capital de la Société.

Le présent apport conférera à M. X un droit dans les bénéfices de la Société et dans tout l'actif social à concurrence de _____ %.

M. X supportera les pertes dans les mêmes proportions.

Les associés sont donc libres de prévoir la répartition qu'ils souhaitent, notamment : de créer des actions de priorité² ou des actions de préférence³ ; d'attribuer à un associé d'un bénéfice proportionnellement plus important que sa part dans le capital social⁴ ; de faire dépendre l'attribution des bénéfices d'une condition de seuil⁵ ; ou de prévoir que le boni de liquidation de la société sera partagé selon une clé de répartition inégalitaire⁶. La jurisprudence judiciaire validant toutes ces clauses est suivie en ce sens par le Conseil d'État⁷.

La répartition des pertes, quant à elle, n'est évaluée qu'à la liquidation de la société. Il faut à cet égard distinguer contribution aux pertes, laquelle s'élève à concurrence de l'apport fait par chaque associé, et obligation aux dettes, laquelle impose à chaque associé d'une société à risque illimité, de s'acquitter des dettes sociales en cas d'insolvabilité de la société. Si les associés décident d'une contribution inégalitaire des pertes, elle doit être prévue avant que les pertes ne soient constatées. Sinon, ils s'exposent à une requalification en donation indirecte⁸. Enfin, sont tout à fait valables les clauses qui limitent les pertes à un certain montant, ou qui instaurent un seuil en dessous duquel un associé ne contribue pas aux pertes, dès lors que n'était pas prévue une exonération quasi-totale des pertes⁹.

² C. com., art. L. 228-35-1.

³ C. com., art. L. 228-11.

⁴ Civ. 27 mars 1861, *DP* 1861, 1, p. 161 ; Req. 25 juin 1902, *DP* 1902, 1, p. 395 ; Com. 29 oct. 2003, n° 00-17.538.

⁵ Req. 8 juill. 1885, *DP* 86. I. 301.

⁶ Com. 12 nov. 1962, *Bull. civ.* 1962, III, n° 442 ; *Gaz. Pal.* 1963, 1, p. 165.

⁷ CE, 3^e et 8^e ss sect. réunies, 26 févr. 2001, n° 219834, *Ministre de l'économie c/ Anzalone* : *JurisData* n° 2001-061762 ; *RJDA* 2001, n° 771 ; *Rev. sociétés* 2001, p. 375, note O. Fouquet.

⁸ Com. 3 mars 2009, n° 08-13.278, *JurisData* n° 2009-047303 ; Com. 3 mars 2009, n° 08-13.279 ; Com. 3 mars 2009, n° 07-20.871, *JCP N* 2009, 1312, note J. Ledan.

⁹ Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, n° 87-15.467, *JurisData* n° 1990-002699 ; *Bull. Joly* 1990, p. 1029, note P. Le Cannu.

La répartition légale des résultats n'est donc qu'une règle supplétive de la volonté des associés : elle est proportionnelle à la participation de chaque associé dans le capital social, et donc proportionnelle aux apports faits par les associés.

La répartition statutaire des résultats, si elle est tout à fait libre, est néanmoins limitée par la prohibition des clauses léonines.

II. La prohibition des clauses léonines comme limite à l'aménagement de la vocation aux résultats

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1844-1, « toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

Est d'abord léonin le fait d'exclure totalement un associé des bénéfices. Les clauses qui ne gratifient certains associés que d'une fraction dérisoire des bénéfices sont ainsi assimilées par la jurisprudence à des clauses léonines¹⁰. Les clauses léonines sont également interdites, y compris dans les conventions de croupier, lesquelles ne sont, ni plus ni moins, que des sociétés en participation. L'associé cavalier ne doit en aucun cas être exonéré de toute contribution aux pertes¹¹.

La jurisprudence apporte cependant certaines limites à l'interdiction des clauses de répartition léonine des dividendes. Ainsi, elle admet les clauses qui suspendent la répartition des bénéfices à la réalisation d'une condition, dans la mesure où cette condition ne dépend pas de la seule volonté des autres associés. Est par exemple licite la clause qui prévoit que les bénéfices ne seront répartis que s'ils atteignent un certain seuil¹². De même, la prohibition des clauses léonines ne fait pas obstacle à ce que les bénéfices distribuables d'un exercice clos soient répartis sous forme de dividendes, en tenant compte des renonciations exprimées par certains associés en assemblée générale¹³.

Est en revanche bien léonine la clause par laquelle l'un des associés se trouve garanti contre tout risque de perte¹⁴. En revanche, la garantie par un tiers contre les pertes n'est pas léonine, puisque dans ce cas, la convention conclue par l'associé avec ce tiers est étrangère au contrat de société¹⁵.

Est ensuite léonine l'exonération totale des pertes. Il en est ainsi d'un pacte d'associés par lequel un associé abandonne tous les bénéfices correspondant à sa part dans le capital social, moyennant le versement d'une redevance forfaitaire¹⁶. En effet, par cette clause, le bénéficiaire de la redevance est assuré de recevoir un profit, même si la société réalise des pertes, lesquelles seraient alors à la charge des autres associés. En outre, l'article L. 232-15 du Code de commerce interdit de stipuler un intérêt fixe¹⁷ ou intercalaire¹⁸ au profit des associés.

¹⁰ Civ. 2 mars 1931, S. 1932.1.281, note F. Gény.

¹¹ Com. 15 déc. 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 299.

¹² Req. 8 juill. 1885, DP 86. I. 301.

¹³ Com. 13 févr. 1996, *Dalloz affaires* 1996. 397.

¹⁴ Req. 14 juin 1882, DP 1884, 1, p. 122 ; S. 1882, 1, p. 423 ; Req. 16 janv. 1884, DP 1884, 1, p. 122 ; Civ. 11 juill. 1894, DP 1894, 1, p. 531.

¹⁵ Civ. 9 juin 1890, DP 1890, 1, p. 409, note M. Planiol.

¹⁶ Com. 18 oct. 1994, n° 92-18.188.

¹⁷ Stipulation qui garantit à un associé le versement d'un intérêt rémunérant son apport même en l'absence de bénéfice distribuable.

¹⁸ Clause d'intérêt fixe limitée à une durée déterminée.

Et puis il y a des limites à la limite. Sont ainsi licites les clauses ne portant nullement atteinte au pacte social.

1^{er} exemple : les clauses d'accroissement ou clauses de tontine. Par ces clauses d'anticipation successorale, les associés prévoient que chaque associé tontinier est propriétaire de ses parts ou actions sous condition suspensive de sa survie et sous condition résolutoire de son prédécès. Ces clauses sont utilisées principalement dans les sociétés civiles immobilières, particulièrement lorsqu'il est question d'acquérir un immeuble en commun, mais parfois aussi dans certaines sociétés commerciales. Si deux associés sont liés par un pacte tontinier, les dividendes, ainsi que le boni de liquidation reviendront de droit à l'associé survivant. La tontine est donc susceptible d'avoir pour effet d'attribuer la totalité du profit à cet associé. La clause n'est cependant pas léonine, en raison de la persistance d'un aléa, dès lors qu'il est impossible de savoir *ab initio* lequel des associés décèdera le premier¹⁹.

2^e exemple : les promesses de rachat des parts sociales à prix plancher. Souvent, les catégories d'associés ou d'actionnaires qui concluent ce type de clause sont des professionnels de l'investissement, qui n'acceptent de souscrire à des augmentations de capital qu'en échange de l'assurance d'obtenir, après un certain délai, le rachat de leurs titres, à un prix minimum garanti, correspondant au montant investi. La clause de prix fixe ou de prix plancher garantit le cédant contre une éventuelle dépréciation de ses droits sociaux. Autrement dit, si la valeur des droits sociaux a varié au jour de la cession ou de la rétrocession des titres, le cédant ne subit pas cette variation si elle est à son désavantage. La question peut se poser de savoir si un associé qui a l'assurance de pouvoir céder ses parts ou actions, moyennant un certain prix, ne se trouve pas à l'abri de tout risque de perte, assuré qu'il est de pouvoir récupérer sa mise en levant l'option d'achat qui lui est consentie. Faut-il considérer qu'il s'agit d'une stipulation « l'exonérant de la totalité des pertes » au sens de l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil ? Sur la question, la jurisprudence, après avoir longtemps considéré ces clauses comme étant léonines, a effectué un revirement par son arrêt célèbre, dit arrêt Bowater²⁰. Depuis cet arrêt, la Cour de cassation considère que l'associé qui cède ses titres se met, certes à l'abri de tout risque de pertes pouvant survenir ultérieurement, mais il n'y a là rien que de plus normal puisqu'il perd la qualité d'associé. Pendant qu'il était associé, en effet, il contribuait de façon normale aux bénéfices et aux pertes.

Reste le sort incertain de la garantie contre les pertes émanant d'un co-associé. Jurisprudence et doctrine s'interrogent de longue date sur le point de savoir si un associé peut, sur son patrimoine propre, et non sur celui de la société, garantir un co-associé contre les pertes. Au premier abord, cette garantie est une pure figure de clause léonine, puisqu'elle a pour objet et pour effet d'épargner un associé du risque social, tout en faisant porter ladite perte par un ou plusieurs autres associés. La jurisprudence est floue sur la question, attestant que cette solution n'est pas marquée du sceau de l'évidence : si un certain nombre d'arrêts ont appliqué la prohibition des clauses léonines²¹, d'autres, à l'inverse, ont admis la validité de ces garanties²².

¹⁹ La jurisprudence qualifie la tontine de contrat aléatoire (Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, n° 02-11.088), ce qui justifie la licéité des clauses tontinières dans le pacte social (Paris, 15^e ch. B, 10 sept. 1993, Voisin c/ Peeters : JurisData n° 1993-023741).

²⁰ Com. 20 mai 1986, n° 85-16.716, Sté Bowater corporation limited c/ Du Vivier, JurisData n° 1986-000981 ; *Dr. sociétés* juillet-août 1986, n° 213, p. 6, obs. M. Germain ; *Rev. sociétés* 1986, p. 587, note D. Randoux ; *JCP E* 1986, I, 15846, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1987, p. 205, obs. Y. Reinhard ; *RTD com.* 1987, p. 66, obs. C. Champaud et P. Le Floch ; *Bull. Joly* 1986, p. 618, § 169 ; *Defrénois*, 1987, p. 609, note J. Honorat.

²¹ Req. 16 janv. 1867, S. 1867, 1, p. 173 ; Civ. 11 juill. 1894, *DP* 1894, p. 531 ; Civ. 11 juill. 1894, *D.* 1894, 1, p. 531 ; Req., 9 avr. 1941, *D.* 1941, p. 275 ; *JCP* 1941, II, 1762, note D. Bastian.

²² Req. 25 juin 1931, *Rev. sociétés* 1931, p. 285 ; Req. 20 déc. 1893, *DP* 1894, 1, p. 224 ; Civ. 1^{re}, 29 oct 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1052, note P. Le Cannu.