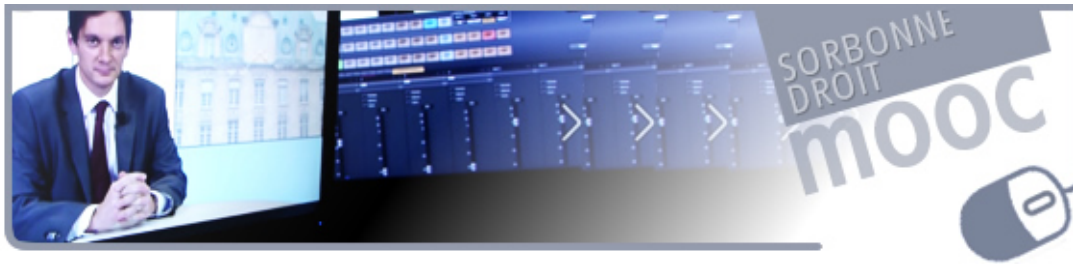


TRANSCRIPTION ECRITE D'UNE VIDEO



S1.6 : L'intention de participer aux résultats – les clauses léonines

Semaine 1 - Contrat de société et société unipersonnelle

Intervenant : Bruno Dondero et Stéphane Sylvestre

BD : Nous abordons maintenant un autre élément constitutif du contrat de société qui est l'intention des associés de participer aux résultats, et nous allons voir avec Stéphane Sylvestre, avocat, un certain nombre de points juridiques importants sur cet aspect du contrat de société. Alors nous avons cette intention des associés qui sont associés, précisément, pour profiter d'un bénéfice ou pour profiter d'une économie. Et nous allons parler aussi de quelque chose qui est bien connu des praticiens, qui est la notion de « clauses léonine ». Les clauses léonines, ce sont des clauses qui remettent en cause précisément cette intention de l'associé de participer aux résultats. Nous avons un texte qui interdit les clauses léonines, mais, avant, il faut bien comprendre que lorsqu'on entre en société, on entre en société avec un espoir, celui d'obtenir quelque chose de positif, et avec aussi la conscience de ce qu'on pourra devoir contribuer aux pertes - cela nous l'avons déjà vu - et on pourra subir une réduction, une disparition de son apport. Celui qui apporte de l'argent à une société, celui qui apporte un bien n'est pas sûr qu'à la fin de la société, il pourra reprendre le bien. Il n'est pas sûr que, s'il cède ses parts, il ne les cédera pas à une valeur inférieure à la valeur qu'il avait mise dans la société. Cette seconde hypothèse n'est pas une contribution aux pertes directe, mais si je mets un apport et que, au moment où je cède mes parts, je les cède à un prix qui est plus faible, on peut considérer que, d'une certaine manière, j'ai indirectement contribué aux pertes. Alors ce que le Code civil interdit, c'est ce qui est prévu par l'article 1844-1 alinéa 2 : on nous dit que la stipulation qui attribuerait à un associé la totalité du profit ou qui exonérerait un associé de la totalité des pertes, ou la stipulation qui exclurait un associé totalement du profit ou celle qui mettrait à sa charge la totalité des pertes, et bien ces quatre types de stipulations sont réputées non écrites, mais en réalité on rencontre assez rarement une telle stipulation, particulièrement sur la question des pertes qui est celle qui est la plus sensible. On rencontre assez rarement des clauses qui disent tout simplement qu'un associé est garanti de toute contribution aux pertes. Je vais passer la parole à Stéphane pour te demander, cher Stéphane, quelles sont les clauses qui posent problème en pratique véritablement ?

SS : Les clauses qui posent problème en pratique ce sont effectivement les clauses léonines, les clauses dans lesquels un associé se fait garantir *par un autre associé* contre les pertes qui pourraient survenir de l'aventure sociale, car il ne faut pas l'oublier : si vous vous faites garantir par un tiers, vous n'êtes pas en contravention avec cette prohibition des clauses léonines. Donc effectivement, c'est uniquement entre associés que cette prohibition a vocation à s'appliquer. Ensuite c'est vrai que, pour nous autres praticiens, nous essayons autant que faire se peut, d'éviter effectivement qu'un associé soit garanti contre l'intégralité des pertes sociales ou qu'il s'octroie la totalité du profit.

BD : Alors je prends un exemple tout de suite. Imaginons que je suis un fonds d'investissement, je suis une société de capital-risque ; je vois une société qui aurait besoin d'un financement et qui cherche un financement ; je rentre au capital de cette société, je vais devenir actionnaire et puis je demande aux associés, aux actionnaires en place, de me garantir que dans 5 ans, je pourrai sortir, que je pourrai céder mes actions au même prix que celui auquel je suis rentré. Est-ce que ça, c'est une clause léonine ?

SS : Et bien effectivement, ça fait partie des clauses qui ont posé un certain nombre de difficultés à la jurisprudence, puisqu'on considérait que, ce faisant, l'investisseur qui se faisait octroyer une promesse par laquelle ces actions étaient rachetées au minimum au prix auquel l'investisseur était rentré, et bien la jurisprudence considérait que ce type de clauses, que ce type de promesses était léonin. Aujourd'hui, la jurisprudence a un petit peu évolué, comme tu le sais, Bruno, et aujourd'hui, elle considère que, dès lors que la convention est équilibrée, une telle promesse est possible.

Alors en quoi une telle promesse peut être équilibrée ? En quoi la promesse de se voir racheter à un prix garanti est équilibrée ? Et bien c'est, par exemple, lorsqu'au moment où l'investisseur est entré en société, au moment où il a investi, il y a une valeur qui était alors à ce moment-là très supérieure à la valeur actuelle de la société, à la valeur actuelle des actions qu'il a souscrites. Parce qu'il est rentré à une valeur plus importante que la valeur actuelle, que la valeur réelle, on considère qu'il peut se voir garantir par une promesse, qu'il peut se faire racheter à un prix qui est lui aussi décorrélé de la valeur au moment où il exerce cette promesse.

BD : D'accord, alors il faut dire aussi que la jurisprudence a connu des évolutions, puisqu'on pourrait considérer, après tout, que la question des clauses léonines ne s'applique pas à quelque chose qui est dans les relations entre associés ; ça ne déséquilibre pas finalement le jeu sociétaire que d'avoir entre l'un et l'autre associé un engagement de se faire racheter ses titres pour un certain montant, mais ce n'est pas la position qui a été retenue par la jurisprudence. D'abord elle a remis en cause de manière systématique ces clauses, après, elle a considéré qu'il fallait distinguer : on avait des différences entre la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation et la première chambre civile, et aujourd'hui les choses sont encore un peu plus compliquées puisqu'on a différents critères qui semblent mis en œuvre par la jurisprudence. Par exemple, on demanderait à vérifier qu'il y ait une fenêtre pendant laquelle on peut exercer ou pendant laquelle on ne peut pas exercer précisément sa promesse, l'idée étant qu'on ne voudrait pas qu'un associé puisse se faire racheter par un autre associé ses titres du premier jour où il rentre dans la société, sans limitation. On voudrait qu'il soit pendant un certain temps, « immobilisé » dans la société avec le risque que la société disparaisse et qu'il perde quelque chose. Donc, aujourd'hui, c'est finalement une vieille institution, mais avec une jurisprudence difficilement lisible, ce qui gêne, je crois quand même, la pratique, parce que l'investisseur qui rentre en société demande souvent des clauses qui sont susceptibles d'être remises en cause.

SS : Oui l'investissement en capital est un investissement à risque, mais, malgré tout, les investisseurs veulent autant que faire se peut limiter leur risque, mais - et même si tu as raison Bruno, cette jurisprudence est peu lisible - , il reste une règle et c'est celle que nous conseillons à nos clients investisseurs : c'est qu'il faut que la convention soit équilibrée et c'est à travers ce prisme-là que l'on analyse les conventions dont tu parles, les promesses.

BD : Parfait Stéphane. Je te remercie.