

REVUE LAMY

# Droit des Affaires

## DOSSIER

### IA et droit : dépasser la fiction pour une approche juridique raisonnée

*Thierry TITONE, Georgie COURTOIS, Jean-Sébastien MARIEZ, Gaïa WITZ, Luc GRYNBAUM et Roxane CHANALET-QUERCY*

– Les clauses encadrant la mise en conformité des statuts à la loi nouvelle

*Adrien BÉZERT*

– La blockchain, outil de gouvernance et de traçabilité du processus créatif (R&D)

*Virginie BOUNOT*

– Le droit de vote multiple dans les SAS et les SA : tour d'horizon des mécanismes envisageables

*Alexandre BRUGIÈRE et Alexandre ROBERT*

– Le dirigeant caution de dettes sociales : un débiteur surendetté ou un entrepreneur en difficulté ?

*Bertille GHANDOUR*

**151** | MENSUEL  
SEPTEMBRE 2019

RLDA 6787

## Le droit de vote multiple dans les SAS et les SA : tour d'horizon des mécanismes envisageables

La mise en place de droits de vote multiples dans les SAS et les SA est un sujet récurrent soulevant en pratique de multiples questions. Dans cette perspective, les praticiens doivent mener une réflexion globale préalable afin de déterminer la solution optimale à retenir pour une situation donnée. Cet article expose les différents mécanismes envisageables, leurs contraintes, et présente des exemples de clauses pour illustrer la mise en œuvre de ces mécanismes.

Les sociétés par actions simplifiées (« SAS »), contrairement aux sociétés anonymes (« SA »), aux sociétés en commandite par actions (« SCA ») ou aux sociétés à responsabilité limitée (« SARL »), se caractérisent par une grande souplesse statutaire permise par le Code de commerce. Les règles limitées applicables à la SAS permettent ainsi à leurs associés de constituer des sociétés « sur mesure ».

Cette liberté appelle toutefois de la vigilance dans la rédaction des statuts (et éventuellement des pactes extrastatutaires), les formulations devant être précises et cohérentes avec les dispositions d'ordre public du Code de commerce (régime légal de la SAS), mais également, du Code civil (et en particulier l'interdiction des clauses léonines et l'interdiction de priver un associé de participer et de voter en assemblée générale).

Par ailleurs, cette liberté rend la lisibilité de certaines dispositions légales ou réglementaires parfois difficile<sup>(1)</sup>, certains sujets, au nombre desquels, les modalités de mise en

place de droits de vote multiples, comportent encore aujourd'hui des points d'incertitudes<sup>(2)</sup> malgré les réformes successives intervenues.

Plusieurs voies sont envisageables pour permettre l'instauration d'un droit de vote multiple<sup>(3)</sup> ; cependant, et en l'état du droit, elles ont pour contrainte commune la nécessité de l'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers.

### I. – Le principe du droit de vote multiple

L'instauration d'un droit de vote multiple peut se faire par la voie contractuelle, ou par la voie de la création d'actions de préférence (« ADP »). À cet égard, il convient de relever qu'il existe une différence formelle de nature entre l'instauration de droits de vote multiples par la voie contractuelle (incessibles par

(2) Pour un aperçu : A. Couret, Questions d'aujourd'hui, questions de toujours, BJS 2017, n° 11, p. 1.

(3) Le droit de vote double, qui fait l'objet d'un régime particulier dans le Code de commerce, n'est pas l'objet de cet article et ne sera pas traité en tant que tel.

(1) Not., sur le sujet des actions de préférence : D. Martin, H. Le Nabasque, R. Mortier, C. Fallet et A. Pietrancosta, Les actions de préférence, : Actes prat. ing. Sociétaire 2012, dossier 6, n° 57.



Alexandre  
BRUGIÈRE

Avocat associé,  
Coblenç &  
associés



Alexandre  
ROBERT

Avocat, Coblenç &  
associés

nature), et l'instauration de droits de vote multiples par la voie d'ADP (cessibles par nature).

## A. – L'instauration de droits de vote multiples par la voie contractuelle

### → La possibilité offerte par la voie statutaire

Par principe dans les SAS, l'article L. 227-9 du code de commerce précise que « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient ». L'article L. 227-1 du même code écarte certaines dispositions relatives aux SA, notamment les modalités de vote en assemblée générale, et en particulier l'article L. 225-122, indiquant que le droit de vote est « proportionnel à la quotité du capital, chaque action donnant droit à une voix au moins ». L'article L. 225-123 relatif au droit de vote double propre à la SA est également écarté par ce même article L. 227-1. Par ailleurs, aucun des articles 1832 à 1844-17 du code civil ne fixe de modalités de répartition ou d'exercice du droit de vote des associés.

En conséquence, la doctrine s'accorde majoritairement sur le fait que la loi offre la possibilité du vote multiple dans les SAS. La rédaction relative à la nature des droits conférés par les statuts doit toutefois faire l'objet d'une attention particulière. En effet, toute rédaction qui pourrait laisser entendre que les droits en question sont relatifs aux actions et non directement à la qualité d'associé, font courir un risque de requalification en ADP (avec les contraintes liées à l'émission en découlant).

Différents aménagements statutaires permettent d'obtenir des effets juridiques proches du droit de vote multiple. La liberté statutaire qu'offre la SAS permet en effet de moduler les effets du droit de vote dans des conditions singulières. Rien ne s'oppose, par exemple, à l'inclusion de clauses statutaires prévoyant :

- un droit de vote « totalisé » (permettant à un associé d'utiliser ses voix pour voter comme il l'entend sur telle ou telle résolution en particulier) ; ou bien
- un principe selon lequel le nombre de voix de chaque associé serait redéfini annuellement, à l'ouverture de l'assemblée générale ordinaire, en fonction de leur contribution ou non aux charges de fonctionnement de l'exercice précédent ayant pour effet de multiplier le droit de vote de certains associés par rapport à d'autres ; ou encore
- un droit de veto, ou un droit d'ajournement attribué à un ou plusieurs associés dans certains cas particuliers ;

sous réserve que la rédaction de telles clauses soit précise et en adéquation avec l'objectif recherché<sup>(4)</sup>.

(4) Memento Sociétés Commerciales (Éd. Francis Lefebvre 2019, n° 60510).

### → L'intérêt limité du recours à la voie extrastatutaire

Les conditions d'adoption des décisions collectives sont librement fixées par les statuts<sup>(5)</sup> qui ont la particularité d'être consentis par tous et transparents. Ainsi, par principe, un pacte extrastatutaire ne devrait pas pouvoir contenir de clauses de droits de vote multiples qui ne seraient pas déjà présentes dans les statuts ; et ce d'autant plus lorsque cet acte n'a pas été signé par tous les associés.

Des aménagements extrastatutaires permettent toutefois d'obtenir des effets qui se rapprochent du droit de vote multiple. C'est ce qu'observent certains auteurs<sup>(6)</sup> qui relèvent que le regroupement contractuel de droits de vote peut être admis par la voie contractuelle, et cela, tant que la liberté de vote est préservée. Ainsi, les conventions de vote, représentation, pouvoirs en blanc sont autant de techniques qui sont largement utilisées en pratique et qui sont acceptables tant qu'elles n'ont pas été mises en place dans le but de détourner les règles d'ordre public prescrites par le Code de commerce et par le Code civil.

Ce choix peut être intéressant dès lors qu'il purge les questionnements relatifs à l'intervention du commissaire aux avantages particuliers<sup>(7)</sup>. En effet, la doctrine s'accorde sur le fait que les avantages que peuvent se consentir des associés (entre eux donc, et non directement vis-à-vis de la société) dans un cadre extrastatutaire, par le biais d'un pacte d'associés par exemple, ne sont pas des avantages soumis à la procédure des avantages particuliers, sauf à démontrer que ce n'est que par fraude qu'un avantage a été extrait des statuts<sup>(8)</sup>.

Reste que peut se poser la question de la validité d'une clause statutaire qui renverrait expressément vers un pacte extrastatutaire pour déterminer les règles de répartition des droits de vote. Une lecture stricte de l'article L.227-9 du code de commerce semble induire une réponse positive. Cette technique de « renvoi » à un pacte extrastatutaire par les statuts a d'ailleurs déjà fait ses preuves, en particulier en matière de sanction applicable en cas de non-respect de dispositions extrastatutaires relatives à des cessions de

(5) Conformément à l'article L. 227-9 du code de commerce.

(6) En particulier C. Coupet, L'attribution du droit de vote dans les sociétés, Thèse 7 déc. 2012.

(7) V. ci-dessus sur ce sujet de l'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers.

(8) CA Paris, pôle 5, ch. 9, 29 juin 2013, RG n° 13/03892, SAS Octopus, BJS 2013, n° 110v0, note P.-L. Perin ; Plus largement sur cet aspect, V. B. Dondero, Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations, BJS 2008, 245 ; Y. Guyon, Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats, LGDJ, 2002, 5<sup>e</sup> éd., comp. n° 203, 233 et 243 : « Un associé a pu imprudemment conclure une convention déséquilibrée. Tant pis pour lui. Le droit des sociétés ne doit pas lui fournir l'échappatoire que lui refuse le droit commun ». Dans le sens d'une inapplication aux pactes, v. égal. P. Mousseron, Les conventions sociétaires, LGDJ, 2010, n° 278.

titres<sup>(9)</sup>. L'utilité d'un tel mécanisme en matière de répartition des droits de vote demeure toutefois à démontrer<sup>(10)</sup>.

→ *Les limites à la modulation du droit de vote contractuel*

**Les limites relatives à la multiplication du droit de vote**

Il a déjà été relevé en doctrine que cette faculté de multiplication du droit de vote n'était pas sans limite. En effet, le caractère « collectif » des décisions d'associés doit être préservé. Ainsi, augmenter le droit de vote de sorte qu'un associé puisse décider seul, en tout état de cause, de l'avenir de la société, serait d'une validité contestable dans la mesure où cela pourrait faire perdre à certains associés leur vocation à intervenir dans les affaires sociales et de ce fait entraîner la qualification de pacte léonin.

Il est toutefois difficile de fixer un seuil précis qui permettrait de déterminer à quel moment spécifiquement l'effet multiplicateur deviendrait invalide.

**Les limites relatives à la upression du droit de vote**

L'article 1844 du code civil, tel qu'interprété par les juges depuis un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 octobre 2007<sup>(11)</sup>, révèle qu'il est interdit de priver un associé de participer à toute assemblée générale et à faire usage de son droit de vote, même ponctuellement, quel que soit l'objet de la résolution (jurisprudence constante<sup>(12)</sup>).

En pratique pourtant, on retrouve parfois des clauses privant un associé de son droit de participer et/ou de voter en assemblée générale, notamment dans des clauses statutaires d'exclusion. De telles clauses, si elles étaient sou-

mises au contrôle du juge, seraient réputées non écrites en totalité<sup>(13)</sup>.

**B. – L'instauration de droits de vote multiples par la voie d'ADP**

→ *Les possibilités offertes par la voie d'ADP*

Dans la perspective d'accorder aux associés des droits de vote multiples, les ADP, dont le mécanisme est détaillé à l'article L. 228-11, alinéa 1, du code de commerce et définies comme « des actions avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent, respectant les dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125 [du Code de commerce] », constituent un outil alternatif à l'utilisation d'une simple clause statutaire accordant une préférence.

S'agissant des SA, une partie très majoritaire de la doctrine conteste qu'une ADP puisse donner droit à son titulaire à un droit de vote multiple. En effet, du fait de la soumission du mécanisme des ADP aux articles L. 225-122 (proportionnalité du droit de vote à la quotité du capital), L. 225-123 (droit de vote double) et L. 225-125 (plafonnement des droits de vote) du Code de commerce applicables à la SA, la doctrine majoritaire considère qu'une ADP n'est susceptible d'accorder à son titulaire qu'un droit de vote double<sup>(14)</sup>.

S'agissant des SAS, la création d'actions assorties de droits de votes multiples est tout à fait envisageable selon la doctrine majoritaire.

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, autrement appelée « Loi PACTE » (publiée au Journal officiel le 23 mai 2019) prévoit, à son article 100, une modification du régime des ADP en entérinant notamment la possibilité de créer des ADP disposant de droits de vote multiples dans les SA dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé. La création de ces ADP à droit de vote multiple devient ainsi possible sans qu'il soit nécessaire que celles-ci soient entièrement libérées, ni de justifier d'une inscription nominative depuis au moins deux<sup>(15)</sup>.

Une telle modification conforte l'interprétation de la doctrine majoritaire qui considérait que la création d'ADP à droit de vote multiple n'était pas permise jusqu'à présent (au moins pour la SA). Si cet ajustement peut être de nature à revigorer l'utilisation des ADP dans les SA et les SCA

(9) Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14.097 : en l'espèce, la sanction a bien été la nullité de la cession d'actions en application de l'article des statuts prévoyant la nullité des cessions d'actions contrevenant aux dispositions du pacte d'associés (qui n'étaient pas reprises *in extenso* dans les statuts).

(10) Par ailleurs, l'instauration d'un tel mécanisme ne devrait pouvoir se faire sans l'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers, pour éviter tout risque de détournement, s'agissant de dispositions impératives prescrites par le Code de commerce (voir ci-dessus).

(11) Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, Bull. civ. IV, n° 225, abondamment commenté.

(12) Dans un arrêt récent du 24 octobre 2018 (n° 17-26.402), la Cour de cassation est venue préciser, concernant l'exclusion d'un associé d'une société civile de moyen, sur le visa de l'article 1844 du code civil, que cet article impose la participation de l'associé exclu à la décision relative à son exclusion, mais qu'il n'impose cependant pas que le vote de l'associé, effectivement émis, soit pris en compte pour le calcul des voix (l'associé ayant été mis en mesure de voter).

(13) Pour plus de précisions sur le sujet, v. not. RLDA 2019/146, dossier « L'exclusion des associés : de la protection des intérêts de l'associé exclu à la préservation de l'intérêt social », n° 6679 et s.

(14) *Contra* : T. Massart, Les actions de préférence et la question du droit de vote, Dr. & Patr., n° 130, 2004, p. 84.

(15) Le régime de la SA dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé étant ainsi aligné sur celui de la SAS.

afin de moduler le droit de vote, il est peu probable que cela change l'usage qui leur est réservé dans les SAS.

## → Les limites à la modulation du droit de vote

### **Les limites relatives à la multiplication du droit de vote**

Dans le cadre de la création d'ADP, le caractère « collectif » des décisions d'associés doit également être préservé. La création d'ADP à droit de vote multiple qui auraient pour effet de conférer à un associé le pouvoir de décider seul, en toute circonstance, serait tout autant contestable.

### **Les limites relatives à la suppression du droit de vote**

Sur ce terrain, le régime des ADP se montre plus souple. En effet, l'article L. 228-11, alinéa 1, du code de commerce permet la création d'ADP sans droit de vote, à titre temporaire ou permanent. Toutefois, l'alinéa 3 de ce même article fixe un cadre. Les ADP sans droit de vote ne peuvent en effet représenter plus de la moitié du capital social pour les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé<sup>(16)</sup>, sous peine d'encourir la nullité de l'émission des dites ADP.

## II. – Le principe de l'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers

L'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers, que ce soit à l'occasion de l'insertion d'une clause statutaire prévoyant des droits de vote multiples, ou à l'occasion de la création d'ADP à droits de vote multiples est un sujet complexe. Des évolutions législatives récentes ont entrepris de clarifier la situation, sans toutefois y parvenir véritablement.

### **A. – L'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers dans le cadre d'une clause statutaire prévoyant des droits de vote multiples**

#### → Lors de la constitution de la société

L'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers est un sujet débattu en doctrine. S'agissant toutefois d'une clause statutaire conférant un avantage non pécuniaire au moment de la création d'une SAS, la question s'est posée, et la doctrine est toujours partagée sur le sujet dès lors que le point n'est pas traité par la loi, et n'a pas été tranché en jurisprudence<sup>(17)</sup>.

(16) Pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la limite est fixée au quart du capital social.

(17) Not. pour : Mémento Éd. Francis Lefebvre Sociétés Commerciales 2019, n° 60201 : « À notre avis, la procédure doit être suivie même lorsque les statuts accordent à certains associés des prérogatives en ce qui concerne la gestion de la société ou la tenue des assemblées, par exemple une représentation plus importante dans les organes de direction ou un droit de vote multiple. En effet, si ces clauses statutaires ne sont que la traduction de la liberté, expressément reconnue

L'ANSA, de son côté, considère que l'usage d'une clause statutaire prévoyant des droits de vote multiples est valable et indique que, dans une SAS, l'instauration *dans les statuts d'origine* de droits de vote renforcés au profit d'un associé est admissible sans qu'il soit nécessaire de désigner un commissaire aux avantages particuliers. L'ANSA considère par ailleurs qu'un rapport d'information destiné aux associés ne présente pas d'intérêt dans ce cadre.

#### → En cours de vie sociale

S'agissant d'une clause statutaire conférant un avantage non pécuniaire en cours de vie sociale, la doctrine est également partagée. L'ANSA, qui considère que l'instauration dans les statuts d'origine de droits de vote renforcés au profit d'un associé est valable sans qu'il soit nécessaire de désigner un commissaire aux avantages particuliers, prend le soin de souligner, dans sa réponse, les termes « *dans les statuts d'origine* » ce qui permet d'induire que la solution aurait été différente s'il s'agissait d'une modification statutaire en cours de vie sociale.

Les sanctions potentiellement encourues doivent amener les praticiens à faire preuve de prudence au regard de cette procédure de vérification des avantages particuliers.

#### → Les sanctions applicables

De nombreux auteurs mettent en garde les praticiens sur cette question de l'intervention du commissaire aux avantages particuliers<sup>(18)</sup>, que ce soit lors de la constitution de la SAS, ou à l'occasion d'une augmentation de capital, et indiquent qu'il paraît prudent de recommander aux utilisateurs de SAS d'appliquer les procédures d'évaluation et d'approbation des avantages particuliers même lorsque ceux-ci n'ont pas une nature strictement pécuniaire. En effet, dans l'attente d'une précision législative ou d'une jurisprudence tranchant la question de l'application à la SAS de la procédure des avantages particuliers, il faut mesurer les risques qu'il y aurait à méconnaître cette procédure. En particulier, l'alinéa 2 de l'article L. 225-249<sup>(19)</sup> du code de commerce fait peser sur les associés dont les avantages n'ont pas été vérifiés ou approuvés selon les règles la responsabilité solidaire (avec les dirigeants) du

par la loi [v. C. com., art. L. 227-1; C. com., art. L. 227-5 et C. com., art. L. 227-9 ], dont jouissent les associés de SAS pour fixer les règles de fonctionnement de leur société, cette procédure ne limite pas cette liberté contractuelle mais tend seulement à permettre aux associés de mesurer la portée de l'avantage consenti » ; not. contre : Lamy Droit du financement 2018, n° 431 - Sociétés par actions simplifiées, « Dans la SAS, le domaine d'application de la procédure [des avantages particuliers] est passablement incertain. S'agissant d'avantages pécuniaires, la tendance de la doctrine est à soumettre leur octroi au respect de la procédure des avantages particuliers. S'agissant en revanche des prérogatives politiques (droit de vote multiple, ), on peut penser que les prérogatives consenties participent de la nature même de la SAS et n'appellent donc pas le respect de la procédure ».

(18) J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 155-10, § 51 et s., M. Germain, P. Périn, H. Azarian, 25 avr. 2018.

(19) Applicable à la SAS par renvoi de l'article L. 227-1.

dommage en résultant pour les tiers ou pour les autres associés. L'article L. 225-150<sup>(20)</sup> précise quant à lui que « les droits de vote et les droits à dividende des actions [...] émises en violation de la [sous-section du Code de commerce relative aux augmentations de capital] sont suspendus jusqu'à régularisation de la situation ». Tout vote émis ou tout versement de dividende effectué pendant la suspension serait ainsi considéré nul.

En pratique, il est recommandé de solliciter l'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers, dont la mission sera d'apprécier la consistance et les incidences des avantages particuliers sur la situation des associés. S'agissant du droit de vote multiple, une table de capitalisation indiquant le pourcentage d'actions détenues et le droit de vote réel de chaque associé, accompagnée d'un rappel du *quorum* et des majorités statutaires, ainsi que du rapport du commissaire aux avantages particuliers, semblent suffire pour informer correctement les associés.

### B. – L'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers dans le cadre de la création d'ADP à droits de vote multiples

L'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers ne fait pas de doute concernant la création d'ADP (à droits de vote modulés et/ou conférant tout autre avantage) dès lors que les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs associés nommément désignés. Même si le sujet a toujours été débattu en doctrine, les praticiens appliquent très largement la procédure afin de purger tout risque de sanction, et ce d'autant plus que le rapport du commissaire aux avantages particuliers n'est pas soumis à publicité au greffe<sup>(21)</sup>.

En pratique, il n'y a guère qu'en cas d'émission de nouvelles ADP relevant d'une catégorie déjà créée que la procédure des avantages particuliers n'aurait pas à être une nouvelle fois déroulée<sup>(22)</sup>.

### C. – L'intervention du commissaire aux avantages particuliers à la lumière des évolutions législatives récentes

#### → Les modifications proposées par la loi de simplification

La proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, adoptée en première lecture par le Sénat le 8 mars 2019 et par l'Assemblée nationale le 27 mars 2019 (« loi de simplification »), entend notamment écarter l'application, à la SAS, de l'alinéa 2 de

l'article L. 225-14 du code de commerce qui prévoit que « les statuts contiennent l'évaluation des avantages particuliers et qu'il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par [un commissaire aux avantages particuliers] ».

Par souci de cohérence, il serait souhaitable que le législateur procède également à une suppression de cette procédure au titre de :

- l'article L. 225-8, alinéa 1, du code de commerce qui prévoit qu'« en cas [...] de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, [un commissaire aux avantages particuliers] est désigné [...] ; et de
- l'article L. 225-147 du code de commerce, qui contient des dispositions similaires, mais applicables en cas d'augmentation de capital ;

afin d'évacuer entièrement les doutes relatifs à l'application de la procédure des avantages particuliers aux SAS, que ce soit, lors de la constitution de la société, ou en cours de vie sociale, et que cela concerne un avantage pécuniaire, ou un avantage non pécuniaire.

#### → Les modifications apportées par la loi PACTE

En parallèle, l'article 100 de la loi PACTE prévoit une clarification des hypothèses d'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers. Sa désignation est en effet légalement requise en cas d'émission d'ADP non seulement au profit d'un ou plusieurs associés nommément désignés<sup>(23)</sup>, mais également, au profit des personnes qui acquièrent cette qualité du fait de la souscription. Cet éclaircissement n'aura cependant pas ou très peu d'impact en pratique dès lors que les praticiens avaient d'ores et déjà intégré le fait qu'il s'agissait d'une faille dans le texte, et appliquaient ainsi la procédure des avantages particuliers, y compris, en cas d'émission d'ADP, au profit de tiers qui auraient acquis la qualité d'associé du fait de la souscription.

Les évolutions législatives récentes, que ce soit celles portées par la loi PACTE ou celles contenues à ce jour dans la loi de simplification, n'apparaissent pas suffisantes en vue de revigorer l'utilisation qui pourrait être faite des ADP à droit de vote multiple<sup>(24)</sup> et, plus prosaïquement, afin de rassérer les praticiens dans leur pratique. De manière générale, il semblerait opportun, pour une meilleure lisibilité du régime, que le législateur procède à une refonte globale du régime des avantages particuliers. ■

(20) Applicable à la SAS par renvoi de l'article L. 227-1.

(21) Sauf lorsque les ADP sont créées au terme d'une augmentation de capital par apports en nature (v. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, préc. n° 4743, *in fine*).

(22) J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse, Fasc. 1803, Lexis-Nexis, 16 août 2017.

(23) Conformément à l'article L. 228-15, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce.

(24) Cela avait déjà été pointé par la CCI Paris Ile-de-France dans un rapport en date du 6 juillet 2017 (« Optimiser les actions de préférence : un enjeu de croissance pour les entreprises »).

## Exemples de clauses

### A. Clause statutaire relative à un droit de vote multiple au bénéfice d'un associé en particulier :

L'Associé Fondateur dispose de [•] voix par action, les autres associés disposent d'une voix par action.

### B. Clause statutaire relative à un droit de vote multiple au bénéfice d'associés selon un critère objectif :

#### Article [•] - Droits et obligations attachés aux actions

Chaque action donne droit, dans les bénéfices, le boni de liquidation et l'actif social, à une part proportionnelle à la quotité du capital qu'elle représente.

Les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. La propriété d'une action emporte de plein droit adhésion aux statuts et aux décisions de l'assemblée générale.

Chaque action donne droit au vote et à la représentation dans les assemblées générales dans les conditions légales et statutaires.

Un droit de vote triple de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital qu'elles représentent, est attribué à toutes actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative depuis trois (3) ans au moins au nom du même associé.

En cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes, le droit de vote triple est conféré, dès leur émission, aux actions nominatives attribuées à un associé à raison d'actions anciennes pour lesquelles il bénéficie de ce droit.

Toute cession ou transmission d'actions entraîne la perte du droit de vote triple, sauf transmission à un ayant droit par suite de succession, liquidation de communauté de biens entre époux ou donation entre vifs au profit d'un conjoint ou d'un parent au degré successible, laquelle n'interrompt pas le délai nécessaire à l'acquisition du droit de vote triple.

Le droit de vote attaché aux actions appartient, sauf convention contraire, à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires.

#### Article [•] - Quorum, vote et nombre de voix

Les assemblées générales ordinaires et extraordinaires statuent dans les conditions de *quorum* et de majorité prescrites par les dispositions qui les régissent respectivement.

Sont réputés présents pour le calcul du *quorum* et de la majorité des associés qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification, dans les conditions légales et réglementaires.

Le droit de vote attaché aux actions est proportionnel au capital qu'elles représentent. À égalité de valeur nominale, chaque action de capital ou de jouissance donne droit à une voix.

Toutefois, un droit de vote triple de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital social qu'elles représentent, est attribué à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative depuis trois (3) ans au moins au nom du même associé.

Ce droit est conféré également dès leur émission en cas d'augmentation du capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, aux actions nominatives attribuées gratuitement à un associé à raison d'actions anciennes pour lesquelles il bénéficie de ce droit.

### C. Clause statutaire relative à des ADP :

#### Article [•] – Montant – Composition – avantages particuliers

(a) Montant - Le capital social est de [•].

Il est divisé en [•] actions de [•] euro chacune, souscrites et entièrement libérées (les « Actions »).

(b) Composition - Les Actions de la Société sont divisées en :

[•] actions ordinaires (les « Actions Ordinaires »), et

[•] actions de préférence (les « ADP »).

Sauf stipulations particulières des statuts instaurant des droits ou des obligations particuliers attachés aux ADP, toutes les Actions confèrent les mêmes droits et obligations.

Les droits attachés aux Actions selon leur catégorie sont définis par les statuts et notamment par l'Article [•].

#### Article [•] – Droits particuliers attaches aux ADP – caractéristiques des ADP

##### [•].1 Droits particuliers attachés aux ADP

Les droits particuliers attachés aux ADP sont les suivants :

Les ADP donneront le droit à [5] voix par ADP dans le cadre de toute prise de décision des associés, que ce soit par décision collective, en assemblée générale ordinaire, extraordinaire ou mixte.

Ce droit particulier n'est toutefois pas applicable dans le cadre des décisions à prendre au sein des assemblées spéciales des titulaires d'ADP.

##### [•].2 Assemblée spéciale des titulaires d'ADP

Dans les cas où elle doit être rassemblée (notamment en cas de modification des droits attachés aux actions de préférence d'une catégorie considérée), l'assemblée spéciale des titulaires d'ADP statue à la majorité simple des voix dont disposent les titulaires d'ADP présents ou représentés. Aucun quorum n'est requis.

Les titulaires d'ADP se réunissent sur convocation du Président. La convocation est effectuée par tous moyens (en ce compris, notamment, courrier simple, courriel, publication dans un journal, etc.), huit (8) jours au moins avant la date de la réunion. Les réunions se tiennent en tout lieu mentionné par l'auteur de la convocation.

Chaque titulaire d'ADP a le droit de participer aux décisions collectives des titulaires d'ADP par lui-même ou par un mandataire de son choix, qui peut être ou non un associé. Les mandats peuvent être donnés par tous moyens écrits, en ce compris par télécopie ou transmission électronique.

Un procès-verbal de la décision des titulaires d'ADP est établi et signé par la ou les personnes ayant convoqué les titulaires d'ADP et est communiqué à la Société pour être conservé.

Les décisions des titulaires d'ADP peuvent également résulter d'un acte sous seing privé signé par tous les titulaires d'ADP.

##### [•].3 Représentation des titulaires d'ADP

Les titulaires d'ADP sont représentés dans les conditions des présentes par un représentant (le « Représentant des Titulaires d'ADP ») désigné et révoqué par l'assemblée spéciale. Ladite assemblée spéciale se réunit [•].

Sous réserve des convocations aux assemblées générales et spéciales, toute notification, convocation ou communication concernant les titulaires d'ADP sera adressée directement au Représentant des Titulaires d'ADP. Toute notification ou communication ainsi effectuée par la Société auprès du Représentant des Titulaires d'ADP sera réputée avoir été valablement effectuée auprès de chaque titulaire d'ADP. Le Représentant des Titulaires d'ADP fait son affaire de l'information des titulaires d'ADP dans les délais stipulés aux présentes.

Toute notification ainsi effectuée par la Société auprès du Représentant des Titulaires d'ADP devra être écrite et sera valablement effectuée si elle est adressée par [•].

La mission du Représentant des Titulaires d'ADP cessera dès qu'il n'existera plus d'ADP en circulation.

Le Représentant des Titulaires d'ADP ne pourra démissionner qu'à l'occasion de la tenue d'une assemblée spéciale des titulaires d'ADP, qu'il aura le cas échéant convoquée spécifiquement pour pourvoir à son remplacement et à condition (i) que soit votée lors de cette assemblée spéciale la désignation de son remplaçant, et que (ii) ce remplaçant accepte expressément les obligations mis à la charge du Représentant des Titulaires d'ADP.

Le premier Représentant des Titulaires d'ADP est [•].

#### **[•].4 Augmentation de capital**

En cas d'augmentation de capital de la Société par émission d'Actions Ordinaires avec maintien du droit préférentiel de souscription, les titulaires d'ADP [ne disposeront d'aucun droit préférentiel de souscription].

#### **[•].5 Conversion en cas de Transfert**

Les ADP seront automatiquement converties en Action Ordinaire dans l'hypothèse d'un Transfert.

Étant précisé que :

« Transfert » signifie toute cession, apport, fusion, attribution, transmission ou autre mutation, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, à titre gratuit ou onéreux, y compris dans le cadre d'une transmission universelle de patrimoine ou d'une augmentation de capital, portant sur la propriété, la nue-propriété, l'usufruit ou tout

autre droit attaché à un titre, ainsi que toute forme de sûreté ou de garantie affectant lesdits titres, notamment tout nantissement.

#### **[•].6 Conversion sur décision des titulaires d'ADP**

Les ADP pourront être, en tout ou partie, converties sans contrepartie en Actions Ordinaires à raison d'une (1) Action Ordinaire pour une (1) ADP, avec effet à la date de la réception par la Société de la notification de la demande de conversion.

La demande de conversion devra être adressée au représentant légal de la Société par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise en mains propres contre décharge et devra préciser le nombre d'ADP dont la conversion est sollicitée, la date d'effet étant la date de la première présentation de la lettre recommandée telle qu'attestée par l'avis du transporteur ou sa date de remise en main propre. A défaut de précision sur ce nombre, la demande de conversion sera réputée porter sur la totalité des ADP dont est propriétaire le titulaire d'ADP faisant la demande de conversion.

Le Président de la société prendra acte de cette conversion et aura tous pouvoirs pour apporter les modifications subséquentes aux statuts et aux comptes titres des associés.

En outre, le Président établira un rapport conformément à l'article R. 228-20 du code de commerce lors de la constatation de la conversion, lequel donnera lieu à l'établissement par le commissaire aux comptes d'un rapport établi également au titre de l'article R. 228-20 du code de commerce, lesquels seront soumis aux mesures de publicité identiques à celles prévues au titre du rapport complémentaire en cas d'augmentation de capital et prescrites par l'article R. 225-116 du code de commerce.

Les ADP pourront être également converties en autant d'Actions Ordinaires, sur décision de l'assemblée spéciale des titulaires de la catégorie concernée par la conversion statuant à la majorité simple des voix dont disposent lesdits titulaires, présents, votant par correspondance ou représentés.

#### **[•].7 Conversion automatique**

[Les ADP seront automatiquement converties en Action Ordinaire le [•].]