

CLAUSES D'APPORT ET DISSOCIATION ENTRE LES DROITS POLITIQUES ET FINANCIERS ATTACHÉS AUX ACTIONS DE SRL

Henri CULOT

*Professeur à l'UCLouvain, professeur invité à l'USL-B,
avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

La combinaison de la suppression du capital et de la libéralisation de la SRL permet, davantage ou plus facilement qu'auparavant, d'effectuer différents types d'apports et de prévoir des droits différenciés pour les actionnaires.

On peut ainsi dissocier la propriété, le contrôle et les prérogatives financières attachées à la qualité d'actionnaire, et notamment modaliser le droit au dividende ou au boni de liquidation.

Les développements qui suivent proposent des modèles de clauses, accompagnés de brefs commentaires permettant d'en expliciter l'intérêt et les risques. Ces clauses sont purement illustratives. D'innombrables variantes sont imaginables.

Remarques générales

(1) Les dispositions qui suivent ont toutes des conséquences fiscales, qui ne sont pas abordées ici. Il est crucial, avant d'introduire une clause dans des statuts ou dans une convention d'actionnaires, d'en examiner de manière approfondie les conséquences fiscales.

LARCIER

De ce point de vue, la réforme du droit des sociétés peut être trompeuse. Si elle offre de nombreuses facultés nouvelles *sur le plan du droit des sociétés*, il n'est pas certain que ces possibilités soient nécessairement utilisables en pratique eu égard à leurs conséquences fiscales. Sans entrer ici dans une analyse même sommaire, il suffit de remarquer que l'adaptation du droit fiscal s'est généralement faite à droit constant, c'est-à-dire que les règles fiscales, dont certaines ont été pensées en fonction de l'ancien droit des sociétés, n'ont pas été modifiées sur le fond. Elles s'avèrent donc parfois imprécises ou inadaptées.

(2) Tout ce qui est licite n'est pas nécessairement opportun. Aussi, il faut parfois freiner l'enthousiasme de certains qui, enivrés par la liberté nouvelle qu'offre le CSA, vont imaginer des mécanismes trop complexes, impraticables ou incompréhensibles, autant de semences dont les fruits seront les litiges des années à venir. Parfois, le plus simple est le mieux : n'oublions pas trop rapidement les sages principes ancestraux, simples mais globalement justes et efficaces (100 € = une action = une voix), grâce auxquels le droit des sociétés a toujours (relativement bien) fonctionné.

Dans le même temps, il faut se garder de tout conservatisme de principe. Rien n'oblige de toujours faire comme on a toujours fait, et les juristes, en quête de stabilité et de sécurité, sont parfois trop timorés à cet égard. Il va de soi que les libertés nouvelles sont utiles *dans certains contextes*. Le conseil personnalisé est donc plus nécessaire que jamais.

(3) On ne propose ici que quelques clauses, mais évidemment toutes les clauses des statuts ou d'une convention d'actionnaires sont liées les unes aux autres. Il ne saurait donc être question de reprendre les clauses qui suivent sans veiller à les adapter, ou à adapter d'autres clauses des statuts ou de la convention, pour aboutir à un ensemble cohérent.

Section 1. Apport en industrie

§ 1. – Objet. Madame \$ (ci-après dénommée « l'apporteur ») effectue un apport en industrie à la société, qui l'accepte, aux conditions prévues ci-après.

L'apport consiste en des prestations de direction des activités de la société au sens large du terme (prestations de management). Dans ce cadre, l'apporteur sera notamment chargé de diriger le personnel, de développer les activités et la clientèle de la société, de négocier avec les clients et les fournisseurs et de faire toutes propositions utiles à l'organe d'administration, notamment en ce qui concerne les investissements.

Il est prévu que ces activités devraient nécessiter environ 120 heures de prestations par mois.

L'apport ne concerne pas l'exercice par l'apporteur de son mandat d'administrateur de la société ; cet exercice reste régi par les dispositions légales et statutaires applicables.

§ 2. – Prise de cours et durée. Les prestations faisant l'objet de l'apport débutent le jour de la constitution de la société et s'étendent sur une durée fixe de deux ans.

§ 3. – Modalités d'exécution

3.1. L'apport est conclu *intuitu personae* (2). L'apporteur doit exécuter ses obligations personnellement et ne peut donc les céder, ni les déléguer, en tout ou partie, à un tiers.

L'apporteur s'interdit également de céder les actions attribuées en contrepartie de son apport avant la parfaite exécution de celui-ci. (2)

3.2. La présente convention est exécutée en dehors de tout lien de subordination (3), en sorte que :

- l'apporteur exécute ses prestations en toute autonomie, tenant compte toutefois du programme défini par l'organe d'administration de la société, des délais convenus, ainsi que de la nécessaire coordination avec d'autres intervenants occupés à la réalisation des mêmes projets ;
- l'apporteur peut bénéficier, pour les travaux qui le requièrent, de l'infrastructure de la société. Il peut également, pour les travaux qui ne le requièrent pas, exécuter ses prestations dans ses propres bureaux et en faisant usage de son propre matériel. Dans ce dernier cas, il peut bénéficier du remboursement des frais exposés sur production des justificatifs, ainsi qu'il est dit au § 5 ;
- l'apporteur ne reçoit pas de la société d'autres instructions que des directives générales justifiées par les nécessités de la collaboration entre les parties et la bonne exécution des travaux confiés ; il s'engage à les respecter, étant entendu qu'il conserve la maîtrise de l'aspect créatif et organisationnel de sa mission ;
- la société veille à fournir à l'apporteur les informations techniques et autres nécessaires au bon accomplissement de sa mission ;
- le cas échéant, l'apporteur est tenu de respecter, sous sa propre responsabilité, les obligations sociales et fiscales incombant aux travailleurs indépendants (4) ;
- l'apporteur peut accepter les travaux qui lui sont confiés par des tiers. Il veille toutefois à ce que l'exécution de ces travaux ne porte

pas préjudice à l'exécution des missions confiées par la société et évite de s'engager dans toute activité concurrente à celle de la société (7) ;

- l'apporteur organise son travail comme bon lui semble dans le respect des délais impartis. En cas d'absence ou d'empêchement, il avertit la société afin qu'elle puisse prendre les dispositions nécessaires.

§ 4. – Rémunération

4.1. En contrepartie de son apport, l'apporteur reçoit 240 actions de la société. Pour les besoins de la présente convention, la valeur d'une action est fixée à 500 euros (4), conformément aux rapports établis en vertu de l'article 5:7 du Code des sociétés et des associations.

La société garantit que chacune de ces 240 actions donnera toujours droit à au moins autant de droits de vote que n'importe quelle autre action émise par la société (8).

La société garantit que chacune de ces 240 actions donnera toujours droit à au moins à une proportion du dividende et du boni de liquidation équivalente à celle à laquelle donne droit n'importe quelle autre action émise par la société (4) (8).

La société s'interdit d'émettre, sans l'accord de l'apporteur, des actions en contrepartie d'un apport d'une valeur inférieure à 500 euros par action (8).

4.2. L'apporteur reste seul redevable d'éventuelles obligations fiscales liées à son apport, notamment en ce qui concerne l'impôt des personnes physiques et la TVA (4).

4.3. Le premier jour ouvrable de chaque mois, l'apporteur établit un relevé des prestations accomplies en exécution de l'apport au cours du mois précédent et le transmet à l'organe d'administration.

§ 5. – Frais

La société supporte tous les frais et dépenses occasionnés dans l'exercice de l'activité de l'apporteur en les remboursant dans les 30 jours de la production des justificatifs.

§ 6. – Responsabilité de l'apporteur

La responsabilité de l'apporteur vis-à-vis des tiers est réglée conformément aux dispositions légales.

En cas de dommages causés par l'apporteur à la société dans l'exécution de son contrat, l'apporteur ne répond que de son manquement grave tel que défini à l'article 7.2.

§ 7. – Résolution et résiliation

7.1. L'apporteur ou la société peut, en cas de manquement grave de l'autre partie, mettre fin à la convention d'apport avec effet immédiat, sans préavis ni indemnité sans qu'une mise en demeure ou une autorisation soit requise.

7.2. Est considérée comme constituant un manquement grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'apporteur et la société. La partie qui invoque le manquement grave doit prouver la réalité de ce dernier.

7.3. En cas de résolution conformément aux §§ 7.1 et 7.2, l'apporteur peut conserver un nombre d'actions égal à dix fois le nombre de mois complets pendant lesquels la convention d'apport a été parfaitement exécutée et les autres actions attribuées à l'apporteur en contrepartie de l'apport sont annulées (4), le tout sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime du manquement grave.

7.4. En cas de décès, d'incapacité ou de toute autre cause étrangère rendant définitivement ou temporairement impossible l'exécution de ses obligations par l'apporteur, il conserve les actions attribuées en rémunération de son apport ainsi que tous les droits sociaux et patrimoniaux y relatifs (5).

7.5. En cas de résiliation du contrat par la société, pour quelque cause que ce soit à l'exception du manquement grave visé aux §§ 7.1 à 7.3, la société est tenue de payer à l'apporteur une indemnité forfaitaire de dédit égale à 5 000 euros par mois pour la période pendant laquelle la convention d'apport n'est pas parfaitement exécutée, tout mois entamé étant intégralement compté (6).

7.6. La fin de la fonction d'administrateur de l'apporteur ne met pas fin à la convention d'apport, qui vise des fonctions distinctes.

§ 8. – Clauses générales : confidentialité (éventuellement), non-concurrence (7), cession de droits intellectuels, modification du contrat, loi applicable et juridiction compétente.

Notes

- (1) Ces clauses constituent une forme de contrat entre l'apporteur et la société. On peut donc les concevoir de manière plus favorable à l'un ou à l'autre. Dans ce contexte, il faut être attentif à ce qu'il advient en cas de faillite de la société : si les clauses de l'apport sont favorables à la société, elles fonctionneront en réalité au bénéfice de ses créanciers, représentés par le curateur.
- (2) Le CSA n'interdit pas à l'apporteur en industrie de céder ses actions, même avant d'avoir accompli le travail promis. Cependant, on

peut craindre qu'il se montre moins assidu à la tâche s'il n'est plus actionnaire de la société.

On peut se demander si une telle cession d'actions tomberait dans le champ d'application de l'article 5:66, selon lequel le cessionnaire d'une action non entièrement libérée est, avec le cédant, solidairement responsable de la libération à l'égard de la société. Certains auteurs rapprochent l'apport en industrie de l'apport en jouissance(1) ; or, on considère que l'apport en jouissance est totalement libéré dès que le droit à jouissance est constitué au profit de la société, même si la jouissance elle-même n'intervient qu'avec l'écoulement du temps(2). Par identité de motifs, on pourrait considérer que l'apport en industrie est intégralement libéré dès la souscription. Dans le cas contraire, l'article 5:66 s'appliquerait : le cédant et le cessionnaire seraient solidairement responsables d'effectuer les prestations promises à la société. Ceci risquerait cependant de se heurter au caractère *intuitu personae* de l'apport en industrie, qui en est une caractéristique fréquente mais non essentielle.

- (3) Un apport en industrie effectué dans le cadre d'un contrat de travail risque d'être contraire à l'article 24 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, selon lequel « [l']employeur ne peut subordonner la conclusion d'une convention de travail à la condition, pour le travailleur, de souscrire, d'acheter ou d'échanger, sous quelque forme que ce soit, des valeurs mobilières, telles que des obligations, des actions, des parts ou participations, de verser des parts d'intérêts ou de remettre des fonds à un titre autre que celui de cautionnement du travailleur. Toute clause contraire est nulle ».
- (4) Les conséquences fiscales de l'apport en industrie ne doivent pas être sous-estimées(3). Dans le chef de l'apporteur, il faut se demander (i) si les prestations de services qu'il effectue sont soumises à la TVA (ii) si les actions qu'il reçoit en échange de ses prestations, ou leur valeur, sont constitutives d'un revenu imposable (et le cas échéant, de quel type) (iii) si elles entraînent un assujettissement à la sécurité sociale (vraisemblablement des travailleurs indépendants) et la déduction de cotisations et (iv) comment sont considérés, sur le plan fiscal et de la sécurité sociale, les revenus tirés des actions obtenues en contrepartie de l'apport en industrie (dividendes et plus-values).

(1) X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 506.

(2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 55 ; X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *op. cit.*, p. 506 et les références citées à la note 49.

(3) Sur ces différents points, R. THONET, « Les conséquences fiscales de la réforme du Code des sociétés et des associations », *Séminaire Vanham & Vanham*, 9 mai 2019, pp. 13-14.

À cet égard, le fait que les actions émises soient ou non évaluables en argent et qu'elles soient ou non attribuées de manière définitive à l'apporteur peut avoir une incidence.

Par ailleurs, il faut aussi considérer les conséquences fiscales de l'apport en industrie dans le chef de la société.

- (5) Cette clause déroge à l'article 5:10, ce qui est licite (4).
- (6) Ceci constitue une clause pénale à charge de la société. Elle a notamment vocation à s'appliquer en cas de faillite de la société, même s'il ne faut guère espérer un paiement effectif dans ce cas. L'article 1231 du Code civil pourrait s'y appliquer, ce qui la rend quelque peu précaire.
- (7) À titre supplétif, l'article 1:9, § 2, 3°, prévoit que « le débiteur d'un apport en industrie doit rendre compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée. Il ne peut faire directement ou indirectement concurrence à la société pendant toute la durée de son apport, ni développer aucune activité qui serait de nature à nuire à la société ou à réduire la valeur de son apport ».
- (8) Les droits attachés aux actions émises en contrepartie de l'apport en industrie sont fixés par les statuts. Le contrat d'apport doit fixer ces droits, mais aussi éviter que la société ne modifie ces droits par la suite au détriment de l'apporteur (5).

Les clauses proposées visent d'abord à éviter l'émission d'actions à un prix inférieur à celui « payé » par l'apporteur en industrie. Auparavant, l'article 582 du Code des sociétés prévoyait une protection particulière en cas d'émission « sous le pair comptable », ce qui reflète une préoccupation similaire, quoiqu'il n'interdit pas cette opération.

En outre, la clause introduit un mécanisme du type « actionnaire le plus favorisé », sur le modèle de la « clause de la nation la plus favorisée » bien connue en droit économique international. La société s'engage à ce que les droits de l'apporteur en industrie ne soient jamais moindres que ceux des autres actionnaires, ce qui implique l'interdiction d'accorder aux autres actionnaires des conditions plus favorables que celles accordées à l'apporteur en industrie (actions avec davantage de droits de vote ou de droits patrimoniaux). L'inverse n'est pas interdit. On peut aussi respecter la clause en s'assurant que toutes les actions jouissent des mêmes droits.

(4) X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *op. cit.*, p. 514. E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 112. Sur la caducité prévue par l'article 5:10 et les problèmes qu'elle pose, H. CULOT et O. MARESCHAL, « Les titres et leur transfert dans la SRL », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et Th. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 100-101.

(5) Voy. aussi l'art. 5:54, qui reflète une préoccupation similaire au bénéfice des titulaires d'obligations convertibles, et qui peut servir d'inspiration pour les conventions d'apport.

Section 2. Apport en numéraire sans compte spécial

[clause dans la partie « Constitution » de l'acte constitutif] Les comparants requièrent le notaire soussigné d'acter qu'ils constituent entre eux une société et de dresser les statuts d'une société à responsabilité limitée dénommée \$, ayant son siège social à \$, aux capitaux propres de départ de \$.

Les comparants déclarent souscrire en numéraire les \$ (\$) actions au prix de \$ euros (\$€) chacune, comme suit :

- par \$: à concurrence de \$ (\$) actions soit pour \$ euros (\$€) ;
- par \$: à concurrence de \$ (\$) actions soit pour \$ euros (\$€) ;
- par \$: à concurrence de \$ (\$) actions soit pour \$ euros (\$€) ;

Soit ensemble : \$ (\$) actions ou l'intégralité des apports.

Les actions souscrites ne sont pas libérées au moment de la constitution, mais les apporteurs s'engagent à libérer intégralement leur apport au plus tard le 30^e jour suivant la signature du présent acte.

Note

L'obligation d'ouvrir un compte spécial et d'y déposer les apports en numéraire ne subsiste, dans la SRL, que si ces apports doivent être libérés à la constitution (art. 5:9). Rien n'impose toutefois une libération à ce moment (art. 5:8).

Ceux qui veulent éviter d'ouvrir un compte spécial peuvent donc s'en dispenser en prévoyant que les apports en numéraire ne sont pas libérés à la constitution, mais ultérieurement.

Cela étant :

- la société doit, tôt ou tard, ouvrir un compte bancaire ;
- il peut être avisé, pour prévenir des problèmes de liquidité, pour respecter le plan financier ou pour éviter que ne subsiste dans le patrimoine des actionnaires des dettes de libération qu'ils finissent par oublier et qui resurgissent de manière très désagréable en cas de faillite, de convenir d'une libération des apports dans les semaines qui suivent la constitution de la société (6).

(6) E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, op. cit., p. 111.

Section 3. Création d'un apport statutairement indisponible

[clause dans la partie « Constitution » de l'acte constitutif] Le montant des apports en numéraire libérés lors de la constitution, soit \$ euros (\$€), est affecté à un compte d'apport statutairement indisponible, qui ne peut être rendu disponible que moyennant une modification des statuts.

[clause des statuts] **Article... Apport indisponible**

Lors de sa constitution [ou : Par décision de l'assemblée générale du \$], la société a décidé de constituer un compte d'apport indisponible à hauteur de \$ euros (\$€). Ce montant ne peut être rendu disponible que moyennant une modification des présents statuts.

Note

Il n'y a plus de capital dans les SRL et il n'est plus autorisé de prévoir, dans les statuts, un capital en tant que tel.

Il se pourrait toutefois qu'une société souhaite mettre en place un équivalent du capital ou qu'elle y soit contrainte par un de ses créanciers. Dans ce cas, elle peut prévoir que les apports ou certains d'entre eux sont statutairement indisponibles⁽⁷⁾. Cela signifie que l'apport ne peut être distribué que moyennant des conditions ou formalités particulières que les statuts déterminent. On se souvient toutefois que la distribution des apports est une distribution (comme les dividendes) et doit par conséquent satisfaire aux conditions du double test de solvabilité et de liquidité (art. 5:142 et 5:143), ce qui – indépendamment de toute disposition statutaire particulière – constitue déjà une protection non négligeable pour les créanciers.

Une solution simple consiste à inscrire dans les statuts que l'apport est indisponible, de sorte qu'il ne peut pas être distribué. Il faut donc une modification des statuts (décidée à la majorité qualifiée – art. 5:100) pour le rendre disponible ultérieurement. Les statuts pourraient aussi prévoir une ou plusieurs conditions ou formalités qui s'imposent pour distribuer l'apport : vote à une certaine majorité, avertissement ou accord préalable de certaines (catégories de) personnes, période d'attente entre la décision et le paiement, etc. À cet égard, l'ancien article 317 du Code des sociétés (réduction de capital) peut servir d'inspiration.

Le même procédé peut être appliqué à des réserves, provenant de bénéfices réalisés par la société, plutôt qu'à des apports.

(7) H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *R.D.C.*, 2018, p. 983.

Section 4. Classes d'actions avec distinction du droit au dividende et du droit au boni de liquidation

Article... Actions

En rémunération des apports, 100 actions ont été émises.

Les actions sont réparties en :

- 50 actions de classe A (4) (6), avec droit de vote, donnant droit au dividende mais non au boni de liquidation ;
- 50 actions de classe B (4) (6), avec droit de vote, donnant droit au boni de liquidation mais non au dividende (1).

Article... Répartition – réserves

Le bénéfice de l'exercice reçoit l'affectation que décide l'assemblée générale, statuant sur proposition de l'organe d'administration, pour autant que les conditions des articles 5:142 et 5:143 du Code des sociétés et des associations soient remplies.

Seules les actions de classe A confèrent un droit au dividende. En cas de distribution d'un dividende, celui-ci est réparti de manière égale entre toutes les actions de classe A.

Article... Répartition – réserves (5)

La moitié du bénéfice de l'exercice est affectée aux réserves et l'autre moitié est distribuée comme dividende aux actions de classe A, pour autant que les conditions des articles 5:142 et 5:143 du Code des sociétés et des associations soient remplies.

En cas de distribution d'un dividende, celui-ci est réparti de manière égale entre toutes les actions de classe A.

Article... Répartition de l'actif net

Après apurement de toutes les dettes, charges et frais de liquidation ou après consignation des montants nécessaires aux fins précitées, l'actif net de la liquidation est réparti comme suit :

- 1° les actions de classe A et les actions de classe B reçoivent le remboursement de la valeur conventionnelle de l'apport réellement libéré, dans la mesure où il n'a pas été remboursé antérieurement (8) (3) ;
- 2° le boni de liquidation qui subsiste après le remboursement prévu au 1° est réparti de manière égale entre toutes les actions de classe B.

(8) Formule inspirée de l'article 3:89, § 2, I, 2°, a. de l'A.R. du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 30 avril 2019, 2^e éd., p. 42246.

Notes

- (1) Le but de lucre fait partie de la définition de la société (art. 1:1). Chaque action doit donc donner droit à une forme de bénéfice patrimonial (art. 5:41, al. 1^{er}) (9), mais rien n'impose que toutes les actions confèrent les mêmes droits. « [La SRL] peut donc émettre des titres qui ne participent qu'au bénéfice et non au solde de la liquidation, ou vice versa » (10).
- (2) Les dividendes et le boni de liquidation sont deux types de distributions aux actionnaires. Les uns sont attribués au cours de l'existence de la société, le second au terme de sa liquidation. Il s'agit en quelque sorte de vases communicants : ce qui est distribué comme dividende ne peut plus l'être au moment de la liquidation. Par ailleurs, ce qui n'est pas distribué au cours de la vie de la société reste soumis au risque social et est donc susceptible de « disparaître » si la société enregistre des pertes.
Il existe encore d'autres types de distributions, même si elles sont plus indirectes, comme les acquisitions d'actions propres suivies de la destruction des actions ou les tantièmes en faveur des administrateurs.
- (3) Dans le cadre de la liquidation, il faut distinguer la restitution de l'apport, qui n'est pas un revenu, du boni de liquidation, qui constitue un surplus par rapport à ce qui a été apporté et provient donc de bénéfices réalisés par la société. Dans ce cadre, il faut également être attentif au fait que certains apports peuvent avoir été totalement libérés et d'autres pas. Les actions obtenues en contrepartie donnent en principe droit à la même part des bénéfices car, sauf disposition contraire, c'est la participation au risque qui est rémunérée et non le versement des fonds. Mais pour ce qui concerne la restitution des apports, on ne restitue que ce qui a été effectivement libéré.
- (4) La création de deux classes d'actions, donnant droit respectivement aux dividendes et au boni de liquidation doit s'accompagner d'une réflexion sur la répartition des pouvoirs. Dès lors que l'actionnaire majoritaire peut décider de distribuer des dividendes ou non, il faut être attentif à ce qu'il ne puisse pas empocher la

(9) E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, op. cit., p. 138.

(10) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, amendement n° 241 de M. Verherstraeten et consorts, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/008, p. 97 ; D. WILLERMAIN, « La société à responsabilité limitée : au-delà de la suppression du capital », *R.D.C.*, 2018, p. 992.

totalité des bénéfices et frustrer le(s) autre(s) actionnaire(s) des revenus qu'il(s) peu(ven)t légitimement attendre. Dans la clause proposée, si la société compte deux actionnaires possédant chacun la moitié des actions, aucun dividende ne pourra être distribué sans l'accord de l'actionnaire qui ne bénéficie que du boni de liquidation (ou qui bénéficie du dividende dans une proportion moindre que l'autre actionnaire). Inversement, la société ne pourra pas décider de sa dissolution sans l'accord de l'actionnaire qui peut prétendre à des dividendes. Il faudra donc que les actionnaires s'accordent.

- (5) Plutôt que de se fonder sur une décision de l'assemblée générale, on peut aussi prévoir dans les statuts que, sous réserve du respect des dispositions impératives (not. art. 5:142 et 5:143), une proportion fixe des bénéfices sera distribuée chaque année. Cette proportion constitue tant un minimum (en faveur des actions A) qu'un maximum (en faveur des actions B).
- (6) Pour que le système soit sécurisé, il faut éviter que les statuts puissent ultérieurement être modifiés sans l'accord de tous les intéressés. À cet égard, le régime prévu pour les classes d'actions est de nature à éviter les principaux abus (art. 5:48 et 5:102).

Section 5. Émission de parts bénéficiaires en SRL et clause statutaire définissant leurs droits

Article... Actions et parts bénéficiaires

La société a émis 100 actions en rémunération des apports.

En outre, la société a attribué gratuitement 20 parts bénéficiaires (1).

Article... Délibérations

Chaque action donne droit à une voix à l'assemblée générale (2).

Article... Répartition – réserves

Le bénéfice de l'exercice reçoit l'affectation que décide l'assemblée générale, statuant sur proposition de l'organe d'administration, pour autant que les conditions des articles 5:142 et 5:143 du Code des sociétés et des associations soient remplies.

Les actions et les parts bénéficiaires confèrent un droit au dividende. En cas de distribution d'un dividende, celui-ci est réparti de manière égale entre toutes les actions et toutes les parts bénéficiaires (3).

Article... Répartition de l'actif net

Après apurement de toutes les dettes, charges et frais de liquidation ou après consignation des montants nécessaires aux fins précitées, l'actif net de la liquidation est réparti comme suit :

- 1° les actions reçoivent le remboursement de la valeur conventionnelle de l'apport réellement libéré, dans la mesure où il n'a pas été remboursé antérieurement (1) ;
- 2° le boni de liquidation qui subsiste après le remboursement prévu au 1° est réparti de manière égale entre toutes les actions et toutes les parts bénéficiaires (3).

Notes

- (1) Même si cette position est controversée, nous pensons qu'une SRL peut émettre des parts bénéficiaires (11). Les indications, d'ailleurs peu cohérentes, insérées dans les travaux préparatoires ne peuvent à cet égard prévaloir sur le texte clair de l'article 5:18. Aucune disposition légale n'interdit l'émission de parts bénéficiaires dans la SRL.

Toutefois, les parts bénéficiaires ne peuvent pas avoir, en réalité, les caractéristiques d'actions. À défaut, elles seront requalifiées en actions et soumises aux règles qui s'appliquent à ces titres. Pour qu'elles ne soient pas des actions, les parts bénéficiaires ne peuvent pas être attribuées en contrepartie d'apports (art. 1:8, § 1^{er}, et 5:40). Dans l'exemple ci-dessus, les parts bénéficiaires sont attribuées à titre gratuit.

- (2) On ne peut conférer le droit de vote à ces parts bénéficiaires, car en SRL seules les actions peuvent bénéficier du droit de vote (art. 5:41, al. 2), quoique le droit de vote ne soit pas une caractéristique essentielle de l'action (art. 5:47).
- (3) Dès lors que les distributions sont décidées par les seuls titulaires d'actions, il est prudent de ne pas laisser à leur discrétion la question de la distribution aux titulaires de parts bénéficiaires. On peut imaginer un dividende privilégié (évoqué à l'article 5:47, § 2, au bénéfice des actions sans droits de vote) ou, comme dans la clause proposée ici, indiquer que les parts bénéficiaires reçoivent le même dividende et boni de liquidation que les actions. Si les actionnaires souhaitent recevoir un dividende, ils doivent donc aussi en faire bénéficier les titulaires de parts bénéficiaires.

(11) H. CULOT et O. MARESCAL, « Les titres et leur transfert dans la SRL », *op. cit.*, pp. 87-90.

- (4) À nouveau, il faut éviter que les statuts puissent être modifiés ultérieurement au détriment des titulaires de parts bénéficiaires. La difficulté est ici renforcée par la circonstance que les titulaires de parts bénéficiaires n'ont pas le droit de vote. Il se pourrait qu'ils soient par ailleurs actionnaires. On peut aussi penser à confirmer dans une convention (analogue à une convention d'actionnaires, mais qui serait ici conclue entre titulaires de différentes catégories de titres) les droits qui reviennent aux titulaires de parts bénéficiaires.

Section 6. Modalisations originales du droit de vote

Le CSA permet la création d'actions avec plusieurs droits de vote, ce qui a reçu une très large publicité. Il permet toutefois bien davantage (12). Sauf si la société est cotée, le droit de vote est en effet presque totalement libéralisé (13), de sorte qu'on peut imaginer toutes sortes de modalisations. On en propose quelques exemples ici.

Article... Délibérations

Chaque action donne droit à une voix à l'assemblée générale. Toutefois, les actions détenues par des descendants des fondateurs de la société donnent droit à deux voix.

Notes

- (1) Cette clause permet de maintenir le caractère familial de la société.
- (2) Les droits supplémentaires dépendent ici d'une caractéristique de l'actionnaire. Il ne s'agit pas de classes d'actions, car le droit supplémentaire n'est pas attaché à l'action au sens de l'article 5:48. Si l'action est vendue en dehors de la descendance des fondateurs, le droit de vote double disparaît. Inversement, si un descendant achète une action d'un vendeur qui n'est pas descendant, le droit de vote double naît (14).

(12) *Ibid.*, p. 93 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, op. cit., p. 138.

(13) Voy. toutefois art. 5:40, art. 5:41, al. 2, et 5:47.

(14) Voy. par analogie le droit de vote double dans les sociétés cotées (art. 7:53). Les actions qui, dans ce cadre, bénéficient d'un double vote principalement parce qu'elles ont été détenues par le même actionnaire pendant deux ans au moins, ne constituent pas une classe (E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, op. cit., p. 140 ; E. POTTIER, Th. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018, p. 1026).

Article... Délibérations

Chaque action donne droit à une voix à l'assemblée générale. Toutefois, si, pendant deux exercices consécutifs, la société n'a pas distribué un dividende au moins égal à 10 % du montant de l'apport, les actions qui ne sont pas détenues par des administrateurs de la société ni par des personnes qui leur sont liées (3) donnent droit à cinq voix.

Notes

- (1) Cette clause permet aux actionnaires minoritaires de prendre le pouvoir s'ils ne reçoivent pas un dividende suffisant (ce qui devrait augmenter les chances qu'ils le reçoivent). Il faut idéalement qu'elle soit accompagnée d'un mécanisme permettant à ces actionnaires minoritaires de convoquer l'assemblée générale et de fixer son ordre du jour (voy. art. 5:83).
- (2) Les droits supplémentaires dépendent ici de circonstances indépendantes de la volonté de l'actionnaire. Il ne s'agit pas de classes d'actions, car le droit supplémentaire n'est pas attaché à l'action au sens de l'article 5:48 (voy. *supra*).
- (3) Voir art. 1:20, 2°.

Article... Délibérations

À l'assemblée générale, chaque action

- de la classe A donne droit à une voix ;
- de la classe B donne droit à deux voix pour toute résolution entraînant la modification des statuts et à une voix pour toute autre résolution.

Notes

- (1) Cette clause permet de donner un pouvoir particulier à certains actionnaires lorsqu'il s'agit de prendre un type de décision particulier. C'est donc la nature de la décision à prendre qui fait varier le nombre de droits de vote.
- (2) Dans cet exemple, on est réellement face à deux classes d'actions, car les droits supplémentaires sont attachés à l'action (en l'espèce, de la classe B) et sont donc cédés avec l'action de la classe B. Les articles 5:48 et 5:102 s'appliquent.