

Sommaire

Les auteurs de la semaine

- [A la une] Cette semaine dans Lexbase Hebdo - édition affaires... Numéro Spécial loi «PACTE»

Affaires

- [Actes de colloques] «PACTE», une loi de simplification pour les entreprises

Droit financier

- [Actes de colloques] Un cadre juridique pour les levées de fonds sur la *Blockchain* au sein de la loi «PACTE»

Droit public des aff.

- [Actes de colloques] De l'*Etat-entrepreneur* à l'*Etat-protecteur*: articles 152 et 153 de la loi «PACTE»

Entreprises en difficulté

- [Actes de colloques] Le rebond des entrepreneurs et des entreprises dans la loi «PACTE»

Fiscalité des entreprises

- [Actes de colloques] La crise existentielle des sociétés : quel impact fiscal ?

Fiscalité du patrimoine

- [Actes de colloques] Les assouplissements des pactes «Dutreil transmission»

Pénal

- [Actes de colloques] L'encadrement juridique de l'expérimentation des véhicules à délégation de conduite par la loi «PACTE»

Propriété intellectuelle

- [Actes de colloques] Stimuler l'innovation par des mesures de propriété industrielle

Rémunération

- [Actes de colloques] La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises ou loi «PACTE» : vers un nouveau partage de la valeur ?

Sociétés

- [Actes de colloques] La RSE après la loi «PACTE» : quels changements de logique ?
- [Actes de colloques] Intérêt social et raison d'être des sociétés : quels contours, quels impacts ?
- [Actes de colloques] La singularité de la société à mission : approche comparatiste
- [Actes de colloques] La réforme des actions préférence par la loi «PACTE»
- [Actes de colloques] Intérêts et limites de la législation sur les parties prenantes de l'entreprise privée
- [Actes de colloques] Les fonds de pérennité : nouvelle forme de fondation au service des entreprises

[A la une] Cette semaine dans Lexbase Hebdo - édition affaires... Numéro Spécial loi «PACTE»

N° Lexbase : Ng401BXH

par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo - édition affaires
Sous la Direction de Bernard Saintourens, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Les contributions rassemblées dans ce dossier rendent compte des présentations qui ont été faites lors du colloque «Projet PACTE : un renouveau pour l'entreprise ?» organisé par le Centre de Droit des Affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole le 18 avril 2019, sous la responsabilité scientifique de Mme Marie-Pierre Blin, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole, CDA et de Mme Isabelle Desbarats, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole, CDA

Sommaire des actes du colloque «Projet PACTE : un renouveau pour l'entreprise ?»

| |
|--|
| ► Droit des affaires |
| [Actes de colloques] «PACTE», une loi de simplification pour les entreprises Par Mathilde Dols , Maître de conférences, Université de Montpellier et Claire Serlooten , Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole, CDA |
| ► Droit financier |
| [Actes de colloques] Un cadre juridique pour les levées de fonds sur la Blockchain au sein de la loi «PACTE» Par Lucas Bettoni , Maître de conférences, Institut National Universitaire Champollion, Université Toulouse 1 Capitole, CDA (EA 780) |
| ► Droit public des affaires |
| [Actes de colloques] De l'Etat-entrepreneur à l'Etat-protecteur : articles 152 et 153 de la loi «PACTE» Par Lucien Rapp , Professeur, Directeur de l'IDETCOM, Université Toulouse 1 Capitole |
| ► Droit des entreprises en difficulté |
| [Actes de colloques] Le rebond des entrepreneurs et des entreprises dans la loi «PACTE» Par Gérard Jazottes , Professeur des Universités, Toulouse 1 Capitole, CDA |
| ► Fiscalité des entreprises |
| [Actes de colloques] La crise existentielle des sociétés : quel impact fiscal ? Par Arnaud de Bissy , Professeur de droit privé, Université Toulouse 1 Capitole, Directeur adjoint du CDA |

► Fiscalité du patrimoine

[Actes de colloques] [Les assouplissements des pactes «Dutreil transmission»](#)

Par **Rachel Garcia**, Doctorante en droit fiscal, Vacataire UT1 Capitole, Juriste

► Droit pénal

[Actes de colloques] [L'encadrement juridique de l'expérimentation des véhicules à délégation de conduite par la loi «PACTE»](#)

Par **Sébastien Jambort**, Maître de conférences - HDR en Droit privé

► Droit de la propriété intellectuelle

[Actes de colloques] [Stimuler l'innovation par des mesures de propriété industrielle](#)

Par **Alexandra Mendoza-Caminade**, Professeur des Universités, Université Toulouse 1 Capitole, Directrice Master 2 Propriété intellectuelle, Vice-Présidente Relations internationales

► Rémunération

[Actes de colloques] [La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises ou loi «PACTE» : vers un nouveau partage de la valeur ?](#)

Par **Marie-Cécile Amauger-Lattes**, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole, CDA

► Droit des sociétés

[Actes de colloques] [La RSE après la loi «PACTE» : quels changements de logique ?](#)

Par **Isabelle Desbarats**, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole, CDA

[Actes de colloques] [Intérêt social et raison d'être des sociétés : quels contours, quels impacts ?](#)

Par **Arnaud Lecourt**, Maître de conférences - HDR à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur de l'IEJ, Directeur de l'Unité de Droit des Affaires (UDA / CRAJ, EA 1929)

[Actes de colloques] [La singularité de la société à mission : approche comparatiste](#)

Par **Kristina Rasolonomalaza**, Docteur en droit privé, Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université d'Aix-Marseille

[Actes de colloques] [La réforme des actions préférence par la loi «PACTE»](#)

Par **Bastien Brignon**, Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille, Membre du Centre de droit économique (EA 4224) et de l'Institut de droit des affaires (IDA), Directeur du Master professionnel Ingénierie des sociétés

[Actes de colloques] [Intérêts et limites de la législation sur les parties prenantes de l'entreprise privée](#)

Par **Guillaume Baechler**, Université Paris-Est Créteil et **Laurent Germain**, TBS,
Institut français des administrateurs IFA-Occitanie

**[Actes de colloques] Les fonds de pérennité : nouvelle forme de
fondation au service des entreprises**

Par **Camille-Marie Bénard**, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole,
CDA

[Actes de colloques] «PACTE», une loi de simplification pour les entreprises

N° Lexbase : Ng341BXA



par **Mathilde Dols, Maître de conférences, Université de Montpellier** et **Claire Serlooten, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole, CDA**

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

La simplification, c'est un peu, si vous nous le permettez, comme la série télévisée «*La petite maison dans la prairie*». On se pose à son propos trois questions : quand a-t-elle commencé sa diffusion ? Combien comporte-t-elle d'épisodes et surtout quand s'achèvera-t-elle ?

Nous avons, en effet, connu en droit un «train» de simplification avec les lois «Warsmann» [\[1\]](#), «Sapin II» [\[2\]](#) en 2016, plus récemment il y a eu l'adoption en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 mars 2019 de la proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés [\[3\]](#).

Il apparaît donc impossible de répondre aux interrogations formulées plus haut car la simplification n'est pas une fin en soi. Elle doit, en principe, servir un fond. Ici, il s'agit, comme le dit le thème dans lequel s'inscrit cette intervention, de faciliter le projet d'entreprise.

Et pour faciliter ce projet, quoi de mieux que de supprimer ce qui n'est pas essentiel dans nos textes de droit, d'une part, et, rendre moins complexe cette réglementation, d'autre part, les deux significations du verbe simplifier ?

Telle est aussi l'ambition de la loi «PACTE» [\[4\]](#). Cette ambition semble loin d'avoir survécu, au premier regard, quand on compte le nombre d'articles dont elle s'est enrichie au cours des discussions parlementaires. Néanmoins, il nous faut vérifier cela en décortiquant plus dans le détail ce texte.

Pour cela, ce sont deux éléments clefs dans la vie d'une entreprise que nous allons analyser : la création (I), dans un premier temps (Mme Serlooten) et la croissance (II), dans un second temps (Mme DOLS).

I - La création simplifiée

Concernant la création de l'entreprise, pour la simplifier, il s'agit «en même temps» d'assouplir les obligations des entrepreneurs (A) et d'alléger les démarches administratives de l'entreprise (B).

A - L'assouplissement des obligations des entrepreneurs

Pour assouplir les obligations des entrepreneurs, plusieurs mesures doivent être citées. Nous en retiendrons trois.

En premier lieu, l'**article 4** relatif à la suppression du stage obligatoire de préparation à l'installation (SPI) des artisans afin de s'inscrire au répertoire des métiers. Si cette mesure semble aller dans le sens de la simplification puisqu'elle supprime un élément, il faut quand même se demander si elle n'est pas essentielle.

Pour soutenir cette dernière position, il est principalement avancé que les artisans demeurent contraints par cette obligation alors que ce type de stage n'est que facultatif pour les commerçants. Et, l'inégalité de situation créée ne peut justifier que cette obligation perdure. Une harmonisation est donc souhaitée.

Cependant, on peut souligner deux éléments qui imposent de s'interroger sur la cohérence de cette mesure avec le contexte réglementaire actuel. D'une part, en 2014, la dispense de ce même stage pour les micro-entrepreneurs exerçant une activité artisanale a été supprimée. Il a ainsi été jugé nécessaire de conserver celui-ci pour cette catégorie d'artisans qui représentent 31 % des créations d'entreprises artisanales en 2016 [\[5\]](#). D'autre part, en 2016, dans le cadre de la loi «Sapin II», il a été refusé de supprimer cette obligation de suivi de stage et il a été précisé que toute demande de suivi devait être réalisée dans le délai d'un mois. A défaut, l'artisan était enregistré de droit au répertoire des métiers.

Il est alors légitime de se demander ce qui a pu changer entre 2016 et 2019 pour admettre aujourd'hui cette même suppression.

Il semblerait que deux arguments puissent jouer en faveur de celle-ci. D'abord, la mise en place du guichet électronique unique en 2021 [\[6\]](#), qui ne permettra plus de différencier l'enregistrement d'un type d'activité par rapport à un autre. Ensuite, en conséquence de cette mise en place, la suppression des Centres de formalités des entreprises (CFE) des chambres des métiers, auparavant destinataires de la preuve du suivi de stage.

Ainsi, si cette mesure peut s'harmoniser avec les autres qui composent la loi «PACTE», il n'est pas certain que cela soit le cas avec celles contenues dans d'autres textes récents.

Dans le même ordre d'idée de la simplification par le biais de la suppression d'une mesure, il faut citer, en deuxième lieu, celle qui est contenue dans **l'article 39** de la loi «PACTE» [\[7\]](#). Il s'agit de la suppression de l'obligation de posséder un compte bancaire dédié à l'activité professionnelle pour les micro-entrepreneurs réalisant moins de 10 000 euros de chiffres d'affaires annuel. L'obligation ne réapparaît que lorsque le seuil de 10 000 euros est dépassé pendant deux années consécutives. Deux remarques s'imposent tout de suite.

La première est que le chiffre choisi au départ dans le projet de loi était de 5 000 euros afin de correspondre au seuil fixé dans la loi de finances pour 2018 (loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 [N° Lexbase : L7952LHY](#)) pour l'exonération de la cotisation foncière minimum des entreprises [\[8\]](#). A compter du 1er janvier 2019, les entreprises dont le montant du chiffre d'affaires ou de recettes n'excède pas 5 000 euros sont exonérées de cotisation minimum. Le montant a été élevé à 10 000 euros en commission par les députés pour mieux coller aux objectifs de réduction des rigidités du régime applicable.

La seconde est que l'obligation, qui devait déjà disparaître en 2016, avait été assouplie pour décaler son impérativité d'un an à compter de la création afin de trouver un équilibre acceptable entre les positions [\[9\]](#). Ici, le décalage est encore accentué.

En pratique, la suppression pourrait paraître un élément positif puisque c'est un coût [\[10\]](#) qui a été supprimé au profit d'une majorité de micro-entrepreneurs. En effet, si le chiffre d'affaires annuels moyen des micro-entrepreneurs est de 13 553 euros en 2017 [\[11\]](#), il faut aussi savoir que 50 % des micro-entrepreneurs ont un chiffre d'affaires inférieur à 5 250 euros.

Il faut donc, là encore, vérifier si nous sommes en présence d'une contrainte essentielle qui a été supprimée, ou non, pour apprécier cette mesure. Signalons que cette suppression ne semble pas accordée à l'évolution de la réglementation actuelle applicable au micro-entrepreneur. A compter du 1er janvier 2019, tous les micro-entrepreneurs doivent obligatoirement déclarer en ligne leur chiffre d'affaires afin de payer les cotisations sociales afférentes. Jusqu'à cette date, seuls les micro-entrepreneurs ayant un chiffre d'affaires dépassant certains seuils étaient soumis à cette déclaration [\[12\]](#). Or, pour effectuer cette déclaration, cela est plus difficilement réalisable en l'absence de comptes séparés entre l'activité professionnelle et l'activité personnelle, que les micro-entrepreneurs sont, pour la plupart, des professionnels avec peu d'expérience [\[13\]](#).

De plus, il est exigé des micro-entrepreneurs de maintenir une comptabilité minimale en tenant un livre des recettes encaissées. La même question se pose de savoir comment tenir un tel livre en l'absence de compte bancaire professionnel séparé du ou des comptes personnels. Ce livre-journal des recettes professionnelles est pourtant décrit comme le véritable moyen de contrôle des activités de ces micro-entrepreneurs [\[14\]](#). On le voit, là encore, il est délicat de concilier les récentes mesures légales issues de différents textes.

Enfin, en troisième lieu, nous pouvons relever **l'article 7** [\[15\]](#), qui est venu enrichir la loi «PACTE», en commission, sous l'impulsion de l'Assemblée nationale. Il contient neuf mesures relatives à la simplification du régime de l'EIRL. Parmi ces mesures, on peut en citer deux qui sont intéressantes sur le plan patrimonial. Il s'agit, premièrement, de la possibilité offerte de choisir le statut de l'EIRL avec un patrimoine séparé même en l'absence de bien, droit, obligation ou sûreté affectés à celui-ci. Cette mesure vise à revenir sur l'interdiction posée par la Cour de cassation en 2018 d'une telle pratique [\[16\]](#). Deuxièmement, il est admis que la composition du patrimoine d'affectation, après la déclaration initiale, puisse varier par une simple inscription ou un simple retrait en comptabilité d'un bien affecté à l'activité professionnelle. Cette évolution du patrimoine d'affectation ne sera opposable aux tiers qu'à compter de la publication des comptes c'est-à-dire leur dépôt au registre dans lequel est immatriculé l'entrepreneur. Cela signifie que ce sont les documents comptables qui vont permettre d'acter cette modification du patrimoine affecté.

Ces deux mesures sont particulièrement utiles pour arriver véritablement, après des hésitations, à inscrire le statut de l'EIRL dans l'éventail des outils d'organisation d'une activité économique. Par comparaison, on peut insister sur le fait que l'obligation d'un capital minimum a aussi pratiquement disparu pour les sociétés commerciales et que le contenu de leur patrimoine est fixé par référence à leur bilan.

Ces différentes mesures sont à inscrire dans la lignée de la loi de finances pour 2019 (loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 [N° Lexbase : L6297LNK](#)) qui est venue apporter de la souplesse concernant l'option pour le régime de l'IS. Auparavant, cette option était irrévocable. A compter de 2019, il sera possible dans certaines conditions de revenir sur ce choix [\[17\]](#). On observe alors une certaine cohérence de l'ensemble de ces mesures afin de rendre le régime de l'EIRL plus attractif. Les chiffres étaient d'ailleurs décevants. Il était espéré un nombre 100 000 statuts de l'EIRL choisis à la fin 2012 [\[18\]](#). En réalité, selon les chiffres de

l'INSEE, seuls 56 940 EIRL étaient enregistrés au 31 juillet 2018. Il n'est toutefois pas certain que ces mesures suffisent à atteindre l'objectif annoncé, puisqu'il est aussi prévu dans la loi «PACTE» de supprimer l'obligation de faire évaluer les biens affectés au patrimoine professionnel d'une valeur supérieure à 30 000 euros. Cette disposition étant directement inspirée de celle applicable aux apports en nature dans les sociétés, sa disparition peut créer dans l'esprit du futur entrepreneur un flottement sur le bon comportement à adopter. Finalement, pour faire de l'EIRL le statut de droit commun pour tous les entrepreneurs individuels dès la création de leur entreprise, ne serait-il pas plus pertinent, comme le relevait le Sénat [19], de favoriser l'information de ceux-ci plutôt que la multiplication des ajustements.

Pour simplifier, nous l'avons vu, le législateur a utilisé la méthode de la suppression. Mais, il a aussi essayé d'utiliser celle qui consiste à rendre moins complexe un élément central de la création des entreprises : les démarches administratives.

B - L'allègement des démarches administratives

Pour alléger les démarches de créations d'entreprise, plusieurs mesures doivent être citées. Nous en retiendrons trois.

En premier lieu, **l'article 1er** relatif à la mise en place d'un guichet unique par voie dématérialisée dont le recours sera obligatoire pour la création mais aussi la modification ou la cessation d'une activité [20]. Il collectera l'ensemble des informations et des pièces nécessaires à la confection du dossier de formalités. De plus, il constituera l'interface directe entre les organismes destinataires et les entreprises, quels que soient l'activité, le lieu d'implantation et la forme juridique des entreprises. Cela paraît très positif sur plusieurs plans : l'identification du bon organisme interlocuteur (à la place des 1 400 CFE actuels sur le territoire national), la normalisation des informations à fournir, la diffusion facilitée des informations et des pièces justificatives et, corrélativement, une baisse des charges liées au traitement des déclarations par les organismes destinataires, l'accélération de l'accomplissement des formalités, l'attribution d'un seul numéro d'identification.

Il est même précisé, dans l'étude d'impact [21], que ce guichet unique électronique sera construit sur le fondement du téléservice «guichet-entreprises.fr» développé par le Guichet entreprises.

Et c'est peut-être de là que viendront les problèmes d'application d'une telle disposition. Il faut certainement rappeler que la mise en place d'un tel guichet électronique a commencé en 2009 avec la création d'une association Guichet entreprises regroupant les principaux réseaux de CFE. Puis, elle s'est poursuivie par la création d'un groupement d'intérêt public en 2011 qui a été remplacé en 2015 par un service à compétence nationale rattaché à la DGE (direction générale des entreprises).

Parallèlement à cette évolution institutionnelle, sur le plan pratique, depuis 2010, une mise en place progressive d'un traitement des dossiers par la voie électronique s'est produite. Elle a abouti, depuis 2013, à une création en ligne des entreprises donc totalement dématérialisée *via* la plateforme «guichet-entreprises.fr». Malgré cela, seulement 6 % des dossiers de créations sont déposés en ligne. Ils représentent 56 000 dossiers sur 930 000 annuels.

Par conséquent, il va falloir changer les habitudes de 94 % des entrepreneurs créateurs d'entreprises. Cela risque d'être délicat dans le contexte actuel de disparition des CFE. Oui, ce qui est souvent reconnu comme difficulté centrale, tant par les organismes destinataires que par les entrepreneurs, c'est la nécessité d'une plus grande information pour utiliser, sans crainte, l'outil informatique. Sans les CFE, il sera peut-être plus laborieux de trouver des réponses aux questions qu'ils se posent. C'est peut-être pour cette raison que l'Assemblée nationale a refusé la proposition du Sénat de supprimer dès le 1er janvier 2021 les CFE des CCI et qu'il a été prévu une entrée en vigueur au 1er janvier 2023 (au plus tard) avec des mesures transitoires applicables (au plus tard) au 1er janvier 2021. Il a aussi été prévu de fixer par un décret les modalités d'accompagnement et d'assistance des entreprises par les organismes consulaires et l'organisme unique. Les délais d'entrée en vigueur fixés apparaissent alors d'une durée raisonnable afin de régler ce point. Ils sont d'autant plus d'une durée raisonnable qu'il faudra aussi éclaircir un autre point important : la mise en cohérence du fait que «*le dépôt vaut déclaration auprès du destinataire dès lors que le dossier est régulier et complet à l'égard de celui-ci*» [22] alors qu'en principe, ce sont les organismes destinataires qui sont seuls habilités à se prononcer sur la régularité et sur la validité des dossiers. En pratique, la question va également se poser de savoir comment mettre en œuvre des contrôles automatiques lorsqu'un flux annuel de trois millions de formalités devra être géré.

La dématérialisation comme dispositif de simplification perçue, en deuxième lieu, dans **l'article 2** de la loi «PACTE». Il habilite le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance dans un délai de 24 mois, les mesures pour la création d'un registre dématérialisé des entreprises ayant pour objet de centraliser et de diffuser les informations les concernant. Le but est clairement d'assurer la transparence de la vie des affaires et de réduire les coûts de tenus des huit registres existants actuellement. Cela devrait, en plus, rendre moins complexes les obligations déclaratives des entrepreneurs et plus rapide leur traitement.

Indépendamment du fait qu'il est peut-être contestable de légiférer par le biais d'ordonnance, il est opportun de rappeler que le

Conseil constitutionnel, dans sa décision du 4 septembre 2018 [23], exige désormais expressément que le Gouvernement ait une idée suffisamment précise de ce qu'il entend faire lorsqu'il décide d'avoir recours à une habilitation de l'article 38 de la Constitution. Et, le contenu de cet article 2, ne ressemble pas tout à fait à une idée précise. Deux points doivent être évoqués.

Le premier peut être rapproché de ce qui était signalé précédemment en ce qui concerne l'article 1er. Il est relatif au contrôle et à la valeur des informations déclarées dans le nouveau registre. L'objectif du nouveau dispositif est de «*simplifier [...] les modalités de contrôle des informations déclarées*» [24]. La question se pose de savoir qui sera compétent pour effectuer celui-ci et quel rôle sera endossé par les anciens organismes chargés de la tenue de ces registres. Cela est d'autant plus important que cela peut conditionner la valeur juridique des informations contenues dans ce registre général. Précisément, on peut se demander si cette valeur sera identique à celle qui était donnée aux informations contenues dans le Registre du commerce et des sociétés (RCS) : opposabilité aux tiers, présomption de la qualité de commerçant pour les personnes immatriculées et attribution de la personnalité morale dès l'immatriculation.

Le second point recoupe, par ailleurs, le manque de cohérence du texte. Un doute persiste sur le fait de déterminer si le registre envisagé est un registre général regroupant des informations figurant déjà dans d'autres registres ou bien un registre unique se substituant totalement aux autres registres existants. Le vocabulaire utilisé dans le texte est «registre général» mais ensuite, il faut noter que le texte établit que «*celui-ci se substitue aux répertoires et registres d'entreprises existants*». Juste après deux exceptions capitales sont ajoutées : persisteraient le «*répertoire national des entreprises [...] tenu par l'INSEE et [l]es registres tenus par les greffiers des tribunaux de commerce*» [25]. En définitive, la position du Gouvernement est fluctuante et démontre une insuffisante préparation comme le disait le Sénat. Dans ces conditions, il paraît peu recommandé d'accorder un «blanc-seing» au Gouvernement.

Enfin, en troisième lieu, il faut citer l'article 3 de la loi «PACTE» qui rend moins complexe, grâce à la dématérialisation, l'obligation des créateurs d'entreprise de publier un avis de constitution dans un journal d'annonces légales. La finalité est d'ouvrir le dispositif d'habilitation aux services de presse en ligne alors que, jusqu'à présent, seuls les journaux imprimés pouvaient prétendre à une telle habilitation. Cela est positif dans le mouvement actuel d'utilisation des données sous la forme numérique. On peut imaginer que les futurs créateurs d'entreprise s'inscriront dans ce mouvement.

Ce tempérament s'accompagne de la possibilité pour les ministres de fixer une tarification forfaitaire et non plus à la ligne, ce qui sera source d'économie pour les entreprises. Surtout, il faut faire ressortir que l'Assemblée nationale a enrichi le texte d'une disposition remarquable. Les annonces relatives aux sanctions administratives infligées par la DGCCRF en cas de non-respect des délais de paiement dont la publication n'est plus facultative depuis 2016 pourront aussi faire l'objet d'une publication auprès d'un service de presse en ligne.

Cela est extrêmement bénéfique pour la diffusion de ce type d'annonces puisque l'on sait aujourd'hui que les retards de paiement sont responsables de nombreuses cessations d'activités. Les créateurs d'entreprises seront, de cette manière, plus avertis sur leurs partenaires et quoi de mieux qu'un climat de confiance pour augmenter le nombre de créations d'entreprises.

Pour conclure, on pourrait peut-être répéter au législateur et au Gouvernement que la vraie simplification du projet d'entreprise passe, en priorité, par une bonne mise en cohérence des dispositions éparées de notre réglementation. Et je pense que Charles Ingalls, le bon père de famille dans la série «*La Petite maison dans la prairie*», ne dirait pas le contraire.

Je vous propose, à présent, de poursuivre cette réflexion sur l'objectif de simplification de la loi «PACTE» en nous intéressant aux dispositions relatives à la vie des entreprises.

II - La vie simplifiée de l'entreprise

Pour simplifier la vie de l'entreprise, le législateur a utilisé plusieurs méthodes telles que la déréglementation par la suppression de certaines obligations, le toilettage par la suppression de textes inusités, l'harmonisation ou l'articulation des textes. Si certaines simplifications résultent directement de la loi «PACTE», d'autres seront adoptées par le Gouvernement par voie d'ordonnance de l'article 38 de la Constitution ou par décret.

Les mesures de simplification relatives à la vie de l'entreprise, qu'elles soient immédiates ou en devenir, touchent, d'une part, au développement de l'entreprise à travers son financement (A) et, d'autre part, à sa gestion (B).

A - La simplification du financement des entreprises par la réforme du droit des sûretés

Clé du développement de l'entreprise, son financement peut s'opérer sur fonds propres ou par recours au crédit. L'octroi de garanties simples et efficaces en facilite l'accès.

L'ordonnance du 23 mars 2006 (ordonnance n° 2006-346 [N° Lexbase : L8127HHH](#)) avait apporté de nombreuses simplifications au droit des sûretés, les objectifs poursuivis ayant été d'améliorer la lisibilité, l'efficacité et l'équilibre des intérêts en présence [\[26\]](#). Mais, au grand dam des praticiens et de la doctrine, le Gouvernement n'avait pas été autorisé à légiférer par voie d'ordonnance en matière de cautionnement et de privilèges [\[27\]](#). Bien que la fiducie-sûreté ait été adoptée par un texte spécial en 2007 [\[28\]](#), la réforme du droit des sûretés, initialement conçue comme une réforme d'ensemble, a laissé un goût d'inachevé. De plus, en 13 ans, la jurisprudence et la doctrine ont mis en exergue certaines insuffisances du droit positif, notamment l'articulation entre les régimes spéciaux et de droit commun.

L'association Henri Capitant, à la demande du Gouvernement, a établi un avant-projet de réforme du droit des sûretés [\[29\]](#) afin de remédier à ces insuffisances. La loi «PACTE» apporte certaines solutions et habilite le Gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance.

Les articles 61 et 62 de la loi «PACTE» apportent une simplification notable en matière de privilèges du Trésor, des Douanes et de la Sécurité sociale. L'article 60 habilite le Gouvernement à réformer le droit des sûretés. Des simplifications sont à espérer bien que des oublis soient à déplorer.

En premier lieu, les articles 61 et 62 de la loi modifient le délai d'inscription des privilèges du Trésor [\[30\]](#), des Douanes [\[31\]](#) et de la Sécurité sociale [\[32\]](#) en vue de leur opposabilité aux procédures collectives. Par exemple, l'article 1929 quater du CGI ([N° Lexbase : L3186IG4](#)) prévoyait une inscription obligatoire au terme du délai de 9 mois qui suit la première majoration pour défaut de paiement ou l'émission d'un titre exécutoire. Désormais, ces créances publiques doivent être inscrites lorsqu'elles dépassent un certain seuil fixé par décret «*au terme de chaque semestre civil*». L'abandon d'un décompte glissant au bénéfice d'un décompte fixe simplifie considérablement le travail des comptables public [\[33\]](#).

En deuxième lieu, l'article 60 de la loi «PACTE» habilite le Gouvernement à réformer largement le droit des sûretés par voie d'ordonnance dans les 24 mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi et fait de la simplification de la matière son premier objectif [\[34\]](#). C'est une chance d'achever la réforme des sûretés entreprise en 2006 et d'améliorer le dispositif en vigueur. Quatre points essentiels sont à retenir.

Premièrement, l'article [\[35\]](#) autorise le Gouvernement à «*réformer le droit du cautionnement afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité tout en assurant la protection de la caution personne physique*».

Parallèlement aux dispositions du Code civil, le cautionnement accordé par une personne physique peut être soumis aux articles L. 314-15 ([N° Lexbase : L1204K7Q](#)) et suivants du Code de la consommation s'il est donné en garantie d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier, ou aux articles L. 331-1 ([N° Lexbase : L1165K7B](#)) et suivants du même code s'il est octroyé au bénéfice d'un créancier professionnel. En outre, il est aussi soumis à des dispositions spécifiques du Code monétaire et financier.

Leurs régimes se caractérisent par la sanction de la disproportion manifeste [\[36\]](#), par une obligation d'information annuelle [\[37\]](#) et du premier incident de paiement [\[38\]](#) et par l'apposition de mentions manuscrites obligatoires ou «pages d'écriture» strictement définies et sévèrement sanctionnées [\[39\]](#). La question est source d'un contentieux très abondant. Depuis le 1er janvier 2018, la Cour de cassation a rendu une quarantaine d'arrêts sur ce point.

L'habilitation ouvre la possibilité de mettre fin à cette complexité et à l'empilement des textes. L'avant-projet de réforme présenté par l'association Henri Capitant œuvre en ce sens. Il propose d'abroger ces textes spéciaux et d'insérer dans le Code civil des dispositions spécifiques au cautionnement octroyé par une personne physique : la mention manuscrite, la proportionnalité de l'engagement et les obligations d'information [\[40\]](#).

Cette solution semble opportune car, sans déréglementer la matière et sacrifier la protection de la caution personne physique, elle améliorerait la lisibilité du droit de cautionnement et referait du Code civil le siège de la matière [\[41\]](#).

L'ordonnance serait aussi l'occasion de traiter d'autres points comme le devoir d'information du créancier professionnel ou l'opposabilité des exceptions.

Deuxièmement, l'article 60 I. 2° autorise le Gouvernement à «*supprimer les privilèges devenus obsolètes*». L'habilitation semble

s'étendre aux privilèges généraux et spéciaux, mobiliers ou immobiliers. Pourraient par exemple être abrogés le privilège de «*la créance de la victime d'un accident, allocations dues aux ouvriers, créances des caisses de compensation*» obsolète depuis la création de la Sécurité sociale ou le privilège de l'hôtelier.

En outre, l'article 60 I 4° et 5° habilite le Gouvernement à «*abroger les sûretés mobilières spéciales tombées en désuétude ou inutiles pour les soumettre au droit commun du gage*» et «*à simplifier et moderniser les règles relatives aux sûretés mobilières spéciales dans le Code civil, le Code de commerce et le Code monétaire et financier*». D'une part, le Gouvernement semble autorisé à supprimer les sûretés réelles mobilières spéciales inusitées ou dont le régime ne recèle pas de véritable spécificité par rapport aux régimes de droit commun comme le warrant de stocks de guerre ou le gage de stocks de l'article L. 527-1 du Code de commerce ([N° Lexbase : L2773LBC](#)). D'autre part, l'habilitation justifierait l'abrogation de certains régimes spéciaux et l'intégration de leurs spécificités dans le Code civil. Conformément à l'avant-projet, le gage commercial pourrait être abrogé. Sa réalisation simplifiée, sa spécificité [\[42\]](#), pourrait intégrer le Code civil et être étendue à tous les gages conclus entre professionnels [\[43\]](#). La solution est intéressante en ce qu'elle rationalise les textes et tire toutes les conséquences de la définition large du gage et du nantissement de droit commun [\[44\]](#).

Toutefois, afin que la réflexion soit complète et les mesures de simplification efficaces, il semble nécessaire, pour chaque sûreté réelle mobilière spéciale, de s'interroger sur l'opportunité du maintien du régime spécial dédié. De plus, il conviendrait, pour simplifier l'application des textes et améliorer leur lisibilité, d'adopter des mesures d'articulation entre les régimes spéciaux et généraux.

Troisièmement, l'article 60, I, 6° autorise le Gouvernement à «*harmoniser et simplifier les règles de publicité des sûretés mobilières*». L'instauration d'un registre de publicité des sûretés réelles mobilières est un vœu formulé depuis longtemps par la doctrine et la pratique. Il sera peut-être cette fois exaucé.

De plus, le 13° de l'article prévoit une autorisation à «*moderniser les règles du Code civil relatives à la conclusion par voie électronique des actes sous seing privé relatifs à des sûretés réelles ou personnelles afin d'en faciliter l'utilisation*». Inséré par voie d'amendement [\[45\]](#), il permettrait de simplifier l'établissement de l'écrit, y compris lorsque des mentions manuscrites sont requises, et de mettre le droit des sûretés en phase avec le droit des contrats [\[46\]](#), qui prévoit une équivalence des écrits papiers et électroniques [\[47\]](#).

Quatrièmement, l'article 60, I, 14° habilite le Gouvernement à «*simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du Code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives*». Les mesures viseront «*notamment*» l'adaptation des cas de nullités de la période suspecte, le sort réservé au garant personne physique, l'adoption de règles incitant les nouveaux apports en trésorerie au bénéfice du débiteur pendant la procédure ou en plan de sauvegarde ou de redressement.

L'objectif de simplification est louable mais les enjeux sont complexes, les intérêts à concilier nombreux (les créanciers, le débiteurs, les clients, les salariés...). L'adoption de solutions simples n'est «*souvent que mirage*» [\[48\]](#) et il semble nécessaire d'adopter des solutions d'articulation qui recherchent l'équilibre des intérêts en présence [\[49\]](#).

L'opportunité des points visés est discutée, spécialement le sort du garant personne physique [\[50\]](#). L'adoption d'une solution unique à toutes procédures serait simple mais elle aboutirait à nier les différences entre les procédures. Notons que l'article impose d'améliorer «*la cohérence*» des règles, pas de les aligner.

De même, la généralisation de l'attribution judiciaire en propriété à toutes les sûretés conventionnelles fondées sur un droit de préférence lors de l'ouverture d'une liquidation judiciaire [\[51\]](#) serait source de simplification. Ces sûretés seraient soumises à une règle unique mais son opportunité et ses effets sont très critiquables [\[52\]](#).

Le Gouvernement a lancé une consultation auprès des universitaires et des praticiens sur les points de réforme envisagés. Le débat n'est pas clos. La future ordonnance pourrait contenir les simplifications espérées sans toutefois tomber dans des solutions simplistes.

En troisième lieu, force est de constater que certains espoirs sont d'ores et déjà déçus.

L'article 80 de loi «PACTE» instaure aux articles L. 522-37-1 et suivants du Code monétaire et financier un gage sur «*des*

marchandises représentées par un reçu d'entreposage». Le reçu, pouvant être l'assiette d'une garantie financière (C. mon. fin., art. L. 211-38 [N° Lexbase : L7532LBL](#)), le créancier est alors soustrait à la discipline collective du débiteur [\[53\]](#). On est loin de la simplification souhaitée par la loi d'habilitation.

De plus, certaines propositions de l'avant-projet étaient de véritables simplifications et auraient permis d'améliorer la compréhension et la lisibilité du droit des sûretés. Pourtant, la loi d'habilitation ne les reprend pas. Il en va ainsi du retour à la dénomination «antichrèse» pour le «gage immobilier» [\[54\]](#) ou de l'insertion d'un chapitre préliminaire au livre IV du Code civil relatif aux dispositions générales et aux principes qui régissent la matière.

De surcroît, l'article 60 ne contient aucune habilitation à modifier les dispositions relatives aux différents droits de rétention attachés aux gages, le droit de rétention effectif, le droit de rétention fictif attaché au gage de droit commun sans dépossession (C. civ., art. 2286, 4° [N° Lexbase : L2439IBX](#)) et les droits de rétention fictifs attachés à certains gages spéciaux comme le gage de véhicule automobile. Ils devraient être maintenus.

A côté des mesures visant à simplifier le droit des sûretés, la loi «PACTE» contient des mesures simplifiant la gestion de l'entreprise

B - La simplification de la gestion de l'entreprise

Trois mesures ont pour objectif de simplifier la gestion de l'entreprise : la modification des seuils d'effectif en matière de Sécurité sociale, le relèvement des seuils rendant obligatoire la certification des comptes et la radiation automatique de l'entrepreneur individuel en cas d'inactivité.

La taille de l'entreprise détermine les obligations de l'employeur. L'[étude d'impact](#) montre que les PME sont soumises à 199 obligations réparties sur 49 seuils aux modes de calcul hétérogènes [\[55\]](#), ce qui est une source évidente de complexité pour le chef d'entreprise et pourrait constituer un frein à l'embauche [\[56\]](#). Une simplification s'imposait.

Pour parvenir à ce dessein, la loi «PACTE» fait œuvre de pédagogie en instaurant un chapitre préliminaire «*Décompte et déclaration des effectifs*» au titre III du livre I du Code de la Sécurité sociale. La loi recherche une simplification en actionnant trois leviers uniquement relatifs aux seuils [\[57\]](#).

D'abord, l'article L. 130-1 nouveau du CSS harmonise les règles de décompte des effectifs pour l'ensemble des dispositions du code et des textes y renvoyant. En principe [\[58\]](#), l'effectif comptabilisé est «*l'effectif salarié annuel*» correspondant «*à la moyenne du nombre de personnes employées au cours de chacun des mois de l'année civile précédente*». De plus, pour l'année «*n*», «*l'année de création du premier emploi salarié titulaire d'un contrat de travail dans l'entreprise*», est comptabilisé «*l'effectif présent le dernier jour du mois au cours duquel a été réalisée cette première embauche*».

Toutefois, la loi n'indique ni les catégories d'effectifs considérés, ni comment elles sont calculées. Un décret doit être adopté en ce sens, pour une entrée en vigueur du texte au plus tard le 1er janvier 2020.

Ensuite, la loi recentre les seuils autour de 11, 50 et 250 salariés. Les seuils quasi identiques sont harmonisés. Par exemple, est soumise à immatriculation au répertoire des métiers [\[59\]](#), une personne physique ou morale qui emploie «*moins de 11 salariés*» et non «*pas plus de 10 salariés*». Il s'agit là d'une véritable simplification.

Le seuil de 20 salariés est relevé à 50. Ainsi, le versement de la cotisation visant le financement de l'allocation de logement par les entreprises devient obligatoire pour toute entreprise qui emploie non plus 20 mais «*au moins 50 salariés*» [\[60\]](#). De même, le seuil de 200 salariés disparaît au profit de celui de 250 salariés. Ainsi, la mise à disposition d'un local syndical devient donc obligatoire si l'entreprise dépasse le seuil de 250 salariés et non de 200 salariés [\[61\]](#). Ces modifications simplifient le droit positif mais elles aboutissent à soustraire les employeurs à certaines obligations et peuvent créer un manque à gagner pour les organismes sociaux bénéficiaires des cotisations attachées à ces seuils [\[62\]](#).

Enfin, le législateur souhaite atténuer les effets de seuils [63]. L'entreprise est soumise à l'obligation attachée au franchissement de seuil si celui-ci est durable, le seuil devant être «*atteint ou dépassé pendant cinq années civiles consécutives*» [64]. En cas de diminution des effectifs pendant une année, le décompte repart à zéro à compter du nouveau franchissement de seuil. Un tel dispositif permet, par exemple, de soustraire à l'obligation née du dépassement de seuil, l'entreprise qui embaucherait des salariés pour faire face à une commande importante. Mais, les durées choisies semblent amener l'entreprise qui tutoie ces seuils à se soustraire complètement aux obligations liées à l'élévation de ses effectifs [65]. Des difficultés se poseront vraisemblablement en matière de contrôle des franchissements de seuils. Les décomptes ne seront peut-être pas aussi simples qu'il n'y paraît.

En deuxième lieu, à la suite d'une consultation publique, le Gouvernement a souligné que le recours à la certification obligatoire des comptes constituait un frein pour les entreprises.

A ce jour, la certification des comptes sociaux est obligatoire pour les SA et les SCA et pour les SARL, les SNC ou les SCS qui dépassent deux des trois seuils suivants : un total de bilan de 1,5 million d'euros, un chiffre d'affaires hors taxe de 6,1 millions d'euros et 50 salariés. Quant aux SAS, les seuils sont un total de bilan de 1 million d'euros, un chiffre d'affaire hors taxe de 2 millions d'euros et 20 salariés.

La loi nouvelle maintient le recours facultatif à la certification des comptes mais harmonise les seuils de certification obligatoire pour toutes les formes sociales et les relève au niveau des seuils européens [66] (un bilan supérieur ou égal à 4 millions d'euros, un chiffre d'affaires hors taxe supérieur ou égal à 8 millions d'euros et un effectif supérieur à 50 salariés). L'entrée en vigueur est soumise à l'adoption d'un décret avant le 1er septembre 2019 (NDLR : le décret a été publié au JORF du 26 mai 2019 : décret n° 2019-514 du 24 mai 2019 L3628LQG). La mesure s'appliquera à compter de la clôture de l'exercice de l'entrée en vigueur de la loi et en dehors des mandats en cours qui iront à leur terme.

Suscitant une économie moyenne annuelle de 5 511 euros [67], cette mesure en supprimant une obligation de l'entreprise, est aussi une simplification. Mais elle aboutit à une dérèglementation inopportune. Qui informera les associés et actionnaires, le parquet, le CSE ? Qui exercera l'alerte ? En l'absence de commissaire aux comptes, personne.

En dernier lieu, l'article 38 de la loi «PACTE» prévoit une modification du dispositif de radiation automatique du régime de Sécurité sociale du travailleur indépendant. Depuis le 1er janvier 2018, l'article L. 613-4 du CSS (N° Lexbase : L8739LH7) dispose qu' «*à défaut de chiffre d'affaires ou de recettes ou de déclaration de chiffre d'affaires ou de revenus au cours d'une période d'au moins deux années civiles consécutives, un travailleur indépendant est présumé ne plus exercer d'activité professionnelle justifiant son affiliation à la Sécurité sociale*». L'organisme de Sécurité sociale peut prononcer la radiation.

L'article 38 améliore le dispositif en prévoyant des radiations «en chaîne». Désormais, la radiation de l'affiliation à la Sécurité sociale d'un entrepreneur individuel n'entraîne plus seulement l'information des organismes et administrations chargés de la tenue des registres professionnels dont relève l'entrepreneur [68] (par ex., le RCS ou le RDM), mais la radiation de plein droit de ces registres. La simplification est ici notable.

L'information automatique des organismes et administrations chargés de la tenue des registres professionnels est étendue aux travailleurs indépendants non entrepreneurs individuels, comme le gérant majoritaire d'une SARL. Ils sont donc alertés par l'organisme à l'origine de la radiation, des probables difficultés financières que rencontre le travailleur indépendant et en cas d'exploitation sous la forme sociétaire, la société.

Conclusion : la loi «PACTE» propose de nombreuses mesures de simplification relatives à la création, à la gestion et au développement de l'entreprise. Si certaines mesures sont bienvenues, d'autres sont déjà regrettables ou sources d'interrogations. Constitueront-elles de véritables simplifications ? Auront-elles des effets secondaires néfastes ? L'avenir nous le dira.

[1] Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (N° Lexbase : L2893LQg), JORF du 18 mai 2011, texte n° 1 ; loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (N° Lexbase : L5099LISN), JORF du 23 mars 2012, texte n° 1.

[2] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (N° Lexbase : L6482LBP), JORF du 10 décembre 2016, texte n° 2.

[3] Proposition de loi n° 759, adoptée par le Sénat de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, le 8

mars 2018.

[4] Le texte a été adopté en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 11 avril 2019. Il a fait l'objet de trois recours devant le Conseil constitutionnel. Une décision a été rendue le 16 mai 2019 (Cons. const., décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 [N° Lexbase : A4734ZBX](#)) et ne concerne aucun des articles cités dans ces lignes.

[5] Ces chiffres sont issus d'une [étude](#) de l'INSEE sur l'économie française datant de 2018.

[6] Cette mesure est prévue par l'article 1er de la loi «PACTE», v. *infra*.

[7] Article 12, selon la numérotation précédant le texte définitif.

[8] V. [étude d'impact](#), § 3.2, p. 163.

[9] Article 127 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[10] Environ 240 euros par an pour un compte professionnel, 60 à 96 euros pour un compte non professionnel, v. [rapport](#) n° 254 du 17 janvier 2019, p. 147.

[11] Selon l'étude annuelle de l'Agence centrale des organismes de Sécurité sociale (Acos), la fédération nationale des Urssaf.

[12] 20 700 euros pour les pour les activités de commerce et de fourniture d'hébergement (hôtels, chambres d'hôtes, meublés de tourisme) ; 8 300 euros pour les prestations de service et les professions libérales relevant des BNC ou des BIC.

[13] Selon une étude de l'INSEE de septembre 2017, cinq ans après leur immatriculation du 1er semestre 2010, 23 % des micro-entrepreneurs étaient toujours actifs en 2015.

[14] V. étude d'impact, § 2.1.3, p. 162.

[15] Article 5 ter, selon la numérotation précédant le texte définitif.

[16] Cass. com., 7 février 2018, n° 16-24.481, FS-P+B+I ([N° Lexbase : A6715XCP](#)), Bull. civ. IV, n° 179 ; Dalloz actualité, 9 février 2018, obs. A. Lienhard ; D., 2018, 594, obs. A. Lienhard, note S. Tisseyre ; *ibid.*, 1829, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; Rev. sociétés, 2018, 311, note G. Grundeler ; JCP éd. E, 2018, n° 1276, note Ch. Lebel ; JCP éd. G, 2018, n° 279, note J.-D. Pellier ; LPA, 16 mars 2018, obs. V. Legrand ; Bull. Joly Sociétés, 2018, 226, obs. B. Saintourens ; P.-M. Le Corre, Lexbase, éd. aff., 2018, n° 544 ([N° Lexbase : N2963BXZ](#)).

[17] Selon l'article 50 de la loi de finances pour 2019 (loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018, de finances pour 2019 [N° Lexbase : L6297LNK](#)), il est désormais possible de renoncer à l'option pour l'IS au titre des cinq premières années. En revanche, cette renonciation présente, elle aussi, un caractère irrévocable, de sorte qu'il n'est plus possible d'opter à nouveau pour l'IS. Les sociétés souhaitant renoncer à l'option doivent, pour ce faire, notifier leur choix à l'Administration avant la fin du mois précédant la date limite de versement du premier acompte d'impôt sur les sociétés du cinquième exercice suivant celui au titre duquel l'option a été exercée, qui dépend de la date de clôture de l'exercice. Une fois passé ce délai, l'option pour l'IS devient irrévocable.

[18] V. Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), [étude d'impact](#), § 4.5, p. 17.

[19] Un amendement avait été déposé en ce sens, mais a été ensuite supprimé par l'Assemblée nationale.

[20] Sauf pour les professions réglementées.

[21] V. étude d'impact, § 4.2.2, p. 31.

[22] Article 1er, I, 2°.

[23] Cons. const., décision n° 2018-769 DC, du 4 septembre 2018 ([N° Lexbase : A3185X3D](#)).

[24] Article 2, I, 2°.

[25] Article 2, I, 1°.

[26] Rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF du 24 mars 2006.

[27] D. Legeais, *La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer*, in Etudes offertes au doyen Ph. Smiler, D., 2006, p. 367 ; Ph. Simler, *Dispositions générales du livre IV nouveau du code civil*, Dossier commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G, suppl. 10 mai 2006, p. 5 ; M. Grimaldi, *Orientations générales de la réforme*, in Dossier Rapport «Grimaldi», Pour une réforme globale du droit des sûretés, Dr. & patr., septembre 2005, p. 51

[28] Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 ([N° Lexbase : L4511HUM](#)), JORF du 21 février 2007 et ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ([N° Lexbase : L6939ICY](#))

[29] **Avant-projet** de réforme du droit des sûretés, M. Grimaldi et *alii*, *Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés*, D., 2017, p. 1717 ; G. Piette et D. Nemtchenko, *L'avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Lexbase, éd. aff., 2018, n° 540 (**N° Lexbase : N2475BXX**).

[30] CGI, art. 1929 quater (**N° Lexbase : L3186IG4**).

[31] C. douanes, art. 379 bis (**N° Lexbase : L4992ICU**).

[32] CSS, art. L. 243-5 (**N° Lexbase : L3150IQQ**).

[33] CE, avis, 14 juin 2018, n° 394599 et 395021, spéc. n° 30.

[34] Suivent le renforcement de l'efficacité et assurer un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants (art. 60, al 1er).

[35] Article 60, I, 1°.

[36] C. consom., art. L. 314-18 (**N° Lexbase : L1201K7M**), L. 332-1 (**N° Lexbase : L1162K78**) et L. 343-4 (**N° Lexbase : L1103K7Y**).

[37] C. mon. et fin., art. L. 313-22 (**N° Lexbase : L7564LBR**) ; C. civ., art. 2293 (**N° Lexbase : L1122HIE**) ; C. consom., art. L. 333-2 (**N° Lexbase : L1160K74**) et L. 343-6 (**N° Lexbase : L1101K7W**).

[38] C. consom., art. L. 314-17 (**N° Lexbase : L1202K7N**), L. 333-1 (**N° Lexbase : L1161K77**) et L. 343-5 (**N° Lexbase : L1102K7X**).

[39] La mention manuscrite relative à l'engagement de caution est prescrite à peine de nullité et l'absence de la mention relative à l'engagement solidaire fait dégénérer celui-ci en cautionnement simple.

[40] Avant-projet, *op.cit.* : C. civ. art. 2301 pour la sanction de la disproportion manifeste ; C. civ., art. 2303 et 2304 pour les obligations d'information ; C. civ. art. 2298 pour la mention manuscrite. A. Gouëzel, L. Bougerol, *Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification*, D., 2018, p. 678.

[41] D. Arlie, *La place du code civil au regard de la spécialisation du cautionnement*, RJDA, décembre 2018, n° 12, p. 1033, spéc. n° 57 et 58.

[42] C. com., art. L. 521-3 (**N° Lexbase : L7990IQY**).

[43] Avant-projet, *op. cit.* : C. civ., art. 2346.

[44] Un bien ou un ensemble de biens meubles corporels (pour le gage) ou incorporels (pour le nantissement) présents ou futurs (C. civ., art. 2333 **N° Lexbase : L1160HIS** et 2355 **N° Lexbase : L1182HIM**)

[45] Amendement n° 2584.

[46] Y. Blandin, *De la réforme du droit des sûretés par l'Assemblée Nationale du projet de loi PACTE*, D. Actualité, 24 octobre 2018.

[47] C. civ., art. 1175 (**N° Lexbase : L7344LPP**).

[48] Ph. Roussel Galle, *Rapport introductif. Enjeux et perspectives*, dossier 19 Procédures collectives et sûretés réelles : à la recherche d'équilibres et d'articulations, Rev. proc. coll., juillet-août 2018, n° 4, p. 4.

[49] Ph. Roussel Galle, *op. cit.*, p. 2 et 3.

[50] Y. Blandin, *op. cit.*

[51] Avant-projet, *op. cit.*, C. com., art. L. 643-1.

[52] F. Macorig-Vernier, *L'avant-projet de réformes des sûretés de l'Association Henri Capitant et les modifications apportées au livre VI du Code de commerce*, Bull. Joly Entrep. en diff., janvier 2018, n° 115, p. 10 ; M.-H. Monsérié-Bon, *Quid des garanties réelles et du plan de cession ?*, dossier 19 Procédures collectives et sûretés réelles : à la recherche d'équilibres et d'articulations, Rev. proc. coll., juillet-août 2018.

[53] N. Borga, *Le projet de loi PACTE et les titres d'entreposage : nouvelle entorse à la discipline collective ?*, Bull. Joly Entrep. en diff., janvier 2019, n° 116, p. 8 spéc. n° 10.

[54] Avant-projet, *op. cit.* C. civ., art. 2388 ; l'antichrèse avait été rebaptisée «gage immobilier» par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (**N° Lexbase : L1612IEG**).

[55] P. Lokiec, *Coup de griffe sur les seuils sociaux*, Dr. Social, 2019, n° 6, p. 6.

[56] *Contra* : P. Lokiec, *ibidem.* ; Ch. Willmann, *Décompte des effectifs, nouveaux seuils : avancer pour mieux reculer*, Dr social, 2019, p. 10, spéc. n° 48. Voir aussi N. Ceci-Renaud et P.-A. Chevallier, *Les seuils de 10, 20 et 50 salariés : un impact limité sur la*

taille des entreprises françaises, Insee analyses, décembre 2011, n° 2.

[57] Pour une critique et une prise en considération de la taille de l'entreprise voir P. Lokiec, *op. cit. loc. cit.*

[58] «Par dérogation au premier alinéa du présent I, pour l'application de la tarification au titre du risque 'accidents du travail et maladies professionnelles', l'effectif pris en compte est celui de la dernière année connue» (CSS, art. L. 130-1, nouv.)

[59] Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996, relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, art. 19, nouv..

[60] CSS, art. L. 834-1, nouv..

[61] C. trav., art. L. 2142-8, nouv..

[62] CE, avis, 14 juin 2018, n° 394599 et 395021, spéc. n° 16.

[63] Etude d'impact.

[64] CSS, art. L. 130-1, II, nouv..

[65] P. Lokiec, *op. cit.*, n° 6, p. 6.

[66] R. Mortier, S. de Vendeuil, B. Zabala, *Loi PACTE et droit des sociétés*, JCP éd. E, n° 17, 25 avril 2019, 281, p. 9. Directive 2013/34 du 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents ([N° Lexbase : L9453IXE](#)). Elle prévoit que les Etats peuvent adopter des seuils plus bas ou plus élevés dans la limite d'un total de bilan de 6 millions d'euros et d'un chiffre d'affaires hors taxe de 12 millions d'euros.

[67] IGF, *La certification légale des comptes des petites entreprises françaises*, n° 2017-M-088, mars 2018.

[68] CSS, art. L. 613-4 ([N° Lexbase : L0574LCA](#)), version instituée par la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 ([N° Lexbase : L9288LBM](#)), modifié par la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017, relative au financement de la Sécurité sociale pour 2018 ([N° Lexbase : L7951LHX](#)) ; Memento Pratique Social, Francis Lefebvre, 2019, n° 799800.

[Actes de colloques] Un cadre juridique pour les levées de fonds sur la *Blockchain* au sein de la loi «PACTE»

N° Lexbase : N9336BX3



par Lucas Bettoni, Maître de conférences, Institut National Universitaire Champollion, Université Toulouse 1 Capitole, CDA (EA 780)

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

NRLR : L'auteur signale que le style oral de l'intervention a largement été conservé.

Une des applications les plus connues actuellement de la technologie de la *blockchain* [1] est celle de la crypto-monnaie ou monnaie virtuelle, dont le *Bitcoin* constitue la variété la plus célèbre [2].

Créées à la suite de la crise financière de 2008, à un moment où la confiance dans les banques centrales était largement entamée, les monnaies électroniques se sont développées en dehors de tout contrôle des Etats et de leurs réglementations. N'ayant d'autre valeur que celle qui leur est attribuée par les utilisateurs, leur cours par rapport à l'euro et aux autres devises étatiques est déterminé sur des plateformes d'échange, par les investisseurs qui les achètent ou les cèdent.

Parmi les utilisations qui peuvent en être faites, la monnaie électronique peut servir à financer des projets innovants portés par des jeunes entreprises novatrices dans le secteur des technologies, que l'on connaît sous le nom de *start-up*.

Apparaissant comme l'une des méthodes de financement des entreprises les plus innovantes et originales de ces dernières années, l'*Initial Coin Offering* -offre au public de jetons en français et désigné le plus souvent par l'acronyme «ICO»- constitue un mode de levée de fonds qui utilise la technologie de la *blockchain* [3].

Un porteur de projet va créer et céder des *tokens* -jetons en français- à des investisseurs en contrepartie de leurs apports en crypto-monnaies. Pouvant donner à leurs détenteurs des droits divers, ainsi que nous le verrons ci-après, ces jetons ont vocation à être utilisés ou revendus, si possible avec une importante plus-value, grâce au procédé de la *blockchain*.

Les offres au public de jetons connaissent un succès grandissant. Ainsi, en 2017, environ quatre milliards de dollars ont été levés dans le monde au moyen de ce procédé. Pour l'année 2018, ce total s'est élevé à plus de quatorze milliards de dollars. Si la France reste encore à la traîne par rapport à des pays comme les Etats-Unis, la Russie ou même le Royaume-Unis en Europe, les levées de fonds réalisées ont tout de même permis aux entreprises françaises de récolter 99 millions d'euros pour les trois premiers trimestres de l'année 2018 [4].

Comment expliquer l'engouement pour les offres publiques de jetons ?

Du côté des investisseurs, le phénomène de hausse des crypto-monnaies a conduit les détenteurs de ces actifs à financer de plus en plus de projets. Il faut bien en effet que ces avoirs en monnaies virtuelles, qui n'ont aucune réalité matérielle, servent à quelque chose.

Du côté des émetteurs, le fort développement de ces opérations s'explique certainement par la facilité avec laquelle il est possible de lever des fonds *via* les crypto-monnaies, si l'on compare avec le régime de l'offre au public de titres financiers. C'est en effet parce que ce procédé légal est long, contraignant et coûteux pour une *start-up* ou même une PME que les offres au public de jetons électroniques se sont développées.

La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises institue un cadre juridique pour l'offre au public de jetons. Il s'agira, dans un premier temps, de s'interroger sur les principaux motifs justifiant l'adoption d'un tel cadre pour les levées de fonds effectuées grâce aux crypto-monnaies (I). De sorte que nous serons mieux à même de comprendre et d'apprécier, dans un deuxième temps, le contenu de cette réglementation (II). Mais un tel dispositif juridique ne pourra remplir efficacement son office qu'à la condition d'être complété, notamment par un régime fiscal et comptable attractifs, et soutenu par une régulation à l'échelle internationale. C'est dire qu'il nous faudra, dans un troisième et dernier temps, aller au-delà de ce cadre légal (III).

I - Les motifs de l'adoption d'un cadre juridique

Les enjeux inhérents à l'adoption d'un cadre juridique des levées de fonds effectuées sur la chaîne de blocs sont doubles : protéger les investisseurs, d'une part ; lutter contre les pratiques frauduleuses auxquelles ces mêmes investisseurs peuvent se prêter, d'autre part.

Pour les investisseurs, répondre à une offre publique de jetons peut présenter un risque. Certes, comme n'importe quelle opération financière. Mais sans doute que ce risque est particulièrement élevé dans la mesure où la levée de fonds sert à financer des projets innovants dont le succès commercial est à ce stade bien incertain. C'est d'ailleurs ce niveau élevé de risque qui justifie le fort rendement des jetons.

A ce risque financier, s'ajoute un risque d'ordre technique alimenté par la complexité de la technologie. Ainsi que l'a relevé l'Autorité des marchés financiers (ci-après AMF) en effet, le risque de cyberattaque, concernant principalement les plateformes d'échanges de crypto-monnaies ou de jetons numériques, ou de fraude sur l'identité de l'émetteur des jetons peut entraîner un risque significatif de perte pour les investisseurs. En janvier 2018 par exemple, pas moins de 500 millions de dollars en monnaies virtuelles ont été subtilisés par des pirates informatiques depuis une plateforme d'échange domiciliée au Japon.

Enfin, compte tenu du quasi-anonymat qui règne dans l'univers de la *blockchain*, il y a un risque élevé de dissimulation de la provenance des fonds de la part des investisseurs et donc de blanchiment d'argent sale et de financement d'activités illégales.

L'ensemble de ces risques a conduit certains pays à prendre des mesures radicales contre les opérations de financement réalisées sur la *blockchain* :

- soit en les bannissant purement et simplement de leur territoire, comme c'est le cas de la Chine et de la Corée ;
- soit en assimilant les offres de jetons à des offres de titres financiers, et ce même si elles n'en présentent pas les caractéristiques ; c'est la solution retenue jusqu'à présent par les Etats-Unis et l'Allemagne [\[5\]](#).

Une solution alternative consiste à mettre en place un régime juridique *ad hoc* pour les offres de jetons qui se veut à la fois incitatif et sécurisant pour les acteurs du monde numérique.

Telle est précisément la voie que le législateur français a souhaité emprunter avec la loi «PACTE».

II - La présentation du cadre juridique institué par la loi «PACTE»

Au moment de présenter son projet de loi en juin 2018, le ministre de l'Economie, Bruno Le Maire, soulignait la nécessité pour la France de se doter d'un cadre législatif attractif et pragmatique, mais sans complaisance, pour les émissions de jetons numériques. L'ambition clairement avouée étant de faire de l'Hexagone le «leader européen de la Blockchain» [\[6\]](#).

C'est dans le but de trouver un équilibre entre innovation et sécurité que la loi «PACTE» intègre au sein du Code monétaire et financier les nouveaux articles L. 552-1 à L. 552-7.

Les deux premiers articles bornent utilement le domaine *ratione materiae* du nouveau dispositif.

Le futur article L. 552-1 du CMF exclut ainsi du champ de la réglementation les offres de jetons régies par les livres Ier à IV de ce code. Ce faisant, le législateur opère une distinction entre :

- les jetons qui revêtent les caractéristiques des instruments financiers et qui restent soumis au régime de l'offre au public de titres financiers contenu dans le livre IV ;
- et les autres jetons, que l'on peut qualifier d'ordinaires, et qui seront soumis au nouveau régime.

Les jetons sont ensuite définis par le nouvel article L. 552-2 comme «*tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien*».

On peut ainsi faire observer que cette définition est particulièrement englobante. En effet, ces jetons représentent des droits, mais sans que l'objet ou la nature de ceux-ci ne soient précisés par le législateur.

A cet égard, l'AMF avait établi une distinction intéressante entre, d'une part, les *tokens* dits d'usage qui octroient un droit d'usage à leur détenteur en leur permettant d'utiliser la technologie et les services distribués par les émetteurs et, d'autre part, les *security tokens* qui ont pour objet d'octroyer à leur détenteur des droits financiers ou des droits de vote [7].

En définitive, seuls les jetons qui offrent un droit sur les résultats de l'entreprise (partage des dividendes et du *boni* de liquidation) et des droits politiques, ou un droit à obtenir le remboursement des sommes prêtées échappent à la loi «PACTE» dans la mesure où la qualification qui s'impose est celle de titre de capital (actions) ou de titre de créance (obligations) et que le régime à appliquer est celui des titres financiers.

Pour le reste, la définition donnée aux jetons permet d'attirer dans la nouvelle réglementation des jetons conférant des droits divers et variés comme :

- un droit de vote ou de gouvernance en tant que participants au réseau décentralisé ;
- un droit à bénéficier d'un tarif réduit ;
- un préachat de biens ou services offerts par une *start-up* ;
- ou plus simplement, en cas de succès du projet financier, le droit de percevoir des profits et de réaliser des plus-values lors des cessions de jetons [8].

Quant à la réglementation proprement dite de ces offres publiques de jetons, elle se résume en deux règles : le visa de l'AMF d'abord, et le droit au compte ensuite.

Dans le souci de rassurer les investisseurs, le futur article L. 552-4 du Code monétaire et financier prévoit que, préalablement à toute offre au public de jetons, les émetteurs pourront solliciter un visa de l'AMF en lui remettant un document d'information présentant «*un contenu exact, clair et non trompeur et permettant de comprendre les risques afférents à l'offre*».

Contrairement ainsi au régime de l'offre publique de titres financiers, le régime mis en place pour l'émission de jetons repose sur le volontariat. Il est donc parfaitement loisible à un émetteur de jetons de ne pas demander l'obtention d'un visa.

L'autorité de régulation saisie d'une demande de visa sera alors en mesure de vérifier si l'offre envisagée présente les garanties de transparence, de sérieux et de loyauté exigées d'une offre destinée au public. En somme, c'est une manière pour elle de séparer le bon grain de l'ivraie.

Le texte précise aussi que l'AMF doit veiller à ce que l'émetteur des jetons soit constitué sous la forme d'une personne morale établie ou immatriculée en France.

Mais alors pourquoi réserver ce label aux seules sociétés françaises ? Un auteur a avancé deux explications [\[9\]](#) :

- la première, c'est que l'AMF n'a pas vocation, ni les moyens de devenir le gendarme du monde en matière d'émission de jetons ;

- la seconde raison est d'inciter les concepteurs de projets étrangers à implanter leur société en France. Même si juridiquement parlant, le visa n'a d'effet que sur le territoire national, il constitue un précieux sésame pour tout émetteur qui pourrait se targuer d'avoir obtenu un tel label de la part de l'un des régulateurs les plus sérieux au monde.

Il est en outre prévu dans la loi «PACTE» que les souscripteurs devront être informés des résultats de l'offre et, le cas échéant, de l'organisation d'un marché secondaire des jetons, c'est-à-dire en pratique la mise en place d'une plateforme d'échange des jetons, selon des modalités qu'il appartiendra au règlement général de l'AMF de préciser ultérieurement.

Le droit au compte est la seconde mesure phare de la loi «PACTE» en matière d'émission de jetons. On connaissait déjà le droit au compte qui permet à des personnes en situation de fragilité financière de bénéficier des services bancaires de base [\[10\]](#). Voici désormais consacré un droit au compte au profit des émetteurs de jetons ayant obtenu le visa de l'AMF et des prestataires de services sur actifs numériques, tels que les plates-formes de négociation où s'échangent les jetons et les crypto-monnaies.

Concernant ce droit au compte, on retiendra, premièrement, que les établissements de crédit seront tenus de mettre en place des règles objectives, non discriminatoires et proportionnées pour régir l'accès à ces personnes aux services de compte de dépôt et de paiement qu'ils tiennent.

On relèvera, deuxièmement, que la Caisse des dépôts et consignations sera chargée de fournir elle-même ces services aux porteurs de projet bénéficiant du visa de l'AMF qui auront auparavant essuyé des refus d'ouverture de compte de la part d'établissements de crédit trop prudents.

Cette garantie paraît bienvenue, tant les banques privées françaises sont encore réticentes à accorder leurs services aux acteurs de l'économie numérique.

III - Par-delà le cadre juridique institué par la loi «PACTE»

Fruit d'un savant équilibre entre impératifs de sécurité et de souplesse, le cadre juridique des levées de fonds *via* les crypto-monnaies instauré par la loi «PACTE» ne saurait se suffire à lui-même.

C'est ainsi que l'AMF devra détailler le régime de l'offre publique de jetons numériques dans son règlement général et qu'un décret d'application devra déterminer les contours exacts du droit au compte, notamment en précisant les voies et délais de recours en cas de refus d'ouverture d'un compte bancaire de la part des établissements de crédit.

Surtout, la régulation incitative posée par la loi «PACTE» ne pourra produire ses résultats que si une fiscalité attractive lui est associée. Si le régime fiscal des jetons est trop lourd par rapport aux pays voisins, il sera difficile de convaincre les porteurs de projet de s'établir en France. Et il en va évidemment de même des investisseurs. On sait en effet que la fiscalité, avec la sécurité juridique, est un élément décisif dans la décision d'investissement. C'est dans une optique de compétitivité que la loi de finances pour 2019 (loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 [N° Lexbase : L6297LNK](#)) a inséré au sein du Code général des impôts un article 150 VH bis ([N° Lexbase : L8898LNU](#)) qui soumet les plus-values réalisées lors de cessions occasionnelles de crypto-monnaies ou de jetons numériques à l'impôt sur le revenu au taux forfaitaire de 12,8 %, avec un abattement de 305 euros.

Du surcroît, il importe de déterminer un cadre comptable adéquat pour ces actifs numériques. Un règlement de l'Autorité des normes comptables datant du 10 décembre 2010 va dans ce sens [\[11\]](#).

Au-delà encore, et afin d'éviter que les émetteurs de jetons se livrent à une sorte de *forum shopping* en se plaçant sous l'égide

de la législation nationale la plus permissive, il faudrait qu'une coopération entre pays voit le jour pour faire émerger des standards internationaux.

Finalement, on peut se demander si, pour un Etat comme la France, la réglementation de l'économie digitale n'est pas une vaine entreprise sans une régulation internationale avec des règles communes en surplomb.

En bref, et comme l'a souligné fort justement une députée, co-rapporteur de la mission d'information blockchain à l'Assemblée nationale, la loi «PACTE» ne constitue que «*la première brique de régulation de la blockchain et des cryptomonnaies*» [\[12\]](#).

[\[1\]](#) Au sein d'une littérature désormais abondante, v. not. M. Mekki, *Les mystères de la Blockchain*, D., 2017, p. 2160 et s. ; H. de Vauplane, *La blockchain et le droit*, JCP éd. E, 2016, 1480 ; N. Binctin, *Quelle place pour la blockchain en droit français ?*, *Propriété intellectuelle*, 2017/65, p. 19 et s. ; F. Marmoz (sous la dir. de), *Blockchain et droit*, Dalloz, coll. «thèmes et commentaires», 2019 ; D. Legeais, *Blockchain*, J.-Cl. Commercial, fasc. 534, 2018.

[\[2\]](#) V. G. Marain, *Le bitcoin à l'épreuve de la monnaie*, *AJ contrat*, 2017, p. 522 et s..

[\[3\]](#) V. dossier «Les Initial Coin Offerin (ICO)», Th. Bonneau (sous la dir. de), *Bull. Joly Bourse*, mai 2018, n° 117n1, p. 176 et s. ; A.-S. Choné-Grimaldi, *Les contraintes du droit des obligations sur les opérations d'ICO*, D., 2018, p. 1171 et s..

[\[4\]](#) AMF, *ICO françaises : un nouveau mode de financement ?*, [étude](#), novembre 2018, spéc. p. 2.

[\[5\]](#) Cf. H. de Vauplane, *Pourquoi faut-il réguler les ICO ?*, *RTDF*, 2018, n° 1, p. 68 et s., spéc. p. 69.

[\[6\]](#) Discours devant l'Assemblée nationale lors de l'examen de l'article 26 du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises.

[\[7\]](#) AMF, [synthèse](#) des réponses à la consultation publique portant sur les Initial Coin Offerings (ICO) et point d'étape sur le programme «UNICORN», 22 février 2018, spéc. p. 3.

[\[8\]](#) Sur les différents types de *tokens*, v. H. de Vauplane, *Qu'est-ce qu'un token utilitaire ?*, *RTDF*, 2018, n° 1, p. 66 et s..

[\[9\]](#) H. de Vauplane, *Pourquoi faut-il réguler les ICO ?*, *op. cit.*, p. 70.

[\[10\]](#) C. mon. fin., art. L. 312-1 ([N° Lexbase : L9624LGK](#)).

[\[11\]](#) ANC, règlement n° 2018-07 du 10 décembre 2018, modifiant le règlement ANC n° 2014-03 du 5 juin 2014 ([N° Lexbase : X5258A37](#)).

[\[12\]](#) L. de La Raudière, discours devant l'Assemblée nationale lors de l'adoption définitive de la loi «PACTE».

[Actes de colloques] De l'*Etat-entrepreneur* à l'*Etat-protecteur* : articles 152 et 153 de la loi «PACTE»

N° Lexbase : Ng356BXS



par **Lucien Rapp, Professeur, Directeur de l'IDETCOM, Université Toulouse 1 Capitole**

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises adopté par l'Assemblée nationale en lecture définitive, le 11 avril 2019, et publié au Journal officiel du 23 mai 2019, présente deux particularités notables pour les publicistes. La première est liée à son objet qui finit par absorber le texte qui le porte. Il s'agit bien d'un Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises («PACTE»), dont l'ambition dépasse la forme législative du texte par lequel il a été adopté, en un renversement de situations d'autant plus marquant qu'il a pour conséquence de substituer un masculin ([le «PACTE»](#)) au féminin ([la loi «PACTE»](#)). A une époque où l'on cherche à corriger l'injustice faite aux femmes par des siècles de domination masculine, jusqu'à la révision de la langue, nul doute que ce résultat ne laissera susciter le débat...

La deuxième particularité du texte tient à sa portée. Le «PACTE» constitue assurément une étape de l'évolution récente du *Colbertisme à la française*. Elle n'est certes pas la seule et s'inscrit dans un contexte réglementaire, notamment marqué par deux autres textes d'égale importance : le décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018, relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable ([N° Lexbase : L0384LNK](#)) [1] et le Règlement (UE) n° 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019, établissant un cadre pour le filtrage des investissements étrangers dans l'Union européenne ([N° Lexbase : L6646LPT](#)) [2].

Longtemps, le rôle de l'Etat dans l'économie française s'est limité à celui d'un entrepreneur de biens ou de services. L'*Etat-entrepreneur* se confondait avec les entreprises du secteur public. Ces dernières étaient articulées autour de leurs deux formes juridiques traditionnelles : les établissements publics industriels et commerciaux et les sociétés commerciales. La première était celle de personnes morales de droit public correspondant aux grands services publics nationaux, généralement monopolistiques (l'eau, l'énergie, les transports, les communications). Les secondes, personnes morales de droit privé à participation publique exclusive, majoritaire ou même minoritaire, étaient issues d'opérations de nationalisations ou de regroupements d'entreprises au sein du secteur public. L'Etat y maintenait sa présence au capital pour des raisons principalement politiques, liées à la conduite d'une stratégie industrielle ou financière ou à la mise en place de laboratoires sociaux [3].

Les vagues de privatisations de la fin des années 80 et surtout du début de la décennie 2000 ont eu raison d'une partie des sociétés nationales ou d'économie mixte qui, pour beaucoup d'entre elles, étaient déjà gagnées par un mouvement de financiarisation. Il allait transformer le secteur public.

Au cours des années 80, les entreprises publiques avaient créé de nombreuses filiales, s'étaient pour beaucoup d'entre elles constituées en *holding* d'Etat, gérant et contrôlant un portefeuille de participations financières, avaient formé de puissants groupes publics. C'était à l'Etat de se transformer à son tour. Il le fit au détour du siècle. D'entrepreneur, il devint investisseur. Une agence des participations de l'Etat fût créée. La Caisse des dépôts et consignations (CDC) devint un investisseur institutionnel de long terme au service de l'Etat. Un véhicule financier de prise de participations minoritaires fût mis en place à la manière d'un fonds souverain, le Fonds stratégique d'investissement. Le tout fit enfin l'objet au cours des dernières années, de mesures de réorganisation avec la création d'une banque publique d'investissement, la BPI, aujourd'hui structurée autour de ses trois pôles : BPI Financement (ex-OSEO), BPI Investissement (ex-FSI) et BPI Export (ex-COFACE) [4]. Tel est aujourd'hui l'*Etat-investisseur*.

Depuis quelques mois et en dépit des réserves émises par la Cour de justice de l'Union européenne sur la garantie implicite de l'Etat [5], la forme juridique de l'établissement public revient en force à la faveur d'opérations de réorganisation d'anciens

services publics monopolistiques qu'il faut désormais soutenir pour leur permettre de lutter à armes égales contre des concurrents nationaux et étrangers. La SNCF ou EDF, après avoir été des sociétés commerciales, sont redevenues ou s'approprient à redevenir des établissements publics faitiers, gérant et contrôlant des participations financières dans des sociétés portant leurs infrastructures, désormais accessibles aux tiers ou fournissant des services commerciaux sur un marché concurrentiel.

C'est une façon de les aider à se reconstruire dans le respect des règles de concurrence, tout comme l'Etat ne peut se désintéresser d'entreprises privées, exerçant dans des secteurs stratégiques pour l'économie nationale et qui pourraient être la cible d'investisseurs étrangers. Jadis, il en devenait actionnaire, en les nationalisant comme il le fit en 1982. Aujourd'hui, il est respectueux du marché et agit de manière plus subtile, qui le conduit à chercher un nouvel équilibre entre sa participation au capital d'une entreprise et son rôle de régulateur de ses activités.

Voici donc venu le temps de l'*Etat-protecteur*, aux côtés de ceux de l'*Etat-entrepreneur* et de l'*Etat-investisseur*. A l'*entreprise à participation publique* [6] est substituée l'*entreprise stratégique*, comme la revendication d'une souveraineté économique ou financière s'ajoute dans le discours public, à celle de la souveraineté politique.

L'originalité de ce colbertisme-là vient de ce qu'il est construit sur un paradoxe : le domaine d'action de l'*Etat-protecteur* n'a plus de limite, toute entreprise privée étant susceptible de faire l'objet de mesures de protection selon les nécessités de la conjoncture politique, économique ou financière, mais les moyens d'action de l'Etat se sont simplifiés.

Ils sont de deux types : le contrôle des investissements étrangers et l'action spécifique.

Sans surprise, la loi «PACTE» intervient sur ces deux instruments juridiques qu'elle renforce, sous un chapitre intitulé de manière significative : «*Protéger nos entreprises stratégiques*» pour donner à l'*Etat-protecteur*, les moyens de sa politique.

I - «PACTE» et régime des investissements étrangers

Le premier des devoirs de l'*Etat-protecteur*, c'est d'empêcher que des entreprises nationales privées évoluant dans des secteurs stratégiques pour l'économie du pays, soient victimes de prédatations de la part d'investisseurs étrangers. Or, cette éventualité est loin d'être hypothétique dans une économie globale, organisée en un vaste marché ouvert et concurrentiel sur lequel le principe dominant est celui de la libre circulation des capitaux. Et le danger est d'autant plus réel que le prédateur est lui-même une entreprise d'Etat ou un fonds souverain relevant d'un système politique très hiérarchisé, vertébré par un parti dominant.

Bien souvent, la cible est un groupe privé disposant de brevets, d'un savoir-faire, de capacités uniques, auxquels l'Etat n'est peut-être pas étranger, qu'il ait accompagné, voire suggéré la restructuration qui l'a créée, favorisé son émergence, par ses aides ou ses outils d'incubation, possédé tout ou partie de son capital social, ultérieurement privatisé. Ce groupe évolue désormais hors du contrôle de l'Etat. Il en devient vulnérable. Quels que soient son degré d'ouverture au capital étranger ou ses engagements internationaux, l'Etat ne peut se résoudre à le laisser passer sous contrôle étranger et qui sait à terme, découpé à l'encan, au prix d'une destruction nette d'emplois, d'une érosion de bases fiscales, d'une évaporation de matière grise.

C'est pourquoi dès 2005 [7], sous couvert de «*patriotisme économique*», et sans remettre en cause pour autant, le principe posé à l'article L. 151-1 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L9840DY4) selon lequel les relations financières entre la France et l'étranger sont libres, le Gouvernement a entrepris de définir une liste de secteurs dits sensibles dans lesquels il soumet à son autorisation les investissements étrangers en France. Le décret dit «Villepin» du 30 décembre 2005 définit tout à la fois les opérations soumises à autorisation et les investisseurs étrangers qui y sont assujettis. Il s'autorise des dispositions du Traité de l'Union européenne [8] et du Code monétaire et financier qui les reprend [9] et qui prévoit la possibilité pour le Gouvernement de soumettre à son autorisation les opérations et les secteurs dans lesquelles elles sont conduites, susceptibles de «*porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique et aux intérêts de la défense nationale*» Cette liste a été complétée et singulièrement élargie par le décret du 14 mai 2014 [10], plus connu sous la dénomination de décret «Montebourg» ou encore décret «Alstom». Pris en effet dans le contexte d'une opération sensible concernant le groupe Alstom, ce décret étend le champ de l'autorisation préalable aux secteurs réglementés de l'énergie, des transports et des communications électroniques.

Le décret du 29 novembre 2018 complète ce dispositif, en intégrant une nouvelle liste de secteurs stratégiques, à commencer par le secteur spatial.

Le contrôle des investissements étrangers en France s'est à ce point institutionnalisé qu'au motif de simplification des formalités des entreprises, un décret du 10 mai 2017 [\[11\]](#) a supprimé, dans l'intervalle, la procédure de déclaration administrative qui précédait, alternativement au mécanisme de l'autorisation préalable, au profit d'une déclaration de réalisation. Elle permet à la direction du Trésor d'être informée des opérations conduites par des investisseurs étrangers sur le territoire français et de pouvoir réagir [\[12\]](#).

Encore était-il nécessaire de donner au ministre de l'Economie et des Finances, au-delà de la nécessité de son autorisation, les moyens de contraindre l'investisseur étranger qui refuse de s'y soumettre à son respect

L'article 152 de la loi «PACTE» complète ce dispositif, en renforçant les prérogatives du ministre. Il introduit dans la partie législative du Code monétaire et financier deux nouveaux articles : les articles L. 153-3-1 et L. 153-3-2.

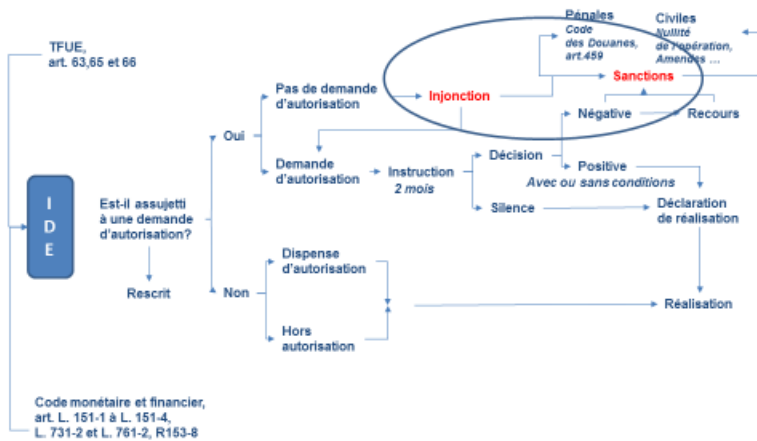
L'article L. 153-3-1 «muscle» selon la terminologie utilisée lors de la présentation du texte de la loi à la presse, le pouvoir d'injonction du ministre à l'égard d'un investisseur étranger assujéti au régime d'autorisation et qui ne s'est pas rapproché de la direction du Trésor, comme il le devait. Ce pouvoir lui permet désormais de le contraindre au dépôt d'une demande formelle d'autorisation, sous astreinte, de faire rétablir à ses frais la situation antérieure ou de modifier son investissement.

Ce pouvoir d'injonction est d'autant plus efficace qu'il est assorti de la possibilité pour le ministre de prendre toute une série de décisions nouvelles dans l'intérêt national, parmi lesquelles la faculté de :

- suspendre les droits de vote attachés à la fraction des parts sociales acquises par l'investisseur direct étranger ;
- interdire la distribution des dividendes qui y correspondent ;
- suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition des titres détenus ;
- désigner un mandataire ad hoc chargé de veiller au sein de l'entreprise-cible à la protection des intérêts nationaux.

L'article L. 153-3-2 renforce les sanctions qui peuvent être prononcées, en cas de réalisation d'une opération sans autorisation préalable, d'obtention d'une autorisation préalable par fraude, de manquement aux conditions d'une autorisation assortie d'obligations ou de non-respect d'une injonction. Ces infractions sont passibles d'une amende dont le montant peut atteindre la plus forte des trois sommes qui suivent : le double du montant de l'investissement irrégulier, 10 % du chiffre d'affaires hors taxe annuel de l'investisseur ou du groupe auquel il appartient ou 5 millions d'euros (s'il s'agit d'une personne morale) / 1 million d'euros (s'il s'agit d'une personne physique). Ces sanctions viennent s'ajouter aux sanctions pénales telles que prévues par le Code des douanes (C. douanes, art. 459 [N° Lexbase : L5759IRQ](#)) et surtout aux sanctions civiles, à commencer par la nullité de l'opération d'investissement réalisée sans autorisation.

Le tableau reproduit ci-dessous retrace la procédure d'autorisation telle que prévue par le Code monétaire et financier et met en évidence le caractère central des dispositions qui précèdent relatives au pouvoir d'injonction et de sanction désormais reconnues au ministre chargé de l'Economie et des finances.



Ce renforcement des pouvoirs du ministre compétent s'inscrit désormais dans un contexte institutionnel en cours de transformation.

A la faveur de la loi «PACTE», le Parlement français a retrouvé droit de cité dans le régime de contrôle des investissements étrangers puisque ce texte fait obligation au Gouvernement de transmettre chaque année aux présidents des commissions chargées des affaires économiques et aux rapporteurs généraux des commissions chargées des finances de chaque assemblée, un rapport portant sur l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation, ainsi qu'en matière de contrôle des investissements étrangers dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 151-3. Ce rapport est documenté. Il comporte

«1° Une description de l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation, notamment des mesures prises en matière de sécurité économique et de protection des entreprises stratégiques, des objectifs poursuivis, des actions déployées et des résultats obtenus ;

« 2° Des informations relatives à la procédure d'autorisation préalable des investissements étrangers dans une activité en France, comprenant notamment des éléments détaillés relatifs au nombre de demandes d'autorisation préalables adressées au ministre chargé de l'économie, de refus d'autorisation, d'opérations autorisées, d'opérations autorisées assorties de conditions», ainsi que tous éléments relatifs à l'exercice par le ministre de son pouvoir de sanction.

Les présidents des commissions chargées des affaires économiques et les rapporteurs généraux des commissions chargées des finances de chaque assemblée peuvent en retour conjointement entendre les ministres compétents, le commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économiques et les directeurs des administrations centrales concernées, accompagnés des collaborateurs de leur choix, dans leurs champs de compétences respectifs. Ils peuvent encore procéder à toutes investigations, sur pièces et sur place, de l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des investissements étrangers en France.

Plus encore, les dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers seront dès la fin de l'année 2020, renforcés par un mécanisme de filtrage des investissements étrangers dans l'Union européenne. Ce mécanisme résulte d'un Règlement européen adopté le 14 février 2019 (Règlement (UE) n° 2019/452 du 19 mars 2019 **N° Lexbase : L6646LPT**). Avec ce Règlement, le droit européen s'enrichit d'une définition de l'investissement direct étranger (art. 1er), qui lui faisait défaut : *«les investissements de toute nature auxquels procède un investisseur étranger et qui visent à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un Etat membre, y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique»*. Cette définition insiste sur les deux caractères de l'investissement direct étranger qui le distinguent de l'investissement de portefeuille, à but généralement spéculatif : son caractère durable et l'intention de l'investisseur de participer aux organes de gouvernance et/ou à la gestion de la société-cible. Le cadre juridique pour les dispositifs de filtrage nationaux ou européens comporte désormais une énumération des quatre facteurs qui peuvent être pris en considération par les Etats : infrastructures critiques, technologies critiques, sécurité et approvisionnement en intrants essentiels, accès à des informations sensibles (art. 4). Le nouveau Règlement européen impose

quelques éléments de procédure susceptibles de donner des garanties aux investisseurs étrangers qui y sont soumis (art. 6) : objectivité, transparence, non-discrimination, faculté de recours contre les décisions des autorités nationales de contrôle. Le cadre qu'il fixe inclut également l'obligation faite aux Etats qui ont mis en place des dispositifs de filtrage d'en notifier l'existence à la Commission et de lui adresser un rapport annuel sur son application (art. 7). Un dispositif de coopération entre Etats membres (art. 8) vise à assurer la circulation de l'information entre les Etats membres, en faisant naître l'obligation pour l'Etat qui déclenche son dispositif national de filtrage d'en informer la Commission, dans un délai de 5 jours ouvrables à compter du début du filtrage et en mettant en place des procédures d'information, d'intervention ou d'assistance mutuelles, par exemple de l'Etat qui s'estime concerné par les décisions de celui qui a déclenché sa procédure de contrôle national pour que le premier puisse faire connaître ses propres observations au second ou encore de la Commission elle-même pour les investissements qu'elle estime susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public d'un ou de plusieurs Etats membres. Enfin la Commission elle-même est investie de compétence pour filtrer les investissements susceptibles de porter atteinte à des projets ou des programmes présentant un intérêt pour l'Union (art. 9). Il s'agit d'un dispositif original qui ne dépossède pas les Etats de leurs pouvoirs de contrôle respectifs sur le fondement de leurs dispositifs nationaux et reste sans équivalent avec eux. Il confère seulement à la Commission la faculté d'émettre un avis à l'Etat dans lequel l'investissement direct étranger est prévu ou a été réalisé. Cet avis lui est communiqué «dans un délai raisonnable», indique le texte de l'article 9 du Règlement, et au plus tard 25 jours ouvrables après réception de la part de l'Etat hôte de l'investissement des informations qui lui ont été demandées par la Commission pour émettre son avis.

II - «PACTE» et régime de l'action spécifique

Une *entreprise stratégique* ne se reconnaît pas seulement au secteur d'activité dans lequel elle évolue et qui justifie un régime d'autorisation des opérations d'investissement dont elle peut faire l'objet de la part d'investisseurs étrangers. Elle peut être une entreprise à participation publique, dans laquelle l'Etat n'est plus qu'un actionnaire minoritaire, bien souvent en deçà de la minorité de blocage. Il fût un temps où même actionnaire minoritaire, l'Etat pouvait revendiquer le bénéfice d'actions de préférence à droits de vote double ou parfois triple. Ce temps est révolu : l'Etat entend se comporter comme un actionnaire ordinaire et quand il l'oublierait, le droit de la concurrence qui lui est applicable, est là pour le lui rappeler.

Protéger une entreprise dont on n'est plus qu'un actionnaire minoritaire peut dès lors se révéler une gageure, si l'on souhaite exercer ses prérogatives dans le respect des règles du marché. L'Etat ne peut oublier que s'il en est désengagé, en cédant tout ou partie de ses actions, l'activité de l'entreprise dont il s'agit est à ce point importante pour la souveraineté nationale, qu'elle a justifié à un moment de son histoire, sa présence majoritaire -sinon exclusive- dans le capital social.

La loi «PACTE» met en œuvre un programme de privatisation. Il concerne trois des quatre-vingt-une entreprises publiques gérées par l'Agence des Participations financières de l'Etat. Non des moindres : ADP, La Française des Jeux et Engie. La cession des participations qu'en détient l'Etat dans le capital, est présentée comme relevant d'une opération de redéfinition de son portefeuille et au-delà de ce portefeuille et de sa gestion patrimoniale, de son rôle comme Etat-actionnaire. L'Etat n'entend rester au capital que d'entreprises qui contribuent à la souveraineté nationale, notamment dans le secteur énergétique, assurent des services publics pour garantir la qualité du service fourni à l'usager, relèvent de l'ordre public économique dont il est le gardien. Ces cessions s'inscrivent en outre dans le cadre d'opérations délicates de gestion budgétaire, qui permettront à l'Etat de se désendetter tout en assurant le financement de l'innovation nécessaire au développement de l'économie nationale.

La privatisation d'ADP répond à un double objectif d'opportunité financière puisque le rendement de sa participation est suffisamment significatif pour attirer des investisseurs et d'impasse financière, puisque la stratégie de développement d'ADP requiert sa recapitalisation. L'Etat peut abandonner la totalité de ses participations financières parce qu'il continuera à exercer son contrôle sur le fonctionnement de l'entreprise *via* la concession domaniale qu'il lui consent et la réglementation de l'activité de transport aérien. Le contrôle de l'Etat par la régulation de l'entreprise est ici préféré à celui que donne sa présence à son capital.

Celle de La Française des Jeux répond à un objectif différent. L'entreprise est confrontée à la nécessité de sa modernisation pour faire face à la concurrence ainsi qu'à de profondes mutations sectorielles. Elles appellent des investissements importants qui justifient l'élargissement de son capital et l'entrée de capitaux nationaux ou étrangers. Cet élargissement autant que cette entrée ne peuvent en aucune façon signifier le retrait de l'Etat d'une activité qui implique sa police et au-delà de cette police, le maintien d'un régime de monopole. L'Etat conservera une participation minoritaire, pour lui permettre de participer de l'intérieur à la gouvernance de l'entreprise privatisée, cependant qu'une autorité indépendante exercera sa vigilance sur le respect de ses

obligations statutaires. Sans lui être totalement substituée, le contrôle de l'entreprise par sa régulation extérieure renforcera les prérogatives que l'Etat-actionnaire continuera d'exercer de l'intérieur.

La cession de la participation minoritaire de l'Etat (24,1 %) dans le capital d'Engie s'inscrit, à la vérité, dans le cadre d'une réorganisation du groupe EDF, dont l'entreprise-mère devrait, à terme, redevenir un établissement public industriel et commercial, exerçant son contrôle sur deux ensembles d'actifs industriels, les uns regroupant les infrastructures de transport et de distribution, les autres fédérant autour d'Engie, toutes les activités commerciales du groupe. S'agissant d'une entreprise évoluant dans un secteur sensible, aujourd'hui très largement déréglementé, le contrôle de l'Etat sur l'entreprise est requis ; il s'exercera, au moins dans une phase intermédiaire, à travers une *action spécifique* introduite dans le capital de l'entreprise. Régulation et participation au capital se rejoignent au point de se confondre, l'une et l'autre identifiant cet *Etat-protecteur* qui est le nouveau visage du colbertisme français.

L'*action spécifique* est l'homologue français de la *golden share* britannique [13]. Alors qu'en apparence tout au moins, rien ne la distingue des autres actions, à la différence des actions de préférence, elle est spécifique en ce qu'elle confère à son titulaire certains droits énumérés par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique. Au nombre de ces droits figure le pouvoir donné au ministre chargé de l'Economie de s'opposer aux décisions de cession d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie.

Pour preuve, un décret n° 2015-1482 du 16 novembre 2015, pris pour l'application de l'article 31-1 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique modifiée et relatifs à certains des droits attachés à l'action spécifique (N° Lexbase : L3240KQ3) [14], est venu en modifier profondément le régime. D'abord, en permettant son introduction dans les filiales et sous-filiales des entreprises du secteur public. Ensuite, en liant les prérogatives qu'elle confère à des actifs industriels ou financiers et non, à des entreprises. Mais plus encore, en faisant en sorte que toute action ordinaire détenue par l'Etat dans une société à participation publique, puisse devenir une action spécifique «*lorsque la protection des intérêts essentiels du pays est en jeu*».

Sans surprise, la loi «PACTE» perfectionne cet instrument juridique de l'*Etat-protecteur*, en contribuant à son efficacité. Il en précise tout d'abord le contenu en indiquant que le pouvoir que l'action spécifique confère à son titulaire est celui de s'opposer, dans des conditions fixées par voie réglementaire, aux décisions qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays, ayant pour effet, directement ou indirectement, de :

- céder, apporter ou transmettre, sous quelque forme que ce soit, y compris par dissolution ou fusion, des actifs ou types d'actifs de la société ou de ses filiales ;
- modifier les conditions d'exploitation des actifs ou types d'actifs ou d'en changer la destination ;
- affecter ces actifs ou types d'actifs à titre de sûreté ou garantie.

Il en limite ensuite la portée pour que l'introduction d'une action spécifique dans le capital d'une entreprise à participation financière publique reste compatible avec les engagements internationaux de la France et notamment avec les principes généraux de l'Union européenne et ses règles de concurrence : tous les cinq ans, l'Etat apprécie si les droits attachés à l'action spécifique sont nécessaires, adéquats et proportionnés à l'objectif de protection des intérêts essentiels du pays.

Il introduit dans le dispositif juridique de l'action spécifique un droit de suite au cas de scission, fusion ou cession, apport ou transmission d'actifs à une filiale, sous quelque forme que ce soit.

Ainsi réorganisé, le régime de l'action spécifique est appelé à constituer le nouveau marqueur de l'*Etat-protecteur*.

Il y a plus d'un siècle désormais, Léon Duguit défendait l'existence d'une «*échelle de la domanialité*» [15], qu'il faut comprendre comme un degré de publicisation plus ou moins marqué de leur régime juridique selon la nécessité de leur protection. Plus les biens dont il s'agit sont indispensables à l'exercice des missions essentielles de l'Etat et plus leur protection est requise par un régime juridique adéquat, qui peut aller jusqu'à leur sanctuarisation sous un régime d'inaliénabilité. Moins ils le sont et moins ce type de précautions juridiques se justifie. La subtilité de la théorie de l'échelle de domanialité tient au fait que ce régime de protection est évolutif dans le temps, ce qui explique qu'un bien désaffecté retrouve le régime de droit commun. Il doit en aller

de même d'un bien indispensable, mais dont le régime de protection est assuré par d'autres règles ou d'autres techniques juridiques qui garantissent sa pérennité au service de l'intérêt général, sans que cette dernière passe par un régime d'inaliénabilité. C'est tout le sens d'une partie de la jurisprudence récente sur les biens de retour dans les contrats de concession.

La loi «PACTE» construit une échelle équivalente, ouvrant ainsi deux solutions alternatives à la propriété du capital d'une entreprise stratégique, nécessairement coûteuse pour les finances publiques : celle de son contrôle *de l'extérieur*, principalement par la protection de son capital contre toute tentative de prédation extérieure et celle de son contrôle *de l'intérieur* par le jeu des prérogatives que confère l'action spécifique.

[1] JORF du 1^{er} décembre 2018.

[2] JOUE du 21 mars 2019, n° L79/1.

[3] Sur l'ensemble de ces éléments, voir notamment J. Marchand, *Recherches sur le régime des actions et des participations financières publiques*, Bibliothèque du droit public, n° 279, préface L. Rapp, LDGJ, 2014 ; adde A. Philippe, *Le monopole de fait*, Thèse multigraphiée, Université Toulouse-Capitole, décembre 2018.

[4] Sur l'ensemble de ces réformes voir notamment nos analyses *in* Lamy Droit Public des affaires, 2019, n° 660 et s..

[5] CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P ([N° Lexbase : A4053MIX](#)) ; CJUE, 13 septembre 2018, aff. C-438/16 P ([N° Lexbase : A8682X4C](#)).

[6] Selon l'expression introduite par l'ordonnance modifiée n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique ([N° Lexbase : L076314Z](#)), JORF du 23 août 2014.

[7] Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005, réglementant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du Code monétaire et financier ([N° Lexbase : L6440HEA](#)), JORF du 31 décembre 2005.

[8] TFUE, art. 64 ([N° Lexbase : L2714IP9](#)).

[9] C. mon. fin., art. L. 151-2 ([N° Lexbase : L4931IZN](#)) et L. 151-3 ([N° Lexbase : L8851G39](#)).

[10] Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014, relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable ([N° Lexbase : L179013P](#)), JORF du 15 mai 2014.

[11] Décret n° 2017-932 du 10 mai 2017, portant diverses mesures de simplification pour les entreprises ([N° Lexbase : L4782LET](#)), JORF du 11 mai 2017.

[12] Sur l'ensemble de ces éléments, voir not. Pascal Bine *Investissements étrangers. Les tendances de fond en matière de contrôle des investissements étrangers*, JCP éd. G, 2018, n° 405.

[13] Lamy Droit public des affaires, 2019, *op. cit.*, n° 711.

[14] JORF du 17 novembre 2017.

[15] L. Duguit, *Les Transformations du droit public*, 1913.

[Actes de colloques] Le rebond des entrepreneurs et des entreprises dans la loi «PACTE»

N° Lexbase : Ng331BXU



par Gérard Jazottes, Professeur des Universités, Toulouse 1 Capitole, CDA

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Parmi les différents objectifs poursuivis par la loi «PACTE», objectifs énoncés dans les titres des subdivisions structurant cette loi, figure le rebond des entrepreneurs et des entreprises. Cet objectif constitue la section 3 du chapitre 1^{er} de cette loi, chapitre qui vise à libérer les entreprises [\[1\]](#). Ce rebond des entrepreneurs et des entreprises, encore appelé seconde chance, est un thème qui, depuis de nombreuses années, irrigue les réformes du droit des entreprises en difficulté.

S'il est difficile de dater le point de départ de la prise en considération de cet objectif, qui pourrait, en partie, justifier l'évolution des procédures collectives depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, sa formulation expresse apparaît avec l'introduction, par la loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ([N° Lexbase : L5150HGT](#)), de la liquidation judiciaire simplifiée «donnant au chef d'entreprise la chance de rebondir plus vite» [\[2\]](#). La création de la procédure de rétablissement professionnel par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 ([N° Lexbase : L7194LZH](#)) répond au même souci s'agissant d'un entrepreneur personne physique. Le droit de l'Union européenne participe de ce mouvement comme en témoigne la recommandation n° 2014/135 de la Commission européenne du 12 mars 2014, relative à une nouvelle approche en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises ([N° Lexbase : L8015L3A](#)), ou la proposition de Directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement [\[3\]](#). Cette proposition de Directive consacre un titre III à la seconde chance pour les entrepreneurs et un titre IV aux mesures visant, notamment, l'effectivité des procédures de seconde chance [\[4\]](#).

Cette volonté, exprimée dans la loi «PACTE», de rendre plus facile le rebond des entrepreneurs et des entreprises se traduit par une modification de certaines dispositions régissant les difficultés des entreprises, choisies en fonction de leur impact, psychologique ou objectif, sur le rebond de l'entrepreneur ou de l'entreprise. Ces mesures étant ponctuelles et techniques, dictées seulement par leur objectif, il est difficile d'en faire une présentation raisonnée. Cependant, il est possible de distinguer les mesures concernant les personnes (I) de celles concernant les procédures (II).

I - Les mesures concernant les personnes

L'une de ces mesures vise à faire bénéficier les personnes morales exerçant une activité agricole d'une disposition favorable relative à la durée du plan, ce qui conduit à un élargissement de la définition de l'agriculteur (A). Les autres mesures ont pour point commun de revenir sur des dispositions qualifiées de «stigmatisantes» ou de vexatoires, telles que celles régissant la rémunération du dirigeant dans une procédure de redressement judiciaire (B), les mentions au casier judiciaire national automatisé (C) ou encore l'éligibilité aux fonctions de juge d'un tribunal de commerce (D).

A - Un élargissement de la définition de l'agriculteur

La modification de la définition de l'agriculteur ne figurait pas dans le projet de loi et a été introduite en première lecture à l'Assemblée nationale à l'initiative d'un parlementaire, adoptée dans l'article 67 de la loi. Cette nouvelle définition trouve sa raison d'être dans l'ancienne rédaction de l'article L. 626-12 du Code de commerce ([N° Lexbase : L4061HBZ](#)) relatif à la durée du plan [\[5\]](#). En effet, ce texte pose, en principe, que la durée du plan ne peut excéder dix ans mais prévoit une exception, la durée du plan ne pouvant excéder quinze ans, lorsque le débiteur est un «agriculteur». Cette référence à l'agriculteur avait pour conséquence d'écarter du bénéfice de cette disposition les personnes morales exerçant une activité agricole telle que définie dans le Code rural et de la pêche maritime.

C'est pourquoi, pour permettre à ces personnes morales de pouvoir bénéficier de l'allongement de la durée maximale du plan, le terme agriculteur est remplacé par l'expression «*personne exerçant une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime*» (N° Lexbase : [L3233LQS](#)). Les dispositions du livre VI du Code de commerce se référant à l'agriculteur sont modifiées en conséquence ainsi que l'article L. 351-8 du Code rural et de la pêche maritime, la référence à l'agriculteur personne physique étant supprimée. La loi «PACTE» contient une disposition transitoire propre à cette nouvelle définition qui est applicable aux procédures en cours au jour de la publication de la loi lorsque le débiteur est en période d'observation ou sollicite une modification du plan sur le fondement de l'article L. 626-26 du Code de commerce (N° Lexbase : [L7299LZD](#)).

B - Le maintien de la rémunération du dirigeant en redressement judiciaire

La loi «PACTE» intervient pour modifier l'article L. 631-11 du Code de commerce (N° Lexbase : [L8852IN8](#)) qui régit la rémunération afférente aux fonctions exercées par le débiteur personne physique ou les dirigeants de la personne morale. En vertu de ce texte, il appartenait au juge-commissaire de fixer cette rémunération, décision qui devait être spécialement motivée [6]. Cette disposition conduisait donc à revoir, en raison de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, la rémunération du dirigeant. Pour l'**étude d'impact** sur le projet de loi, ce régime est qualifié «*d'obsolète*» et est «*synonyme d'une certaine méfiance, voire d'une suspicion à l'égard du dirigeant*» et peut, dans certains cas, porter «*atteinte à l'honneur ou à la réputation du dirigeant*». En effet, si cette mesure pouvait être justifiée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 (N° Lexbase : [L7803GT8](#)) qui instaurait un dessaisissement total du débiteur, cette justification a disparu avec la loi du 25 janvier 1985 (loi n° 85-98 N° Lexbase : [L7852AGW](#)). En effet, depuis 1985, le chef d'entreprise ou le dirigeant n'est pas totalement dessaisi de la gestion de l'entreprise, tout dépendant de la désignation d'un administrateur et de la définition de sa mission par le tribunal. En outre, au cours des travaux parlementaires, a été évoqué le fait que le dirigeant participe et contribue au redressement de son entreprise. Enfin, tout particulièrement pour les entreprises de grande taille, la part de la rémunération du dirigeant dans les charges est marginale. Pour toutes ces raisons, la fixation systématique de la rémunération du chef d'entreprise ou du dirigeant a été jugée vexatoire, voire humiliante.

Un tel régime n'étant plus justifié en redressement judiciaire, la loi «PACTE» met fin à cette fixation systématique de la rémunération en inversant le principe. La nouvelle rédaction de l'alinéa 1er de l'article L. 631-11 prévoit le maintien, «*en l'état, au jour de l'ouverture de la procédure*» de la rémunération «*sauf décision contraire du juge-commissaire saisi à la demande de l'administrateur*», le mieux à même pour apprécier l'intérêt du maintien de cette rémunération en considération du redressement de l'entreprise [7]. Peuvent également saisir le juge-commissaire le mandataire judiciaire, précision utile en cas d'absence de désignation d'un administrateur, ou le ministère public. En revanche, le principe de la fixation de la rémunération est maintenu en liquidation judiciaire, par une modification de l'article L. 641-11 du Code de commerce qui renvoyait à l'article L. 631-11 de ce même code. Cette modification consiste à reprendre en liquidation judiciaire la formule supprimée en redressement judiciaire.

C - La suppression de la mention au casier judiciaire national automatisé d'un jugement de liquidation judiciaire à l'égard d'une personne physique

En vertu du 5° de l'article 768 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : [L7453IG7](#)), devaient être mentionnés dans les bulletins n° 1 et 2 du casier judiciaire national automatisé «*les jugements prononçant la liquidation judiciaire à l'égard d'une personne physique*». La suppression de cette mention a été introduite devant le Sénat, par le rapporteur de la commission spéciale, pour effacer le caractère stigmatisant de la mention, l'entrepreneur qui a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire pouvant être «*parfaitement honnête*». En outre, cette solution était déjà en vigueur dans le droit applicable en Moselle, Bas-Rhin et Haut-Rhin en application de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2013 (N° Lexbase : [L3558BLD](#)).

L'article 59 de la loi «PACTE» modifie l'article 768 du Code de procédure pénale en supprimant la mention des jugements prononçant «*la liquidation judiciaire à l'égard d'une personne physique*». Le rebond passe par le droit à l'oubli. Cependant, subsiste la mention des jugements prononçant la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, ce qui se justifie au regard des actes pouvant justifier une telle décision.

D - L'éligibilité aux fonctions de juge d'un tribunal de commerce

La loi «PACTE» réforme les conditions d'éligibilité aux fonctions de juge d'un tribunal de commerce afin que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne rende définitivement inéligible le débiteur personne physique ou le dirigeant de la personne morale débitrice. En effet, en vertu de la rédaction de l'article L. 723-4 du Code de commerce ([N° Lexbase : L2705LBS](#)) antérieure à la loi «PACTE», sont éligibles les personnes «à l'égard desquelles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire n'a pas été ouverte» ou les personnes mentionnées aux 1° et 2° du II de l'article L. 713-1 du même code ([N° Lexbase : L8330IMH](#)) qui «n'appartiennent pas à une société ou à un établissement public ayant fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire».

La réforme de ce texte a été introduite en première lecture à l'Assemblée nationale et a donné lieu à débat sur les conséquences dans le temps de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. L'article initial limitait l'inéligibilité à l'existence d'une procédure en cours au jour du scrutin, alors que devant le Sénat il avait été proposé d'étendre l'inéligibilité à la période au cours de laquelle court le délai de prescription de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Cet amendement n'a finalement pas été retenu, l'existence d'une faute étant hypothétique [\[8\]](#)

Désormais, pour être éligible, la personne physique ne doit pas être soumise à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire en cours au jour du scrutin, ou appartenir à une société ou à un établissement public à l'égard duquel une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires est en cours au jour du scrutin. Cette libéralisation des conditions d'éligibilité ne pouvant concerner que le chef d'entreprise ou le dirigeant honnête, l'article L. 713-1 du Code de commerce a été complété pour que l'éligibilité soit réservée aux personnes «qui n'ont pas fait l'objet des sanctions prévues au titre V du livre VI» [\[9\]](#). Il a été relevé, lors des débats parlementaires, que les organisations professionnelles présentant des listes de candidats ne recherchent guère la participation de chefs d'entreprise ayant fait l'objet d'une procédure collective, ce qui rend cette réforme «symbolique».

II - Les mesures concernant les procédures

Sont concernées deux des procédures proposées par le livre VI du Code de commerce qui trouvent leur origine dans la volonté de permettre au chef d'entreprise de petite taille de rebondir. Elles font d'ailleurs l'objet d'un même article dans la loi «PACTE», l'article 57, qui rend obligatoire, dans certains cas, l'examen des conditions d'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel (A) et qui étend le domaine d'application de la liquidation judiciaire simplifiée obligatoire (B). Il est à noter que les dispositions de cet article ne sont pas applicables aux procédures en cours au jour de la publication de la loi. En outre, la loi neutralise les clauses de solidarité inversée concernant les baux des immeubles dans lesquels l'activité est exercée, en cas de plan de cession (C).

A - Le rétablissement professionnel

Alors que cette procédure vise à favoriser le rebond de l'entrepreneur personne physique de bonne foi par un effacement des dettes, l'étude d'impact a constaté qu'elle était peu connue et trop peu souvent ouverte, étant rappelé que le débiteur doit solliciter l'ouverture de cette procédure. Pour accroître la connaissance de cette procédure et le nombre d'ouvertures, l'article 57 de la loi «PACTE» rend obligatoire, dans certaines hypothèses, l'examen par le tribunal des conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel.

Pour ce faire, la même formule est intégrée dans quatre articles du livre VI du Code de commerce. Cette formule est rédigée ainsi : «avant de statuer, le tribunal examine si la situation du débiteur répond aux conditions posées L. 645-1 ([N° Lexbase : L2745LBB](#)) et L. 645-2 ([N° Lexbase : L7249IZI](#)) et ouvre, le cas échéant, avec son accord, une procédure de rétablissement professionnel». Cette rédaction préserve le caractère volontaire de cette procédure, le tribunal n'étant tenu que d'examiner l'éventuel respect des conditions d'ouverture de la procédure qui ne peut être ouverte sans l'accord du débiteur. En premier lieu, cette obligation faite au tribunal concerne l'hypothèse où la cessation des paiements est constatée au cours de l'exécution du plan, de sauvegarde [\[10\]](#) ou de redressement [\[11\]](#), avant qu'il ne statue sur les conséquences de ce constat. En second lieu, le tribunal doit procéder à cet examen, à l'occasion d'une demande d'ouverture d'un redressement judiciaire, lorsque la situation du débiteur qui a déclaré être en cessation des paiements apparaît manifestement insusceptible de redressement [\[12\]](#). Enfin,

l'examen des conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel doit être effectué lors de la demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire [13].

Cet examen obligatoire des conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel, entraîne la modification de certaines dispositions régissant la procédure. Est ainsi supprimée la condition d'ouverture tenant à l'absence de procédure collective en cours [14]. Il en est de même de la disposition qui prévoyait que le débiteur qui demande l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire pouvait, dans le même acte, solliciter l'ouverture du rétablissement professionnel. En conséquence, cette référence à la liquidation judiciaire «simultanément demandée» est supprimée dans l'article L. 645-9 du Code de commerce et remplacée par les mots «*sur laquelle il a été sursis à statuer*». En effet, le tribunal ne pourra que surseoir à statuer sur la demande de liquidation judiciaire si, après l'examen des conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel et accord du débiteur, cette procédure a été ouverte.

B - L'extension du domaine de la liquidation judiciaire simplifiée obligatoire

Cette extension trouve sa justification dans la complexité liée à l'existence d'une liquidation judiciaire simplifiée obligatoire et d'une liquidation judiciaire simplifiée facultative et dans le peu de pertinence de la distinction entre ces deux procédures, notamment au regard des seuils choisis. Pour mettre fin à ces difficultés et proposer une procédure de liquidation judiciaire rapide et simplifiée au plus grand nombre de débiteurs, pour favoriser le retour à l'activité, l'étude d'impact indique que la voie choisie consiste à étendre le domaine de la liquidation judiciaire simplifiée en recourant aux seuils actuels de la liquidation judiciaire simplifiée facultative, ce qui entraîne la suppression de celle-ci.

En conséquence, l'article 57 de la loi «PACTE» abroge l'article L. 641-2-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L3336ICK) qui instaurait la liquidation judiciaire simplifiée facultative, les nouveaux seuils de la liquidation judiciaire simplifiée obligatoire devant être fixés par décret. Mais, dans ce domaine d'application, la dimension de l'entreprise est réintroduite pour faire varier la durée de la liquidation judiciaire selon le nombre de ses salariés ou de son chiffre d'affaires. Ainsi la réécriture du premier alinéa de l'article L. 644-5 du Code de commerce prévoit que le délai pour clôturer la procédure est de six mois, ce délai étant porté à un an lorsque le nombre de salariés du débiteur et son chiffre d'affaires hors taxes sont supérieurs à des seuils fixés par décret.

C - La clause de solidarité inversée

Le rebond peut aussi reposer sur le succès d'un plan de cession, totale ou partielle, de l'entreprise. Il convient donc d'éliminer les clauses des contrats cédés qui pourraient dissuader un éventuel repreneur. S'agissant du bail des immeubles dans lesquels l'activité est exercée, la pratique a eu recours à des clauses stipulant que le cessionnaire est tenu solidairement des engagements du cédant, tout particulièrement pour des arriérés de loyers. A défaut de dispositions légales dérogatoires à l'alinéa 3 de l'article L. 642-7 (N° Lexbase : L7333ZM), qui prévoit que les contrats cédés doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, ces clauses devaient jouer [15]. Mais cette solidarité est de nature à décourager les repreneurs [16]. Pour écarter cet effet dissuasif et éviter le risque d'une affirmation jurisprudentielle de l'efficacité de ces clauses lors d'un plan de cession, l'article 64 de la loi «PACTE» complète le troisième alinéa de l'article L. 642-7 du Code de commerce par une phrase qui répute non écrite toute clause «*imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant*».

La loi «PACTE» ne modifie donc que ponctuellement le livre VI du Code de commerce, visant des dispositions ou des techniques qui peuvent contribuer au rebond, ou, tout au moins, à ne pas le freiner, s'agissant notamment de l'entrepreneur personne physique ou du dirigeant d'une personne morale.

[1] La section 1 de ce chapitre recherche une création facilitée et à moindre coût et la section 2 à simplifier la croissance.

[2] Formule extraite de l'[exposé](#) des motifs de la loi.

[3] [Proposition](#) de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la Directive 2012/30/UE, COM/2016/0723final - 2016/0359 (COD).

[4] *Ibid.*

[5] Du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire par renvoi de l'article L. 631-19 du Code de commerce ([N° Lexbase : L885613E](#)).

[6] C. com., art. R. 631-15 ([N° Lexbase : L93471C8](#)).

[7] Le second alinéa de cet article n'est pas modifié.

[8] En outre, l'amendement visait la sauvegarde et le redressement judiciaire alors que l'action suppose une liquidation judiciaire.

[9] Par ajout d'un 4° bis.

[10] Ajout au troisième alinéa du I de l'article L. 626-27 du Code de commerce.

[11] Ajout à l'article L. 631-20-1 du Code de commerce.

[12] Ajout d'un alinéa à l'article L. 631-7 du Code de commerce.

[13] Ajout d'un alinéa au I de l'article L. 641-1 du Code de commerce.

[14] C. com., art. L. 645-1.

[15] En ce sens : CA Versailles, 12 mars 2015, n° 14/02599 ([N° Lexbase : A3029NDK](#)) ; D., 2015, p. 1615, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

[16] S. Benlisi, *Vers une neutralisation des clauses de solidarité inversée dans les plans de cession*, Bull. Joly Entrep. en diff., novembre 2018, n° 116j4, p. 418.

[Actes de colloques] La crise existentielle des sociétés : quel impact fiscal ?

N° Lexbase : Ng335BXZ



par Arnaud de Bissy, Professeur de droit privé, Université Toulouse 1 Capitole, Directeur adjoint du CDA

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Commençons par un petit QCM : pourquoi créer une société ?

1. Réponse 1 : pour tromper l'ennui.
2. Réponse 2 : pour gagner de l'argent.
3. Réponse 3 : pour être utile à la collectivité.
4. Réponse 4 : pour tout autre motif.

En droit des sociétés, il convient de cocher la réponse numéro 2. Aux termes de l'article 1832 du Code civil ([N° Lexbase : L2001ABQ](#)) en effet : «*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*». La loi fait donc de la société un organisme à but «financier», si ce n'est à but «lucratif».

En droit fiscal également, la réponse numéro 2 s'impose. Pour le droit fiscal en effet, les actes de l'entreprise doivent être réalisés dans le but de réaliser un profit et tout acte de gestion qui ne s'inscrit pas dans cette perspective constitue un «*acte anormal de gestion*». Fondamentalement en effet, la théorie de l'acte anormal de gestion repose sur le principe que la recherche du profit est la justification de l'exercice des affaires [\[1\]](#). Il n'y a pas de différence avec l'approche du droit des sociétés ; certes le droit des sociétés évoque le *partage* des bénéfices là où le droit fiscal fait référence à la *réalisation* des bénéfices, mais la distinction est en trompe l'œil car elle n'a plus de sens s'il s'agit d'une entreprise individuelle. Le droit fiscal lui ne fait pas de différence entre les deux.

Et pour savoir si un acte est sous-tendu par cet objectif profitable, la jurisprudence utilise le critère de l'intérêt social. A l'origine, l'article 1833 du Code civil ([N° Lexbase : L2004ABT](#)) dispose seulement que : «*toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés*». Le texte vise «*l'intérêt commun des associés*» dont il doit être tenu compte à la création de la société, mais on sait que le droit positif se sert de *l'intérêt social* pour apprécier les actes de gestion de l'entreprise. Ainsi, une faute de gestion peut être relevée contre le dirigeant qui a méconnu l'intérêt social [\[2\]](#). La jurisprudence fiscale fait aussi de l'intérêt de l'entreprise le critère de l'acte anormal de gestion. Ainsi que le notait le Commissaire du Gouvernement Poussière en 1965 : constitue un acte anormal de gestion «*celui qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette, sans que l'acte soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale*» [\[3\]](#). Mais voici que la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi «PACTE», ajoute un second alinéa à l'article 1833 du Code civil ainsi rédigé : «*La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*».

D'où une première question (premier impact possible) : l'élargissement de l'intérêt social à des éléments *extra-financiers* peut-il assouplir le critère de l'acte anormal de gestion ?

L'article 1835 du Code civil est lui-même complété d'une phrase ainsi rédigée : «*Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité*» (loi du 22 mai 2019, art. 169, I-2'). On se situe alors quelque-part, entre l'intérêt social et l'objet social.

- *L'objet social correspond à l'activité de la société.* Contrairement au droit des sociétés, le droit fiscal ne fait pas de l'objet social une limite à la liberté de gestion des entreprises. Simplement, le Code général des impôts interdit la déduction des dépenses «sommatoires» (CGI, art. 39, 4 [N° Lexbase : L3894IAH](#)). Il s'agit en fait de dépenses «de luxe» qui sont présumées être sans aucune relation avec l'activité de l'entreprise [\[4\]](#). Sont visées : les dépenses de chasse et de pêche, des dépenses liées à l'utilisation de résidences de plaisance, de l'amortissement des véhicules de tourisme pour la fraction de leur prix qui excède un certain montant (lequel varie en fonction du niveau de pollution du véhicule), et des dépenses liées à l'utilisation et à l'entretien des yachts ou bateaux de plaisance.

- *La «raison d'être» des sociétés est une notion plus subtile.* On touche à l'âme de la personne morale... En réalité, il s'agit d'une notion plus philosophique que juridique dont on peine à voir quelle peut être sa portée scientifique. Contrairement à l'intérêt social ou à l'objet social, la raison d'être des sociétés ne s'inscrit pas dans le court terme mais dans le long terme ; elle s'apprécie au travers de l'œuvre accomplie (qu'ai-je fait de ma vie ?). Il est évident qu'elle n'a de sens que si elle n'est pas réductible au profit [\[5\]](#). Au sens de l'article 1835 (et des travaux parlementaires), la raison d'être est conçue comme une règle de vie des sociétés pour la réalisation de leur objet (une nouvelle «boussole» pour les entreprises [\[6\]](#)).

Fiscalement, quel peut être l'impact de cette nouvelle «boussole» ? Il est d'abord évident que l'administration fiscale ne pourrait pas s'en servir contre l'entreprise (hypothèse d'un acte contraire à la «raison d'être» sociale) ; son rôle n'est pas de faire appliquer les statuts, ce qui serait perçu comme une atteinte au principe de non-immixtion dans la gestion de l'entreprise. On peut en revanche se demander si la raison d'être des sociétés ne pourrait pas venir au soutien des contribuables à qui il est reproché un acte abusif. Rappelons à cet égard que l'acte abusif n'est pas un acte interdit, c'est celui qui a détourné le droit de sa fonction. Pour cela, l'administration doit, soit démontrer la fictivité de l'acte (simulation), soit qu'il a été pris dans un but fiscal en méconnaissance des objectifs de la loi -fraude à la loi- (LPF, art. L. 64 [N° Lexbase : L9266LNI](#)). Ainsi, le droit fiscal considère que les sociétés ont nécessairement une fonction économique ; si ce n'est pas le cas, la société est fictive juridiquement et inopposable fiscalement.

D'où une seconde question (second impact envisageable) : la raison d'être des sociétés peut-elle nourrir la société d'une substance propre à la faire exister fiscalement ?

I - Impact de l'intérêt social sur la théorie de l'acte anormal de gestion

L'apport de la loi nouvelle est double : d'une part, elle consacre l'intérêt social de la société (A) et, d'autre part, elle prend en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité (B). Quelles peuvent être, à cet égard, les incidences fiscales de ces évolutions ?

A - La consécration de l'intérêt social

La référence explicite à *l'intérêt social* dans le nouvel alinéa second de l'article 1833 ne modifie pas le fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion, laquelle, nous semble-t-il, repose avant tout sur l'article 1832, mais elle permet de justifier légalement son critère.

Contrairement aux idées reçues, le particularisme du droit fiscal (que nous préférons à «autonomie»), ne le rend pas étanche aux règles du droit commun, particulièrement celles applicables aux sociétés. Si la théorie de l'acte anormal de gestion est à juste titre décrite comme une limite à la liberté de gestion des entreprises [\[7\]](#), elle peut se prévaloir d'un fondement juridique solide : l'article 1832 du Code civil. Fondamentalement, la société est créée dans un but financier et sa gestion doit être évaluée au travers de cet objectif, ce que fait le droit fiscal. Or, la loi «PACTE» ne modifie pas cette disposition ; le moteur des affaires reste le profit. Certes, la société peut désormais se doter d'une «raison d'être» (cf. *infra* II), mais cela reste facultatif, et en tout état de cause ne remet pas en cause le but «profitable» de l'activité. Certes également, l'article 1832 ne concerne que les sociétés, mais en définitive cette disposition ne fait qu'exprimer une réalité plus générale qui la dépasse et qui est celle de la vie des affaires.

Mais comment être certain que l'entreprise a bien respecté la «boussole» de l'article 1832 ? Le droit fiscal utilise

traditionnellement le critère de l'intérêt de l'entreprise. Même le critère du «risque excessif» du chef d'entreprise, qui fût présenté comme un critère concurrent de l'intérêt social, mais abandonné en 2016 [8], peut tout à fait être analysé comme un «sous-critère» de l'acte anormal de gestion [9]. Le lien avec le droit des sociétés est savamment entretenu et souligné par la meilleure doctrine. Selon Maurice Cozian, constitue un acte anormal de gestion l'acte qui est contraire à l'intérêt social [10]. Selon Pierre-François Racine, plus clairement encore : « *le concept d'acte anormal de gestion est le fruit de l'acclimatation ou la transplantation en droit fiscal du concept commercial d'acte non conforme à l'intérêt social [...]* » [11]. L'affirmation, déjà vraie à l'époque où la jurisprudence commerciale reconnaissait et utilisait l'intérêt social, l'est plus encore depuis sa consécration dans le droit commun des sociétés (la notion est déjà présente dans le Code de commerce, par exemple à l'article L. 221-4 [N° Lexbase : L5800AIN](#)).

Reste que le Code général des impôts continue d'ignorer la théorie de l'acte anormal de gestion -construction purement prétorienne- mais également son critère d'application. On en est réduit, aujourd'hui comme hier, à invoquer une certaine lecture des articles 38 ([N° Lexbase : L9141LNU](#)) et 39 du CGI, faisant respectivement référence à la définition du bénéfice imposable et aux charges déductibles [12]. Par la force des choses, il ne définit pas non plus l'intérêt social. Or, justement, cette notion évolue quelque peu en droit des sociétés.

B - La définition de l'intérêt social

On peut tout d'abord observer que la notion d'intérêt social (C. civ. art. 1833, al. 2, nouv.) s'est aujourd'hui clairement détachée de l'intérêt commun des associés (al.1er). Surtout, elle intègre les enjeux sociaux et environnementaux de son activité (C. civ. art. 1833, al. 2, nouv., préc.).

La distinction entre l'intérêt «commun» des associés et l'intérêt social, à la supposer pertinente en droit des sociétés, ne l'est certainement pas en droit fiscal. En fiscalité en effet, l'acte anormal de gestion est défini comme l'acte fait dans l'intérêt d'un tiers ; s'il peut s'agir d'un associé, l'avantage qui lui est octroyé est fait dans son intérêt personnel et pas dans l'intérêt de la collectivité des associés. Même en droit des sociétés, la distinction entre l'intérêt commun des associés et l'intérêt social n'est pas si évidente à faire ; on imagine mal quel est l'acte qui serait contraire à l'intérêt social, mais conforme à l'intérêt commun des associés (ou inversement d'ailleurs). Le propre d'un intérêt commun étant de ne pas se confondre avec la somme des intérêts particuliers, c'est d'un intérêt collectif dont il est question, ce qui paraît bien proche, pour ne pas dire confondant, avec l'intérêt social c'est-à-dire l'œuvre commune.

L'élargissement de l'intérêt social à des éléments extra-financiers est en revanche plus problématique. Il est traditionnellement enseigné que l'égoïsme est un principe sacré en droit fiscal ; les entreprises commerciales doivent agir dans leur intérêt et dans leur intérêt seulement. Même l'intérêt de groupe auquel appartient la société n'a pas été reconnu par la jurisprudence [13]. Ce qui importe, en droit fiscal, c'est que la société qui supporte une charge puisse exciper d'une contrepartie équilibrée à sa dépense [14]. Si la contrepartie peut être de nature variable [15], chacun comprend bien que l'intérêt financier est toujours présent dans les dépenses des entreprises, et si ce n'est pas le cas c'est un acte anormal de gestion.

Que penser alors, au plan fiscal, d'une dépense qui serait faite dans un but social et/ou environnemental, conformément au nouvel article 1833, alinéa 2, du Code civil, même si ce n'est pas l'intérêt de l'entreprise ? A vrai dire, on voit mal le droit fiscal suivre le législateur dans ses errements juridiques, ce qui aboutirait à une fragilisation excessive de l'impôt. Par ailleurs, il existe déjà un dispositif en faveur des dépenses de mécénat des entreprises, mais qui reste d'application et de portée limitée ; ces dépenses bénéficient d'une réduction d'impôt de 60 % de leur montant tel que pris dans la limite : soit de 5 pour 1 000 du chiffre d'affaires, soit de 10 000 euros (CGI art. 238 bis [N° Lexbase : L9092LN3](#), mod. loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018, de finances pour 2019, art. 148 [N° Lexbase : L6297LNK](#)). En contrepartie, ces dépenses ne sont pas déductibles du résultat imposable. Une telle disposition deviendrait largement obsolète si l'on admettait la déduction, non limitée celle-là, de dépenses qui ne sont pas faites dans l'intérêt financier des entreprises !

II - Impact de la raison d'être en matière d'abus de droit

L'article L. 64 du LPF ([N° Lexbase : L9266LNI](#)) identifie deux cas d'abus de droit : l'abus de droit par simulation et l'abus de droit par fraude à la loi. La simulation prend la forme d'un acte fictif, alors que la fraude à la loi prend la forme

d'un montage à but exclusivement fiscal. En droit fiscal, la fictivité d'une société est perçue comme l'indice d'un montage à but exclusivement fiscal (A). Dans la mesure où l'inutilité économique d'une société est souvent relevée pour rapporter la preuve de sa fictivité et du but exclusivement fiscal de l'opération, on peut se demander si la reconnaissance d'une raison d'être, en dehors de l'objet social et de l'intérêt social, peut permettre la validation de montages qui autrefois tombaient sous le coup de l'abus de droit (B).

A - Le risque : la fictivité de la société

En droit des sociétés, une société fictive est celle pour laquelle on peut relever l'absence d'*affectio societatis* ou d'*apports réels* [16]. Cette conception de la fictivité repose sur la simulation. Elle n'est quasiment jamais invoquée en fiscalité ; même les SCI «fictives», constituées dans le but de déduire les charges foncières d'un appartement occupé par son propriétaire, chutent sur le terrain de la fraude à la loi. Ainsi, pour la première fois, le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) a jugé abusif, le montage qui consiste à se louer à soi-même un appartement, par l'intermédiaire d'une SCI dont on est associé, dans un but exclusivement fiscal : «*La conclusion d'un bail d'habitation entre la SCI et l'associée n'avait eu d'autre motif que de contourner les dispositions de l'article 15-II du CGI (N° Lexbase : L1055HLN), qui excluent du calcul de la base d'imposition les revenus des logements dont le propriétaire se réserve la jouissance comme des charges y afférents, et ce afin de générer des déficits fonciers imputables sur les autres revenus fonciers*» [17].

La jurisprudence fiscale relève régulièrement l'inutilité économique d'un montage ou l'absence de substance d'une société pour rapporter la preuve du but exclusivement fiscal. Ainsi, la fictivité de la société ne sert pas directement de fondement à un abus de droit par simulation mais constitue l'indice d'un abus de droit par fraude à la loi. Dans les faits, il est difficile de ne pas souligner le rapprochement des deux conceptions [18].

Deux arrêts du Conseil d'Etat, rendus en 2004 et 2005, illustrent parfaitement ce lien entre société fictive et fraude à la loi. Dans le premier arrêt, il est souligné que la participation prise par une société française dans le capital d'une société luxembourgeoise «*ne relève d'aucune justification économique*» [19]. Dans le second arrêt, rendu dans le même contexte, le Conseil d'Etat avait jugé que la totalité de l'actif de la société étrangère «*était constituée de valeurs mobilières, qu'elle n'avait aucune compétence technique en matière de placements financiers, que ses actionnaires ne prenaient aucune part aux assemblées statutaires, et qu'ainsi, cette société était dépourvue de toute substance*» [20]. De son côté, la Cour de cassation a aussi plusieurs fois souligné l'inutilité économique d'une opération pour les parties [21], ou plus directement encore la fictivité de la société qui démontre le but exclusivement fiscal [22].

*Le facteur commun de ces décisions est qu'elles concernent des sociétés de gestion de patrimoine, immobilier ou mobilier, dites «passives». En réalité, ce n'est pas tant leur objet qui leur est reproché, mais plutôt les conditions dans lesquelles elles l'exercent (souvent absence de compétence spécifique et/ou de fonctionnement des organes sociaux). La fragilisation de ces sociétés est par ailleurs accentuée par la généralisation en droit français d'une clause anti-abus en matière d'impôt sur les sociétés (loi de finances 2019, préc., art. 108 ; CGI, art. 205 A N° Lexbase : L8907LN9). Selon ce texte, le montage sera abusif, si deux conditions sont réunies : (i) il a parmi ses objectifs principaux l'obtention de l'exonération contrairement à la finalité de ce régime ; (ii) il n'est pas authentique. Or, selon le même texte «*un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique*». Même si l'administration fiscale s'est voulue rassurante, la doctrine s'est interrogée sur la portée de la référence au but «commercial» [23].*

Les menaces qui pèsent sur les sociétés «passives» peuvent-elles être résolues grâce à la raison d'être des sociétés qui leur serait conférée et qui les nourrirait d'une nouvelle «substance» ?

B - Le remède : la raison d'être de la société ?

La problématique peut être posée de la façon suivante : une société qui manque de substance au plan économique (traduire : qui n'a pas d'autre utilité que fiscale) pourrait-elle se prévaloir d'une raison d'être (autre que fiscale bien sûr), qui la protégerait de l'article L. 64 du LPF ?

La réponse à cette question dépend, en premier lieu, de ce que l'on entend par «raison d'être». Pour une société, la raison d'être est la cause de son existence (celle là même qui a disparu du Code civil !). Si le seul objectif est financier, la raison d'être est celle qui figure à l'article 1832 du Code civil, si bien qu'elle n'apporte rien. En réalité, la raison d'être, nouvellement conçue, n'a de sens que si elle est n'est pas réductible au profit. Mais, elle ne doit pas non plus être confondue avec l'objet social ; l'activité de l'entreprise n'est que le moyen d'arriver à une fin beaucoup plus générale et subjective. Egalement, elle se distinguerait de «l'intérêt social élargi» du nouvel article 1833 alinéa précité ; il ne s'agit pas de faire état d'un but social ou écologique en tant que tel mais de mentionner les règles éthiques dont la société entend se doter dans le cadre de son activité. En définitive, ainsi qu'il a été souligné, la raison d'être est ni plus ni moins que de la «*compliance* volontaire» [24].

Fiscalement, la raison d'être n'apportera rien. D'une part, les sociétés de gestion ne sont pas inquiétées en droit fiscal à partir du moment où ce but de gestion est bien réel ; ce n'est donc pas de raison d'être dont il s'agit mais d'objet social. D'autre part, en pratique, si la cause réelle n'est pas celle qui figure dans les statuts, c'est qu'elle est fiscale, et cela constitue un abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF. Les montages reposent en effet régulièrement sur l'interposition d'une société dans un schéma économique à but fiscal. L'assignation d'une raison d'être, autre que fiscale et financière, sera au mieux illusoire, au pire mensongère. Illusoire, parce que les normes comportementales de l'entreprise sont étrangères à la notion d'abus de droit qui consiste en un détournement de la fonction du droit et non pas de son utilisation. Mensongère, car cela amènerait une entreprise à exciper d'une cause extra-fiscale parfaitement fictive ou en tout cas très secondaire au regard de l'objet premier du montage.

Pour toutes ces raisons, le droit fiscal restera probablement étanche à ces évolutions du droit des sociétés. Au plan budgétaire, il paraît impensable d'admettre une extension de l'intérêt social sans ruiner la théorie de l'acte anormal de gestion. Et au plan juridique, la raison d'être des sociétés est étrangère à la notion d'abus de droit. Finalement, ces solutions sont un peu à l'image du droit fiscal qui doit combiner la sécurité juridique et l'efficacité économique.

[1] V. P. Serlooten, *Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté*, Dr. Fisc., 2007, n° 12, étude 301, n° 27.

[2] M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31ème éd., 2018, n° 394.

[3] Concl. sous CE, 5 janvier 1965, n° 62099 ([N° Lexbase : A8022AYR](#)), Dr. Fisc., 1970, n° 3 bis, p. 23.

[4] V. M. Masclat de Barbarin, *Libres propos sur la notion de charges somptuaires*, Mélanges Serlooten, Dalloz, 2015, p. 593 et s., spéc. p. 598 et 599.

[5] M. Roussille, *Projet de loi Pacte : quel impact ? - Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société*, Dr. soc., 2018, n° 8-9, étude 10, n° 15.

[6] M. Roussille, préc..

[7] P. Serlooten et O. Debat, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 17ème éd., 2018-2019, n° 40 et s..

[8] CE sect., 13 juillet 2016, n° 375801, publié au recueil Lebon ([N° Lexbase : A2108RXD](#)), Dr. Fisc., 2016, n° 36, act. 489, obs. Ph. Durand et M. Seraille ; Dr. Fisc., 2016, n° 36, comm. 464, note O. Fouquet.

[9] A. de Bissy et G. Dedeurwaeder, *Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale*, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 3, mai 2012, dossier 14.

[10] M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 4ème éd. 1999, Préf. Fl. Deboissy, 2015, document 6, *La théorie de l'acte anormal de gestion*, p. 94.

[11] Concl. sous, CE, 27 juillet 1984, n° 34588, publié au recueil Lebon ([N° Lexbase : A7122ALD](#)), RJF, 1984, n° 10 p. 53.

[12] P. Serlooten et O. Debat, *op. cit.*, n° 49.

[13] CE, 3° et 8° s-s-r., 10 mars 2006, n° 263183 ([N° Lexbase : A4850DNX](#)), Dr. Fisc., 2006, n° 21-22, comm. 414, obs. J.-L. Pierre.

[14] Notre ouvrage, *Comptabilité et fiscalité*, LexisNexis, 2ème éd. 2016, n° 502.

[15] Par exemple la valorisation de l'image de marque de la société grâce au financement de projets humanitaires ; v. CE, 9° et 10° s-s-r., 15 février 2012, n° 340855, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A8541ICC](#)), Dr. Fisc., 2012, n° 20, comm. 293.

[16] M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires*, Tome 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 22ème éd., 2017, n° 1536.

[\[17\] CADF n° 5/2017.](#)

[\[18\]](#) V. B. Plagnet, *Les affres du praticien face au risque de l'abus de droit*, Droit & Patrimoine n° 149, juin 2006, p. 32.

[\[19\]](#) CE, 3° et 8° s-s-r., 18 février 2004, n° 247729 ([N° Lexbase : A3599DBW](#)), RJF, 5/04, n° 510.

[\[20\]](#) CE, 18 mai 2005, n° 267087 ([N° Lexbase : A3517DI4](#)), RJF, 8-9/05, n° 910.

[\[21\]](#) Cass. com., 3 avril 2007, n° 06-10.702, F-P+B ([N° Lexbase : A9035DU8](#)), RJF, 8-9/07, n° 995.

[\[22\]](#) Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14-262, F-P+B ([N° Lexbase : A2567DWY](#)), RJF, 8-9/07, n° 994.

[\[23\]](#) F. Deboissy, *Société holding et clause anti-abus, «Le régime mère-fille» est-il réservé aux entreprises ?*, Dr. Fisc., 2016, n° 16, étude 287.

[\[24\]](#) M. Roussille, préc., n° 19.

[Actes de colloques] Les assouplissements des pactes «Dutreil transmission»

N° Lexbase : Ng323BXL



par Rachel Garcia, Doctorante en droit fiscal, Vacataire UT1 Capitole, Juriste

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Intégrant des dispositions initialement prévues par le projet de loi «PACTE» [\[1\]](#), l'article 40 de la loi de finances pour 2019 [\[2\]](#) (loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 [N° Lexbase : L6297LNK](#)) assouplit les pactes «Dutreil transmission» à compter du 1^{er} janvier 2019. Pour rappel, les pactes «Dutreil transmission» sont des dispositifs fiscaux de faveur visant à faciliter les transmissions à titre gratuit (successions, donations, legs...) des sociétés dites «opérationnelles», c'est-à-dire des sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale (CGI, art. 787 B [N° Lexbase : L9062LNK](#)), en accordant une exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit à hauteur de 75 % de la valeur des titres transmis, sans limitation de ce montant.

A cet égard, il faut les distinguer des pactes «Dutreil détention», visés à l'article 885 I bis, actuellement abrogé, du Code général des impôts ([N° Lexbase : L8951IQL](#)), qui fondait une exonération partielle à l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) des titres d'une société opérationnelle en les excluant des bases d'imposition à concurrence des trois quarts de leur valeur.

Sont ici visés les droits de mutation à titre gratuit (DMTG), c'est-à-dire des droits d'enregistrement. Ce sont des impôts à la charge des bénéficiaires de la mutation à titre gratuit (héritiers, donataires ou légataires) ; cela, par opposition aux impôts sur les plus-values qui pourraient être dus, le cas échéant, par le cédant à titre gratuit, étant précisé que la plus-value n'est pas taxable pour une transmission à titre gratuit s'il s'agit d'une plus-value privée de droits sociaux. Les pactes confèrent une réduction de ces droits de mutation à titre gratuit (DMTG), parce que la base des droits est calculée non pas sur 100 % de la valeur de l'entreprise ou des titres, mais sur 25 %. Autrement dit, il y a un abattement de 75 % de la valeur des titres transmis à titre gratuit ; ce qui se traduit par une exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit à hauteur de ce même montant [\[3\]](#).

En contrepartie de cette imposition réduite, les contribuables doivent souscrire des engagements concernant la conservation de l'entreprise et sa direction. Il faut d'abord conclure un engagement collectif de conservation des titres de deux ans, puis un engagement individuel de quatre ans (donc six ans en tout). En outre, il faut assumer la direction effective de la société pendant cinq ans (soit pendant toute la durée de l'engagement collectif) et pendant les trois premières années de l'engagement individuel.

L'objectif de ce dispositif de faveur est double. Il s'agit de faciliter les transmissions d'entreprises en allégeant le bénéficiaire de la mutation à titre gratuit du poids d'une fiscalité pouvant constituer un frein à la reprise ; et d'assurer la pérennité d'une activité opérationnelle, sous le contrôle d'un noyau dur d'actionnaires, éventuellement consolidé par un pacte extrastatutaire.

Ce dispositif a fait l'objet de multiples réformes depuis sa création, en vue de le moderniser. Ont notamment été consacrés les engagements réputés acquis et les engagements *post-mortem*. Les assouplissements objets du présent article, s'inscrivent dans ce mouvement de modernisation. Il y a sept assouplissements qui peuvent être ramenés à une idée directrice unique qui est celle de la consécration de l'individualisme. Cette idée d'individualisme se retrouve aussi bien dans la conclusion du pacte «Dutreil» (I) que dans son exécution (II).

I - L'individualisme dans la conclusion du pacte «Dutreil transmission»

La prévalence d'un seul engagé sur la collectivité des autres engagés est consacrée par l'article 40 de la loi de finances pour 2019, tant pour la conclusion d'un pacte «Dutreil» de droit commun (A) que d'un pacte «Dutreil» réputé acquis (B). Un pacte est

réputé acquis lorsqu'il n'a pas été établi formellement mais que le défunt ou donataire avec son conjoint ou son pacsé, détenaient ensembles, depuis plus de deux ans, le nombre de titres requis tout en remplissant, par ailleurs, la fonction de direction ou d'exercice d'activité principale. L'engagement est alors réputé avoir été conclu et exécuté en dépit de son irrégularité formelle.

A - L'individualisme dans la conclusion d'un pacte de droit commun

A compter du 1^{er} janvier 2019, l'engagement collectif de droit commun peut être pris par une personne seule : mais qu'entend-on par personne seule ? Sur ce point, le nouvel article 787 B du Code général des impôts est à la fois clair et abscons. Nous envisagerons successivement les certitudes et incertitudes, s'inférant de la nouvelle rédaction de cet article.

1') Les certitudes s'inférant du nouvel article 787 B du Code général des impôts

A compter du 1^{er} janvier 2019, l'article 787 B prévoit la possibilité pour un membre d'une société opérationnelle de conclure seul un engagement collectif. Si, de façon patente, sont ici visés les membres des sociétés unipersonnelles, les membres des sociétés pluripersonnelles sont également inclus dans le dispositif dès l'instant où ils détiennent seuls la quotité de capital social requise par la loi pour la conclusion d'un pacte «Dutreil».

En premier lieu, concernant le membre unique d'une société unipersonnelle, telle que par exemple, une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU), une entreprise agricole à responsabilité limitée (EARL), ce dernier pourra désormais prendre seul l'engagement collectif sur les titres qu'il détient. L'objectif visé par le législateur est simple : éviter que l'associé ou l'actionnaire unique ne détourne la condition de pluralité des membres éligibles à l'engagement collectif énoncée par la loi, par un subterfuge juridique formel ou substantiel. En effet, dans le régime antérieur, les membres uniques des sociétés contournaient la difficulté de l'absence de pluralité pour la conclusion d'un engagement collectif soit en invoquant l'article 787 C du CGI ([N° Lexbase : L89581QT](#)) régissant la transmission d'entreprise individuelle dès lors inadapté aux sociétés unipersonnelles (subterfuge formel) ; soit en cédant un titre à un nouvel actionnaire ou associé préalablement à la signature de l'engagement collectif afin de remplir la condition de pluralité de membres à l'engagement collectif énoncée par la loi (subterfuge substantiel).

En second lieu, concernant le membre d'une société pluripersonnelle remplissant seul les conditions d'éligibilité «Dutreil» (seuil et direction), il pourra désormais conclure un engagement collectif seul. Ce d'autant que les seuils sont abaissés pour faciliter la souscription des pactes. Tandis qu'ils étaient de 20 % des droits financiers et des droits de votes des sociétés cotées et de 34 % des droits financiers et des droits de vote des sociétés non cotées dans le régime antérieur, ils sont actuellement de 10 % des droits financiers et 20 % des droits de vote des sociétés cotées et 17 % des droits financiers et 34 % des droits de vote des sociétés non cotées. Reposera en revanche sur lui seul également, l'obligation de fournir une attestation en début de pacte collectif, et, du reste, en fin, puisque les pactés n'ont plus l'obligation, désormais, de fournir une attestation à l'administration fiscale chaque année, et ce, pendant toute la durée du pacte, sauf si cette dernière le leur demande, auquel cas ils ont trois mois pour la lui fournir [\[4\]](#).

En dépit de ces certitudes concernant les membres, unipersonnels et pluripersonnels détenant seuls la quotité de capital social éligible aux pactes «Dutreil transmission», le texte comporte des incertitudes que l'administration fiscale devra opportunément préciser dans ses futurs commentaires au Bulletin officiel des finances publiques (BOFIP).

2') Les incertitudes s'inférant du nouvel article 787 B du Code général des impôts

Elles concernent l'héritier ou légataire et la personne morale associée.

En premier lieu, l'héritier ou légataire posent question. En effet, l'article 787 B a, alinéa 2, du CGI prévoit la possibilité de souscrire un engagement posthume, c'est-à-dire un engagement pris par les héritiers ou légataires dans les six mois qui suivent la transmission dès lors que le défunt ne l'a pas pris lui-même. Mais la formulation de cet article vise les héritiers ou légataires avec

d'autres associés. Seul le renvoi au premier alinéa, qui vise expressément la possibilité de prendre un engagement collectif seul, incite à penser qu'un héritier ou légataire peut prendre un engagement collectif posthume dès lors qu'il remplit les conditions de seuils et de direction. Il est souhaitable que l'administration fiscale confirme ce point dans ses commentaires.

Concernant en second lieu, la personne morale associée. En présence d'une société interposée, celle-ci semble pouvoir prendre seule l'engagement collectif puisque l'article 787 B précise : « *le présent engagement peut-être pris par une personne seule* [...] » sans distinguer physique ou morale. La société doit par ailleurs remplir les conditions de direction, étant toutefois rappelé que la direction d'une société par actions simplifiée (SAS) peut être assumée par une personne morale à l'inverse de celle de la société à responsabilité limitée (SARL) ou de la société anonyme (SA). Là aussi une confirmation de l'administration fiscale dans ses commentaires est attendue.

Si la prévalence d'un seul sur la collectivité des autres engagés est patente s'agissant des pactes de droit commun, elle s'entrevoit aussi bien concernant un pacte réputé acquis.

B - L'individualisme dans la conclusion d'un pacte réputé acquis

Sont ici visés les classiquement «laissés pour compte» des pactes «Dutreil transmission», lesquels sont désormais intégrés dans le dispositif par le nouvel article 787 B du Code général des impôts. Laissés par le passé hors du domaine des pactes «Dutreil», ils sont désormais intégrés dans leur champ d'application. Il s'agit en premier lieu, du concubin notoire (en plus du conjoint et du pacsé) du défunt ou légataire ; et en second lieu, des personnes morales interposées, qui sont désormais intégrées au dispositif. Cependant, concernant ces dernières, il y a là aussi une certitude et une incertitude.

1') La certitude

L'engagement réputé acquis s'applique désormais également lorsque les titres de la société sont détenus par l'intermédiaire d'une société (donc indirectement). Par conséquent, bénéficieront désormais d'une exonération partielle, les titres de la société interposée détenant les titres dans la société exploitante.

Si le texte est clair pour un seul niveau d'interposition, il l'est en revanche moins s'agissant d'un double niveau d'interposition.

2') L'incertitude

L'engagement réputé acquis s'applique-t-il en cas de double niveau d'interposition ? Il semble que l'on puisse répondre par l'affirmative à cette question en raison, d'une part, du renvoi de l'article 787 B b 2 qui précise qu'en « *cas de détention indirecte, l'exonération partielle est accordée dans les proportions et sous les conditions prévues au 3 du présent b* » qui vise à la fois le simple et le double niveau d'interposition ; et, d'autre part, en considération de ce que désormais les participations doivent demeurer inchangées pendant toute la durée des engagements collectif et individuel. Du reste, ce même esprit de fixité prévaut à l'absence de remise en cause du régime de faveur en cas d'offre publique d'échange (OPE), considérée désormais comme une opération intercalaire au même titre que les fusions, apports partiels d'actifs, scissions, etc..

Nonobstant ces arguments plaidant en faveur du double niveau d'interposition, il n'en demeure pas moins que l'administration fiscale devra opportunément préciser ce point dans ses commentaires.

L'individualisme introduit par l'article 40 de la loi de finances pour 2019 dans la conclusion du pacte «Dutreil transmission», se retrouve également dans son exécution.

II - L'individualisme dans l'exécution du pacte «Dutreil transmission»

Sont ici visés les mouvements de titres avec, d'une part, les cessions et donations postérieurement à la transmission pendant la phase de l'engagement collectif (A) et, d'autre part, les apports de titres (objets de l'engagement) par les engagés repreneurs pendant la phase d'engagement collectif (B).

A - Les engagés peuvent désormais céder ou donner les titres postérieurement à la transmission pendant la phase de l'engagement collectif

Dans le régime antérieur, une fois les titres transmis aux héritiers, donataires ou légataires, si l'un d'entre eux cédait ou donnait une partie des titres qu'il avait reçus avant le terme de l'engagement collectif de conservation, le bénéfice de l'exonération partielle était remis en cause pour la totalité des titres reçus. Avec la réforme, en cas de cession ou donation des titres en cours d'engagement collectif à un autre associé signataire du pacte, l'exonération partielle n'est remise en cause qu'à hauteur des titres cédés/donnés. Ainsi : en cession partielle, il n'y a qu'une remise en cause partielle de l'exonération. En revanche, la remise en cause sera totale en cas de cession ou donation à un tiers : il y aura alors déchéance du régime de faveur pour l'intégralité des titres que le cédant ou donataire avait reçus.

Cependant, l'assouplissement visé ne concerne que la période de l'engagement collectif. En cas de cession ou donation à un membre de l'engagement collectif pendant la durée de l'engagement individuel, le bénéfice de l'exonération partielle est remis en cause pour l'intégralité des titres du cédant ou du donateur, sauf en cas de donation à un ou des descendants du donateur et si les donataires poursuivent l'engagement individuel jusqu'à son terme.

Si le premier assouplissement concerne les cessions ou donations de titres postérieurement à la transmission pendant la phase de l'engagement collectif, le second concerne les apports de titres objets de l'engagement pendant la phase d'engagement collectif par les engagés repreneurs.

B - Les engagés repreneurs peuvent désormais apporter les titres à une *holding* pendant la phase d'engagement collectif

Cet assouplissement des pactes «Dutreil transmission» vise à faciliter les schémas de transmission d'entreprises familiales lorsque certains héritiers sont «repreneurs» (désignés sous le terme de *Family Buy Out* et par acronyme FBO). Le FBO consiste pour le chef d'entreprise à réaliser une donation-partage de ses titres à son ou ses héritiers repreneurs. Ces derniers sont alors tenus de verser une somme d'argent, appelée soulte, aux héritiers non-repreneurs, afin de les indemniser. Les titres ainsi donnés sont ensuite apportés à une société *holding* de reprise qui prendra en charge le versement de la soulte aux héritiers non-repreneurs. Cette opération permet de répondre à la question du financement de l'indemnisation des héritiers ne souhaitant pas reprendre l'activité ou la céder. L'efficacité du FBO repose sur l'application du régime du pacte «Dutreil».

Dans le régime antérieur, des difficultés pratiques pouvaient survenir en raison des conditions à respecter. En effet, l'efficacité du FBO suppose l'apport des titres à la *holding* de reprise immédiatement après la donation. Et si les héritiers, donataires ou légataires apportaient les titres qu'ils avaient reçus à une société *holding* au cours de la période d'engagement collectif de deux ans, le bénéfice de l'exonération partielle était remis en cause. L'apport des titres transmis à une *holding* n'était en effet possible qu'en cours d'engagement individuel, soit au moins deux ans après la donation, ce qui peut potentiellement générer une plus-value d'apport de titres. La possibilité d'apporter les titres en cours d'engagement collectif et l'assouplissement des conditions relatives à la *holding* elle-même (objet, détention du capital), facilite ainsi grandement les opérations de transmission d'entreprise dans le cadre du FBO.

L'assouplissement relatif à l'apport des titres par les engagés repreneurs à une *holding* pendant l'engagement collectif attendu depuis longtemps par les contribuables et leurs conseils, permettra désormais de palier la problématique de la plus-value durant la période intercalaire entre l'engagement collectif et l'engagement individuel. Il faut cependant noter qu'il existe une possibilité de report de cette plus-value sur le fondement de l'article 150-0 B ter du CGI ([N° Lexbase : L9142LNW](#)), sauf lorsque la soulte dépasse 10 % de la valeur nominale des titres reçus. Il est précisé toutefois, que la plus-value est imposable au titre de l'année d'apport à concurrence du montant de cette soulte.

En conclusion, cette réforme et les nombreux assouplissements qu'elle comporte, induit des effets juridiques positifs dont le principal réside dans la consécration en droit fiscal de l'engagement juridique unilatéral. Ainsi, l'esprit de «conquête économique» visé par le législateur dans cette loi «PACTE» revêt un caractère individualiste tant il est vrai que «*pour prendre une décision, en l'espèce patrimoniale, il faut un nombre impair de personnes et que trois c'est déjà trop*» [\[5\]](#). Dès lors, à travers ces assouplissements, le législateur fait prévaloir la volonté d'un seul sur la volonté collective, pour que cette volonté collective ne soit plus un frein aux transmissions d'entreprises. D'où suit que les pactes «Dutreil» issus du projet de loi «PACTE» n'ont en définitive de pacte que le nom ou presque, tant est consacrée en droit fiscal, à travers ces assouplissements, l'engagement juridique unilatéral. Les principaux intérêts de cette consécration sont d'obvier l'éventuelle déchéance liées aux cessions ou donations des autres signataires du pacte «Dutreil», tout en évitant soigneusement d'avoir à purger le délai des deux ans de l'engagement réputé acquis.

[\[1\]](#) **Projet de loi** relatif à la croissance et la transformation des entreprises (initial) ; **exposé des motifs** de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018, de finances pour 2019.

[\[2\]](#) F. Fruleux, *Loi de finances pour 2019 et transmission à titre gratuit : présentation et mise en œuvre des nouvelles dispositions*, JCP éd. N, n° 1, 4 janvier 2019, act. 100.

[\[3\]](#) Sur ces points : J.-J. Lubin et F. Collard, *Transmission d'entreprise : chiffrer l'avantage Dutreil ; fiche pratique*, Droit des sociétés, n° 11, novembre 2018, prat. 5.

[\[4\]](#) J.-J. Desbuquois, *Successions et donations - Aménagement du régime du «Pacte Dutreil» (CGI, art. 787 B)*, Droit fiscal, n° 1-2, 3 janvier 2019, comm. 46.

[\[5\]](#) Georges Clémenceau.

[Actes de colloques] L'encadrement juridique de l'expérimentation des véhicules à délégation de conduite par la loi «PACTE»

N° Lexbase : Ng338BX7



par Sébastien Jambort, Maître de conférences - HDR en Droit privé

Réf.: Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Le chapitre II de la loi «PACTE» comporte différentes mesures qui cherchent à rendre les entreprises plus innovantes [1]. Sa section 2 vise notamment à mieux protéger les expérimentations de l'entreprise. Quant à l'article 125 de la loi «PACTE», il vient modifier l'encadrement juridique de l'expérimentation des véhicules à délégation de conduite. Les enjeux liés à ces expérimentations sont précisés par l'[exposé des motifs](#) et l'[étude d'impact](#) de la loi «PACTE» :

Selon l'exposé des motifs, *«L'accumulation d'expériences («learning by doing») permet [...] de préciser les enjeux de sécurité et de définir le cadre réglementaire et normatif adapté, notamment pour la validation ou l'homologation de ces systèmes»*. Pour cela, il faut réviser *«le cadre actuel de l'expérimentation»* issu de l'ordonnance n° 2016-1057 du 3 août 2016, relative à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques ([N° Lexbase : L6154K9S](#)), afin que *«les éventuelles dérogations au Code de la route, soient accompagnées, au niveau législatif, de dispositions spécifiques en matière de responsabilité, notamment pénale»*.

Sur un plan économique, l'enjeu consiste, selon l'exposé des motifs, à *«ne pas freiner les expérimentations qui sont nécessaires à la compétitivité du secteur industriel et au développement de nouveaux services de mobilité»*. L'étude d'impact de la loi «PACTE» souligne que l'absence de clarification des responsabilités civiles et pénales pendant les expérimentations pénalise sérieusement le développement de ces dernières qui *«doivent maintenant clairement aborder les enjeux d'interactions véhicules-conducteurs-conditions au cours de la circulation»*. L'étude d'impact ajoute que *«sans cette mesure, la France se trouverait entravée dans le développement de la conduite autonome, au plan international»*.

Pour répondre à ces exigences économiques, l'exposé des motifs précise que la loi «PACTE» doit comporter *«les dispositions nécessaires pour autoriser ces expérimentations, dans des conditions sécurisées et dans un régime de responsabilité clarifié»*.

Avant d'envisager les apports de la loi «PACTE», il convient d'en souligner les lacunes.

D'abord, la loi ne définit ni le véhicule autonome, ni les différents degrés d'autonomie des systèmes de conduite. Selon Michèle Guilbot, *«le véhicule sera véritablement autonome lorsque le système sera en mesure d'adapter sa réaction à la situation sans répondre à une programmation humaine mais grâce à un processus d'auto apprentissage»* [2]. La loi «PACTE» ne fait d'ailleurs pas référence au véhicule autonome mais aux véhicules à délégation de conduite. Ces derniers peuvent être définis comme *«un ensemble d'éléments matériels et logiciels qui assurent le contrôle dynamique du véhicule de manière durable [3], lesdits systèmes autorisent le partage des activités de conduite entre l'homme et la machine»* [4]. La délégation de conduite n'est pas une notion uniforme, car il existe une gradation décrite notamment dans la nomenclature de la *Society of Automotive Engineers* (SAE) [5]. Les niveaux d'automatisation dépendent des missions respectives du conducteur humain et du système de conduite [6]. Ce sont les niveaux 3, 4 et 5 qui correspondent aux véhicules à délégation de conduite.

Ensuite, la loi «PACTE» ne dit rien sur le régime de responsabilité civile en cas d'accident de la circulation dans lequel un véhicule à délégation de conduite serait impliqué. Ceci est regrettable dans la mesure où la détermination du conducteur ou du gardien du véhicule impliqué dans l'accident est rendue plus complexe dans le contexte de la conduite déléguée [7].

Enfin, la loi «PACTE» n'envisage pas les modalités d'assurance des véhicules autonomes ; elles devraient être déterminées par la loi d'orientation sur les mobilités.

Après avoir mis en évidence ces lacunes de la loi «PACTE», il convient d'identifier ses apports (I). Les dispositions en matière de responsabilité pénale soulevant des difficultés, ces dernières donneront lieu à un approfondissement (II).

I - Les apports de la loi «PACTE»

En premier lieu, la loi «PACTE» revient sur les conditions de délivrance de l'autorisation de circulation à des fins expérimentales (A). En second lieu, la loi «PACTE» clarifie le régime de responsabilité pénale pendant les expérimentations (B).

A - La délivrance de l'autorisation de circulation à des fins expérimentales

Il convient de faire le départ entre les conditions de délivrance de l'autorisation de circulation sur la voie publique (1°) et celles qui concernent les voies réservées aux transports collectifs (2°).

1°) Les conditions de délivrance de l'autorisation de circulation sur la voie publique

L'article 125 de la loi «PACTE» rappelle que «*la circulation sur la voie publique à des fins expérimentales de véhicules à délégation partielle ou totale de conduite est subordonnée à la délivrance d'une autorisation destinée à assurer la sécurité du déroulement de l'expérimentation*». Il résulte de ce texte que la délivrance de l'autorisation de circulation à des fins expérimentales «*est subordonnée à la condition que le système de délégation de conduite puisse être à tout moment neutralisé ou désactivé par le conducteur*», ce qui est conforme à la Convention de Vienne sur la sécurité routière. La loi «PACTE» permet surtout de mener des expérimentations en l'absence de conducteur à l'intérieur du véhicule en posant toutefois des conditions de sécurité. En effet, l'article 125 précise qu'«*en l'absence de conducteur à bord, le demandeur fournit les éléments de nature à attester qu'un conducteur situé à l'extérieur du véhicule, chargé de superviser ce véhicule et son environnement de conduite pendant l'expérimentation, sera prêt à tout moment à prendre le contrôle du véhicule, afin d'effectuer les manœuvres nécessaires à la mise en sécurité du véhicule, de ses occupants et des usagers de la route*». La présence dans le véhicule ou en dehors du véhicule du conducteur humain pour reprendre le contrôle du véhicule est donc la condition *sine qua non* des expérimentations. Il est enfin à remarquer que la loi «PACTE» qualifie de conducteur la personne située à l'extérieur du véhicule. Partant, il faudra reconsidérer la notion de conducteur ou l'envisager autrement car la jurisprudence de la Cour de cassation «*retient la qualité de conducteur depuis le moment où le conducteur s'est installé aux commandes de son véhicule jusqu'au moment où il les a quittées*» [8]. Un conducteur situé à l'extérieur du véhicule pourra-t-il être considéré comme le conducteur s'étant «*installé aux commandes de son véhicule*» ?

2°) Les conditions de délivrance de l'autorisation de la circulation sur les voies réservées aux transports collectifs

Selon l'étude d'impact du projet de loi «PACTE», «*es projets d'expérimentations concernent de plus en plus des services de transports publics, nécessitant des évaluations et des validations en conditions réelles d'expérimentation utilisant des voies réservées aux transports collectifs*». La circulation à des fins expérimentales de véhicules à délégation partielle ou totale de conduite sur les voies réservées ne peut être autorisée que :

- pour des véhicules utilisés pour effectuer ou mettre en place un service de transport public de personnes ;
- pour les autres véhicules, sous réserve de l'avis conforme de l'autorité de police de la circulation concernée (c'est-à-dire le gestionnaire de la voirie) et de l'autorité organisatrice des transports.

Par ailleurs, il convient de noter que l'article 125 de la loi «PACTE» indique qu'un «*décret doit prévoir les modalités d'information du public sur la circulation à des fins expérimentales de véhicules à délégation partielle ou totale de conduite*».

B - La clarification de la responsabilité pénale pendant les expérimentations

La loi «PACTE» répartit de manière alternative la responsabilité pénale entre le conducteur et le titulaire de l'autorisation

d'expérimentation. Selon le premier alinéa de l'article L. 121-1 du Code de la route ([N° Lexbase : L8984AMP](#)), «*le conducteur d'un véhicule est responsable pénalement des infractions commises par lui dans la conduite dudit véhicule*». L'article 125 de la loi «PACTE» prévoit que ces dispositions «*ne sont pas applicables au conducteur pendant les périodes où le système de délégation de conduite, qu'il a activé conformément à ses conditions d'utilisation, est en fonctionnement et l'informe être en état d'observer les conditions de circulation et d'exécuter sans délai toute manœuvre en ses lieux et place*». Les dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la route retrouvent à s'appliquer «*après sollicitation du système de conduite et à l'issue d'un délai de reprise de contrôle du véhicule précisé par l'autorisation d'expérimentation, dont le conducteur est informé. Il en va de même lorsque le conducteur a ignoré la circonstance évidente que les conditions d'utilisation du système de délégation de conduite, définies pour l'expérimentation, n'étaient pas ou plus remplies*».

Le caractère alternatif de la responsabilité pénale entre le conducteur humain et le titulaire de l'autorisation d'expérimentation a pour conséquence, pendant les périodes où le système de délégation de conduite est en fonctionnement, d'exonérer le conducteur humain de la responsabilité des contraventions au Code de la route. De même, si la conduite assurée par le système de délégation de conduite a provoqué un accident entraînant un dommage corporel, le conducteur humain sera exonéré des délits d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité de la personne prévus aux articles 221-6-1 ([N° Lexbase : L9678KXQ](#)), 222-19-1 ([N° Lexbase : L9679KXR](#)) et 222-20-1 ([N° Lexbase : L9680KXS](#)) du Code pénal.

II - Les difficultés soulevées par les dispositions en matière de responsabilité pénale

Les dispositions en matière de responsabilité pénale posent deux questions. La première est celle du bien-fondé de l'exonération de responsabilité pénale du conducteur (A). La seconde est celle de l'imputabilité de l'infraction (B).

A - La question de l'exonération de responsabilité pénale du conducteur

La distribution de la responsabilité pénale entre le conducteur humain et le titulaire de l'autorisation d'expérimentation ne tient pas compte du rôle de superviseur du conducteur humain, qui peut être amené à reprendre le contrôle du véhicule à la demande du système de délégation de conduite ou s'il constate que les conditions d'utilisation du système de délégation de conduite ne sont plus remplies. Dans son avis sur le projet de loi «PACTE» en date du 14 juin 2018 [\[9\]](#), le Conseil d'Etat a d'ailleurs suggéré de modifier les dispositions exonérant de responsabilité pénale le conducteur pour tenir compte de «*la complexité des situations résultant de la juxtaposition des responsabilités pendant la phase où le système de délégation de conduite exerce effectivement la tâche de la conduite*». Le Conseil d'Etat relève que : «*le conducteur n'étant pas délié de toute obligation de vigilance ou d'attention mais devant au contraire être en mesure à tout moment de neutraliser ou désactiver le système de délégation de conduite, la loi ne peut se borner à l'exonérer de responsabilité pénale dès qu'il a activé dans des conditions régulières le système de délégation de conduite*».

Pour critiquer l'exonération de responsabilité pénale du conducteur humain dans certaines hypothèses, il paraît opportun de mener un raisonnement par analogie avec la jurisprudence relative aux régulateurs de vitesse. Le raisonnement par analogie entre la responsabilité pénale dans le cadre de l'utilisation d'un véhicule à délégation de conduite et la responsabilité pénale en cas d'utilisation du régulateur de vitesse est-il admissible ? Il est vrai que le régulateur de vitesse relève d'une automatisation de niveau 1. Nonobstant, la plupart des systèmes de délégation de conduite de niveaux 2, 3 et 4, permettent la reprise en main du véhicule par le conducteur humain. Dans ces conditions, le raisonnement par analogie peut jouer.

Les décisions rendues relativement aux accidents survenus alors que le régulateur de vitesse du véhicule était enclenché peuvent être éclairantes. Il apparaît, de manière très nette, que les décisions rendues [\[10\]](#) n'ont jamais considéré que l'article L. 121-1 du Code de la route n'était plus applicable au conducteur humain au motif que le régulateur de vitesse était activé. Les juges prennent soin de relever que le conducteur a essayé après l'activation du régulateur de vitesse de reprendre le contrôle du véhicule. Tel est le cas dans l'arrêt du 20 décembre 2007 dans lequel la cour d'appel de Chambéry a prononcé la relaxe de la prévenue, accusée de blessures involontaires et de défaut de maîtrise, après avoir constaté, que «*ses actions, tant sur la manette du régulateur, que sur les pédales de frein et d'embrayage et sur le frein à main sont restées vaines, aucune de celles-ci n'ont permis le ralentissement de son véhicule de sorte [...] qu'elle n'a pu éviter la collision*» [\[11\]](#).

B - La question de l'imputabilité de l'infraction

Peut-on admettre, comme l'a fait la loi «PACTE», que ce soit le titulaire de l'autorisation d'expérimentation qui soit présumé responsable pénalement ?

Selon l'article 121-1 du Code pénal ([N° Lexbase : L2225AMD](#)), «*nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*». Cela signifie «*qu'une infraction et la responsabilité pénale qui s'en suit ne puissent être rattachées qu'à une personne qui a personnellement commis ou participé à cette infraction*» [\[12\]](#). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs fait de cette règle un principe «*résultant des articles 8 (N° Lexbase : L1372A9P) et 9 (N° Lexbase : L1373A9Q) de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait*» [\[13\]](#). Dans la même décision, le Conseil constitutionnel reconnaît la validité des présomptions d'imputation en énonçant «*qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité*» [\[14\]](#). Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article de la loi n° 99-505 du 18 juin 1999, portant diverses mesures relatives à la sécurité routière ([N° Lexbase : L4483LQ4](#)), disposant que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour des contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées.

Il résulte de la décision du Conseil constitutionnel que la présomption d'imputation de la contravention au titulaire de l'autorisation d'expérimentation ne suscite pas de difficulté. En effet, le titulaire de l'autorisation est pécuniairement responsable du paiement des amendes.

Les présomptions d'imputation en matière de délit d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité des personnes sont plus épineuses. L'article 125 de la loi «PACTE» dispose notamment que si la conduite du véhicule, dont le système de délégation de conduite a été activé et fonctionne, a provoqué un accident entraînant un dommage corporel, le titulaire de l'autorisation d'expérimentation «*est pénalement responsable du délit d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité de la personne prévus par les articles 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1 du Code pénal lorsqu'il est établi une faute au sens de l'article 121-3 de ce code (N° Lexbase : L2053AMY) dans la mise en œuvre du système de délégation de conduite*». Autrement dit, le titulaire de l'autorisation d'expérimentation devrait être considéré comme un auteur indirect et il faudrait démontrer qu'il a commis une faute délibérée ou caractérisée. Toutefois, la preuve d'une faute grave ne sera pas nécessaire si le titulaire de l'autorisation est une personne morale, car la Cour de cassation a affirmé que «*que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants [...] alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques, ne pourrait être recherchée*» [\[15\]](#).

L'encadrement juridique de l'expérimentation des véhicules à délégation de conduite par la loi «PACTE» interpelle car certaines dispositions pourraient devenir la réglementation applicable aux véhicules à délégation de conduite après les phases d'expérimentation menées dans plusieurs villes françaises [\[16\]](#).

[\[1\]](#) Nous tenons tout particulièrement à remercier Laurent Teresi et Marie-Andrée Rakotovahiny pour la recherche collective que nous avons menée sur les véhicules à délégation de conduite. Cette publication reprend certains questionnements et certaines analyses figurant dans l'article collectif suivant : L. Teresi, M.-A. Rakotovahiny, S. Jambort, *Incidences des systèmes de conduite automatique sur les responsabilités civiles et pénales*, JCP éd. G, n° 4, 2019, p. 161.

[\[2\]](#) M. Guilbot, *Le véhicule autonome, les conditions juridiques de son déploiement*, RISEO, 2018-1, p. 55.

[\[3\]](#) V. notamment, résolution du Forum Mondial sur la Sécurité Routière sur le déploiement de véhicules hautement et entièrement automatisés, 3 octobre 2018, ECE/Trans/WP.1/2018/165.

[\[4\]](#) L. Teresi, M.-A. Rakotovahiny, S. Jambort, *op. cit.*, spéc.n° 1, p. 162.

[\[5\]](#) SAE, *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*, J3016, septembre 2016.

[\[6\]](#) Selon Michèle Guilbot, au niveau 0, il n'y a «aucune automatisation» ; au niveau 1, «un système peut aider le conducteur en exécutant une partie des fonctions d'accélération/décélération» ; au niveau 2, l'automatisation est «partielle» ; au niveau 3 l'automatisation est «sous conditions» ; au niveau 4, l'automatisation est «élevée» et au niveau 5 l'automatisation est «totale» ; M. Guilbot, *op. cit.*, p. 54.

[7] En ce sens L. Teresi, M.-A. Rakotovahiny, S. Jambort, *op. cit.*, spéc. n° 11 et s., p. 165.

[8] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Dalloz, p. 1260, n° 1194.

[9] CE, avis n° 394.599 et 395.021 du 14 juin 2018 sur le projet de loi «PACTE».

[10] Le tribunal correctionnel de Nantes a relaxé un conducteur après avoir considéré que le régulateur de vitesse avait connu un dysfonctionnement «*apparu brutalement et de façon imprévisible*» sans que le conducteur «*ne puisse résister à la force imposée à lui*» : T. corr. Nantes, 15 décembre 2008, n° 4162/08, cité par R. Josseume, *La voiture autonome : un défi au code de la route*, Gaz. Pal., 30 septembre 2015, p. 5.

[11] CA Chambéry, 20 déc. 2007, n° 07/0054 : cité par R. Josseume, *op. cit.* ; dans cet arrêt, la cour d'appel relève par ailleurs les témoignages des passagères qui ont confirmé que la conductrice avait tenté en vain de ralentir son véhicule. La cour d'appel a conclu qu'«*en l'absence de certitudes sur la réalité d'un fonctionnement normal du système de régulation de vitesse, face aux déclarations concordantes de la prévenue et des témoins, la cour estime que la preuve d'un défaut de maîtrise reproché à Mme Stéphanie [B.] n'est pas rapportée tant il n'est possible de déduire de la seule survenue d'une collision la constitution de la contravention reprochée*».

[12] V. Malabat, *Responsabilité et irresponsabilité pénale*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, août 2009, p. 28.

[13] Cons. const., décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 ([N° Lexbase : A8780AC8](#)), considérant n° 7.

[14] Cons. const., décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, préc. considérant n° 5.

[15] Cass. crim., 24 octobre 2000, n° 00-80.378 ([N° Lexbase : A3695AUE](#)).

[16] Selon le site du ministère de la Transition écologique et solidaire ([communiqué](#) du 3 mai 2019) : «*Les 16 projets, soutenus financièrement par l'Etat et qui se dérouleront dans différents points du territoire, permettront à la France de franchir une nouvelle étape avec des expérimentations de plus grande échelle : c'est le cap d'un million de kilomètres parcourus en expérimentation qui sera atteint d'ici 2022, dans une grande diversité de cas d'usages*».

[Actes de colloques] Stimuler l'innovation par des mesures de propriété industrielle

N° Lexbase : Ng320BXH



par **Alexandra Mendoza-Caminade**, Professeur des Universités, Université Toulouse 1 Capitole, Directrice Master 2 Propriété intellectuelle, Vice-Présidente Relations internationales

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Adoptée par le Parlement le 11 avril 2019 (et publiée au Journal officiel du 23 mai 2019), la loi «PACTE», pour «Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises», est un texte de modernisation du droit des affaires aux dispositions très variées dont l'ambition est de faciliter à la fois la création et le développement des entreprises. Or le constat a été fait que «*la France peut et doit encore progresser quant à la numérisation et l'innovation de ses entreprises*» pour en faire des leviers de croissance des TPE/PME et des ETI [\[1\]](#). Aussi figurent parmi les dispositions de la loi plusieurs mesures en matière de propriété industrielle visant à stimuler l'innovation.

Lors de la présentation du projet de loi en Conseil des ministres le 18 juin 2018, plusieurs objectifs ont été exposés par le ministre de l'Economie et des Finances en matière d'innovation : rapprocher la recherche publique de l'entreprise, créer un fonds pour l'industrie et l'innovation et faciliter l'accès des PME à la propriété industrielle. La propriété industrielle joue en effet un rôle fondamental pour les processus d'innovation et la compétitivité des entreprises dans un contexte fortement concurrentiel et mondialisé. Pourtant, le Gouvernement a indiqué que «*21 % des PME seulement sont depositaires de brevets d'invention alors que 57 % des grands groupes en déposent*», et que «*les PME françaises déposent quatre fois moins de brevets que les PME allemandes*» [\[2\]](#). Le Gouvernement a également relevé les faiblesses des entreprises françaises jugées de taille insuffisante ainsi que leur manque de compétitivité. La loi «PACTE» vise donc à lever les obstacles à la croissance des entreprises à toutes les étapes de leur développement, de leur création à leur transmission. Pour cela, la loi modifie largement la propriété industrielle notamment en matière de brevet [\[3\]](#), de certificat d'utilité, mais aussi de marques [\[4\]](#), de prescription d'actions [\[5\]](#), ou encore concernant la situation du chercheur dans le secteur public : la propriété industrielle est donc appréhendée de manière hétéroclite et morcelée. L'accent est mis sur le brevet par la création d'une procédure d'opposition, par la mise en œuvre d'un examen du critère d'inventivité des brevets, ainsi que sur le certificat d'utilité qui fait l'objet de mesures de renforcement. Ces diverses mesures permettront-elles d'inciter à l'innovation et de répondre aux objectifs affichés par le législateur en termes de transformation des entreprises et de croissance économique ? Pour le déterminer, cette contribution expose certaines mesures de la loi «PACTE» visant à inciter les entreprises à recourir au certificat d'utilité (I), à imposer l'examen nouveau par l'INPI du critère d'inventivité pour l'obtention du brevet (II), et à créer une procédure d'opposition aux brevets d'invention délivrés (III).

I - Un recours incité à la propriété industrielle : la modernisation du certificat d'utilité

Afin d'inciter le recours aux titres de propriété industrielle, la loi «PACTE» procède à des modifications juridiques pour encourager les entreprises à protéger leurs innovations [\[6\]](#). Parmi les dispositions de la loi «PACTE» figurent plusieurs modifications concernant le certificat d'utilité. Le but affiché par le législateur est de rendre ce titre de propriété industrielle plus attractif en le modernisant et de l'harmoniser avec les équivalents étrangers, notamment allemand et chinois. Le certificat d'utilité est en effet peu fréquent en France par comparaison avec d'autres pays. En Allemagne, le *Gebrauchsmuster* représente une alternative au brevet très utilisée par les entreprises en raison de la rapidité de la procédure d'obtention et de son coût très attractif [\[7\]](#). Il en est de même pour le modèle d'utilité du système chinois auquel recourent massivement les entreprises.

Aussi la loi «PACTE» opère une réforme du certificat d'utilité pour le rénover et lui donner une meilleure image auprès des entreprises, l'objectif étant de favoriser la protection des innovations au moyen de ce titre de propriété industrielle [\[8\]](#). Les conditions d'octroi restent inchangées, y compris l'absence d'établissement d'un rapport de recherche, qui rend l'instruction plus souple, plus rapide et peu onéreuse. Visant des innovations de cycle court, ce titre pourra désormais répondre à de nouveaux besoins puisque sa durée est allongée de 6 à 10 ans.

Toutefois, si le déposant souhaite bénéficier d'une protection plus forte, il pourra demander la transformation d'une demande de certificat d'utilité en demande de brevet d'invention : l'articulation des deux titres est modifiée. Cette transformation ultérieure de la demande induit celle des formalités subséquentes, et elle engage en particulier la réalisation d'un rapport de recherche [9] et l'examen de l'activité inventive désormais attribuée à l'INPI.

Jusqu'à présent, il était possible de transformer une demande de brevet en demande de certificat d'utilité mais la transformation inverse n'était pas admise : en instaurant cette passerelle entre les demandes de titres, la loi «PACTE» instaure une voie d'accès progressive au brevet, notamment pour les PME et *start-up*. Mais il n'est pas certain que la simple possibilité de transformation du certificat d'utilité en brevet augmente le recours au certificat d'utilité : cette transformation impliquera en effet l'établissement du rapport de recherche et le contrôle de la brevetabilité avec le nouveau critère d'examen de l'inventivité attribué à l'INPI. Les entreprises pourraient d'emblée choisir le brevet qui valorise mieux l'invention grâce au rapport de recherche, mais la loi «PACTE» a l'intérêt de fluidifier le choix entre les titres en permettant aux entreprises de choisir l'instrument le plus adapté à leur stratégie et de modifier leur demande en conséquence.

La modification du certificat d'utilité doit conduire à en faire une alternative de protection plus crédible et donc plus attractive. Ainsi, les entreprises innovantes, jusque-là réticentes, pourraient s'engager dans cette voie de protection de leurs innovations, mais encore faut-il que ce titre corresponde à la stratégie des entreprises en termes de portée et de durée de protection. D'autres mesures visent par ailleurs à renforcer le brevet.

II - Améliorer la qualité des brevets : l'examen du critère d'inventivité par l'INPI

La loi «PACTE» procède à une modification structurelle du droit des brevets en instituant un examen *a priori* du critère d'inventivité des brevets par l'INPI. Il s'agit de faire du brevet national un instrument plus sûr et plus protecteur pour les entreprises. Mais ce postulat d'un brevet français faible [10] est controversé et la mesure très débattue. Il faut dire que cette modification conduit à un important changement du système de délivrance du brevet français [11]. Jusque-là, la condition de l'activité inventive ne faisait pas partie des conditions examinées officiellement par l'INPI. La philosophie du système qui reposait sur l'acquisition du droit par l'acte de volonté du déposant est remise en cause [12].

En effet, comme cela a été rappelé, le droit français conçoit la demande de brevet comme un acte juridique unilatéral du déposant, à l'inverse du droit germanique fondé sur les pouvoirs conférés à l'office s'agissant de la vérification des conditions de fond et de l'attribution de la propriété. Autrement dit, le système français repose sur une tradition libérale selon laquelle le déposant et son conseil ont un rôle déterminant quant à la valeur de l'invention brevetée. Si les deux systèmes sont opposés quant au pouvoir conféré à l'office dans l'examen des conditions de fond, cette opposition a été réduite par l'accroissement des pouvoirs reconnus à l'INPI quant à la condition de la nouveauté.

Désormais, le rôle des divers acteurs sera modifié : l'INPI se voit reconnaître un pouvoir considérable, la question étant posée de savoir si l'institut aura les moyens d'assurer ces nouveaux pouvoirs [13]. Le degré d'inventivité du brevet étant examiné dès le début, le conseil en propriété industrielle pourrait voir son rôle accru afin d'éviter que les demandes de brevets ne soient rejetées pour défaut d'inventivité dès la phase d'instruction de la demande. La réforme rejait également sur le juge judiciaire et l'avocat spécialisé qui pourraient être moins sollicités concernant la validité du brevet et l'étendue de la protection. En cas d'action judiciaire, l'examen de la validité du titre par le juge bénéficiera du travail préalablement réalisé par l'examineur lors de l'instruction.

S'agissant d'une réforme fondamentale pour le brevet, l'on peut s'étonner de la méthode ayant conduit à l'adoption de cette disposition [14] et de l'absence de consultation des professionnels concernés. Toutefois, cette évolution ajoutant l'examen de l'activité inventive nous paraît adaptée afin de garantir une valeur certaine au brevet français. En outre, en cohérence avec l'examen au fond de la condition d'inventivité par l'INPI, la loi «PACTE» instaure une nouvelle procédure d'opposition.

III - La création d'une procédure d'opposition

Déjà en place dans d'autres systèmes juridiques, la procédure d'opposition permet aux tiers d'obtenir la modification ou la

révocation d'un brevet. Ce système est un modèle répandu dans l'Union européenne et l'Office européen des brevets a lui aussi adopté cette procédure d'opposition [15]. En France, cette voie de recours n'existe pas et l'annulation d'un brevet d'invention ne peut être obtenue que dans le cadre d'une action judiciaire. Il en est ainsi car l'INPI ne peut pas rejeter une demande de brevet pour défaut d'activité inventive. Seul le juge peut statuer sur cette exigence dans le cadre d'une action en nullité engagée par un tiers. Cette voie unique de recours est contraignante pour les tiers [16] au point de constituer un frein dans la défense de leurs droits [17]. Certains considèrent en conséquence que le brevet français n'offrirait pas un même niveau de sécurité juridique que d'autres brevets étrangers en imposant l'exercice d'une action judiciaire par les tiers. Aussi, ce nouveau recours administratif vise à conférer au brevet national un niveau de sécurité juridique égal à celui d'autres brevets étrangers, les détracteurs du brevet français le considérant de faible valeur juridique du fait de l'impossibilité pour l'INPI de rejeter une demande pour défaut d'activité inventive.

La loi «PACTE» procède donc à une importante évolution du droit des brevets par la création de cette procédure : toute personne pourra demander à l'INPI la révocation ou la limitation d'un brevet délivré par l'INPI dans un délai déterminé, après la délivrance du titre. A l'issue de la procédure, l'INPI pourra rejeter l'opposition et maintenir le brevet contesté sans le modifier. Il pourra, à l'inverse, prononcer sa révocation ou permettre son maintien sous une forme limitée. Cette procédure d'opposition met en avant le rôle nouveau que l'INPI sera amené à jouer par l'analyse du critère de l'activité inventive.

Grâce à ce recours administratif, un second examen au fond *a posteriori* pourra avoir lieu et permettra d'obtenir pendant un délai limité une révocation ou une limitation d'un brevet d'invention délivré par l'INPI. Les entreprises ayant un intérêt pourront ainsi rapidement et à un moindre coût contester la délivrance d'un brevet de faible qualité, en particulier du point de vue de l'activité inventive. Il en résultera assurément une meilleure sécurité juridique dans la mesure où le brevet pourra dès sa délivrance être remis en cause et non plus uniquement *a posteriori* devant le juge judiciaire. Au-delà d'une meilleure qualité juridique du titre, cette procédure permettra également de désencombrer les marchés de brevets dépourvus d'inventivité [18].

Mais si la procédure d'opposition a déjà fait ses preuves ailleurs, ses modalités pratiques restent encore à déterminer, notamment concernant les moyens financiers nécessaires à sa mise en œuvre au sein de l'INPI [19].

C'est toute la difficulté posée par cette réforme : les mesures adoptées par la loi «PACTE» visent bien à favoriser les innovations des entreprises et leur protection, mais des incertitudes existent quant à leur efficacité, incertitudes qui ne seront levées qu'avec les décrets d'application. La mise en œuvre du nouveau dispositif suppose en effet d'importants moyens, notamment pour l'INPI, afin de ne pas alourdir les procédures, ni d'allonger les délais d'obtention du brevet. A défaut, la loi «PACTE» ne conduira pas à stimuler l'innovation en France et pourrait détourner certaines entreprises du brevet français, voire de toute protection par la propriété industrielle. L'ambition portée par ce texte est très importante, espérons qu'il pourra être mis en œuvre de manière efficace par l'INPI.

[1] PACTE : présentation du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, JCP éd E, n° 26, 28 juin 2018, act. 517.

[2] [Etude d'impact](#), 20 juin 2018, spéc. p. 395.

[3] E. Py, J. Raynard et G. Weiss, *Un an de droit des brevets*, Propriété industrielle, n° 1, janvier 2019, chron. 1.

[4] Le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi, les mesures nécessaires à la transposition de la Directive 2015/2436 du 16 décembre 2015, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (N° [Lexbase : L610gKW8](#)), ainsi que les mesures nécessaires pour assurer la compatibilité de la législation relative aux marques avec le Règlement n° 2017/1001 du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne (N° [Lexbase : L0640LGS](#)) : loi «PACTE», art. 201.

[5] Selon l'article 124 de la loi, l'action en nullité d'un brevet et d'autres titres de propriété industrielle n'est soumise à aucun délai de prescription. Par ailleurs, l'action en contrefaçon se prescrit par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître le dernier fait lui permettant de l'exercer.

[6] Décrite comme une «première marche» d'accès au brevet, une demande provisoire de brevet auprès de l'INPI avait été envisagée dans le projet de loi. Cette mesure est abandonnée au moins provisoirement dans la loi «PACTE» et pourrait être mise en place par voie réglementaire.

[7] En 2013, 15 472 demandes de modèles d'utilité ont été enregistrées en Allemagne, soit 24 % de l'ensemble des dépôts (étude d'impact, préc., spéc. p. 395).

[8] Art. 118 de la loi.

[9] Les conditions de la modification concernant notamment le délai et la procédure seront précisées par voie réglementaire.

[10] La sécurité juridique du brevet français est considérée moindre du fait de cette absence de rejet par l'INPI des demandes de brevet présentant un défaut d'activité inventive (étude d'impact, préc., p. 412).

[11] Evoquant une révolution, E. Py, J. Raynard et G. Weiss, *Un an de droit des brevets*, préc..

[12] Y. Reboul et L. Nuss, *A propos de la réforme du droit français des brevets dans le projet de loi Pacte*, *Propriété industrielle*, n° 3, mars 2019, étude 6.

[13] La Cour des comptes s'était prononcée par la négative dans un référé du 20 octobre 2014, indiquant que «*l'instauration d'un examen au fond n'est guère envisageable, eu égard aux moyens substantiels qu'il faudrait mobiliser pour un volume d'activité limité à la France*» (Cour des comptes, [référé n° 70807](#), 20 octobre 2014).

[14] Cette modification, non prévue dans le projet de loi initial, a été introduite par le biais d'un amendement.

[15] Parmi les offices de propriété industrielle l'ayant mis en en place, peuvent être cités : Allemagne, Royaume-Uni, Espagne, Portugal, Suisse, Autriche, Danemark, Suède, Norvège, Finlande. Indiquant des offices hors Europe, tels qu'aux Etats-Unis, Japon, Inde, Australie, Brésil (étude d'impact, préc., p. 411).

[16] Au sujet de la difficulté actuelle pour une PME d'engager une procédure judiciaire pour l'obtention de l'annulation d'un brevet devant le tribunal de grande instance de Paris, et évoquant une barrière psychologique et économique (étude d'impact, préc., p. 416).

[17] Citant en particulier la lourdeur que cela représente pour les PME, les start-ups ou les inventeurs indépendants (étude d'impact, préc., p. 413).

[18] Parmi les avantages de la procédure d'opposition est évoqué le «nettoyage des registres» qu'elle permettra en écartant les brevets dénués de fondement (étude d'impact, préc., spéc. p. 414).

[19] Sur les difficultés budgétaires qu'une telle procédure d'opposition pourrait engendrer : étude d'impact, préc., p. 417.

[Actes de colloques] La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises ou loi «PACTE» : vers un nouveau partage de la valeur ?

N° Lexbase : N9325BXN



par Marie-Cécile Amauger-Lattes, Maître de conférences, Université Toulouse I Capitole, CDA

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Si la loi «PACTE» [\[1\]](#) invite à (re)-penser l'entreprise, c'est avec l'ambition de la rendre plus juste. Tel est très précisément l'objet du chapitre III de la loi : «Des entreprises plus justes». Pour atteindre cet objectif, deux types de dispositions ont été adoptés. Les unes sont regroupées au sein de la section 2 intitulée «Repenser la place des entreprises dans la société». Les autres sont regroupées dans la section 1 sous l'intitulé non moins prometteur : «Mieux partager la valeur».

Rendre les entreprises plus justes implique, en effet, de revoir la question du partage de la valeur entre capital et travail. La raison en est que ce partage est de moins en moins équitable. Ainsi, selon l'OCDE, on observe une tendance mondiale de baisse de la part des revenus du travail dans le PIB des Etats, laquelle touche tout particulièrement les salariés les moins qualifiés dont la part salariale s'est effondrée au cours des trente dernières années [\[2\]](#). Pour les économistes, cette «déformation du partage de la valeur ajoutée au détriment du travail» s'explique notamment par la financiarisation du capitalisme, sous-tendu par le principe de «*la maximisation de la valeur actionnariale, en cherchant à réduire le plus possible la part salariale dans le revenu global*» [\[3\]](#). Il en résulte une double évolution. D'un côté, l'augmentation spectaculaire des revenus du capital depuis le début des années quatre-vingt. De l'autre, la contraction des revenus du travail de la plupart des salariés avec à la clé une diminution continue du pouvoir d'achat des salaires source de tensions sociales fortes qui s'expriment notamment en France.

Pour répondre aux impératifs croisés de justice et de cohésion sociales, le pouvoir d'achat des salariés doit donc être amélioré et le partage de la valeur avec les détenteurs de capital rééquilibré. Tel est l'un des objectifs de la loi «PACTE». Pour ce faire, plusieurs voies pouvaient être envisagées. La première, préconisée par certains syndicats, aurait consisté à décréter une augmentation des salaires ou, à tout le moins une augmentation du SMIC, en pariant sur un effet d'entraînement sur les tranches de salaire plus élevées. Cependant, indépendamment de son caractère aléatoire, la solution présente des risques sur le plan économique [\[4\]](#), lesquels ont conduit le Gouvernement à actionner d'autres ressorts comme l'augmentation des revenus de transfert tels que la prime d'activité et, dans le cadre du plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, la participation financière des salariés.

Il existe plusieurs mécanismes de participation financière des salariés dans notre droit : l'intéressement et la participation aux résultats de l'entreprise, qui puisent leurs racines dans la philosophie du Gaullisme, les dispositifs d'épargne salariale (PEE, PEI et Perco), souvent associés aux deux premiers, et l'actionnariat salarié. On note que la loi «PACTE» n'a pas créé de nouveaux dispositifs. Malgré tout, peut-on considérer qu'elle consacre un nouveau partage de la valeur au profit des salariés ?

La réponse est sans doute négative si l'on considère les seuls dispositifs obligatoires. Force est de constater qu'il n'y a pas dans la loi d'innovation ou d'extension majeure des droits des salariés à la participation financière. Autrement dit, la loi n'impose pas un nouveau partage de la valeur (I). Cependant, à cet égard comme sur bien d'autres points, la loi «PACTE» incite plus qu'elle n'impose. Les nombreuses dispositions techniques adoptées ont en effet pour objet de lever les freins au développement de la participation financière facultative et d'en améliorer le cadre (II). Reste à savoir dans quelle mesure les entreprises voudront bien ou pourront s'engager dans la voie d'un meilleur partage de la valeur.

I - L'absence d'innovation majeure en ce qui concerne la participation financière impérative

Sous réserve des conditions fixées par les textes, la participation financière constitue un véritable droit pour les salariés, qu'il s'agisse de la participation aux résultats de l'entreprise ou, dans les entreprises à participation publique, des offres de cession

d'actions réservées aux salariés. Toutefois, en dehors de ces deux hypothèses, la mise en place de la participation financière des salariés n'est qu'une simple faculté pour l'employeur.

Eu égard à l'objectif poursuivi par la loi «PACTE», à savoir «mieux partager la valeur», on pouvait légitimement s'attendre à ce que soient fixées de nouvelles obligations pour les entreprises et donc de nouveaux droits pour les salariés. Or, si l'on note des avancées en ce qui concerne les entreprises à participation publique (B), il n'en est rien pour les entreprises à capitaux privés pour lesquelles non seulement la loi n'innove pas mais aboutit même, du fait de la modification des règles de calcul des seuils sociaux, à une contraction du champ de la participation obligatoire (A).

A - La contraction du champ de la participation obligatoire résultant des nouvelles règles de calcul des seuils sociaux

Dispositif obligatoire, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise n'a pas fait l'objet de modifications importantes dans la loi «PACTE».

Ainsi, «vieille de plus de 50 ans», la formule légale du calcul de la réserve spéciale de participation n'a pas été retouchée alors même qu'elle serait, de l'avis de certains praticiens, «*de moins en moins adaptée aux réalités de gestion des entreprises et à l'évolution permanente de la fiscalité*» [5]. Autrement dit, il n'y a pas de changement quant à la part minimale des bénéfices annuels redistribués aux salariés. La loi se contente de modifier les règles de répartition de la participation en réduisant le plafond du salaire perçu servant au calcul de la réserve spéciale de participation. Ce dernier s'établit à trois PASS [6] au lieu de quatre [7]. Cette mesure issue d'un amendement parlementaire vise à permettre une répartition plus égalitaire des droits en cas de répartition proportionnelle au salaire.

Il n'y a pas non plus d'extension du champ d'application de l'obligation. Bien au contraire, si apparemment la loi en maintient le périmètre, en réalité les nouvelles modalités de calcul des seuils sociaux prévues dans le cadre du chapitre I de la loi [8] et applicables en matière de participation et d'intéressement [9] vont entraîner sa rétractation. Plus précisément, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise reste obligatoire dans les entreprises privées ou les UES qui, quelle que soit la nature de l'activité, emploient 50 salariés et plus. Cependant, afin de faciliter la croissance des entreprises (objectif du chapitre I de la loi), de nouvelles règles de calcul et de franchissement des seuils sont consacrées.

En effet, depuis la loi «Macron» de 2015 [10], la participation aux résultats de l'entreprise s'impose lorsque l'effectif atteint 50 salariés pendant six mois consécutifs ou non au cours des trois derniers exercices [11]. A compter de l'entrée en vigueur de la loi «PACTE», le seuil de 50 salariés devra être atteint pendant 5 ans consécutifs pour produire effet. Plus précisément, en vertu de l'article L. 3322-1, alinéa 3, nouveau : «*L'obligation s'applique à compter du premier exercice ouvert postérieurement à la période des cinq années civiles consécutives mentionnées au premier alinéa du II de l'article L. 130-1 du Code de la Sécurité sociale*». Les entreprises disposeront donc de plus de latitude en cas de dépassement du seuil à la hausse ; davantage seront exonérées de l'obligation [12], d'autant plus que la prise en compte d'un franchissement de seuil à la baisse se fera sur une année.

En ce qui concerne le calcul des effectifs et la prise en compte des salariés, ce sont les règles du Code de la sécurité sociale [13], et non plus celles du Code du travail [14], qui s'appliqueront. L'effectif de l'entreprise correspondra à l'effectif moyen de chacun des mois de l'année civile précédente, sachant qu'il convient d'attendre le détail des règles de décompte que fixeront les décrets d'application pour savoir quelles seront les personnes incluses dans l'effectif et selon quelles modalités. La simplification est réelle dans la mesure où l'effectif correspondra à celui pris en compte dans le cadre de la DSN [15]. Toutefois, selon l'étude d'impact, «*en toute hypothèse, l'évolution sera favorable pour l'entreprise car elle est de nature à faire tendre à la baisse son effectif [et] la protège donc de tout franchissement de seuil*» [16].

Les règles nouvelles vont ainsi entraîner un recul du droit des salariés à la participation aux résultats de l'entreprise puisqu'ils seront moins nombreux à en bénéficier. En particulier, alors que la loi vise à favoriser le développement de la participation financière dans les PME, nombre d'entre elles dont l'effectif oscille autour de cinquante salariés ne seront plus soumises à l'obligation.

B - Les avancées en matière d'actionariat salarié dans les sociétés à participation publique

A la différence des salariés du secteur privé, ceux des sociétés à capitaux publics voient leurs droits en matière d'actionariat salarié sensiblement améliorés.

Rappelons que l'offre ou l'attribution d'actions aux salariés est en principe une simple faculté pour l'entreprise. Cependant, en cas de vente sur le marché financier d'une entreprise à participation publique, la loi n° 86-912 du 6 août 1986, relative aux privatisations ([N° Lexbase : L7086AZH](#)) imposait à l'Etat de réserver aux salariés au moins 10 % des actions cédées. Supprimée par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 ([N° Lexbase : L0763I4Z](#)), l'obligation avait été rétablie par la loi «Macron» de 2015 (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 [N° Lexbase : L4876KEC](#)) à la demande pressante des associations d'actionnaires salariés et anciens salariés.

L'article 168 (ex. 60) de la loi «PACTE» se saisit à nouveau du sujet avec pour objectif de développer l'actionariat salarié dans les entreprises à capitaux publics. Sans revenir sur le pourcentage de 10 % des actions cédées nécessairement proposées aux salariés, le texte prévoit «*d'élargir le périmètre du dispositif [...] à toutes les cessions de titres par l'Etat, qu'il s'agisse de titres de sociétés cotées ou non cotées, et indépendamment du mode de cession*» [\[17\]](#). Elle prévoit par ailleurs de remédier à certains écueils du dispositif décrits dans l'étude d'impact [\[18\]](#) : lourdeur, coût, lenteur du processus, exposition des entreprises à un «risque de marché» [\[19\]](#).

Cependant, ces améliorations à mettre au crédit de la loi «PACTE» sont loin de consacrer un nouveau partage de la valeur au profit des salariés.

II - Des améliorations significatives en faveur du développement de la participation financière facultative

Si la loi «PACTE» ne crée pas ou peu de nouveaux droits à la participation financière au profit des salariés, elle procède en revanche à de nombreux ajustements ou modifications d'ordre technique qui visent à corriger les défauts des dispositifs facultatifs existants. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de présenter les principales dispositions en distinguant celles qui visent à rendre la mise en place de la participation financière plus attractive pour les employeurs (A) de celles qui viennent améliorer les droits des travailleurs qui en bénéficient (B).

A - La levée des freins à la mise en place de la participation financière des salariés

Selon l'étude d'impact, le développement de la participation financière des salariés se heurte à deux types d'obstacles auxquels les PME sont particulièrement sensibles. Il s'agit, d'une part, du coût des dispositifs et, d'autre part, de leur complexité et de l'insécurité fiscale qui les entoure. Pour y remédier, le législateur a adopté plusieurs mesures d'allègement fiscal (1°) ainsi que des mesures de simplification et de sécurisation (2°).

1°) D'importantes mesures d'allègement fiscal

Le projet de loi «PACTE» voté en première lecture à l'Assemblée nationale comportait plusieurs mesures d'allègement fiscal : pour contourner la lenteur du processus législatif, les plus importantes ont finalement été transférées dans la «LFSS» pour 2019 [\[20\]](#), d'autres sont demeurées dans la loi «PACTE».

a) L'allègement du coût de la participation financière résultant de la «LFSS» pour 2019

Selon la Dares [\[21\]](#), en 2016, 56 % des salariés du secteur marchand non agricole étaient couverts par un dispositif de participation financière et les sommes distribuées ont été pour la troisième année consécutive en forte hausse. Mais ce que révèlent aussi les études [\[22\]](#), c'est un développement inégalitaire de la participation financière qui varie considérablement en

fonction, d'une part, des secteurs d'activité (par exemple, plus de 90 % dans la cokéfaction et le raffinage ou la fabrication de matériels de transport contre 20,8 % dans l'hébergement et la restauration ou 15,1 % dans le secteurs des activités immobilières) et, d'autre part, de la taille des entreprises (seuls 17,1 % des salariés des entreprises de moins de 50 salariés étaient couverts en 2016 par au moins un dispositif contre 72,3 % de ceux employés dans les entreprises de 50 à 499 et 92,3 % dans celles de 500 salariés et plus).

Pour remédier à ces inégalités, le projet de loi «PACTE» envisageait d'alléger le coût de la participation financière par des mesures de suppression ou de réduction du forfait social finalement adoptées dans le cadre de la «LFSS» pour 2019. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, ces mesures s'appliquent, y compris aux sommes versées en application d'un accord antérieur.

Rappelons que les abondements de l'employeurs dans le cadre de l'épargne salariale et les sommes versées aux salariés au titre de la participation financière sont, depuis la «LFSS» pour 2009, soumis au forfait social, contribution à la charge de l'employeur portant sur les éléments de rémunération exclus de l'assiette des cotisations sociales et assujetties à la CSG. Sont ainsi concernées les sommes versées par l'entreprise au titre de l'intéressement, de la participation ainsi que les abondements de l'employeur aux plans d'épargne salariale (PEE, PEI et Perco). Le problème, c'est que relativement faible à l'origine, le montant du forfait social a fait l'objet d'une augmentation brutale à partir du 1^{er} août 2012, passant de 8 % à 20 % [23].

Or, relève l'étude d'impact [24], cette hausse a surtout affecté le comportement des entreprises de moins de 50 salariés dans lesquelles la mise en place d'un dispositif de participation financière a reculé de 20 % entre 2012 et 2013, tandis que ce nombre progressait de 4 % dans les entreprises de 50 salariés et plus. Certes, la loi «Macron» de 2015 avait en partie rétabli le forfait de 8 % sur les sommes versées au titre d'un accord d'intéressement ou de participation, pour les entreprises de moins de 50 salariés, à condition cependant qu'il s'agisse d'un premier accord de participation ou d'intéressement conclu dans l'entreprise ou d'un accord de participation volontaire ou d'intéressement mis en place alors qu'aucun accord n'avait été conclu dans l'entreprise au cours d'une période de cinq ans avant la date d'effet du nouvel accord [25]. En revanche, le taux de 20 % avait été maintenu sur les abondements de l'employeur, y compris sur la participation ou l'intéressement.

Cette mesure n'ayant pas produit l'effet escompté [26], des dispositions plus radicales ont été adoptées pour favoriser la participation facultative [27]. Ainsi, les entreprises de moins de 50 salariés sont exonérées du forfait social sur les sommes versées au titre de la participation et de l'intéressement ainsi que sur les versements sur les PEE, PEI ou Perco, quel que soit le support sur lequel les sommes sont investies. En ce qui concerne les entreprises dont l'effectif est compris entre 50 et 249 salariés [28], l'exonération du forfait social concerne uniquement les sommes versées au titre de l'intéressement ; il en résulte que le forfait de 20 % reste dû sur les sommes versées au titre de la participation ou de l'abondement, y compris, selon le ministère du Travail, lorsque l'abondement est versé en contrepartie d'une affectation de l'intéressement sur un plan d'épargne salariale. Enfin, pour favoriser l'actionnariat salarié, la «LFSS» pour 2019 a instauré un nouveau forfait social à taux réduit de 10 % sur l'abondement de l'entreprise au PEE en contrepartie des versements effectués par le salarié pour acquérir des actions ou des certificats d'investissement émis par l'entreprise ou par une entreprise incluse dans le périmètre de consolidation ou de combinaison des comptes au sens de l'article L. 3344-1 du Code du travail (N° Lexbase : L26741XC) [29]. Il convient de souligner que le forfait de 10% concerne toutes les entreprises, quel que soit l'effectif. Par ailleurs, selon le ministère du Travail (Question 5) [30], ce taux s'applique à tout abondement qu'il soit effectué en contrepartie d'une affectation de l'intéressement, de la participation ou d'un versement volontaire [31].

b) Les allègements fiscaux prévus dans la loi «PACTE»

Tout d'abord, afin de favoriser le développement de l'épargne retraite dans les entreprises de 50 salariés et plus, l'article 71 (ex 20) de la loi «PACTE» prévoit d'élargir le champ d'application du taux réduit de 16 % applicable aujourd'hui au Perco aux versements sur le plan d'épargne retraite de l'intéressement, de la participation mais aussi du compte épargne-temps, du reliquat de congés ou d'abondements de l'employeur. Il convient cependant que l'allocation de l'épargne soit affectée à l'acquisition de parts de fonds comportant un pourcentage minimal de titres (10 % contre 7 % pour le Perco) susceptibles d'être employés, dans des conditions prévues par le Code monétaire et financier [32], dans un plan d'épargne en actions (PEA) destiné au financement des PME et ETI. Le régime applicable au Perco est cependant maintenu à titre transitoire pendant une durée de 3 ans.

A cette mobilisation somme toute classique du forfait social, il convient d'ajouter l'insertion dans le livre II titre III du Code de commerce d'un nouveau chapitre XI (qui prend place après le chapitre X relatif à l'information des salariés en cas de vente de leur société) intitulé : «*Du partage des plus-values de cession de titres avec les salariés de société*». Il s'agit d'un dispositif facultatif par lequel «*tout détenteur de titres d'une société peut prendre, vis-à-vis de l'ensemble des salariés de celle-ci, l'engagement de partager avec eux une partie de la plus-value de cession ou de rachat de ses titres au jour où il en cèdera ou rachètera tout ou partie*» [33]. L'article 162 IV (ex 59 II bis) définit ainsi le cadre juridique de ce nouveau dispositif (contenu du contrat de partage, modalités de répartition des sommes) et l'assortit de dispositions fiscales spécifiques.

2°) Les mesures de simplification et de sécurisation des dispositifs

Outre leur coût, l'insécurité du régime social et fiscal applicable ainsi que la complexité des dispositifs et de leur mise en place constituent des freins importants au développement de la participation financière, en particulier dans les PME dépourvues de services spécialisés.

En réponse au premier de ces freins, la loi «PACTE» définit une procédure de sécurisation du régime social et fiscal applicable aux accords d'intéressement. Plus précisément, en l'absence d'observation de la DIRECCTE dans le délai de 4 mois à compter du dépôt d'un accord d'intéressement, les exonérations de forfait social sont réputées acquises pour la durée de l'accord [34]. Toutefois, l'autorité administrative peut, jusqu'à la fin du sixième mois suivant le dépôt de l'accord, demander la modification des dispositions illégales afin que l'entreprise puisse se mettre en conformité pour les exercices suivants celui du dépôt. Autrement dit, même dans ce cas, les exonérations sont acquises pour l'exercice en cours [35].

Quant aux principales mesures de simplifications, elles s'inscrivent dans le prolongement de la loi «Macron» de 2015 qui avait imposé aux branches de négociier des dispositifs d'intéressement ou de participation clés en mains que les employeurs des entreprises de moins de 50 salariés auraient pu mettre en place par décision unilatérale et qui auraient pu servir de base aux négociations dans les entreprises de 50 salariés et plus. Les accords-types d'intéressement et de participation devaient être conclus par les branches avant le 31 décembre 2017. Cependant, peu d'entre elles se sont saisies du sujet. Aussi, parce que c'est au niveau des branches que peuvent être négociés des accords-types adaptés aux secteurs d'activité et prévues des dispositions adaptées aux petites entreprises (comme l'impose la loi depuis l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective **N° Lexbase : L7631LGG**), la loi «PACTE» reporte la date limite de conclusion des modèles d'accords au 31 décembre 2020. Elle précise par ailleurs que les régimes d'intéressement, de participation mais aussi d'épargne salariale définis par la branche devront tenir compte des spécificités des entreprises de moins de 50 salariés et que les entreprises de la branche pourront opter pour l'application directe de l'accord ainsi négocié [36].

Soulignons pour finir, dans un autre registre, la simplification des offres d'actions destinées aux dirigeants ou aux salariés et anciens salariés des sociétés par actions simplifiées (SAS), soumises jusque-là aux règles du droit commun particulièrement inadaptées à ce type de société. Ces conditions disparaissent [37].

B - Le renforcement des droits des salariés

De nombreuses dispositions de la loi «PACTE» visent à améliorer les droits des salariés bénéficiaires d'un dispositif facultatif de participation financière.

Ainsi, afin de permettre un accompagnement des salariés dans leurs décisions de placement, l'article 159 de la loi (ex 57 bis D) impose de prévoir dans le règlement du PEE, en plus des conditions d'information du personnel sur l'existence et le contenu du plan, «*les conditions de mise en œuvre d'une aide à la décision pour les bénéficiaires*» [38]. Peuvent également être signalées diverses mesures telles que l'augmentation des plafonds de versements aux PEE, fixés à l'article L. 3332-10 du Code du travail, l'autorisation pour l'employeur d'abonder de manière unilatérale les PEE en parts ou actions [39] ainsi que les mesures en faveur de l'alimentation des fonds communs de placement de reprise d'entreprise [40].

Cependant, la plupart des dispositions nouvelles, dont beaucoup résultent d'amendements parlementaires, constituent des ajustements techniques importants qui, pour la plupart, concernent l'intéressement dont le régime est rapproché de celui de la

participation aux résultats de l'entreprise. Par exemple, comme en matière de participation, lorsque la répartition est proportionnelle aux salaires, pour la rendre plus égalitaire, le plafond de la rémunération prise en compte n'est plus le «salaire le plus élevé versé dans l'entreprise» mais un quart du PASS [41]. En revanche, le montant maximum des primes distribuées par bénéficiaire et au cours du même exercice est porté au trois-quarts du PASS au lieu de la moitié [42] ; il en résulte corrélativement que, comme en matière de participation, la part des sommes versées au titre de l'intéressement qui est exonérée d'impôt sur le revenu correspond au trois-quarts du PASS [43]. L'alignement sur le régime de la participation concerne également la distribution des reliquats, lorsque du fait des plafonds, les primes ne peuvent être distribuées dans leur intégralité ; une prévision en ce sens doit cependant figurer dans l'accord d'intéressement [44].

D'autres mesures, d'assouplissement, sont cependant propres à l'intéressement. Il s'agit par exemple de permettre le calcul de l'intéressement en tenant compte, au choix, des résultats ou des performances au cours d'une année ou d'une période inférieure mais aussi d'un objectif pluriannuel [45]. Par ailleurs, afin d'éviter que les salariés ne soient trop longtemps privés d'intéressement en cas de transfert d'entreprise nécessitant la mise en place de nouvelles institutions représentatives du personnel, la loi «PACTE» complète l'article L. 3313-4. Le texte prévoit toujours qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'entreprise, l'accord d'intéressement cesse de produire effet lorsque son application devient impossible et, en l'absence d'accord applicable, une négociation doit être engagée dans un délai de six mois. Cependant, un nouvel alinéa est inséré qui dispose que lorsque le transfert d'entreprise «nécessite la mise en place de nouvelles institutions représentatives du personnel, l'accord d'intéressement se poursuit ou peut être renouvelé selon l'une des modalités prévues à l'article L. 3312-5» [46].

Au terme de cette étude, il apparaît clairement que, conformément à sa philosophie générale, la loi «PACTE» n'impose pas un nouveau partage de la valeur mais s'efforce de créer les conditions d'un partage volontaire. Cependant, il convient de souligner les limites de ces mécanismes. D'abord, il n'est pas certain que les mesures adoptées suffisent à convaincre les employeurs réticents ; en particulier, pour celui qui engage son patrimoine personnel en cas de pertes, le partage de la valeur avec les salariés ne s'impose pas nécessairement comme une évidence. Ensuite, pour les salariés des entreprises qui ne dégagent pas ou peu de valeur, la participation financière n'est de toute évidence qu'une réponse partielle au problème de la contraction continue du pouvoir d'achat des salariés.

[1] «PACTE» pour Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. Adoptée en lecture définitive à l'Assemblée nationale le 11 avril 2019, la loi a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Au jour de la finalisation de cet article, celui-ci n'avait pas encore rendu sa décision. Depuis, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 16 mai 2019 (Cons. const., décision n° 2019-781 DC, du 16 mai 2019 [N° Lexbase : A4734ZBX](#)) et la loi a été publiée au JORF du 23 mai 2019.

[2] OCDE (2012), *Partage de la valeur ajoutée entre travail et capital : Comment expliquer la diminution de la part du travail ?*, dans *Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2012*, éditions OCDE.

[3] S. Piton, *Comment expliquer la déformation du partage de la valeur ajoutée depuis 30 ans ?*. Cf. S. Piton et A. Vatan A, *Le partage de la valeur ajoutée : un problème capital*, dans *L'économie mondiale 2019*, La Découverte, coll. Repères, septembre 2018.

[4] Not. OCDE, préc..

[5] L. Guyon, *Loi PACTE, Les principales mesures sociales*, Flash social, juil.2018,

[6] Plafond annuel de sécurité sociale

[7] C. trav., art. L. 3324-5. Le Gouvernement devra, dans 3 ans, remettre un rapport au Parlement pour évaluer l'impact économique d'une telle mesure ainsi que l'opportunité d'une nouvelle réduction à deux PASS.

[8] Sur les objectifs de la réforme des seuils, cf. J.-P. Lieutier, *Épargne retraite, épargne salariale et actionnariat salarié dans le projet de loi PACTE : entre ajustements et bouleversements*, DS, 2018, 23.

[9] C. trav., art. L. 3311-1, nouv..

[10] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ([N° Lexbase : L4876KEC](#)).

[11] C. trav., art. L. 3322-2 ([N° Lexbase : L1953KGG](#)) et R. 3322-1 ([N° Lexbase : L4863KUN](#)).

[12] Elles seront ainsi plus nombreuses à pouvoir bénéficier de l'exonération de forfait social instituée par la LFSS pour 2019 (cf. *infra*).

[13] Ces règles qui figuraient à l'article R. 130-1 du Code de la Sécurité sociale ([N° Lexbase : L5524LEC](#)) sont légalisées et

figurent à l'article L. 130-1-I, nouveau.

[14] C. trav., art. L. 1111-2 ([N° Lexbase : L3822IB8](#)) et L. 1111-3 ([N° Lexbase : L5835KTB](#)).

[15] Déclaration sociale nominative.

[16] [Etude d'impact](#), p. 106.

[17] [Exposé des motifs](#), art. 60.

[18] Etude d'impact, p. 526.

[19] Cf. J.-P. Leutier, préc., spéc. p. 33, n° 32.

[20] Loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 ([N° Lexbase : L5466LNR](#)).

[21] K. Boutier, *Dares résultats 040*, août 2018 ; ég. *Dares résultats 055*, août 2017.

[22] Dares, préc..

[23] Rappel : initialement fixé à 2 %, le montant de ce prélèvement a augmenté de manière continue de 2 % par an jusqu'au 30 juillet 2012, pour passer de 8 à 20 % à compter du 1^{er} août 2012.

[24] Etude d'impact, p. 490.

[25] CSS, art. L. 137-16 ([N° Lexbase : L6928LNW](#)).

[26] Etude d'impact, préc..

[27] CSS, art. L. 137-15.

[28] Selon J. Kovac, *Suppression du forfait social et accords clés en mains*, JCP éd. S, 2019, n° 11, 1079 : «*Le Ministère du Travail (Questions n°4 et 5) a précisé que les effectifs s'apprécient 'exclusivement au niveau de l'entreprise', y compris lorsqu'elle applique un accord de groupe. Autrement dit, une entreprise de moins de 50 salariés appartenant à un groupe d'au moins 50 salariés reste exonérée du forfait social.*»

[29] CSS, art. L. 137-16, al. 3.

[30] Ministère du travail, [Questions-réponses](#), 14 janvier 2019, act. 30

[31] J. Kovac, *Suppression du forfait social et accords clés en mains*, préc..

[32] C. mon. fin., art. L. 221-32-2.

[33] C. com., art. L. 23-11-1.

[34] C. trav., art. L. 3313-3, al. 2.

[35] C. trav., art. L. 3313-3, al. 3.

[36] On notera dans le même but, la publication sur le site du ministère du Travail de deux «modèles simplifiés» d'accords destinés à faciliter la mise en place de l'intéressement et de la participation dans les petites et moyennes entreprises. Cf. J. Kovac, préc..

[37] L'article 162, II et III (ex 59, I et II). Notamment conditions relatives au montant minimal d'investissement ou au nombre maximal d'investisseur. Cf. J.-P. Lieutier, préc., spéc. n° 27.

[38] C. trav., art. L. 3332-7, modifié.

[39] L'article L. 3332-11 est complété en ce sens par quatre nouveaux alinéas.

[40] C. trav., art. L. 3332-16, modifié par l'article 65, 2° (ex. 19 bis).

[41] C. trav., art. L. 3314-6, modifié.

[42] C. trav., art. L. 3314-8 modifié par l'article 155, I, 8° (ex. 57, II, 4°) de la loi.

[43] Modification des articles L. 3315-2 et L. 3315-3 du Code du travail.

[44] Insertion d'un article L. 3314-11 nouveau ; art. 157 (ex. 57, bis B) de la loi.

[45] C. trav., art. L. 3314-2, modifié par l'article 156 (ex. 57, bis A) de la loi.

[46] En revanche, l'amendement AN prévoyant le transfert du PEE, visant à contrecarrer la jurisprudence de de la Cour de cassation autorisant seulement le transfert des avoirs sur le PEE de la nouvelle entreprise s'il existe a été supprimé (Cass. soc., 19 mai 2016 n° 14-29.786, FS-P+B [N° Lexbase : A0811RQ4](#)).

[Actes de colloques] La RSE après la loi «PACTE» : quels changements de logique ?

N° Lexbase : Ng284BX7



par Isabelle Desbarats, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole, CDA

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Après un parcours législatif long de 18 mois et au prix d'un bras de fer sur la privatisation d'Aéroports de Paris, contre laquelle un référendum d'initiative partagée (RIP) a été enclenché, validé par le Conseil constitutionnel [\[1\]](#), la loi «PACTE» a été adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 11 avril 2019 et publiée au Journal officiel du 23 mai 2019 [\[2\]](#) : un texte protéiforme, volumineux, jugé «insuffisant» par certains, «dangereux» par d'autres pour la sécurité juridique des entreprises et dont la plupart des articles a été validée par le Conseil constitutionnel [\[3\]](#) ; un texte dont l'une des mesures phares, rejetée par le Sénat, puis réintégrée dans le texte final, est celle prônant le renforcement du rôle social et environnemental des entreprises, en vue d'améliorer leur contribution à la préservation de l'intérêt général, *via* une modification du Code civil et, collatéralement d'autres codes [\[4\]](#). Plus précisément, -si la disposition qui rappelle les éléments constitutifs du contrat de société reste inchangée (C. civ., art 1832 [N° Lexbase : L2001ABQ](#))-, l'article 169 (anciennement 61) vise à compléter les articles 1833 ([N° Lexbase : L2004ABT](#)) et 1835 ([N° Lexbase : L2006ABW](#)) du Code civil afin de pallier les effets pervers d'une financiarisation jugée excessive du capitalisme, empêchant les entreprises d'avoir «*un effet positif sur les défis auxquels nos sociétés sont confrontées : bouleversement climatique, épuisement progrès de la biodiversité et de certaines ressources naturelles, explosion démographique, montée des inégalités ou encore malaise au travail*» [\[5\]](#). C'est ainsi que, d'une part, le texte ajoute un alinéa à l'article 1833 du Code civil [\[6\]](#), selon lequel la société doit être «*gérée dans l'intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*» : dans son [étude d'impact](#), le Gouvernement explique que cette modification a pour objet la consécration de la notion jurisprudentielle d'intérêt social, cette «*boussole censée orienter les décisions sociales*» [\[7\]](#). D'autre part, le même texte complète l'article 1835 du Code civil pour permettre aux sociétés qui le souhaitent de se doter, dans leurs statuts, d'une «*raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité*» [\[8\]](#). Selon l'exposé des motifs [\[9\]](#), l'objectif est d'inciter ainsi, «*sous la forme d'un effet d'entraînement, les sociétés à ne plus être guidées par une seule 'raison d'avoir', mais également par une raison d'être, forme de doute existentiel fécond permettant de l'orienter vers une recherche du long terme*», étant souligné que, prenant les devants, certaines entreprises se sont déjà engagées dans cette voie [\[10\]](#). Pour sa part, le Conseil d'Etat définit une telle «raison d'être», comme «*un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tenant à l'affirmation de ses valeurs ou de ses préoccupations de long terme*» [\[11\]](#).

Naturellement et au premier chef, ces changements semblent alors fondamentaux en ce qu'ils visent à encourager les entreprises à «mieux partager la valeur créée et à repenser leur place dans la société». En effet, l'objectif est de modifier le rôle de l'entreprise, afin qu'elle ne soit plus seulement perçue comme un acteur «générateur de profits» pour les actionnaires, mais également comme un «acteur social» agissant en tenant compte de l'intérêt de toutes ses parties prenantes, internes et externes (salariés, fournisseurs, clients, voisins des sites de production...). Ce faisant, c'est au titre du changement de logique qu'ils véhiculent que les articles 1833 et 1835 retiennent d'abord l'attention puisqu'il pourrait/devoir en résulter un changement de conception de la société : une société qui ne serait plus seulement pensée comme une source de profits pour ses associés et/ou dirigeants mais aussi comme un vecteur d'enrichissement de toutes ses parties prenantes, ce changement de perception se justifiant par le rôle majeur susceptible d'être joué par cet acteur économique tant sur le terrain de l'altération que de la préservation des valeurs sociales et environnementales imprégnant son environnement. A noter cependant le glissement de «l'entreprise» à la «société» qui transparait dans le texte et qui conforte l'assimilation latente entre ces deux entités que l'on ne saurait cependant confondre.

Cela étant et si cette dimension est bien évidemment essentielle, c'est un autre changement de logique qui doit être également évoqué : celui relatif à la façon dont la notion de RSE va être désormais perçue, la RSE dont on sait qu'elle est définie, au niveau communautaire, comme «*la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société*». Or le changement est ici encore tout sauf anodin. La raison en est que c'est la conception même que l'on se fait de la RSE que la loi «PACTE» tend à modifier, comme en témoigne le double mouvement opéré en terme d'inflexion mais aussi de confirmation des solutions préexistantes (I). Pour autant, loin s'en faut que tous les effets de ce changement d'optique soient

d'ores et déjà cernés : bien au contraire, l'incertitude est de mise (II).

I - De l'insertion de la RSE dans le Code civil : une inflexion et une confirmation

A la question de savoir en quoi l'entrée de la RSE dans le Code civil rompt avec l'approche qui prévalait jusque-là, c'est une double réponse qui peut être apportée. En effet, si, d'un côté, une telle insertion confirme le renforcement continu de la dimension contraignante de cette notion (B), d'un autre, elle traduit un processus d'autonomisation de la RSE vis-à-vis de l'idée de conformité (A).

A - Inflexion : vers une autonomisation de la RSE vis-à-vis de la conformité

RSE Vs conformité ? Il est vrai qu'*a priori*, ces deux notions sont étrangères l'une à l'autre, ne portent pas sur les mêmes champs, ni ne revêtent le même sens, de telle sorte qu'aucun lien ne saurait être tissé entre elles [12]. En effet, se définissant comme la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société, la RSE est censée transcender la contrainte légale pour s'intéresser plus largement, et sur la base du volontariat, à l'impact de l'activité de l'entreprise sur son environnement économique, social, écologique. Au contraire, la notion de *compliance* a pour fondement un objectif de « mise en conformité » avec les normes légales et réglementaires. Or, contrairement aux apparences, il s'avère que, loin de constituer deux notions aux frontières imperméables, RSE et conformité ont évolué de telle sorte que la première est devenue une composante de la seconde (1*) : une relation que la loi « PACTE » est en passe d'infléchir, avec, à la clef, une autonomisation de la RSE par rapport au modèle de la *compliance* (2*).

1*) En premier lieu, à la question de savoir comment la RSE est devenue une composante de la conformité, on peut apporter la réponse selon laquelle -si celle-ci suppose l'adhésion des acteurs à la règle juridique-, elle va en réalité bien au-delà pour deux raisons combinées. La première tient au fait qu'élargissant le *corpus* normatif que les entreprises s'engagent à respecter, la conformité n'implique pas le seul respect de la norme juridique mais, au-delà, d'autres normes professionnelles, techniques, voire éthiques, ce qui permet d'englober les normes adoptées au titre d'une démarche RSE, qu'il s'agisse de chartes, de codes de conduite ou autres normes éthiques. Ensuite, ce n'est pas au simple respect de ces normes que renvoie la conformité mais également aux ensembles de procédures dont l'objet est de garantir la mise en œuvre de ce *corpus* normatif, propre à l'entreprise, ces procédures visant, plus précisément, non seulement à garantir l'application, mais aussi le suivi, la surveillance, la détection voire la sanction de la violation de ces règles : ces programmes dits de conformité garantissant ainsi le respect de tous les référentiels dont une entreprise peut avoir décidé de se doter, quelle que soit leur origine (légale ou interne).

Conséquences ? Dans la mesure où la *compliance* renvoie, d'une part, à l'obligation de respecter, non seulement la norme juridique, mais également, les normes professionnelles et déontologiques ainsi que les codes et chartes éthiques, et que, d'autre part, elle renvoie également à la capacité (voire à l'obligation) des entreprises d'instaurer des dispositifs de conformité, la conclusion suivante s'impose : c'est bien comme une composante de la conformité que la RSE a pu être perçue, dès lors qu'elle contribue à nourrir les programmes de *compliance*. Voilà pourquoi, plus généralement encore, la *compliance* a pu être définie comme « l'ensemble des actions qui visent à respecter les lois, les règlements et autres normes applicables par l'entreprise, ses dirigeants, ses salariés mais également par tous tiers ayant des interactions avec eux. Au-delà des contraintes externes, elle porte également sur les engagements volontaires que se donne l'organisation au travers notamment des valeurs, de l'éthique et des règles insufflées par la direction générale » [13]. Il s'agit donc de l'ensemble des processus permettant d'assurer, de manière préventive, le respect des normes applicables à l'entreprise, afin de respecter les règles et valeurs qu'elle se choisit ou que lui impose le législateur, étant souligné que celui-ci est intervenu à plusieurs reprises pour institutionnaliser des programmes de *compliance* dans une logique d'identification, de cartographie et de prévention des risques : en témoignent, de façon directe, les lois dites « vigilance » (loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 [N° Lexbase : L3894LDL](#)) et « Sapin II » (loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 [N° Lexbase : L6482LBP](#)), et indirectement, le « RGPD » (Règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016 [N° Lexbase : L0189K8I](#)), via l'obligation d'une analyse d'impact.

2*) Dans ce contexte, -et alors que « la RSE a peut-être été trop envisagée comme une obligation de conformité » [14], c'est un changement de logique qu'annonce la loi « PACTE », laquelle devrait se traduire par une autonomisation de la RSE vis-à-vis de la conformité et donc entraîner le passage d'une « logique de stricte conformité réglementaire à une logique de justification des choix d'une société » [15]. A l'avenir en effet, la RSE ne devrait plus « être regardée à travers le prisme des critères passés en revus par les comités d'audit », mais appréciée à travers celui de l'intérêt social, ce qui devrait permettre

«d'éviter [une] prolifération de critères» [16]. Conséquence ? C'est bien une inflexion de la façon d'appréhender le concept de RSE qu'annonce cette loi laquelle, en revanche, conforte une tendance lourde en la matière : il s'agit de celle traduisant un renforcement continu du cadre normatif de la RSE, bref un durcissement de la notion.

B - Confirmation : un durcissement continu de la RSE

Standards, chartes éthiques, codes de conduite... Si, longtemps, le caractère volontaire des démarches socialement responsables a semblé prévaloir, on sait aujourd'hui que cela fait également longtemps que la RSE est régulée non seulement par le juge mais par la loi, modifiant ainsi la manière dont les entreprises peuvent, voire doivent, intégrer les préoccupations sociales, environnementales et éthiques dans leurs activités économiques et dans leurs interactions avec l'ensemble des parties prenantes (salariés, fournisseurs, sous-traitants, clients, collectivités territoriales ...) : on sait encore, plus précisément, qu'au cœur de cette évolution se trouve la question de savoir quel équilibre réaliser entre *hard law* et *soft law*, la «RSE [créant en effet] un nouvel espace de normativité où le droit dur cohabite avec le droit mou» [17].

C'est ainsi que, parmi les principales évolutions normatives en la matière, une place particulière doit être attribuée à l'obligation de *reporting* extra-financier instituée dès 2001 pour imposer aux sociétés cotées la publication, dans leur rapport de gestion annuel, d'informations sur les conséquences sociales et environnementales de leurs activités, à laquelle a succédé en 2017 la déclaration de performance extra-financière qui concerne, aujourd'hui, les entreprises d'au moins 500 salariés et dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires est supérieur ou égal à 100 millions d'euros. Doivent être également cités le renforcement de la place de l'achat éthique dans l'achat public, ainsi que celui de la transparence des conditions sociales de fabrication des produits et l'incitation à des pratiques commerciales «éthiques», dans les conditions posées par la loi Hamon du 31 juillet 2014 (loi n° 2014-344 [N° Lexbase : L75041ZX](#)). Naturellement, doivent être évoquées la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi «Sapin II») ainsi que la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, consistant dans l'obligation faite aux entreprises donneuses d'ordre de prévenir les risques sociaux, environnementaux et de gouvernance liés à leurs opérations. Les sociétés françaises qui emploient au moins 5 000 salariés en France et celles qui ont leur siège social ailleurs mais emploient plus de 10 000 salariés sur le territoire national doivent désormais établir et publier un plan de vigilance pour prévenir les risques en matière d'environnement, de droits humains, mais aussi de corruption, dans le cadre de l'exercice de leurs propres activités et de celles de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, en France comme à l'étranger. A noter d'ailleurs que cette loi est exemplaire de la recherche d'un équilibre entre *hard law* et *soft law* destiné à limiter les risques de *social washing* et que cet équilibre est ainsi réalisé : si, par le biais du droit «dur», la loi impose une obligation de prévention pour les sociétés mères dans leur sphère d'influence, celles-ci sont en revanche incitées, dans le cadre du droit «souple», à élaborer leur plan sur la base d'un dialogue noué avec leurs parties prenantes. Autre exemple marquant de l'encadrement public dont la RSE fait l'objet en France : la loi du 8 août 2016 (loi n° 2016-1088 [N° Lexbase : L8436K9C](#)) qui, dans le but d'assurer des droits et une protection sociale minimale aux travailleurs collaboratifs des plateformes numériques, a décidé de faire de certaines plateformes numériques des opérateurs dématérialisés «socialement responsables», *via* l'introduction d'une responsabilité sociale de ces plateformes vis-à-vis des travailleurs y recourant.

Quelle conclusion ? Alors que le droit français est caractérisé par un durcissement continu de la RSE ainsi que par un processus de judiciarisation de celle-ci, nul doute que l'intégration de ce concept dans le Code civil, telle que préconisée par la loi «PACTE», devrait constituer une étape notable dans l'édification d'un véritable droit de la RSE. En effet, après l'avoir été dans le Code de commerce [18], le Code de la consommation [19], le Code du travail [20], c'est donc dans le Code civil que ce concept est enfin introduit [21] : une évolution spectaculaire mais aux effets incertains.

II - La RSE comme socle de l'entreprises ? De l'apothéose à l'impact

Avancée législative majeure ou dispositif cosmétique ? «Réforme du cœur même du système» [22] ou risque de *green -ou social- washing* ?

L'incertitude est de mise car, si on est tenté de voir dans la loi «PACTE» l'apothéose de la RSE, on peut cependant s'interroger sur les effets susceptibles de résulter de la réécriture de l'article 1833 du Code civil, lequel encadre l'objet social et donc les activités pouvant être exercées par les sociétés. Certes, et alors que cette réforme est perçue avec réticence par les milieux patronaux, c'est un signe d'apaisement que le Gouvernement a manifestement souhaité leur adresser, comme le montre la

façon dont il a choisi d'articuler contraintes et marges de manœuvres laissées aux entreprises pour concilier, chacune à leur rythme, but lucratif et prise en compte des impacts sociaux et environnementaux (A). Reste que toutes les interrogations ne sont pas levées et que se pose tout particulièrement la question de savoir quelles conséquences juridiques sont susceptibles de résulter d'une violation du nouvel alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil (B).

A - Une solution médiane : une seule voie, des rythmes différents

Le constat s'impose : si la révision de l'article 1833 du Code civil constitue au fond une «vienne question neuve», comme en témoignent les multiples propositions qui ont été formulées en ce sens, loin s'en faut que tous leurs auteurs aient constitué un front uni.

Rappelons ainsi qu'une telle proposition de révision figurait dans les «46 propositions» publiées par Sherpa en 2010 [23], mais également dans le rapport Attali sur «l'économie positive» de même que dans la loi «Macron» de 2015 [24].

Rappelons également que se prononcèrent dans un sens similaire, la proposition de loi Potier «Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances» [25], ainsi que la fondation Jean Jaurès dans son [rapport](#) «Entreprises engagées. Comment concilier l'entreprise et les citoyens ?». Soulignons cependant que -si certains responsables économiques s'étaient également prononcés en faveur d'une réécriture des articles 1832 et 1833 du Code civil [26]-, tel ne fut pas le cas, en revanche, du Medef et de l'Afep lesquels, dans un premier temps au moins, s'opposèrent à une telle perspective [27].

Telles sont les raisons pour lesquelles sans doute, et eu égard à ces appréhensions, le projet de loi présenté par le Gouvernement le 18 juin 2018 n'a pas intégralement repris les recommandations formulées par le rapport Notat-Senard et a décidé de substituer à la notion «*d'intérêt propre*» évoquée par ce rapport, celle «*d'intérêt social*», le motif avancé étant que cette dernière notion étant déjà connue des juges, elle serait plus aisée à manier [28]. Plus précisément, et pour remédier au fait que les objectifs court-termistes de certains investisseurs ne sont pas propices à un développement durable de l'entreprise respectueux des droits humains, sociaux et de l'environnement, c'est une «voie unique», cependant susceptible d'être suivie à des «rythmes différents» que le Gouvernement a décidé de tracer [29] : une «voie unique», qui est celle de la consécration, dans le Code civil, de la dynamique de la RSE, mais pouvant être suivie selon un tempo variable, pour partie imposé, pour partie choisi par les entreprises. Ce faisant, c'est une «fusée à trois étages» [30] que le Gouvernement a mise en place afin que la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux dans la stratégie et l'activité des sociétés commerciales soit renforcée : il s'agit là, plus précisément, d'une «évolution normative» opposable à toutes les sociétés concernées, mais qui est accompagnée «d'options» ouvertes à celles désireuses de se montrer particulièrement exemplaires [31].

C'est ainsi que le premier «étage» vise les seules sociétés visées [32] qui, désormais, seront tenues de s'interroger sur l'impact de leur activité économique aux termes de l'article 1833 du Code civil dont le premier alinéa ainsi rédigé «*toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés*» est complété par un second selon lequel «*la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*».

Le deuxième étage s'adresse «aux entreprises souhaitant aller plus loin», en leur permettant d'inclure dans leurs statuts «une raison d'être», celle-ci ayant vocation à s'ajouter à l'objet social de l'entreprise comme une ambition à long terme et pouvant ainsi constituer un guide pour la prise de décisions. A noter que le Medef vient d'inscrire dans ses statuts sa «raison d'être» ainsi libellée : «*agir ensemble pour une croissance responsable*». Selon l'organisation, cette «raison d'être» devrait «compléter la mission générale du MEDEF définie dans les statuts actuels. Ecrits il y a 20 ans, ils ne mentionnaient ni l'Europe ni le développement durable, ni la RSE».

Quant au troisième étage, il devrait concerner les organisations «souhaitant aller encore plus loin», au point de «cristalliser» [33] dans leurs statuts la notion de «société à mission» dans les conditions posées par les articles L. 210-10 à L. 210-12 du Code de commerce modifiées. Ces statuts devront préciser «une raison d'être, au sens de l'article 1835 du Code civil» et «un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité». Ils devront mettre en place un organe *ad hoc*, distinct des organes sociaux, comptant au moins un salarié, chargé exclusivement du suivi de la mission de la société et qui présentera annuellement un rapport joint au rapport de gestion. L'exécution des objectifs sociaux et environnementaux fera l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon

des modalités et une publicité définies par décret.

Dès lors, quels enseignements ?

Le premier est qu'au nom d'un intérêt social «élargi», non réductible au profit, ce sont de nouveaux objectifs qui sont imposés aux sociétés, étant cependant souligné que sont utilisés, pour ce faire, les structures existantes dont la mission lucrative demeure donc : est-ce à dire que la logique sous-jacente à la loi «PACTE» resterait financière mais que serait recherchée une réorientation, une remobilisation du capital vers la finance sociale et solidaire ?

Quant au second, il concerne l'impact de cette loi sur la notion même de RSE, lequel devrait être de deux ordres. D'abord, nul doute que son insertion dans le Code civil puisse être analysée comme le sommet d'une évolution depuis longtemps révélatrice du glissement du droit souple vers du droit dur de cette responsabilité pourtant initialement conçue dans le seul but de se déployer en dehors de toute contrainte juridique. Ensuite, c'est bien une autonomisation de la RSE par rapport aux obligations de conformité qui s'opère puisque, désormais, la RSE ne devrait plus être seulement tournée vers le déclaratif, mais vers l'action ; bref, ne devrait plus être regardée seulement «à travers le prisme de critères passés en revue en comités d'audit, [mais devrait être envisagée] au niveau des conseils d'administration pour éviter cette prolifération de critères» [34]. C'est dire, comme indiqué précédemment, que «nous sortons ici d'une logique de stricte conformité réglementaire pour entrer dans une logique de justification des choix d'une société. Une société qui ne fonctionne plus dans le seul intérêt de ses associés et actionnaires mais qui, aussi, est comptable d'une fraction de l'intérêt général» [35].

Reste une question : si la loi «PACTE» semble donc traduire un renforcement des obligations de dire, *via* une réécriture de l'article 1833 du Code civil imposant une inclusion des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité dans l'appréciation de l'intérêt social, quelles sanctions encourues en cas de violation de cet intérêt social «élargi» ? L'hésitation est permise.

B - Demain ? Une réécriture de la loi aux effets incertains

Alors que l'article 1833 du Code civil est donc enrichi d'un second alinéa selon lequel «*la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*», quelle portée accorder à cette adjonction apparemment dotée d'un caractère impératif ? L'incertitude prévaut, alimentée par le Gouvernement lui-même puisque, étonnement, l'étude d'impact souligne que celui-ci devrait être «*nul, s'agissant de l'introduction de la référence à l'intérêt social [simple intégration de solutions jurisprudentielles] et limité pour ce qui concerne l'invitation à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société [simple obligation de moyens]*» [36].

Est-ce à dire que l'on ne serait ici qu'en présence d'une «leçon de *greenwashing politique*», cette sensation étant renforcée par le refus de prendre en compte la chaîne de valeur, contrairement à la loi «vigilance» et alors que plusieurs amendements avaient été déposés en ce sens [37] ? Est-ce à dire que la reformulation de l'article 1833 du Code civil pourrait avoir pour seul effet de «*(verdir) la loi «PACTE» artificiellement*» [38], alors qu'un traité onusien contraignant sur les entreprises multinationales et les droits humains est en débat [39] ?

Certes, il est vrai qu'en tant que telle, «*la consécration de l'intérêt social ne présente aucun réel intérêt, [puisque] cette notion est déjà appliquée par la jurisprudence*» [40], étant cependant souligné qu'il n'est pas anodin qu'une notion jurisprudentielle se voit dotée d'un soubassement légal. Mais qu'en est-il des effets possibles d'une violation des nouveaux enjeux visés par l'article 1833, alinéa 2, nouveau du Code civil ? L'obligation désormais imposée de les «prendre en considération» ne devrait-elle pas, en tant que telle, être dotée d'une «portée juridique nouvelle» [41] ?

A cet égard, deux questions semblent se poser.

La première est celle de la *qualification juridique* de cette obligation bientôt faite aux dirigeants «*de prendre en considération, dans les décisions et choix de gestion de l'entreprise, des externalités sociales et environnementales éventuellement*

négatives] que pourraient produire à court ou long terme ses activités» [42]. Selon l'étude d'impact, il s'agit là d'une «*obligation de moyens*» qui «*ne présage pas de l'orientation ou du contenu de la décision de gestion*» et qui n'est donc qu'une «*étape impérative de la réflexion menée*» [43] : en d'autres termes, il devrait donc s'agir d'un «*principe de bonne gestion*» devant permettre aux dirigeants «*d'évaluer les risques sociaux et environnementaux liés à leurs décisions et [de] tenter de trouver des solutions pour les éviter ou du moins les minimiser*».

Dès lors et c'est la seconde question, quelles sont les sanctions qui pourraient être prononcées *en cas de violation de ce principe de bonne gestion* ?

Selon le Conseil d'Etat, ce «*principe de gestion diligente et raisonnable [n'est] assorti d'aucune sanction* [44] et il faut dire que tout semble avoir été fait pour circonscrire les risques juridiques encourus, dans le but de rassurer les milieux d'affaires [45] et pour ne pas ouvrir une 'boîte à Pandore' avec un risque de multiplication des contentieux» [46]. Preuve en est que la violation du nouvel article 1833, alinéa 2, ne saurait être sanctionnée par la **nullité de la société** sur le fondement de l'article 1844-10, alinéa 1^{er}, du Code civil (**N° Lexbase : L2030ABS**). En outre, elle ne devrait pas l'être non plus sur le fondement de l'alinéa 3 prévoyant l'annulation des actes ou délibérations des organes sociaux (du fait de leur contrariété avec son intérêt social ou sa raison d'être) en raison de la reformulation de celui-ci, issue d'un amendement justifié par le souci «*d'éviter que le juge [s'immiscie trop] dans la gestion et les orientations des sociétés*» [47].

Ce faisant, une seule piste semble ouverte pour sanctionner le non-respect de ce principe «de bonne gestion» : celle d'une éventuelle responsabilité des dirigeants laquelle, selon l'étude d'impact, pourrait être engagée dans les rapports internes [48] au titre, soit d'une **violation des dispositions législatives ou réglementaires** (puisque cette «*obligation de prise en considération résulte de la nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil et de ses corollaires dans le Code de commerce*») ; soit d'une **violation des statuts** (puisque certains enjeux sociaux et environnementaux pourraient y explicitement inscrits «en tant que principes de gestion») ; soit d'une **faute de gestion**. C'est ainsi, par exemple, que l'on pourrait «*imaginer le cas d'un dirigeant ignorant les impacts environnementaux graves de sa décision, ce qui pourrait être préjudiciable pour l'image de l'entreprise et par conséquent contraire à l'intérêt social de celle-ci*» [49]. Certes, l'étude d'impact précise alors que cette «*prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux*» ne saurait aboutir à un élargissement «*de l'intérêt social pour y inclure des intérêts d'autres parties prenantes extérieures à la société, qui peuvent trouver un avantage à ce que la société poursuive [de tels] objectifs [...] distincts de la recherche du profit*», ce dont il ressort cette conséquence : «*en cas d'éventuelle contradiction entre l'intérêt social et certains enjeux sociaux et environnementaux, c'est le premier qui devrait primer sur les seconds puisque ceux-ci doivent seulement être pris en considération*» [50]. Mais, en amont, *quid* en cas de contradiction entre ces enjeux, *id.* entre les intérêts respectifs des diverses parties prenantes, ainsi que l'illustre cet exemple : «*les actionnaires veulent fermer un site de production non rentable : les salariés et les fournisseurs s'y opposent ; les créanciers et les ONG approuvent, les premiers parce qu'ils y voient l'extinction d'un foyer de perte, les seconds parce qu'ils y voient l'arrêt d'un site polluant. Peut-on fondre ces intérêts partisans en un intérêt commun et général*» [51] ?

A ce stade, et en conclusion, l'incertitude prévaut, tant sur le plan juridique que sociétal. En effet, alors que, pour le Gouvernement, cette loi «*va vraiment changer l'esprit des entreprises et (leur) rôle dans la société*», elle est au contraire, pour d'autres, «*en décalage avec le monde qui vient*» et «*en deçà des attentes éthiques*» concernant les entreprises [52]. De surcroît, certains voient là «*un nid à contentieux*» faisant peser des «*risques considérables pour les entreprises*» [53], singulièrement pour les TPE et PME, en contradiction avec l'objectif de simplification *a priori* poursuivi par le texte, alors que, pour sa part, le Gouvernement estime simplement que «*les conséquences sur la responsabilité de la société et du dirigeant sont, pour la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, difficiles à anticiper*» [54]. Allant plus loin encore, c'est l'avenir même de la notion de RSE qui interpelle dans ce contexte d'adoption de la loi «PACTE» : en effet, celle-ci est-elle synonyme d'apothéose de la notion ou bien annonce-t-elle sa disparition du fait de son intégration dans le Code civil ? Deux certitudes en tout cas : d'abord, la nouvelle «prise en considération» des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité économique ne saurait se situer en deçà des contraintes récemment imposées par la loi en matière d'identification, de prévention et d'atténuation des risques graves générés par l'entreprise en matière environnementale, de santé sécurité et de droit humains ; au-delà, le rôle du juge devrait s'avérer majeur pour cerner l'impact des nouvelles obligations issues de la loi «PACTE».

[1] Cons. const., décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019 (**N° Lexbase : Z715608L**).

[2] Projet de loi «PACTE» n° 258, adopté par l'AN le 11 avril 2019.

[3] Cons. constit., décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019. (**N° Lexbase : A4734ZBX**) La loi «PACTE» a été publiée au Journal officiel du 23 mai 2019.

[4] Code de commerce, Code de la mutualité, Code rural et de la pêche maritime, Code des assurances, Code de la Sécurité sociale.

[5] «Plaidoyer en faveur d'une 'économie de marché responsable'», Tribune, Le Monde, 17 novembre 2016.

[6] Alinéa 1er : «*Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés*».

[7] M. Mekki, [Le projet Macron et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots](#), Dalloz étudiant, 1er décembre 2014.

[8] L'article 1835 («*Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement*») est complété par l'alinéa suivant : «*Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité*».

[9] [Exposé des motifs](#), p 59.

[10] Voir [Michelin](#) : «*Notre raison d'être est un moyen de célébrer et de continuer notre culture du souci de l'autre, de respect, d'innovation et de performance que Michelin a cultivée depuis plus de 125 ans. Lorsque nous choisissons une raison d'être pour nous-mêmes, nous choisissons de laisser notre empreinte sur la culture de notre entreprise. Notre raison d'être nous aide à voir comment nous contribuons à faire de Michelin une grande entreprise et comment Michelin nous aide à atteindre nos objectifs*».

[11] CE, avis sur le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 14 juin 2018.

[12] Comme souligné par N. Cazeau, [RSE et Compliance, quels liens ?](#), Village de la justice, 31 janvier 2017.

[13] [Les contours de la «compliance» en France](#), Revue fiduciaire, dépêche du 5 décembre 2016.

[14] A. Touraine, citée in [Loi Pacte : l'intérêt social en suspens](#), Les Echos, 12 février 2019.

[15] A. Gossement, [Loi Pacte : création de l'obligation pour une société de «prise en considération» des enjeux sociaux et environnementaux de son activité](#).

[16] A. Touraine, préc..

[17] M.-A. Moreau, *L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, D. Soc, 2017, p. 792.

[18] C. com., art. L. 225-102-1 ([N° Lexbase : L6907LMR](#)).

[19] C. consom., art. L. 441-2 ([N° Lexbase : L1041K7P](#)).

[20] C. trav., art. L. 7342-2 ([N° Lexbase : L6769K9L](#)).

[21] A noter cependant qu'à l'inverse des critères sociaux ou environnementaux, ceux de la RSE ne peuvent constituer un critère de sélection dans le cadre d'un marché public, en raison d'un lien insuffisant avec l'objet de celui-ci (CE, 2^o et 7^o ch.-r., 25 mai 2018, n° 417580 [N° Lexbase : A4637XPG](#)).

[22] M. Capron, [Réformer la définition de l'objet social de l'entreprise dans le Code civil, c'est toucher au coeur même du système](#), Observatoire des multinationales, 27 février 2018.

[23] Y. Queinnec et W. Bourdon, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Cahiers de propositions, FNGM, Sherpa, 2010.

[24] Comme souligné par M. Mekki, *Le projet «Macron» et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots*, préc.

[25] [Proposition de loi](#) «Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances» (n° 476), enregistrée le 10 janvier 2018.

[26] *Plaidoyer en faveur d'une «économie de marché responsable*», Le Monde, préc..

[27] [Loi Pacte : ne pas faire du profit le seul but des entreprises provoque un schisme au sein du patronat](#), Novethic, 27 février 2018.

[28] *Une loi pour faciliter la croissance des petites entreprises*, La Croix, 18 juin 2018.

[29] *Vers une intégration de la RSE dans la définition de la société ?*, Projets, propositions et rapports, JCP éd. S, 2018, n° 11, 20 mars 2018.

[30] R. Lescure, rapporteur, Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 14 septembre 2018, Compte rendu n° 21, p 26.

[31] *Vers une intégration de la RSE dans la définition de la société ?*, Projets, propositions et rapports, JCP éd. S, préc..

- [32] Reflétant le champ circonscrit de la loi «PACTE», l'article 169 vise en effet un nombre limité de structures dont la liste s'est cependant allongée au cours des débats parlementaires : les sociétés anonymes ; les mutuelles, unions et fédérations ; les sociétés de groupe d'assurance ; les sociétés d'assurance mutuelles ; les institutions de prévoyance et les unions d'institution de prévoyance., les sociétés coopératives agricoles ou union de coopératives agricoles. Comme on l'a souligné, «*les articles des codes concernés (Code de commerce, Code de la mutualité, Code des assurances, Code de la Sécurité sociale) sont modifiés afin de faire des organes de direction de ces entreprises les garants d'une gestion respectueuse de l'intérêt social et d'une éventuelle raison d'être*» (nos obs., Liaisons Soc, 15 avril 2019).
- [33] S. Guerini, Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 14 septembre 2018, Compte rendu n° 21, p 55.
- [34] Selon A. Touraine, préc..
- [35] A. Gossement, *Loi Pacte : création de l'obligation pour une société de «prise en considération» des enjeux sociaux et environnementaux de son activité*, préc..
- [36] Etude d'impact du projet de loi PACTE, p. 545.
- [37] [Communiqué de presse](#) commun Sherpa - CCFD Terre solidaire du 21 septembre 2018.
- [38] [Communiqué](#) CCFD Terre solidaire, «Loi PACTE : une loi pour rien ?» du 3 septembre 2018.
- [39] Ligue des droits de l'Homme, [communiqué](#) du 8 mars 2018.
- [40] Ch. Hannoun, [Le projet de loi PACTE et la volonté de moderniser l'entreprise](#), Le blog des juristes, 25 septembre 2018 ; J. Heinich, *Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social*, Revue des sociétés, 2018 p. 568.
- [41] Ch. Hannoun, préc.
- [42] P. Grenier, *La responsabilité sociale des entreprises dans le projet de loi PACTE*, JCP éd. E, 2018, n° 46, p. 5.
- [43] Etude d'impact, p. 535 à 551.
- [44] CE, avis sur le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 14 juin 2018
- [45] Le Medef a attiré l'attention sur la «*multiplication de recours juridiques, de la part d'actionnaires minoritaires, utilisant ce nouveau texte pour tenter de déstabiliser la direction d'une entreprise*».
- [46] N. Notat, Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, réunion du 18 juillet 2018.
- [47] Amendement CS1479 de la rapporteure Coralie Dubost (Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 14 septembre 2018, Compte rendu n° 21, p 46).
- [48] Sur les conditions d'engagement de la responsabilité des dirigeants dans les rapports externes, voir notre article, *De l'entrée de la RSE dans le Code civil. Une évolution majeure ou symbolique ?*, D. Soc., 2019, p. 47.
- [49] P. Grenier, *La responsabilité sociale des entreprises dans le projet de loi PACTE*, préc..
- [50] P. Grenier, *La responsabilité sociale des entreprises dans le projet de loi PACTE*, préc..
- [51] D. Schimdt, [Entreprises : comment trancher en faveur de «l'intérêt commun ?»](#), Le Monde, 6 février 2018.
- [52] [Loi Pacte : cinq mesures censées doper la transformation durable des entreprises](#), Novethic, 11 avril 2019.
- [53] Daniel Fasquel, cité in *Loi Pacte : cinq mesures censées doper la transformation durable des entreprises*, préc..
- [54] Etude d'impact, préc..

[Actes de colloques] Intérêt social et raison d'être des sociétés : quels contours, quels impacts ?

N° Lexbase : Ng309BX3



par Arnaud Lecourt, Maître de conférences - HDR à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur de l'IEJ, Directeur de l'Unité de Droit des Affaires (UDA / CRAJ, EA 1929)

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

«Repenser la place de l'entreprise dans la société». L'ambition des auteurs de la loi «PACTE» n'est pas mince [\[1\]](#). La refonte de deux textes emblématiques du Code civil -les articles 1833 ([N° Lexbase : L2004ABT](#)) et 1835 ([N° Lexbase : L2006ABW](#))- en atteste, qui revient sur les fondements même du droit commun des sociétés. La loi va d'ailleurs au-delà du Code civil puisque le Code de commerce est également amendé pour tenir compte, dans la SA du moins, des modifications apportées au Code civil.

Sur le terrain du droit commun, l'article 1833 du Code civil, qui pose les conditions de constitution de la société, est ainsi complété d'un alinéa disposant que «*la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*». L'article 1835, quant à lui, qui retrace les mentions élémentaires des statuts, offre désormais aux associés d'y «*préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité*». Le Code de commerce vient décliner ces principes nouveaux dans la SA, dans les articles relatifs aux missions du conseil d'administration et du directoire.

Pourquoi un tel bouleversement ? Cette réécriture s'inscrit dans un mouvement plus ample [\[2\]](#), qui se donne pour objectif de réfléchir à une nouvelle relation, que l'on pressent enrichie, entre entreprise et intérêt général. L'idée maîtresse est de favoriser «*le développement d'une économie de marché responsable*», qui n'aurait plus le profit comme seul et unique ressort [\[3\]](#). Dans cette optique, la société ne doit plus reposer sur un modèle purement capitaliste, sur la seule maximisation du profit à court terme ; elle doit, bien au-delà, s'interroger sur son utilité, sur sa place dans l'économie. La société doit poursuivre des fins qui lui sont propres et qui doivent contribuer à l'intérêt général, au bien-être commun.

Sous cet angle, la loi «PACTE» est évidemment de nature à susciter l'enthousiasme. Qui ne souhaite, au fond, que les dirigeants sociaux intègrent à la stratégie de leurs sociétés d'autres intérêts que ceux, purement égoïstes, des associés et se décident à prendre en considération, pour le bien commun, les conséquences sociales et environnementales de l'activité exploitée ? Qui ne désire que les sociétés poursuivent des objectifs sociétaux plus ambitieux que l'unique satisfaction de besoins purement mercantiles ? Hélas, cet enthousiasme cède bien vite la place au scepticisme -parfois même à la crainte- à la lecture des réécritures votées.

En effet, si l'intérêt social est relativement connu des spécialistes du droit des sociétés, la raison d'être de la société est un concept totalement inédit. L'inquiétude tient ainsi d'abord aux contours évanescents de ces concepts, qui pourraient consacrer de nouveaux contentieux et créer ainsi des zones d'insécurité juridique importantes. La crainte provient ensuite de ce que les juges feront de ces concepts, notamment s'ils élargiront ou non les préoccupations qui doivent légalement guider la conduite des affaires sociales. Enfin, on peut légitimement s'interroger sur la portée réelle de ces mesures. Relèvent-elles du droit dur ou simplement de l'annonce symbolique [\[4\]](#) ? Auront-elles une réelle portée juridique ou resteront-elles cantonnées dans le domaine de l'affichage politique ? On peut penser, à la lecture des modifications envisagées, que la seconde option emportera peut-être davantage l'opinion. Pour autant, le droit n'est jamais neutre...

I - Réforme de l'article 1833 du Code civil : consécration symbolique de l'intérêt social

La notion d'intérêt social ne devrait pas inquiéter de prime abord les praticiens. L'article 1833 du Code civil ne fait en effet qu'intégrer un concept déjà largement arpenté par le droit des sociétés.

L'intérêt social est largement utilisé par le juge dans le contentieux sociétaire [5], qui pour encadrer l'action des dirigeants sociaux (censés agir dans l'intérêt de la société, optant pour des opérations respectant celui-ci), qui pour définir la faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité des dirigeants ou de justifier leur révocation, qui encore pour mesurer le caractère raisonnable -ou non- de la souscription de sûretés en garantie de la dette d'autrui ou qui, enfin, pour apprécier la régulière mise en œuvre de stipulations statutaires telle une clause d'exclusion par exemple. Le concept n'est pas davantage un inconnu du droit pénal des sociétés puisqu'il se trouve au cœur d'un certain nombre de normes de comportement, dont il guide la qualification : abus de biens sociaux, abus de confiance notamment.

On peut donc penser, sans trop s'avancer, que cette consécration légale de l'intérêt social n'aura pas une très grande incidence pour les dirigeants sociaux. L'impact de cette intégration dans le Code civil devrait être d'autant plus limité que le législateur, en l'état actuel du projet, ne fournit aucune définition de l'intérêt social, ne lui donne aucun contenu concret. Or, l'intérêt social est susceptible de recouvrir bien des hypothèses : intérêt de la seule structure, intérêt des associés, intérêts des parties prenantes (partenaires, Etat, créanciers, salariés...). En outre, les auteurs de la loi ont pris le soin d'amender l'article 1844-10 du Code civil afin que soit précisé que le non-respect de l'intérêt social ne pourra jamais entraîner la nullité de la société -c'est heureux- mais seulement la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants ou la nullité des actes contraire à cet intérêt.

Cette consécration légale de l'intérêt social pourrait cependant connaître un écho particulièrement puissant dans le contentieux des sûretés consenties par une société. En effet, depuis quelques temps, la validité d'un cautionnement donné par une société, par exemple, au profit d'une autre s'apprécie en considération de l'intérêt propre de la société l'ayant contracté. S'il apparaît disproportionné, le juge considère alors ce cautionnement comme non-conforme à l'intérêt social. Cette jurisprudence est toutefois circonscrite, depuis un arrêt du 12 mai 2015 [6], au cas de figure de sûretés souscrites par une société à risque illimité (SNC, SCI). Depuis lors, la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce clairement que «*serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, en elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une SARL à l'égard des tiers*» [7]. La réécriture de l'article 1833 du Code civil ne pourra sans doute pas laisser perdurer cette position.

Plus intéressante est, en revanche, l'intégration à l'article 1833 du Code civil des préoccupations de RSE jusqu'alors plutôt reversées dans le domaine de la *soft law*. La société devra donc désormais être obligatoirement gérée dans son intérêt social et en considération des enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Cette prise en compte est également imposée au conseil d'administration et au directoire qui définissent les orientations de la SA. La loi souligne ici que la société n'est pas uniquement au service de ses actionnaires mais qu'elle doit être attentive aux enjeux sociétaux de son activité. Si les très grandes sociétés sont déjà habituées à intégrer l'externalité de leurs décisions, pour les PME qui représentent plus de 98 % du paysage sociétaire français, cette norme obligatoire est nouvelle. Jusqu'alors la RSE reposait uniquement, on l'a dit, sur le volontariat.

La règle s'impose comme une norme de gestion (la société *est gérée* dit le texte). Trois remarques peuvent être apportées. D'une part, il est peu probable que les tiers pourront en exciper pour agir en responsabilité contre la société elle-même ou contre ses dirigeants, sauf à démontrer -ce qui sera bien délicat- que le non-respect des enjeux sociétaux par les dirigeants sociaux constitue une faute détachable de leurs fonctions. Seuls les associés pourraient mettre en avant ce non-respect des enjeux sociaux et environnementaux pour engager une action en responsabilité contre les dirigeants ou justifier leur révocation. Il reste que les tiers pourraient toutefois invoquer les statuts pour, sans doute, contester certains engagements des dirigeants, comme le leur permettent des décisions récentes autorisant les tiers à se prévaloir de clauses limitatives des pouvoirs des dirigeants [8]. D'autre part, une hiérarchie des valeurs pourrait devoir prendre corps [9] car l'intérêt social n'est pas toujours conciliable avec les enjeux sociétaux. Que se passera-t-il en effet si une décision conforme à l'intérêt de la société ne l'est pas au regard des enjeux sociétaux ? *Quid*, par exemple, d'une décision de plan social, nécessaire à la survie de la société et donc conforme à son intérêt, mais qui ne prend pas en compte les enjeux sociaux [10] ? *Quid* d'une décision d'investissement indispensable à la survie de la société mais qui impose une déforestation ? Comment, dans ces hypothèses, jauger la responsabilité des dirigeants qui auraient respecté l'intérêt social mais qui n'aurait pas suffisamment pris en compte les enjeux sociétaux ? La rédaction du texte guide la solution. En plaçant au premier plan l'intérêt social, le législateur souhaite naturellement que ce concept constitue toujours la boussole de la société, qu'il prime sur les impacts sociétaux [11] qui doivent être simplement, selon le texte, «*considérés*», ce qui traduit là une simple obligation de moyen. Mais peut-être qu'une autre analyse sera finalement développée. Peut-être faudra-t-il simplement prendre en considération les enjeux sociétaux, peu important ce que guide l'intérêt social, pour remplir les exigences du Code civil ? Ainsi, en cas de plan social indispensable, conviendra-t-il de privilégier les mesures de reclassement. Ainsi, en cas d'atteinte inévitable à l'environnement, conviendra-t-il

de limiter au maximum l'impact de l'activité sociétaire, soit en prenant des mesures de compensation, soit, par exemple, en limitant les effets de ladite activité. Enfin, la refonte des articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce, qui ne concernent que le conseil d'administration et le directoire, n'emportera pas davantage de conséquences que celle de responsabiliser les dirigeants sur des aspects de RSE qu'ils connaissent déjà au travers des obligations de *reporting* auxquelles ils sont soumis [12].

II - Réforme de l'article 1835 : stipulation facultative d'une raison d'être de la société

L'article 1835 du Code civil offre désormais aux associés de faire figurer une raison d'être dans les statuts de la société, peu important sa forme juridique, dès sa constitution ou en cours de vie sociale, par le truchement d'une assemblée générale extraordinaire. Inconnu du droit des sociétés, ce concept philosophique interroge [13]. Les très rares jurisprudences qui y font référence le confondent avec l'objet social ou avec l'activité réelle de la société.

La raison d'être s'analyse, selon le Conseil d'Etat, comme le dessein de la société, son ambition, les valeurs qu'elle souhaite imprimer à long terme, les préoccupations d'intérêt général, sociétal qu'elle souhaite développer tout au long de son existence. On mesure donc qu'une raison d'être inscrite dans les statuts sera de nature à apporter une coloration particulière à l'objet social et à orienter l'activité de la société ou la façon dont cette activité sera exercée (favoriser le développement durable, la proximité, le développement local...).

Quatre remarques doivent être ici apportées. D'une part, l'inscription d'une raison d'être dans les statuts, comme indiqué ci-dessus, ne peut avoir une portée uniquement symbolique. Un véritable engagement juridique en découlera, sous peine de ruiner le dispositif légal. D'autre part, la stipulation d'une raison d'être ne fera pas de la société une entreprise à mission, que le projet envisage d'introduire en droit français et de doter d'un régime juridique spécifique [14]. D'autre part encore, cette réforme peut sembler inutile dès lors qu'il est déjà permis, si les associés le souhaitent, d'inscrire dans les statuts cette raison d'être, dans la clause d'objet social, en vue de le préciser ou de lui conférer une dimension plus symbolique. Enfin, la raison d'être ne doit pas être réduite à l'objet social ou à l'intérêt commun des associés. La raison d'être est strictement attachée à la société, ainsi que le rappelle la loi ; si elle dispose d'une très forte dimension symbolique, elle peut également, de façon plus juridique, être utilisée pour éclairer l'objet social le cas échéant. En aucun cas, elle ne devrait consacrer davantage son extension. C'est important pour les sociétés de personnes ou pour les sociétés civiles, par nature à responsabilité illimitée. En effet, dans ces sociétés, le dépassement de l'objet social permet d'engager la responsabilité du dirigeant ou de mettre en jeu sa révocation. Dans ce type de société, l'objet social constitue une véritable limite aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

Si les associés choisissent de mentionner expressément une raison d'être dans les statuts, quelles conséquences faudra-t-il en tirer ? Les statuts ayant force obligatoire, la raison d'être s'imposera à tous les membres de la société, associés comme dirigeants sociaux. L'assertion est valable pour toutes les sociétés, comme en dispose l'arrêt «Larzul» du 18 mai 2010 [15] qui avait semé le trouble, en considérant qu'une décision violant les statuts ne saurait être annulée, sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée celle-ci. Or, l'article 1835 devrait être d'ordre public. Quant aux tiers, on peut encore se demander s'ils ne pourront pas, là encore, exciper des statuts pour contester certains engagements des dirigeants violant la raison d'être statutaire, comme le leur permettent des décisions récentes les autorisant à se prévaloir de clauses limitatives des pouvoirs des dirigeants [16].

Pour le reste, le texte n'édicte aucune sanction, même si les textes relatifs au conseil d'administration et au directoire sont modifiés pour imposer à ces organes de prendre en considération l'éventuelle raison d'être dont la société se serait dotée. Un tiers pourrait-il agir en responsabilité contre la société ou un dirigeant qui n'aurait pas respecté cette raison d'être, en démontrant sa faute détachable ? Théoriquement, une réponse positive nous semble pouvoir être apportée mais, pratiquement, la mise en œuvre de cette action semble bien vouée à l'échec. Les associés pourront-ils agir contre les dirigeants non respectueux de la raison d'être de leur groupement, notamment par le truchement d'une action sociale *ut singuli*? Là encore, si la théorie permet de répondre par l'affirmative, la pratique démontre que ce type d'action devrait demeurer confidentiel, notamment parce qu'elle ne procure aucune satisfaction directe au demandeur, les dommages et intérêts éventuels tombant dans le patrimoine social. Quant aux actions personnelles des associés, la nécessité de démontrer un préjudice personnel devrait tout autant couper court à tout contentieux, la perte de valeur de leurs titres ou le préjudice de notoriété ou d'image subi, en raison du non-respect de sa raison d'être, n'étant que le ricochet du préjudice subi, au premier chef, par la société elle-même. Il reste que les dirigeants pourront toujours, le cas échéant, être révoqués. Et c'est à peu près tout...

Finalement, comme le démontre à intervalles réguliers avec une certaine ampleur la *soft law* animant la RSE, ce défaut de sanction n'est sans doute pas si grave car, en réalité, ce sont peut-être les sanctions issues de l'autorégulation qui auront le plus de retentissement. S'il apparaît au grand jour que l'entreprise sociétaire méprise ses annonces vertueuses, qu'elle instrumentalise à des fins mercantiles des valeurs éthiques, sa mise au ban de la société lui coûtera bien plus cher qu'une sanction civile ou pénale quelconque [\[17\]](#). Un mouvement d'opinion défavorable ou une mise à l'index est en effet de nature à causer un préjudice économique majeur à la société, notamment par l'atteinte durable à sa réputation qui ne manquerait pas d'en résulter.

Conclusion

Quant à la refonte des articles 1833 et 1835 du Code civil, la loi «PACTE» apparaît ainsi décevante, soit qu'elle ne modifie pas réellement le droit positif (la consécration légale de l'intérêt social), soit qu'elle y introduit une dose d'incertitude (la notion de raison d'être).

Mais au-delà, la loi interpelle le commercialiste en ce qu'elle procède à une confusion permanente entre l'entreprise et la société [\[18\]](#). Pour repenser l'entreprise, le législateur s'attaque en réalité au droit des sociétés. C'est là une bien mauvaise façon de procéder pour au moins trois raisons, qui illustre combien la loi «PACTE» est loin du compte. D'une part, l'immense majorité des entreprises sont exploitées en entreprise individuelle, *i.e.* sans vêtement sociétaire, de sorte que le droit des sociétés leur est inapplicable. Souhaitant embrasser ces situations, la loi rate ainsi sa cible une première fois. D'autre part, un nombre tout aussi important de sociétés n'exploitent aucune entreprise (une société de fait entre concubins par exemple), de sorte que, cette fois-ci, elles vont subir une réforme qui ne les concerne pas... La loi manque sa cible une seconde fois, elle qui ne souhaitait pas, précisément, embrasser ces hypothèses. Enfin, la loi aboutira sans nul doute à des non-sens : selon qu'un entrepreneur exerce en entreprise individuelle ou en EURL ou en SASU, il se verra appliquer ou non les termes de la loi... alors que sa situation concrète est identique. En d'autres termes, le respect d'enjeux sociétaux s'imposera à lui quand il optera pour un vêtement sociétaire mais pas lorsqu'il exercera en entreprise individuelle [\[19\]](#). Quelle logique peut donc bien sous-tendre pareille absurdité ?

[\[1\]](#) A l'heure de la rédaction de ces lignes, la loi Pacte n'est pas publiée. Elle a été adoptée définitivement le 11 avril, mais reste soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, saisi le 16 avril.

NDLR : depuis, le Conseil constitutionnel s'est prononcé (Cons. const., décision n° 2019-781 DC, du 16 mai 2019 [N° Lexbase : A4734ZBX](#)) et la loi a été publiée au JORF du 23 mai 2019.

[\[2\]](#) M. Roussille, *Projet de loi PACTE : quel impact ? Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société*, Dr. Sociétés, 2018, étude 10.

[\[3\]](#) A. Couret, *La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par un réécriture du Code civil ?*, Rev. Sociétés, 2018, p. 639.

[\[4\]](#) P. Berlioz, *Droit souple ou droit dur, un choix lourd de conséquences*, Rev. sociétés, 2018, p. 644.

[\[5\]](#) M. Roussille, art. préc..

[\[6\]](#) Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504, F-P+B ([N° Lexbase : A8789NHY](#)).

[\[7\]](#) Cass. com., 14 février 2018, n° 15-24.146, F-D ([N° Lexbase : A7536XDH](#)). Dans la SAS : Cass. com., 19 septembre 2018, n° 17-17.600, F-D ([N° Lexbase : A6467X7N](#)).

[\[8\]](#) Cass. com., 14 février 2018, n° 16-21.077, F-D ([N° Lexbase : A7532XDC](#)) et Cass. civ. 3, 14 juin 2018, n° 16-28.672, F-P+B ([N° Lexbase : A3228XRY](#)), RTDCom., 2018, p. 701, nos obs..

[\[9\]](#) M. Roussille, art. préc. ; R. Mortier, S. de Vendeuil et B. Zabala, *Loi PACTE et sociétés : premières mesures*, JCP éd. E, 2018, 1588 ; A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, D., 2018, p. 1765.

[\[10\]](#) M. Roussille, art. préc..

[\[11\]](#) R. Mortier, S. de Vendeuil et B. Zabala, art. préc..

[\[12\]](#) J.-J. Daigre, *Loi PACTE : ni excès d'honneur, ni excès d'indignité*, Bull. Joly Sociétés, 2018, p. 541.

[\[13\]](#) I. Urbain-Parleani, *La raison d'être*, Rev. sociétés, 2018, p.623 ; A. Tadros, art. préc., p. 1769.

[\[14\]](#) E. Masset, *Vers les sociétés à mission ?*, Rev. sociétés, 2018, p. 635.

[15] Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, FS-P+B+I+R ([N° Lexbase : A3869EXL](#)).

[16] Cass. com., 14 février 2018, n° 16-21.077, préc. et Cass. civ. 3, 14 juin 2018, n° 16-28.672, préc..

[17] I. Urbain-Parléani, art. préc..

[18] F.-X. Lucas, *L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE*, Bull. Joly Sociétés, 2018, p. 477.

[19] A. Couret, art. préc..

[Actes de colloques] La singularité de la société à mission : approche comparatiste

N° Lexbase : Ng310BX4



par Kristina Rasolonomalaza, Docteur en droit privé, Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université d'Aix-Marseille

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

1. Transcendance et immanence de l'intérêt général dans la loi «PACTE». «*Nous avons l'ambition que le capitalisme se renouvelle, qu'il soit plus juste et plus équitable. Nous voulons un capitalisme qui ait du sens – le profit ne peut pas être le sens unique du capitalisme [...]. La lutte contre le réchauffement climatique et contre les inégalités, ainsi que l'inclusion des personnes les plus fragiles, ne peuvent pas être les objectifs de la seule puissance publique [1] : ils doivent être aussi ceux des entreprises privées et du nouveau capitalisme*». C'est ce qu'a déclaré le ministre de l'Economie Bruno Lemaire dans son discours d'ouverture de la séance du 11 avril 2019 de lecture définitive de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite loi «PACTE») à l'Assemblée nationale [2].

Entre les lignes de cette déclaration, qui fait écho aux déclarations d'intention contenues dans le rapport préparatoire Notat-Senard intitulé «Entreprise et intérêt général», il faut comprendre que dans l'esprit de la loi «PACTE», l'intérêt général devient un principe à la fois *transcendant* et *immanent* à l'entreprise.

Sous l'influence des médias, sous la pression des consommateurs et *in fine* sous la contrainte de la loi sur le fondement du nouvel article 1833 du Code civil -n'en déplaise au parti Les Républicains, au Medef et au Sénat-, les entreprises françaises, même privées, vont désormais toutes devoir adhérer à cette *transcendance* laïque que l'on nomme «intérêt général», sans qu'il faille y voir ni déresponsabilisation de l'Etat, ni reniement du libéralisme économique, mais simplement selon la conviction que là où il y a liberté, il y a responsabilité, et que par conséquent la liberté d'entreprendre s'accompagne d'une responsabilité sociétale des entreprises (RSE), communion à l'intérêt général.

Les entreprises les plus exaltées par ce souffle nouveau d'intérêt général vont l'intérioriser, au point qu'il devienne *immanence* : ces entreprises vont recevoir une vocation dans ce monde-ci, vocation que la loi «PACTE» nomme laïquement «raison d'être» (C. civ., art. 1835, nouv.) ou, à l'article 176 [3], «mission» (C. com., art. L. 210-10 et s., nouv. ; C. assur., art. L. 332-26-4-1, nouv. ; C. mut., art. L. 110-1-1 et s., nouv. ; loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, art. 7, nouv.), et à laquelle les entreprises répondront favorablement en modifiant leurs statuts. Ce pas de foi, complètement volontaire, ne rencontre, lui, aucune opposition, si ce n'est que les Sénateurs auraient préféré qu'il trouve à s'exprimer dans un cadre législatif plus souple [4].

2. Définition de la société à mission. La société à mission ne constitue pas une nouvelle forme sociale mais une modalité statutaire facultative qui se superpose au régime juridique d'une société commerciale, d'une coopérative ou d'une mutuelle (ces deux dernières formes juridiques représentant les sociétés historiques de l'économie sociale et solidaire).

Pour faire le lien avec ce qui a été développé par Arnaud Lecourt [5] et Isabelle Desbarats [6], cette modalité additionnelle peut être adoptée par toute société déjà dotée d'une raison d'être (principes, valeurs) et qui souhaite aller plus loin en prenant un engagement public concret conformément à cette raison d'être : elle se fixera alors des objectifs sociaux ou environnementaux qui constitueront sa *mission*, précisée dans ses statuts et qui lui donneront le droit de recevoir la mention «société à mission» au Registre du commerce et des sociétés s'il s'agit d'une société commerciale [7], et en tout cas sur tout acte, document ou support électronique (comme son site internet).

La bonne réalisation des objectifs sociaux et environnementaux constitutifs de la mission fait l'objet d'un contrôle à trois niveaux : interne, externe et judiciaire. En interne d'abord, un organe distinct des organes ordinaires de direction et de gestion de la société et que l'on appelle «comité de mission» se charge du suivi et rend un rapport annuel joint au rapport de gestion à

l'assemblée générale ordinaire ou à l'associé unique. En externe ensuite, le contrôle de la mission revient à un organisme tiers indépendant qui sera désigné par un décret ultérieur pris en Conseil d'Etat. Enfin, le juge compétent (tribunal de commerce pour les sociétés commerciales ; tribunal de grande instance pour les mutuelles et les coopératives civiles), saisi par toute personne intéressée ou par le ministère public, pourra, si nécessaire, enjoindre sous astreinte le représentant légal de la société de faire retirer la mention «société à mission» au Registre du commerce et des sociétés, le cas échéant, et à tout le moins de supprimer cette mention de tous les supports sur lesquels elle est apposée.

3. Aux frontières de la société à mission. Problématique et annonce du plan. Une société à mission c'est, en définitive, une société qui poursuit *en même temps* les activités économiques prévues dans son objet social (en respect du principe de spécialité statutaire), dans un but lucratif (illimité sauf dans les coopératives, mutuelles et sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire), et les objectifs sociaux et environnementaux stipulés dans sa mission statutaire (en respect des principes et valeurs énoncés dans sa raison d'être statutaire) [8]. On peut donc affirmer qu'il s'agit d'une hybridation [9] entre société classique ou «capitaliste» et entreprise de l'économie sociale et solidaire (ou «ESS») telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, relative à l'ESS (N° Lexbase : L855813D).

Si cette idée d'hybridation n'est pas nouvelle, la société à mission en est-elle la concrétisation la plus aboutie, tant en droit comparé (I) qu'en droit interne ? Présente-t-elle un intérêt pour l'ESS (II) ?

I - L'apport du droit comparé des sociétés hybrides

D'où vient cette idée d'hybridation ? Quelles autres concrétisations législatives a-t-elle connue en Occident ? (A) A la lumière du droit comparé, aurait-on pu améliorer le régime de la société française à mission ? (B)

A - Les sociétés hybrides dans les autres systèmes juridiques occidentaux

4. La *Community Interest Company*, première véritable hybridation à partir de la société capitaliste. En 2004, sous le gouvernement travailliste de Tony Blair, s'ouvre une «troisième voie» entre le capitalisme pur de Milton Friedman [10] et l'associationnisme acapitaliste, pour la résolution d'un problème sociétal à l'échelle d'une communauté : la *Community Interest Company* (CIC). La CIC connaît un vif succès : en mai 2016, on comptait plus de 12 000 sociétés immatriculées sous ce statut [11] et en mars 2017, un millier de plus [12].

5. Pollinisation de la CIC outre-Atlantique. Cette hybridation juridique sous un statut de société commerciale *ad hoc* a très vite pollinisé outre-Atlantique : ainsi dès le 1^{er} mai 2008 a-t-on vu fleurir dans l'Etat fédéré américain du Vermont la *Low-profit Limited Liability Company* (L3C), la CIC canadienne en Nouvelle Ecosse dès 2012, suivie de la *Community Contribution Company* (C3) en Colombie britannique, en vigueur depuis juillet 2013.

6. La *Benefit Corporation*. Aux Etats-Unis, la *Benefit Corporation* (à ne pas confondre avec le certificat de RSE *B corporation* [13]) est une modalité particulière de gouvernance qui viendrait coiffer le régime juridique inhérent à la forme de société choisie [14]. Elle a été créée afin de protéger les dirigeants d'une action en responsabilité d'un ou plusieurs associés, au nom de la société (*ut universi*) pour manquement aux obligations fiduciaires pour avoir fait primer le projet sociétal (voire l'intérêt général) sur la maximisation des profits.

Le statut de *Benefit Corporation* [15], inventé dans le Maryland en 2010 [16], requiert l'approbation des deux tiers des associés (seuil difficile à atteindre dans les sociétés cotées) d'une *C corporation* (i.e. une société soumise aux impôts commerciaux) à une ou plusieurs missions sociétales particulières, définies en considération de l'ensemble des parties prenantes : associés, salariés, clients, fournisseurs, créanciers, communauté de riverains, collectivités territoriales, filiales, etc. [17]. Dans une *Benefit Corporation*, la gestion de la société se fait entre autres avec un outil d'évaluation d'impact sociétal élaboré par une tierce organisation [18], et chaque année, un rapport public rend compte de la performance sociétale de l'entreprise et tout actionnaire détenant au moins 5 % du capital peut mettre la société en demeure de se conformer à sa mission sociétale sous peine d'astreintes. En écho à de récents travaux en sciences de gestion [19], Ofer Eldar se montre très critique quant à l'évaluation d'impact sociétal à cause de la multitude d'indicateurs existants et du flou autour de la notion même d'impact

sociétal. Il est, selon lui, trop compliqué de rendre compte aux investisseurs, aux consommateurs et aux autorités publiques de la plus-value sociétale des structures hybrides [20].

La *Benefit Corporation* existe à ce jour dans 23 Etats fédérés [21] (dans le Delaware, elle porte le nom de *Public Benefit Corporation*) [22].

7. La *Benefit Limited Liability Company*. Dans le Maryland, l'Oregon, la Pennsylvanie, le Connecticut et l'Utah, il existe une forme particulière de *Benefit Corporation* : la *Benefit Limited Liability Company* [23]. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une *Limited Liability Company* ayant pour objet la poursuite de l'intérêt général, défini comme un impact positif matériel sur la société et sur l'environnement, pris comme un tout, sans limitation du lucre.

8. La *Società Benefit* en Italie. Elle a été adaptée en droit italien par la loi n° 208 du 28 décembre 2015 de finance annuelle et pluriannuelle de l'Etat, dite «loi de stabilité», instaurant la *Società Benefit* par ses articles 376 à 384. La principale différence avec la *Benefit Corporation* réside dans le fait que les dirigeants de la *Società Benefit* peuvent engager leur responsabilité civile personnelle à l'égard de la société et des tiers s'ils prennent des décisions contraires à l'intérêt collectif des parties prenantes [24].

9. *Benefit Corporation*, *Società Benefit* et aides d'Etat. La *Benefit Corporation* comme la *Società Benefit* donnent accès à des subventions de la part des collectivités territoriales. En revanche, elles n'ouvrent pas droit à des avantages fiscaux. Elles sont compatibles avec une offre publique de titres financiers.

10. La *Social Purpose Corporation*. Créée en 2012 [25] en Californie, la *Social Purpose Corporation* [26] (ex *Flexible Purpose Corporation* [27]) permet d'inscrire une mission sociétale dans les statuts et de la décliner en un certain nombre d'objectifs opérationnels, mais la stratégie d'ensemble de l'entreprise peut tout à fait occulter cette mission sociétale sans que la responsabilité des dirigeants soit engagée. C'est toutefois un statut juridique à part entière, et non une simple modalité singulière de gouvernance. Celui-ci a été dupliqué dans les législations de Floride, de Washington et du Texas seulement.

B - Les axes d'amélioration du régime de société à mission au regard des autres sociétés hybrides occidentales

11. Les modalités de la révision statutaire induite par l'adoption du statut «à mission». On peut s'interroger sur les modalités de la révision statutaire portant adoption d'une mission par une société. La majorité requise pour procéder à cette révision n'est pas aussi claire que dans la *Benefit Corporation*. Faut-il y voir une aggravation des charges des associés qui requerrait alors, en application de l'article 1836, alinéa 2 du Code civil (N° Lexbase : L2007ABX), une décision à l'unanimité des associés présents à l'assemblée générale extraordinaire ? Oui, si l'on fait prévaloir la conception contractuelle de la société en considérant que, par cette révision statutaire, les associés se rajoutent un engagement. Non, si, comme nous le pensons et conformément à la conception institutionnelle de société, on se focalise sur le fait que c'est la société et non les associés qui, par le biais de son représentant légal, aura à répondre de la poursuite de la mission sociétale devant le comité interne de mission, devant l'organisme tiers indépendant désigné par décret en Conseil d'Etat, et devant les juges [28]. Selon nous, la majorité requise pour la révision des statuts suffit pour adopter le statut de «société à mission». De même pour la sortie volontaire de ce statut [29].

12. Enjeux de l'adoption du statut de «société à mission». D'aucuns ont pu s'inquiéter de la responsabilité (civile) de la société et de ses dirigeants à l'égard des tiers du fait du manquement à sa mission sociétale [30] car contrairement à la loi italienne relative à la *Società Benefit* ou au statut de la *Social Purpose Corporation* californienne, la loi «PACTE» est muette sur ce point.

S'agissant de la responsabilité de la société à l'égard des tiers, même dans l'hypothèse où les tiers pourraient se prévaloir de la clause statutaire de mission pour demander l'annulation d'un acte contraire ou mettre en jeu la responsabilité de la société [31], l'on sait pouvoir compter sur les juristes soit pour rédiger les objectifs sociaux et environnementaux de cette mission statutaire en des termes suffisamment vagues pour ne pas créer d'obligation à l'égard des tiers, soit pour préciser que ces limitations statutaires de pouvoirs des dirigeants ne sont pas invocables par les tiers. Par ailleurs, en l'état actuel du droit, les tiers ne

peuvent se prévaloir du cahier des charges et des recommandations établis par le comité interne de mission pour caractériser la faute de la société [32].

Quant à la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, celle-ci ne pourra être mise en jeu qu'en cas de faute séparable des fonctions de dirigeants (intentionnelle, d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales [33]), du moins devant le juge civil [34]. La société et ses dirigeants sont donc bien mieux protégés contre les recours des tiers dans la société à mission que dans la *Società Benefit* italienne.

En revanche, la perte de la mention «société à mission» présente bien un enjeu, de deux ordres : économique pour la société, qui met en jeu sa réputation, et juridique pour ses dirigeants. Si leurs décisions contraires à la mission sociétale sont également déclarées contraires à l'intérêt social, elles seront qualifiées de fautes de gestion [35]. Et même s'il est conforme à l'intérêt social, l'acte contraire à la mission statutaire encourt la nullité parce qu'il dépasse le cadre du mandat du dirigeant, ce qui constitue par ailleurs un juste motif de révocation de ce dernier (C. civ., art. 1850 [N° Lexbase : L2047ABG](#) ; C.com., art. L. 223-22 [N° Lexbase : L5847AIE](#) et L. 225-251 [N° Lexbase : L6122AIL](#)) [36]... Le législateur aurait pu éviter cette incongruité, comme il l'a fait pour les actes contraires au dernier alinéa du nouvel article 1833 du Code civil par le biais de la révision opérée par la loi «PACTE» [37] de l'article 1844-10 du Code civil, dont le dernier alinéa dispose désormais :

«La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général».

Les dirigeants engagent alors leur responsabilité vis-à-vis de la société [38] et pourraient à ce titre être condamnés à lui verser l'équivalent de l'éventuelle perte de chiffre d'affaires [39], perte d'investissements ou perte de productivité en résultant si tant est qu'un lien de causalité entre la perte de mention «société à mission» et le préjudice invoqué puisse être établi. Pour nous donner une idée de ce qu'une telle indemnisation peut représenter, on peut se référer à l'étude réalisée en 2015 par France Stratégie auprès de 8 500 entreprises françaises selon laquelle les entreprises socialement responsables seraient de 13 % plus performantes économiquement que les autres (que l'on mesure le profit, l'excédent brut d'exploitation ou la valeur ajoutée) [40].

Notons au demeurant qu'au vu des résultats de cette étude, il n'y a pas lieu de nier la finalité sociétale (poursuivie par les sociétés «à raison d'être» et «à mission») au nom de la finalité lucrative qui s'impose à toutes sociétés, eu égard aux dispositions de l'article 1832 du Code civil ([N° Lexbase : L2001ABQ](#)). L'une et l'autre ne se contredisent pas systématiquement [41]. L'une comme l'autre peut servir l'intérêt social et l'intérêt de l'entreprise [42].

II - L'utilité de ce nouveau statut en droit français

Notre droit des sociétés avait-il besoin de la société à mission ? Pourquoi avoir exclu de ce statut les sociétés civiles (en dehors des mutuelles) (A) ? Pourquoi l'avoir ouvert aux sociétés de l'ESS, c'est-à-dire aux coopératives et aux mutuelles ? Quelle est l'utilité d'un tel statut pour elles ? Est-ce à dire que la mention «à mission» est sans intérêt pour les entreprises non lucratives (associations, fondations, fonds de dotation) ? Est-il redondant avec l'agrément «entreprise solidaire d'utilité sociale» (B) ?

A - L'utilité du statut «société à mission» pour les sociétés capitalistes

13. L'exclusion injustifiée des sociétés civiles. Les dispositions légales régissant la société à mission ne sont applicables qu'aux sociétés commerciales et aux mutuelles. Rien ne nous paraît justifier l'exclusion des sociétés civiles, même si l'on croit comprendre que le législateur avait d'abord dans l'idée de permettre aux entreprises les plus grandes de s'engager de façon pérenne dans une voie vertueuse, et en particulier les sociétés cotées. La seule explication que nous voyons à cette restriction de champ matériel serait une crainte du législateur de se voir de nouveau reprocher une révision du Code civil.

14. L'inutilité du statut «société à mission» pour les SAS. Il nous est permis de douter de l'utilité du statut à mission en

ce qui concerne la société par actions simplifiée (SAS). En effet, la plasticité de cette forme juridique permettait déjà de doter d'une mission sociétale et de créer éventuellement un comité de mission. La pratique l'a démontré. A titre d'exemple, on citera PlaNet Finance Social Business, *holding* à forme de SAS (filiale de l'association PlaNet Finance cofinçant des projets de microfinance) et dont l'objet est la gestion de titres d'entreprises sociales intervenant directement ou indirectement dans le secteur de la microfinance [43]. On pourrait également citer les SAS qui ont mis en pratique le projet doctrinal de «société à objet social étendu» (Nutriset, fabricant de produits alimentaires permettant de combattre la malnutrition, et la Camif, entreprise de vente à distance dans le domaine de l'équipement d'intérieur) [44], ayant inspiré le rapport Notat-Sénard.

15. Les sociétés sportives, des sociétés à mission *per se*. Par ailleurs, les sociétés sportives, en tant qu'elles promeuvent la pratique d'activités sportives, poursuivent naturellement des objectifs d'intérêt général au vu de l'article L. 100-1 du Code du Sport (N° Lexbase : L7912LCZ) [45] et donc une mission sociétale, qu'il n'est nul besoin de contrôler au moyen d'un comité de mission.

16. Un statut qui permet d'éviter les transformations en SAS et l'adoption du statut «société commerciale de l'ESS». Cela étant, ce nouveau statut permet aux autres sociétés commerciales (société anonyme, société à responsabilité limitée, société en nom collectif, société en commandite simple, société en commandite par actions) de se doter d'une mission sociétale et d'un comité de mission sans avoir à se transformer en SAS (opération fastidieuse, qui plus est). En outre, c'est une démarche moins lourde que l'entrée dans le champ de l'économie sociale et solidaire [46].

17. Le rééquilibrage du partage de la valeur entre capital et travail : une mission sociétale ? Enfin, rappelons que certaines formes juridiques permettent de rééquilibrer le partage de la valeur entre capital et travail, sans remettre en cause la lucrativité illimitée et donc sans faire partie de l'économie sociale et solidaire. Nous pensons au groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) [47] et à la société anonyme à participation ouvrière (SAPO) [48]. Pour nous, la revalorisation du travail pourrait être un objectif sociétal prévu dans une mission statutaire de société. Par conséquent, les GAEC et les SAPO devraient, selon nous, bénéficier automatiquement du statut «à mission», ce qui nous amène à l'étendre à une forme juridique autres que les sociétés (en l'occurrence, un groupement civil).

18. L'inopportunité de quelque avantage fiscal ou subvention au titre de la mission. Si, d'un point de vue technique, le statut «mission» nous paraît redondant avec les caractéristiques de certaines sociétés et groupements, nous reconnaissons qu'un tel «label» reste bénéfique en termes de stratégie de communication et de marketing. C'est la seule incitation financière à la vertu que nous recommandons. Pour nous, contrairement à ce qui est prévu pour la *Benefit Corporation* et la *Società Benefit*, les sociétés et groupements à mission ne devraient bénéficier d'aucune aide d'Etat, que ce soit sous forme d'avantage fiscal [49] ou de subvention publique. Néanmoins, leurs associés personnes physiques pourraient éventuellement bénéficier d'avantages fiscaux pour être incités à conserver leurs parts sociales à long terme : on pourrait imaginer leur accorder un abattement fiscal en cas de détention de ces titres pendant plus de sept ans pour l'aligner sur les titres associatifs [50] et étendre la réduction fiscale «IR-PME» [51] à ces entreprises à mission, c'est-à-dire permettre aux souscripteurs personnes physiques de bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à hauteur de 18 % des sommes versées pour acquérir un titre, dans la limite de 50 000 euros pour une personne seule et de 100 000 euros pour des époux. C'est la seule aide d'Etat que nous leur accorderions car il importe, selon nous et selon bien d'autres auteurs spécialistes de l'ESS en sciences sociales [52], de maintenir une distinction claire entre le statut «à mission» et les entreprises de l'ESS.

B - L'utilité du statut « société à mission » pour les entreprises de l'ESS

19. La justification des aides d'Etat accordés aux entreprises de l'ESS. L'exonération d'impôts commerciaux -taxe sur la valeur ajoutée (TVA), impôt sur les sociétés (IS) et contribution économique territoriale (CET)- est accordée aux organismes sans but lucratif (OSBL), définis en droit fiscal comme des organismes à gestion désintéressée (notion plus stricte que la simple non-distribution des bénéfices) et qui répondent à un besoin sociétal non satisfait ou peu satisfait par le marché [53]. Pour faire des libéralités la principale source de financement des OSBL, le législateur accorde des avantages fiscaux aussi bien aux donateurs (réduction d'impôt sur le revenu ou «IR», d'impôt sur la fortune immobilière ou «IFI», d'impôt sur les sociétés ou «IS»), pour développer le volume des dons, qu'aux OSBL (exonération de droits de mutation à titre gratuit), pour qu'elles profitent au maximum des libéralités qui leur sont faites, à la condition toutefois qu'elles poursuivent un but d'intérêt général ou qu'elles jouissent d'une reconnaissance d'utilité publique.

La CJUE a également reconnu la légitimité des aides d'Etat accordées à certaines coopératives, qui ne se contentaient pas de limiter le lucre ou d'appliquer la règle «une personne, une voix», mais dont la marge bénéficiaire était nettement inférieure à celle des sociétés de capitaux, lesquelles peuvent mieux s'adapter aux exigences du marché, entre autres caractéristiques [54]. Les aides d'Etat viennent donc compenser la non-lucrativité ou la lucrativité limitée.

Certains [55] objecteront que l'agrément «entreprises solidaires d'utilité sociale» (ESUS) donne aussi droit à des aides d'Etat fiscales ou sociales (comme le recrutement de jeunes en service civique) et à des financements spécifiques, notamment grâce à un fléchage de l'épargne salariale solidaire [56], alors qu'il ne pose aucune condition de forme juridique ou de statut et qu'il peut être attribué à des sociétés à lucrativité illimitée. C'est inexact : l'agrément requiert non seulement une limitation du lucre [57], mais aussi un plafonnement des rémunérations [58].

20. L'évidente marge de progression de l'ESS en matière de RSE. En principe, les entreprises de l'ESS devraient aussi afficher une «qualité supérieure» à celle des sociétés à mission en matière de RSE puisqu'elles font de l'amélioration des conditions sociales et de la préservation de l'environnement le cœur même de leur activité économique [59]. Pourquoi alors le législateur a-t-il précisé que les sociétés de l'ESS (coopératives, mutuelles mais aussi, parce qu'elles sont commerciales, les sociétés visées au 2° du paragraphe 2 de l'article 1er et de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'ESS) pouvaient avoir le statut de société à mission ? C'est que les entreprises de l'ESS ont elles aussi une marge de progression en matière de RSE. On pense notamment aux rapports entre coopératives laitières et petits producteurs et aux conditions de travail dans le secteur associatif. Non seulement nous comprenons que le législateur ait voulu encourager les sociétés de l'ESS à davantage de vertu, mais en plus nous serions d'avis de stimuler aussi les OSBL. C'est la méthode que nous critiquons.

21. Une amélioration de la RSE par un renforcement du contrôle de l'utilité sociale et de l'impact social. Nous sommes davantage favorable à un durcissement des conditions d'entrée dans le champ de l'ESS pour toute entreprise quelle que soit sa forme juridique [60], avec notamment une concertation à 360° des parties prenantes, à la fois pour définir l'objet de l'entreprise de l'ESS (afin de répondre à un besoin social réel, et non agir sur de simples considérations unilatérales humaines ou environnementales, comme c'est le cas le plus souvent des activités de RSE et de société à mission) et pour évaluer son impact sociétal (lequel déterminerait à la fois l'accès aux aides d'Etat et le droit de verser des dividendes aux associés, comme pour la société d'impact sociétal luxembourgeoise) [61]. Pour s'assurer du sérieux méthodologique de cette évaluation, nous avons suggéré de la placer sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante nationale de régulation.

Conclusion

Pour conclure, cette réforme est intéressante, même si trois grandes améliorations sont souhaitables.

Il faudrait tout d'abord ouvrir le statut «à mission» à toutes les entreprises, quelles que soient leur forme juridique, y compris les entreprises individuelles, leur nature civile ou commerciale, et leur finalité lucrative ou non lucrative, et pas seulement aux sociétés commerciales, aux mutuelles et aux coopératives.

Il importe ensuite de préciser le régime de responsabilité de la personne morale et de ses dirigeants ou de l'entrepreneur individuel à l'égard des tiers en cas de manquement à la mission sociétale.

Il conviendrait enfin de prévoir un abattement fiscal sur les dividendes au profit des porteurs de titres financiers (actions, obligations) émis par les *entreprises* à mission dès que ces titres sont détenus pendant plus de sept ans.

Quoique perfectible, nous voyons dans la société à mission une source d'espérance, et une opportunité de faire du comité de mission l'organe démocratique ou le forum de dialogue social que Grégory Martin, Secrétaire général de la CFDT Occitanie, appelait tout à l'heure de ses vœux.

[1] A rapprocher de l'article 6 de la Charte de l'environnement de 2004 :

«Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social».

[2] Cf. [compte-rendu](#) intégral de la séance publique du 11 avril 2019 à l'Assemblée nationale.

[3] Loi «PACTE», dans sa version définitive du 11 avril 2019.

[4] «Nous avons abordé un certain nombre de points dans un souci de lisibilité et de simplification des dispositifs. Il s'agit

notamment de l'intéressement et la participation ainsi que de la question des sociétés à mission : nous sommes favorables à leur instauration, mais nous avons pensé qu'il fallait faire preuve de simplicité et laisser aux acteurs le soin de s'organiser eux-mêmes» : Michel Canevet, rapporteur du Sénat (cf. [rapport](#) de la commission mixte paritaire déposé le 20 février 2019 à l'Assemblée nationale et au Sénat).

«Les sociétés à mission prévues à l'article 61 septies sont un concept intéressant, mais il eût fallu que les entreprises puissent librement s'organiser. Au lieu de quoi l'Assemblée nationale a fixé un cadre à notre sens trop contraignant» : Michel Canevet (cf. [compte-rendu](#) intégral des débats en séance publique du 9 avril 2019 au Sénat).

[5] A. Lecourt, *Intérêt social et raison d'être des sociétés : quels contours, quels impacts ?*, Lexbase, éd. aff., 2019, n° 579 ([N° Lexbase : N9309BX3](#)).

[6] I. Desbarats, *La RSE après la loi «PACTE» : quels changements de logique ?*, Lexbase, éd. aff., 2019, n° 579 ([N° Lexbase : N9284BX7](#)).

[7] A l'article L. 322-26-1 du Code des assurances ([N° Lexbase : L8945LDN](#)), les mutuelles d'assurance sont clairement qualifiées de «sociétés d'assurance mutuelles» à objet non commercial. Pour le juge, cette disposition emporte qualification de société civile et exclut les mutuelles du champ de compétence des tribunaux de commerce, même lorsqu'elles accomplissent à titre habituel des actes de commerce par nature eu égard à l'ancien article 633, alinéa 6 du Code de commerce de 1807 (assurances concernant le commerce de la mer) devenu l'article L. 110-2, 5° du Code de commerce ([N° Lexbase : L5546AIA](#)) : cf. Cass. civ. 1, 22 octobre 1996, n° 93-17.255, publié ([N° Lexbase : A9381AB3](#)), Bull. civ. I, n° 360.

S'agissant des coopératives, le paragraphe IV de l'article 176 de la loi «PACTE» prévoit que toutes les coopératives régies par la loi du 10 septembre 1947 (socle commun à toutes les coopératives) sont soumises aux dispositions des nouveaux articles L. 210-10 et suivants du Code de commerce, ce qui va de soi puisque toutes les coopératives sont commerciales à l'exception des coopératives agricoles (C. rur., art. L. 521-1, al. 2 [N° Lexbase : L4237AEN](#)) et de certaines coopératives maritimes d'aquaculture marine c'est-à-dire d'élevage de poissons, crustacés et mollusques en eau de mer, qui peuvent être des sociétés civiles (C. rur., art. L. 931-12, al. 3 [N° Lexbase : L3171IKN](#)).

[8] Les sociétés classiques dont les actions de RSE sont simplement certifiées (via la «B Corporation» ou «B Corp» d'origine américaine ou selon les normes ISO 14001 et 26000) ne constituent donc pas, au sens de cette étude, des sociétés hybrides.

[9] «Mixed-mission, blended value, triple bottom line, and creative capitalism [...] organizations that combine profit and altruistic or social mission, [...] hybrid organization is a commercial enterprise that channels a subsidy to a class of beneficiaries» : O. Eldar, *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy, Research Paper No. 485, 2014, p. 3.

Nos obs., *L'inclusion des structures hybrides dans la définition légale des entreprises de l'économie sociale et solidaire : fatalité, risques et opportunités*, in Ph. Abecassis, N. Coutinet (dir.), *Economie sociale : crises et renouvelaux*. Actes des XXXV^{ème} journées de l'Association d'économie sociale (AES), Presses universitaires de Louvain, Cahiers du CIRTES, Hors-série n° 5, Louvain-la-Neuve, 2015, p. 451-465.

[10] M. Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, The New York Times Magazine, 13 septembre 1970.

[11] CIC Association, [What is a CIC ?](#).

[12] Co-operatives UK, [Simply legal – legal forms and organisational types for co-operatives and community-owned enterprises](#), septembre 2017.

[13] Cf. *supra*, note n° 5.

[14] K. Levillain, [Dermot Hikisch : B Corporations and Benefit corporations. A New Type of Companies for a New Economy](#), «L'entreprise : propriété, création collective, monde commun», Collège des Bernardins, Département Economie, Homme, Société, séance du 6 septembre 2012, p. 6.

[15] *Ibid.*, p. 6-7.

Assembly Bill No. 361/2011.

[16] D. Brakman Reiser, S. Dean, [Financing the Benefit Corporation](#), Seattle University Law Review, Vol. 40, p. 793, 2017 ; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 487 ; R. Esposito, [The Social Enterprise Revolution in Corporate Law : A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation](#), 2013, 4-2, William & Mary Business Law Review, p. 645.

[17] Avec les concurrents, ceux-ci forment le «microenvironnement» des organisations en management.

La théorie des parties prenantes a commencé à se construire en 1984 grâce au philosophe R. Edward Freeman (*Strategic Management. A Stakeholder Approach*). Pour comprendre la notion de *stakeholder* (traduit en français par «partie prenante»), il

faut d'abord savoir qu'il s'agit d'un jeu de mots : le *stakeholder* (littéralement, «celui qui détient un enjeu») s'oppose au *shareholder* (littéralement «celui qui possède une action» ou «actionnaire» en français), encore appelé *stockholder*. Pour R. Edward Freeman, le *stakeholder* se définit comme un individu ou un groupe d'individus pouvant affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs d'une organisation (*i.e.* une entreprise, un organisme privé sans but lucratif ou une organisation publique non lucrative).

L'identification et la typologie des parties prenantes ne sont pas aisées, mais l'on range le plus souvent sous cette qualification les salariés et leurs syndicats, les clients, les fournisseurs (dont la banque et l'assurance de l'organisation), l'Etat et les collectivités territoriales dans lesquelles se situe l'organisation, la communauté de riverains de l'organisation, les représentants de la société civile (associations civiques, organisations non gouvernementales). Le débat reste ouvert sur la question de savoir si les concurrents, les médias et les générations futures sont aussi des parties prenantes.

Selon la théorie des parties prenantes, l'organisation est dépendante des parties prenantes, et réciproquement. Par conséquent, il importe de tenir compte (par la communication et la négociation selon Frédéric Parrat) des intérêts des parties prenantes dans la stratégie à moyen ou long terme. M. Bonnafous-Boucher et J. Dahl Rendtorff, *De «la partie prenante» à la théorie des parties prenantes*, in *La théorie des parties prenantes*, Paris, La Découverte, coll. Repères, p. 9-32, 2014.

[18] Les trois principales sont décrites par Ofer Eldar comme suit : «*The Global Reporting Initiative ("GRI") is a nonprofit that certifies companies' sustainability reports in accordance with certain standards. The Global Impact Rating System ("GIIRS") is a nonprofit that rates companies' social and environmental impact using a different set of standards, the Impact Reporting and Investment Standards ("IRIS"). The Social Return on Investment ("SROI") Network trains practitioners to measure and quantify in monetary terms the social and environmental impact of companies in accordance with the SROI principles. B-Lab is a nonprofit that certifies companies as "B-Corps" and rates them in accordance with certain criteria relating to governance, workers, community and the environment*» (O. Eldar, *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, préc., p. 56).

[19] G. Leseul, préc., p. 215-230.

[20] O. Eldar, *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, préc., p. 55-58.

[21] Benefit Corporation, [*How to become a Benefit corporation*](#), 2017, p. 3.

[22] *Ibid.*, p. 4.

[23] J. Tyler et R. A. Wexler, [*Update on hybrids and social enterprise organizations. 32nd annual representing and managing tax-exempt organizations*](#), 23 avril 2015.

[24] Art. 381.

[25] Corporate Flexibility Act of 2011, Senate Bill No. 201.

[26] Levillain, K., préc., p. 7-8.

[27] Senate Bill No. 1301/2011.

S. R. Chiodini, [*Goodbye Flexible Purpose Corporation, Hello Social Purpose Corporation*](#).

[28] Ces divers degrés de contrôle nous paraissent plus fiables que le simple «*impact reporting*» prévu dans la *Benefit Corporation* et limitent le risque de «*green*» ou «*fairwashing*» avancé par certains. V. not. E. Masset, *Vers la société à mission ?*, *Rev. sociétés*, 2018, p. 635, n° 32-36.

[29] Dans les SAS, les associés peuvent rendre plus difficile l'abandon du statut de société à mission en requérant l'unanimité, comme le rappelle Renaud Mortier : cf. R. Mortier, *La société à mission en France et dans le monde*, *JSS*, n° 172, avril 2019, p. 19.

[30] P.-L. Périn, *Intérêt social élargi : un nouveau Pacte pour l'entreprise*, *RJSP*, n° 16, janvier 2019, act. 2, p.12-16, note n° 14. L'auteur souligne qu'une telle responsabilité n'est pas dans l'intention du législateur.

[31] Sur l'invocabilité des statuts d'une société par les tiers en matière de limitation de pouvoir des dirigeants, v. not. Cass. soc., 15 février 2012, n° 10-27.685, F-D (N° [Lexbase : A87031CC](#)), *Rev. Sociétés*, 2012, p. 369, obs. S. Prévost ; *RTDCom.*, 2012, p. 345, obs. A. Constantin ; *Dr. sociétés*, 2012, n° 96, note R. Mortier ; *Gaz. Pal.*, 10-11 août 2012, p. 25, note B. Dondero ; Cass. com., 14 février 2018, n° 16-21.077, F-D (N° [Lexbase : A7532XDC](#)), *Bull. Joly Sociétés*, 2018, p. 269, note A. Couret ; *Dr. Sociétés*, 2018, n° 98, obs. R. Mortier ; *Gaz. Pal.*, 26 juin 2018, p. 75, note D. Gallois-Cochet ; *Rev. sociétés*, note B. Lecourt ; Cass. civ. 3, 14 juin 2018, n° 16-28.672, F-P+B (N° [Lexbase : A3228XRY](#)), *Bull. Joly Sociétés*, 2018, p. 483, note A. Couret ; *Gaz. Pal.*, 25 septembre 2018, p. 77, note M. Roussille ; *Gaz. Pal.*, 30 octobre 2018, p. 47, obs. Ch. Lebel ; *RJDA*, 2018, n° 834 ; *Dr. Sociétés*, 2018, n° 160, obs. R. Mortier.

V. aussi A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, *D.*, 2018, p. 1765, n° 31 ; I. Desbarats, *De l'entrée de la RSE dans le Code civil : une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE)*, *Dr. soc.*, 2019, p. 47.

[32] Le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 par le Garde des sceaux, prévoyait d'introduire

sous l'article 1242-1 du Code civil les dispositions suivantes : «*La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement*».

[33] Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, FS-P+B+I (N° Lexbase : A1619B9T), D., 2003 p. 1502, obs. A. Lienhard, p. 2623, note B. Dondero et 2004, p. 266, obs. J.-C. Hallouin ; Rev. Sociétés, 2003, p. 479, note J.-F. Barbiéri ; RTDCiv., 2003, p. 509, obs. P. Jourdain ; RTDCom., 2003, p. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard, et p. 741, obs. C. Champaud et D. Danet ; Bull Joly Sociétés, 2003, p. 786, note H. Le Nabasque.

[34] V. dans un sens contraire, Cass. crim., 5 avril 2018, n° 16-87.669, FP-P+B (N° Lexbase : A4477XKZ), D., 2018, p. 1135, p. 1128, avis R. Salomon, p. 1137, note L. Saenko, et p. 2056, obs. E. Lamazerolles ; AJ pénal, 2018, p. 248, note C. Mangematin ; RTDCiv., 2018, p. 677, obs. P. Jourdain ; Cass. crim., 5 avril 2018, n° 16-83.984, FP-P+B (N° Lexbase : A4581XKU), Rev. Sociétés, 2018, p. 598, note J. Prorok ; Dr. soc., 2018, p. 857, étude R. Salomon ; RTDCiv., 2018, p. 677, obs. P. Jourdain ; JCP éd. G, 2018, p. 1116, note J.-H. Robert ; S. Detraz, Lexbase Pénal, 2018, n° 5 (N° Lexbase : N3905BXW) ; Dr. Sociétés, 2018, n° 5, comm. 83, note J. Heinrich ; Bull Joly Sociétés, 2018, n° 5, p. 265, note A. Couret.

[35] I. Desbarats, *De l'entrée de la RSE dans le Code civil : une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE)*, préc..

[36] A. Tadros, préc., n° 28 ; v. aussi I. Desbarats.

[37] Article 169 de la loi «PACTE».

[38] Action *ut universi* si elle est formée par le représentant légal de la société contre un dirigeant, *ut singuli* si elle est formée par un ou plusieurs associés au nom de la société contre un dirigeant.

[39] R. Mortier, D. de Vendeuil et B. Zabala, *Loi PACTE et sociétés : premières mesures*, JCP éd. E, 22 novembre 2018, p. 1588, §5.

[40] France Stratégie, S. Benhamou, P. Crifo, M.-A. Diaye, *Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité : Evaluation et approche stratégique*, janvier 2016, p. 103.

[41] Sur les oppositions possibles, lire P.-H. Conac, *La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ?*, Rev. sociétés, 2018, p. 558, n° 19 et s..

[42] On entend par «intérêt social» l'intérêt de la société, personne morale (réduit dans certains Etats comme les Etats-Unis à l'intérêt des associés, ou élargi à tout ce qui peut garantir la pérennité de la société) et par «intérêt de l'entreprise» l'intérêt des associés et des salariés de l'entreprise ; *ibid.*, n° 1-14.

[43] Nos obs., *Les instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes*, préc., p. 82.

V. aussi N. Alix et al., *Loi Pacte : le projet de société à mission est une «fausse bonne idée*, *Le Monde*, 15 mars 2019.

[44] A. Hatchuel, K. Levillain, B. Ségrestin, S. Vernac, (dir.), *La «Société à objet social étendu*», Paris, Presse des Mines, coll. Economie et gestion, 2015.

[45] C. sport, art. L. 100-1 (N° Lexbase : L7912LCZ) : «*Les activités physiques et sportives constituent un élément important de l'éducation, de la culture, de l'intégration et de la vie sociale.*

Elles contribuent notamment à la lutte contre l'échec scolaire et à la réduction des inégalités sociales et culturelles, ainsi qu'à la santé.

La promotion et le développement des activités physiques et sportives pour tous, notamment pour les personnes handicapées, sont d'intérêt général.

L'égal accès des hommes et des femmes aux activités sportives, sous toutes leurs formes, est d'intérêt général».

[46] Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1^{er}, II, 2° (N° Lexbase : L855813D).

[47] Dans un GAEC, les dividendes se calculent d'abord à due proportion de leur contribution au travail en commun, tout comme la ristourne coopérative. En revanche, s'il reste un excédent, celui-ci peut soit être mis en réserve, soit être distribué entre associés à due proportion des parts sociales détenues, sauf stipulation contraire.

V. notre thèse, *Recherche sur le droit du financement des entreprises sociales et solidaires*, Thèse de doctorat, droit privé, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 2018, n° 206.

[48] La participation «ouvrière» consiste en l'attribution d'une partie des actions à une coopérative appelée «société coopérative de main-d'œuvre» (SCMO) formée, de droit et automatiquement, par l'ensemble des salariés ayant plus d'un an d'ancienneté, et cette SCMO a pour objet principal la répartition des dividendes y afférents parmi les salariés. Plus cette participation au capital sera importante, plus on s'éloignera du simple intéressement des salariés ; *ibid.*, n° 211.

[49] V. dans un sens contraire, R. Vabres, *Projet de loi Pacte et projet de loi de finances pour 2019 : faut-il une fiscalité adaptée*

aux sociétés poursuivant des objectifs sociaux et environnementaux ?», Dr. Sociétés, n° 1, janvier 2019.

[50] Nos obs., *Recherche sur le droit du financement des entreprises sociales et solidaires*, préc., n° 407.

[51] Dispositif introduit par l'article 16-II de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat ([N° Lexbase : L2417HY8](#)), dite «loi TEPA».

[52] «*La création d'une quatrième voie aux côtés des sociétés privées de capitaux, des entreprises publiques et des entreprises de l'économie sociale et solidaire, mais qui n'aurait ni les mêmes obligations statutaires et surtout légales au sens de la loi du 31 juillet 2014, dite "loi Hamon", engendra une confusion des genres, entre les acteurs du secteur lucratif "à mission" et ceux du secteur non lucratif, sans contrôle des pouvoirs publics*» : N. Alix, et al., préc. note 43.

V. aussi E. Masset, préc., n° 28.

[53] BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-10, § 70 du 5 avril 2017 ([N° Lexbase : X5568ALS](#)).

[54] CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-78/08 à C-80/08 ([N° Lexbase : A5290HX9](#)).

[55] R. Vabres, préc..

[56] C. trav., art. L. 3332-17-1, modifié par l'article 105 paragraphe II de la loi «PACTE».

[57] Conformément à l'article R. 3332-21-1 du Code du travail ([N° Lexbase : L958718L](#)), soit les charges d'exploitation liées aux activités d'utilité sociale représentent au moins 66 % de l'ensemble des charges d'exploitation au cours des 3 derniers exercices clos, soit le rapport entre, d'une part, la somme des dividendes et de la rémunération des concours financiers non bancaires et, d'autre part, la somme des capitaux propres et des concours financiers non bancaires, est inférieur, au cours des 3 derniers exercices clos, au taux moyen de rendement des obligations des sociétés coopératives, majoré d'un taux de 5 %.

Une révision de cet article par décret est attendue : elle devrait supprimer la seconde hypothèse pour se conformer à la révision de l'article L. 3332-17-1 du même code, procédant de l'adoption de la loi «PACTE».

[58] La moyenne des sommes versées, y compris les primes, aux 5 salariés ou dirigeants les mieux rémunérés ne doit pas excéder un plafond annuel fixé à 127 782 euros, correspondant à 7 fois le Smic et les sommes versées, y compris les primes, au salarié ou dirigeant le mieux rémunéré, ne doivent pas excéder un plafond annuel fixé à 182 546 euros correspondant à 10 fois le Smic.

[59] Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 2.

[60] Nos obs., *L'inclusion des structures hybrides dans la définition légale des entreprises de l'économie sociale et solidaire : fatalité, risques et opportunités*, préc.

[61] Notre thèse, *Recherche sur le droit du financement des entreprises sociales et solidaires*, préc., n° 202, 283 et s..

[Actes de colloques] La réforme des actions préférence par la loi «PACTE»

N° Lexbase : N9319BXG



par Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille, Membre du Centre de droit économique (EA 4224) et de l'Institut de droit des affaires (IDA), Directeur du Master professionnel Ingénierie des sociétés

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Les actions de préférence sont des actions extraordinaires, par opposition à ordinaires : elles permettent d'offrir à des actionnaires (et non des associés, les parts sociales de préférence n'existant pas), des droits avantageux : droits politiques plus forts (droit de vote double ou plural), des droits financiers plus forts (dividende précipitaire, etc.), et bien d'autres droits encore [\[1\]](#).

La dernière grande réforme date de l'ordonnance de juin 2004 (ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 [N° Lexbase : L5052DZ7](#)) qui a créé une seule catégorie d'actions de préférence alors qu'auparavant il y avait diverses catégories [\[2\]](#). On peut encore relever l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 ([N° Lexbase : L13214P](#)) permettant notamment les actions rachetables [\[3\]](#). Depuis 2004 et surtout 2014, le régime des actions de préférence se cherche et les propositions de modifications fourmillent [\[4\]](#).

Sans conteste, la loi «PACTE» modernise et réforme le régime des actions de préférence. De réelles modifications sont prévues (I), souvent issues de propositions faites par la pratique et/ou la doctrine. Mais, il y a aussi des oublis, regrettables (II).

I - Les modifications prévues

Elles peuvent être classées en deux catégories : des modifications importantes (A) et des modifications moindres (B).

A - Les modifications importantes

Elles concernent essentiellement le très important droit de vote et la possibilité de créer des droits de vote pluraux. Elles sont au nombre de deux.

La question posée résulte de l'application de l'article L. 228-11 du Code de commerce ([N° Lexbase : L2412IBX](#)) qui, à l'occasion d'actions de préférence, réintroduit dans la SAS certains textes de la SA, en particulier l'article L. 225-122 ([N° Lexbase : L5993AIS](#)) relatif au droit de vote proportionnel à la quotité de capital détenu. Autrement dit, est-il possible d'émettre des actions de préférence à droits de vote pluraux au sein d'une SAS ? [\[5\]](#)

La doctrine est scindée en deux : il y a les auteurs qui considèrent que des droits de vote pluraux dans la SAS ne sont pas possibles [\[6\]](#) et il y a ceux qui estiment que les droits de vote pluraux ne sont possibles qu'au sein de la SAS précisément [\[7\]](#).

Ceux qui estiment que les droits de vote pluraux ne sont pas possibles dans les SAS considèrent tout de même -certains du moins- que ces droits de vote pluraux seraient possibles *via* des actions ordinaires au regard de la liberté contractuelle offerte par les SAS, ce qui revient finalement à estimer que des droits de vote pluraux sont possibles en SAS (mais sans passer par les actions de préférence) [\[8\]](#). Il est paradoxal nous semble-t-il de considérer comme ordinaires des actions offrant par exemple un droit de vote plural.

Ainsi, dans un récent rapport, l'idée a été avancée qu'une réforme des actions de préférence pourrait être opportune, notamment en ce qui concerne l'article L. 228-11 du Code de commerce [9]. Ce texte, on l'a dit, réintroduit, à l'occasion de la création d'actions de préférence au sein d'une SAS, certains textes de la SA, en particulier l'article L. 225-122 relatif au droit de vote proportionnel à la quotité de capital détenu, qui en principe ne sont pas applicables à la SAS, mais qui redeviennent applicables du fait des actions de préférence.

C'est la raison pour laquelle certains praticiens n'utilisent pas les actions de préférence dans les SAS en considérant que la liberté contractuelle, caractéristique de la SAS, permet d'émettre des actions ordinaires mais avec des droits particuliers (droits de vote pluraux, *Carried Interest*, etc.). Pour éviter toutefois un risque de nullité, cette même pratique respecte la procédure des avantages particuliers (avec intervention du commissaire), interdit que les associés qui vont bénéficier des préférences votent sur lesdites préférences, etc.. Autrement dit, cette pratique ne crée pas d'actions de préférence dans les SAS mais utilise et respecte leur régime juridique, ce qui est également très paradoxal.

Aussi et dans ces conditions, le rapport précité indique qu'afin «*de permettre aux SAS de disposer d'un recours aux actions de préférence sans subir l'application du principe de proportionnalité, la CCI Paris Ile-de-France propose de modifier la rédaction de l'article L. 228-11, soit en supprimant le renvoi aux articles L. 225-122 à L. 225-125 de façon générale, soit en précisant que ces dispositions ne sont pas applicables aux actions de préférence émises par une SAS*». Cette proposition de réforme a déjà été émise par le Professeur Renaud Mortier il y a quelques années [10].

Elle figure aujourd'hui à l'article 100 (ex. art 28) de la loi «PACTE» qui prévoit à ce titre, d'une part, d'abroger le 1° du I de l'article L. 227-2-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L3754I3G), d'autre part et surtout, à la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 228-1 de remplacer les mots : «*dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 (N° Lexbase : L5881AIN) et*» par les mots : «*et, pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, dans le respect des articles*».

Ainsi, l'article L. 227-2-1 du Code de commerce dispose désormais que : «*I. - Par dérogation aux articles L. 227-1 et L. 227-9, lorsqu'une société par actions simplifiée procède à une offre définie au I bis de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier :*

1° Les articles L. 225-122 à L. 225-125 sont applicables ;

2° Les articles L. 225-96 à L. 225-98 sont applicables ;

3° Le troisième alinéa de l'article L. 225-105 est applicable ;

4° La convocation des associés est faite dans les formes et délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés.

II. - Lorsque la société qui procède à l'offre a pour objet de détenir et de gérer des participations dans une autre société, les dispositions du I sont également applicables à la société dans laquelle elle détient des participations. »

Et, pour sa part, l'article L. 228-11 du Code de commerce dispose dorénavant que : «*Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles ~~L. 225-10 et, pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, dans le respect des articles et~~ L. 225-122 à L. 225-125.*

Le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé.

Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social.

Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée.

Par dérogation aux articles L. 225-132 et L. 228-91, les actions de préférence sans droit de vote à l'émission auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires des statuts».

Initialement, le projet de loi «PACTE» ne prévoyait pas exactement ces modifications. D'abord, la retouche de l'article L. 227-2-1 n'était pas prévue. Et celle de l'article L. 228-11 était prévue en des termes différents. Ainsi, pour ce dernier texte, il était prévu de remplacer les mots : «des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125» par les mots : «de l'article L. 225-10 et, s'agissant des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, des dispositions des articles L. 225-122 à L. 225-125» [\[11\]](#). Visiblement, il y avait un risque que l'objectif ne soit pas atteint. Le législateur a souhaité se concentrer sur la cible réelle que sont les articles L. 225-122 à L. 225-125 car ce sont eux qui posent en effet le principe de proportionnalité des droits de vote, d'ordre public.

Il était alors toutefois nécessaire de réformer également l'article L. 227-2-1. Ce texte est très ambigu car il semble indiquer que les SAS peuvent être cotées en bourse. Or, tel n'est pas le cas. Sa réécriture souhaitée par la loi «PACTE» n'est pas des plus claires car étant donné que ce texte vise des SAS particulières -celles qui procèdent à une offre définie au I bis de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier ([N° Lexbase : L376313R](#)), c'est-à-dire à des offres qui ne sont pas faites au public mais qui paraissent tout de même l'être-, on ne voit pas trop l'intérêt de venir supprimer audit texte la référence aux articles L. 225-122 à L. 225-125. Il faut en comprendre que toutes les SAS ne sont plus concernées par le principe de proportionnalité posé par ces textes, qu'il s'agisse de SAS «classiques» ou de SAS émettant des offres ressortant du I bis de l'article L. 411-2 précité.

Il en résulte, quoi qu'il en soit, deux réformes d'ampleur : d'une part, les SA et SCA non cotées et les SAS (toutes) peuvent émettre des actions à droit de vote plural -attention l'entrée en vigueur de la réforme concerne les actions de préférence émises à partir de l'entrée en vigueur de la loi «PACTE»- ; d'autre part, les SAS peuvent émettre des actions de préférence à droit de vote plural, autrement dit, les actions à droit de vote multiple entrent dans le giron, pour les SAS, des actions de préférence, ce qui n'était pas le cas avant. C'est certainement le point le plus important de la réforme des actions de préférence.

B - Les modifications moindres

Elles sont au nombre de quatre.

1°) La première concerne le DPS (le droit préférentiel de souscription)

Avant la loi «PACTE», le porteur d'actions de préférence dispose, en principe, d'un droit préférentiel de souscription lors de toute émission d'actions nouvelles, qu'elles soient ordinaires ou de préférence.

Ce droit préférentiel de souscription est d'ordre public. La seule exception est celle prévue au dernier alinéa de l'article L. 228-11 du Code de commerce ([N° Lexbase : L2412IBX](#)), qui vise les actions de préférence sans droit de vote à l'émission, auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation.

Dans un rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant les propositions relatives aux actions de préférence en date du 26 janvier 2018, le groupe de travail [\[12\]](#) a estimé que ces contraintes pourraient être desserrées tout en restant dans le cadre tracé par l'article 72 de la Directive 2017/1132 du 14 juin 2017 ([N° Lexbase : L0643LGW](#)). Ainsi, ledit groupe a proposé une première solution qui consisterait à prendre appui sur le b) de l'article 72.2 de la Directive pour écarter les porteurs d'actions de préférence de l'augmentation de capital en numéraire par émission d'actions ordinaires, sous réserve de sa souscription intégrale par les porteurs d'actions ordinaires sur la base de leur droit préférentiel de souscription.

Cette proposition a été entendue puisque la loi «PACTE» supprime au dernier alinéa de l'article L. 228-11, les mots «sans droit de vote à l'émission» : «Par dérogation aux articles L. 225-132 et L. 228-91, les actions de préférence ~~sans droit de vote à l'émission~~ auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires des statuts».

En conséquence de quoi, la suppression du DPS est étendue à toutes les actions de préférence comportant des droits

financiers limités, que ces actions soient assorties ou non de droits de vote. Donc, le champ de la privation de DPS est étendu aux actions votantes, alors que jusqu'à présent la suppression du DPS était limitée aux actions de préférence sans droit de vote. Cela concerne les augmentations de capital en numéraire, sous réserve néanmoins de stipulations contraires des statuts (la réforme maintient cette possibilité)

2') La deuxième concerne le rachat des actions de préférence

Avant la loi «PACTE», le rachat est seulement possible par la société. La loi «PACTE» prévoit de rédiger le 4° du III de l'article L. 228-12 ainsi : *«4° Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le rachat est à l'initiative exclusive de la société ou à l'initiative conjointe de la société et du détenteur de l'action de préférence. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts déterminent, préalablement à la souscription, si le rachat peut avoir lieu à l'initiative exclusive de la société, à l'initiative conjointe de la société et du détenteur ou à l'initiative exclusive du détenteur, suivant les conditions et délais qu'ils précisent.»*

Le rapport du HCJP proposait d'amender l'article L. 228-12, III, du Code de commerce ([N° Lexbase : L88913P](#)) en supprimant la condition énoncée à son 4° (*«Le rachat est à l'initiative exclusive de la société»*) [\[13\]](#). Le droit français serait ainsi aligné sur l'article 79 de la Directive 2017/1132 du 14 juin 2017, qui ne prévoit pas cette condition. En contrepartie, le rachat à l'initiative des porteurs serait encadré par des ratios financiers, et subordonné, le cas échéant, à une durée minimum de détention.

Cette proposition a été partiellement entendue puisque les porteurs pourront racheter leurs actions mais uniquement dans les sociétés non cotées. Les SAS sont concernées par la mesure.

3') La troisième concerne l'application de la procédure des avantages particuliers

Avant la loi «PACTE», l'article L. 228-15, alinéa 1er, du Code de commerce ([N° Lexbase : L25441BT](#)) dispose que *«la création de ces actions donne lieu à l'application des articles L. 225-8 ([N° Lexbase : L7669LBN](#)), L. 225-14 ([N° Lexbase : L5885AIS](#)), L. 225-47 ([N° Lexbase : L7712LBA](#)) et L. 225-48 ([N° Lexbase : L5919A13](#)), relatifs aux avantages particuliers, lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés. Dans ce cas, le commissaire aux apports prévu par ces articles est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société»*.

Pris à la lettre, l'article L. 228-15 n'exige pas l'intervention d'un commissaire aux apports lorsque les actions de préférence sont émises au profit de tiers (par exemple, dans le cadre d'une augmentation de capital réservée), qui ne sont pas encore actionnaires mais qui ont vocation à le devenir, ce qui est assez paradoxal ici encore. Dit autrement, la procédure des avantages particuliers n'est applicable qu'en présence d'actionnaires existants.

Pour combler cette lacune, la loi «PACTE» modifie la première phrase du premier alinéa de l'article L. 228-15 ainsi : *«a) Après la référence : «L. 225-8,», est insérée la référence : «L. 225-10,» ; b) A la fin, les mots : «d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés» sont remplacés par les mots : «d'une ou plusieurs personnes nommément désignées»*.

Pour rappel, selon l'article L. 225-10 : *«Lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité.*

L'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire».

Ne sont donc plus seulement visés les actionnaires existants, mais également les potentiels actionnaires, ce qui est conforme à deux réponses ministérielles de 2004 et 2005 [\[14\]](#). La référence à l'article L. 225-10, nouvelle par rapport au projet initial, permet de ne pas prendre en compte les actions de l'intéressé pour le calcul de la majorité, à l'instar du régime des conventions réglementées (étant observé que, semble-t-il, l'intéressé vote et participe tout de même à cette assemblée mais ses actions ne sont pas comptabilisées dans le calcul).

4') La quatrième et dernière modification concerne les valeurs mobilières donnant accès au capital (VMDAC)

La loi «PACTE» modifie l'article L. 228-98 du Code de commerce ([N° Lexbase : L895213X](#)) : *«A dater de l'émission de valeurs*

mobilières donnant accès au capital, la société appelée à attribuer ces titres ne peut modifier sa forme ou son objet, à moins d'y être autorisée par le contrat d'émission ou dans les conditions prévues à l'article L. 228-103 (N° Lexbase : L5398G73).

*En outre, elle ne peut ni modifier les règles de répartition de ses bénéfices, ni amortir son capital, **ni créer d'actions de préférence entraînant une telle modification** ou un tel amortissement, à moins d'y être autorisée par le contrat d'émission ou dans les conditions prévues à l'article L. 228-103 et sous réserve de prendre les dispositions nécessaires au maintien des droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital dans les conditions définies à l'article L. 228-99 (N° Lexbase : L8953I3Y).*

~~Sous ces mêmes réserves, elle peut cependant créer des actions de préférence.~~

En cas de réduction de son capital motivée par des pertes et réalisée par la diminution du montant nominal ou du nombre des titres composant le capital, les droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital sont réduits en conséquence, comme s'ils les avaient exercés avant la date à laquelle la réduction de capital est devenue définitive».

Comme indiqué, la loi «PACTE» prévoit supprimer l'alinéa 3 ce qui serait bienvenu car antérieurement le droit n'est pas très clair ; il est même redondant voire contradictoire.

II - Les modification oubliées

On peut regretter au moins deux oublis, peut être trois, voire quatre, que la loi «PACTE» aurait pu aborder mais qu'elle ne traite pas.

D'abord, les actions de préférence dans les groupes de sociétés. Rien n'est prévu en la matière alors que de telles actions sont souvent prévues dans les groupes. On pense ici à la thèse de notre collègue Tanguy Allain qui a proposé un vrai régime juridique en la matière et qui aurait mérité d'être entendu par le législateur [\[15\]](#).

Ensuite, le rachat à l'initiative du porteur : il est désormais prévu (alors qu'il ne l'était pas initialement), mais uniquement pour les sociétés non cotées. Or les actions de préférence sont surtout très intéressantes dans les sociétés cotées ; ce point reste délaissé.

En outre, dans les sociétés des professions libérales : SEL ou sociétés de droit commun. La loi de 1990 (loi n° 1990-1258 [N° Lexbase : L3046AIN](#)) a été modifiée par la loi «Macron» (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 [N° Lexbase : L4876KEC](#)) pour préciser que ces actions, désormais, peuvent appartenir à des associés non exerçants dans la société, voire à des associés d'une autre profession (pour les professionnels du droit). Mais rien d'autre n'est prévu.

Enfin, rien n'est prévu pour les actions de préférence dans les hypothèses de restructurations du type fusion, scission, etc..

On retiendra donc de la loi «PACTE» que les actions à droit de vote plural sont possibles dans toutes les sociétés par actions (hors cotation boursière), y compris la SAS, ce qui évitera dorénavant de prévoir dans cette dernière des actions ordinaires évaluées par un commissaire aux avantages particuliers donnant droit à des droits extraordinaires, et ensuite le porteur pourra lui-même racheter ses propres actions de préférence, ce qui constitue également une vraie avancée dont il faut se féliciter.

Mais on en retiendra également que les actions de préférence dans les sociétés cotées ont complètement été délaissées, tout comme celles dans les groupes de sociétés et dans les sociétés réglementées. Si bien que de grandes carences demeurent.

Au-delà, on peut encore s'interroger sur l'architecture du chapitre VIII du titre II du livre II qui mentionne toujours, au titre des titres en voie d'extinction, les certificats d'investissement, les actions de priorité et les actions à dividende prioritaire sans droit de vote. Le temps est sans nul doute d'entériner l'extinction de ces titres et de les faire disparaître du Code de commerce.

Une nouvelle réforme des actions de préférence se profilera certainement dans quelques années pour combler ces lacunes.

[\[1\]](#) Par ex. la convertibilité : F. Kerbel, F. Devedjian et J.-J. Daigre, *Dossier 5 Les actions de préférence convertibles - La convertibilité statutaire comme préférence de l'action*, Actes pratiques et ingénierie sociétariaire, n° 161, septembre-octobre 2018,

[2] Actions de priorité, certificats d'investissement, etc..

[3] B. Dondero, *L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés*, D., 2014, p. 1885 ; du même auteur, *Décret pris pour l'application de l'ordonnance relative au droit des sociétés (D. n° 2015-845, 18 mai 2015)*, JCP éd. E, 2015, act. 432 ; Y. Dréano, S. Merlet et D. Poracchia, *Le rachat d'actions par une société non cotée*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 2014, n° 137, p. 1 ; D. Gallois-Cochet, *Ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés - dispositions relatives au rachat des actions de préférence*, Dr. Sociétés, 2014, comm. 146 ; R. Mortier, *Proposition de réforme des actions rachetables*, JCP éd. E, 2014, act. 336 ; du même auteur, *Ne ratez surtout pas la réforme des actions rachetables !* : Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 2014, n° 134, p. 1 ; du même auteur, *Entrée en vigueur des nouveaux programmes de rachat d'actions*, Dr. sociétés, 2014, étude 15 ; du même auteur, *Dispositions relatives au rachat des actions de préférence*, Rev. sociétés, 2014, p. 627 ; du même auteur, *Une originalité tristement française : l'interdiction des actions rachetables sur l'initiative de l'actionnaire*, Dr. sociétés, 2015, alerte 19 ; R. Mortier et G. Ansaloni, *Les actions rachetables*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 2015, n° 140, p. 3 ; R. Mortier, F. Martin Laprade, A. Maudouit et S. de Vendeuil, *Dossier Les programmes de rachat d'actions cotées et non cotées*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 2015, n° 141, p. 3.

[4] V. les notes de bas de page n° 3 et n° 4 in R. Mortier et S. de Vendeuil, *La modernisation des actions de préférence (article 28 du projet de loi dit PACTE)*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire n° 161, septembre-octobre 2018, p. 1. V. égal. D. Martin et C. Fallet, *Actions de préférence - Une réforme pour un nouveau mode de financement des entreprises*, JCP éd. G, 2012, 229 ; D. Martin, O. Saba et C. Fallet, *Pistes de réflexion pour une réforme du régime des actions de préférence*, JCP éd. E, 2010, 1821 ; D. Martin, H. Le Nabasque, R. Mortier, C. Fallet et A. Pietrancosta, *Les actions de préférence*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 2012, dossier 6 ; B. Brignon et alii, *Les actions de préférence, en attendant la réforme*, Dossier spécial, Journal des Sociétés, n° 109, juin 2013, p. 12 et s..

[5] A. Couret, *Le retour du débat sur le droit de vote double*, JCP éd. E, 2013, 1518 ; T. Allain, *L'imbroglia des actions de préférence à droit de vote double*, Dr. sociétés, 2016, alerte 46.

[6] En ce sens v., G. de Ternay, *SAS et actions de préférence : modus operandi*, JCP éd. E, 2005, p. 617 ; P. Le Cannu, *Sur les actions de préférence dans les SAS*, Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 1311.

V. surtout R. Mortier in *Dossier Les actions de préférence*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, novembre-décembre 2012, spéc. n° 43, qui préconise de ne pas utiliser les actions de préférence et qui propose une modification de l'article L. 228-11 du Code de commerce.

La même proposition de modification législative est faite par L. Pfeiffer, auteur du rapport «Optimiser les actions de préférence», CCI Paris-Ile de France, 6 juillet 2017, spéc. p. 22, colonne de droite ; sur lequel lire *Rapport de la CCI Paris Ile-de-France "Optimiser les actions de préférence : un enjeu de croissance pour les entreprises" - Questions à Laurent Pfeiffer, membre élu de la CCI Paris Ile-de-France, auteur du rapport*, Lexbase, éd. aff., 2017, n° 527 ([N° Lexbase : No725BX7](#)).

[7] En ce sens, A. Reygrobellet in Hervé Le Nabasque et A. Couret et alii, *Précis de Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012, n° 440 : «l'art. L. 225-122 est exclu de la SAS et ce, malgré la rédaction de l'art. L. 228-11 C. com.» ; Lefebvre, *Mémento Sociétés commerciales*, 2018, n° 60142 ; J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés commerciales*, 2018, n° 4829 et n° 4830.

[8] Mais en passant tout de même par la procédure des avantages particuliers. Ainsi, sont émises en SAS des actions ordinaires dont les droits sont validés par un rapport du commissaire aux avantages particuliers tout en restant qualifiées d'ordinaires.

[9] L. Pfeiffer, rapport «Optimiser les actions de préférence», CCI Paris-Ile de France, 6 juillet 2017, spéc. p. 22, colonne de droite, préc.

[10] R. Mortier, in *Dossier Les actions de préférence*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, novembre-décembre 2012, spéc. n° 43, préc..

[11] R. Mortier, S. de Vendeuil et B. Zabala, *Loi PACTE et sociétés : premières mesures*, JCP éd. E, 2018, 1588, spéc. n° 13.

[12] Placé sous la présidence du Professeur Hervé Synvet.

[13] Pour une proposition dans le même sens : S. Vermeille et A. Bézert, *Plaidoyer en faveur de l'introduction des actions de préférence rachetables à l'initiative de l'actionnaire en droit français*, RTDF, 4/2015, p. 1.

[14] Voir la note de bas de page n° 19 in R. Mortier et S. de Vendeuil, *La modernisation des actions de préférence (article 28 du projet de loi dit PACTE)*, préc..

[15] T. Allain, *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, thèse Rennes, ss. Dir. A. Constantin, 2012, publication aux PUAM en 2014.

[Actes de colloques] Intérêts et limites de la législation sur les parties prenantes de l'entreprise privée

N° Lexbase : Ng322BXK



par Guillaume Baechler, Université Paris-Est Créteil et Laurent Germain, TBS, Institut français des administrateurs IFA-Occitanie

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (loi «PACTE») a été définitivement adopté par le Parlement le 11 avril 2019 et publié au Journal officiel du 23 mai 2019 après un an de débat [\[1\]](#). L'objectif de ce *corpus* de 220 articles est, entre autres, de favoriser l'innovation et l'emploi dans un pays dans lequel le taux de chômage et la croissance potentielle stagnent respectivement depuis de nombreuses années autour de 9 % et 1,2 % [\[2\]](#). L'origine de ce texte est loin d'être originale. En effet, les discussions ont commencées à la suite de la remise du rapport «Notat-Senard» [\[3\]](#) au Premier Ministre. D'ailleurs, les conclusions de ce rapport sur l'économie française et la nécessité de la transformer ne sont pas nouvelles. En effet, pour ne citer que les plus récents, les rapports Attali [\[4\]](#) et Gallois [\[5\]](#) avaient déjà pointé certaines défaillances et proposé certaines pistes de transformation, notamment en termes de gouvernance d'entreprise.

Shleifer et Vishny [\[6\]](#) la définissent comme étant «*les moyens par lesquels les fournisseurs de moyens financiers s'assurent auprès des entreprises d'avoir un retour sur leur investissement*». Cette définition purement économique et financière peut être élargie en tenant compte de «*l'ensemble des processus, règlements, politiques, lois et institutions affectant la manière dont est dirigée, administrée ou contrôlée une société*» [\[7\]](#). Ainsi, le régulateur et le législateur tiennent une place prépondérante dans la manière dont se définit le gouvernement d'entreprise.

En France, la définition historique d'une société, telle que fournie par l'article 1833 du Code civil ([N° Lexbase : L2004ABT](#)), correspond à la vision classique financière : «*toute société doit [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés*». En effet, la théorie des actionnaires postule que le seul but d'une société commerciale devrait être de maximiser la richesse de ses propriétaires. De ce fait, une entreprise en elle-même ne devrait avoir aucune responsabilité sociale. Au contraire, elle doit accroître ses profits pour en redistribuer une partie à ses actionnaires qui eux ont une responsabilité sociale [\[8\]](#). Ajoutons que, dans ce modèle entrepreneurial, l'actionnaire est un agent averse au risque. Par conséquent, il choisira systématiquement de financer les projets les moins risqués et donc ceux ayant l'horizon temporel le plus court.

En outre, comme montré par Jean Tirole [\[9\]](#), la maximisation de la valeur actionnariale présente le meilleur compromis. D'une part, donner la possibilité à des agents extérieurs de prendre des décisions pour l'entreprise diluerait le pouvoir accordé initialement aux actionnaires ce qui serait nuisible pour l'investissement. D'autre part, les actionnaires choisissent de déléguer leur pouvoir à un dirigeant. Ils choisissent en outre des membres afin de s'assurer que ces derniers agissent dans leur intérêt. Ainsi, utiliser la valeur actionnariale comme objectif de management est relativement facile à mettre en œuvre alors que l'accroissement de la valeur pour différentes parties prenantes, par définition hétérogènes dans leurs attentes, est beaucoup plus complexe.

Toutefois, les problématiques sociales et environnementales sont de plus en plus populaires depuis les années 80 (notamment en Europe), poussant gouvernements et entreprises à améliorer leurs pratiques sociales et environnementales. Se pose alors le problème de l'équilibre entre les intérêts et la maximisation de la valeur pour les différentes parties prenantes, que ce soient les actionnaires, les salariés, les clients ou les fournisseurs. En effet, adopter une loi qui modifierait la gouvernance de l'entreprise en faveur d'une partie au détriment d'une autre conduirait *in fine* à une destruction de valeur pour l'ensemble des parties. Par exemple, favoriser l'intérêt des salariés au détriment des actionnaires amènerait ces derniers à choisir d'autres actifs. Par conséquent, le législateur doit inventer des méthodes pour concilier les intérêts de ces différentes parties. Cette quête d'équilibre a conduit les législateurs à adopter deux principaux types de mesures : les mesures contraignantes (*hard law*) et les mesures incitatives (*soft law*).

Dans cet article, nous démontrerons la nécessité d'adopter une législation spécifique afin d'améliorer la gouvernance de

l'entreprise. Nous mettrons en perspective certaines lois, notamment françaises avec les théories et résultats empiriques apportés par la finance pour en mesurer les effets. En particulier, nous nous interrogerons sur les effets positifs ou négatifs (voire à l'absence d'effets) des changements induits par une législation imposée ou non, à toutes les entreprises sur leur gouvernance. A cette fin, nous verrons tout d'abord le rôle du législateur afin de favoriser des comportements qui n'accroissent pas dans un premier temps la valeur pour l'actionnaire. Ensuite, à travers l'exemple de la représentation salariale dans les conseils d'administration, nous verrons que l'application d'une législation unique à toutes les entreprises peut être néfaste à ses performances financières et à l'emploi. Enfin, nous verrons à travers l'exemple de la loi «PACTE», que la recherche par le législateur d'un texte trop ambitieux peut conduire à accroître certaines inégalités entre les parties prenantes.

I - Nécessité de la législation pour éviter les stratégies de dominance

Comme nous l'avons rappelé en introduction, les enjeux sociaux et environnementaux sont de plus en plus présents dans les débats publics depuis les années 80. A cet égard un nouveau *corpus* théorique a émergé en finance : la théorie des parties prenantes formulée notamment par Freeman [10] et Mitroff [11]. Les entreprises ont des devoirs envers un certain nombre de parties prenantes parmi lesquelles les actionnaires, les salariés, les clients ou encore les communautés. De ce fait, les sociétés commerciales devraient davantage essayer de réduire les externalités négatives comme les dommages infligés au climat et la création d'emplois.

Se pose alors le problème de la pérennité de l'actionnariat que l'on peut résumer à travers un dilemme du prisonnier. En effet, considérons deux entreprises, et deux choix d'investissement : l'un de court terme peu risqué (projet 1) et l'autre, socialement responsable dont le retour sur investissement serait plus long (projet 2). Si les deux sociétés choisissent le projet 2, elles sont en situation d'optimum de Pareto. En revanche si l'un choisit le projet 1 et l'autre le projet 2, alors celle qui investit dans le projet 2 (le plus risqué) peut voir ses actionnaires, averses au risque, fuir. Dès lors, il existe une stratégie de dominance : choisir le projet 1 et le seul équilibre de long terme consiste pour les deux sociétés à choisir le projet 1. Dans ce cas, la législation permet d'éviter ce type de stratégie en fixant un cadre commun à toutes les entreprises, afin d'éliminer toute forme de sanction par les marchés à choisir un investissement qui, à court terme, peut avoir un effet financier négatif. Nous décelons deux possibilités législatives.

Tout d'abord, modifier dans la loi le rôle de l'actionnaire, afin de lui faire porter une responsabilité sociale. A notre connaissance, il n'existe pas de législation le prévoyant. Par exemple en France, la loi «PACTE» amende les 1833 et 1835 (N° [Lexbase : L2006ABW](#)) du Code civil proposant respectivement la possibilité, non contraignante, d'ajouter un intérêt social et une raison d'être à l'objet traditionnel de la société. En revanche, elle laisse en suspens les questions relatives à la définition de l'intérêt commun des parties prenantes et à leurs responsabilités. Curieusement, il existe déjà une charte comportant une définition du rôle de l'actionnaire : le code Middlednext [12] qui introduit une notion de pérennité de l'entreprise, mais cette dernière n'a pas été incorporée au texte de loi.

La deuxième alternative consiste à inciter les entreprises à prendre en compte les diverses parties prenantes. A cet égard, dès 1984, certains Etats américains (une trentaine aujourd'hui) ont adopté les «*constituency statutes*» qui permettent de manière non contraignante de prendre en compte des intérêts différents de ceux des actionnaires. Quelques études ont démontré l'impact positif de cette loi notamment en termes de performance [13] ou de dépôts de brevets [14]. En revanche, cette dernière étude montre une diminution de la valeur de l'entreprise à court-terme puis un accroissement significatif de la rentabilité à long-terme. Les auteurs démontrent ainsi l'intérêt de la loi afin de ne pas décourager les entreprises à adopter de telles mesures malgré la pression court-termiste des actionnaires.

II - Limite d'une législation unique pour toutes les entreprises : exemple de la représentation salariale

La modification de l'objet de l'entreprise n'est pas le seul moyen dont dispose le législateur pour contraindre une société à prendre en compte ses différentes parties prenantes. En effet, différents rapports, tel que le rapport Gallois (2012), ont mis en exergue que l'introduction d'une représentation salariale au sein des conseils d'administration pourrait contrebalancer les intérêts de court terme des actionnaires.

D'un point de vue juridique, un administrateur salarié doit avant tout se préoccuper du bon développement de l'entreprise et

n'est pas, dès lors, le représentant d'intérêts catégoriels [15]. A ce titre, d'après la loi n° 2013-504 du 13 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi (N° Lexbase : L0394IXU), un salarié siégeant au conseil d'administration ou de surveillance doit abandonner tout mandat syndical dans les huit jours suivants sa nomination.

La présence d'administrateurs salariés n'existe que dans des pays l'ayant rendue obligatoire par la loi. En effet, d'après les théories classiques, toute entreprise qui cherche à maximiser la valeur pour ses actionnaires évolue naturellement vers sa forme la plus efficace [16]. De ce fait, imposer une autre gouvernance par la législation nuirait aux actionnaires. D'ailleurs, de nombreuses différences quant à la représentation salariale peuvent être observées en fonction des pays.

En Allemagne, par exemple, les sociétés de plus de 500 salariés ont l'obligation d'attribuer au moins un tiers des sièges de leurs conseils de surveillance à des représentants des salariés. Cette obligation s'élève à la moitié des sièges pour les entreprises de plus de 2 000 salariés. Si en Allemagne la codétermination est appliquée depuis le XIXème siècle, l'obligation d'avoir des administrateurs salariés en France ne date que de la loi du 26 juillet 1983, relative à la démocratisation du secteur public (loi n° 83-675 N° Lexbase : L6981AGN). Il faudra attendre la loi du 25 juillet 1994 (loi n° 94-640 N° Lexbase : L7485A13) pour que cette obligation concerne les sociétés privatisées et la loi «NRE» (loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 N° Lexbase : L8295ASZ) pour voir apparaître l'ouverture aux «entreprises volontaires» la possibilité d'introduire des salariés à leur conseil d'administration. Plus récemment, la loi «Rebsamen» du 17 mai 2015 (loi n° 2015-994 N° Lexbase : L2618KG3) a renforcé l'obligation de nomination d'administrateurs salariés dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. Cette dernière fixe un minimum d'un représentant salarial lorsque le nombre d'administrateurs est inférieur à douze membres et deux au-delà. La loi «PACTE», adoptée récemment, diminue les seuils en imposant la nomination de deux ARS dans les conseils de plus de huit membres et un ARS dans les autres.

L'angle historique ne suffit pas à expliquer de telles différences dans les seuils de représentation salariale. La composition des conseils d'administration est elle aussi très différente en fonction des pays, ce qui peut expliquer ces différences de seuils ainsi que l'absence de représentation salariale dans certains pays anglo-saxons. En effet, les conseils d'administration allemands sont composés de deux parties (approche dualiste) : l'une dévolue à la surveillance et l'autre au management. Ainsi, les représentants salariés ont un rôle très important dans la surveillance du management mais ne prennent pas part aux décisions stratégiques de l'entreprise. De ce fait, ils n'ont pas de pouvoir de dilution du droit de propriété des actionnaires. Au contraire, les conseils d'administration français peuvent être monistes ou dualistes. Ainsi, les pays dont les entreprises ont des conseils d'administration monistes n'ont pas adopté de réglementation sur la participation salariale pour éviter une dilution du pouvoir actionnarial qui aurait conduit à terme à un assèchement des financements pour les entreprises. Il est alors intéressant de constater que la loi «PACTE» en France s'attarde à la diminution des seuils de représentation salariale sans s'attarder sur la modification de la constitution des conseils d'administration eux-mêmes.

En outre, si la représentation salariale est imposée par la loi, il est intéressant de s'interroger sur les effets d'une telle législation sur la performance de l'entreprise et si un seuil minimal est nécessaire pour avoir un impact sur la gestion de l'entreprise. Peu de travaux ont été menés en finance sur l'effet de la représentation salariale sur les performances des sociétés. Toutefois, dans un modèle théorique, Germain et Lyon-Caen [17] montrent que l'ajout d'une minorité d'administrateurs salariés dans les conseils d'administration augmente la performance. En effet, en partageant les informations privilégiées qu'ils détiennent sur l'entreprise, ils contribuent à l'amélioration de la performance. De plus, les représentants des salariés sont incités à préférer systématiquement les projets de long terme afin de réduire le risque de licenciements quand ils ne sont pas eux-mêmes actionnaires de la société. Dans ce modèle, cette stratégie est toujours bénéfique pour les salariés. Elle l'est aussi pour les actionnaires dans la mesure où ceux-ci mettent en commun les informations privilégiées qu'ils détiennent. Ainsi, dans des secteurs très intensifs en recherche et développements donc avec un horizon temporel assez long comme l'aéronautique, intégrer des ARS au conseil d'administration permet d'accroître la richesse des différentes parties prenantes.

III - Certaines contradictions

L'exemple de la loi «PACTE» et de ses 200 articles nous montre que accroître la compétitivité des entreprises tout en cherchant à en améliorer la gouvernance peut mener à l'augmentation de certaines inégalités entre les différentes parties prenantes. Ainsi, ce texte promeut la responsabilité sociale de l'entreprise d'un côté, tout en facilitant l'accès à l'actionnariat salarié de l'autre, ce qui donne, de fait, un poids plus important aux actionnaires.

Aussi, à travers ce texte, nous notons un accroissement de l'asymétrie d'information entre les propriétaires et les gestionnaires de l'entreprise. En effet, la révision de la nécessité de faire certifier les comptes par un des commissaires aux comptes semble contradictoire avec les objectifs fixés. La certification des comptes est un élément de confiance pour les investisseurs, leur garantissant la véracité des informations mises à leur disposition. A cet égard, elle permet de réduire l'asymétrie d'information entre les propriétaires et les managers, l'un des principaux problèmes de la gouvernance d'entreprise.

Conclusion

Dans cet article, nous avons cherché à montrer la nécessité d'adopter une législation spécifique afin d'améliorer la gouvernance de l'entreprise et le bien-être de ses différentes parties prenantes. Pour ce faire, nous avons mis en perspective différents textes de loi, notamment en France, en les confrontant à la théorie financière et aux résultats empiriques dont nous disposons sur les politiques de gouvernance. Nous avons montré que le législateur pouvait influencer positivement la gouvernance de l'entreprise en éliminant par la loi les contraintes liées aux différences de stratégies entre des sociétés qui souhaitent mettre en œuvre des éléments de responsabilité sociale et d'autres qui souhaitent uniquement accroître la valeur pour leurs actionnaires.

En outre, nous avons démontré que la prise en compte des différentes parties prenantes, notamment les salariés, d'une société permettait aussi d'augmenter la valeur pour les actionnaires. En revanche, fixer un cadre uniforme sans tenir compte de certaines spécificités en particulier sectorielles, peut au contraire réduire la performance de l'entreprise et en conséquence la valeur pour les propriétaires ainsi que l'emploi.

Enfin, à travers l'exemple de la loi «PACTE», nous avons montré que lorsque le législateur cherchait à promouvoir en même temps deux objectifs différents comme l'amélioration du financement des entreprises et leur gouvernance, il pouvait accroître les conflits d'agence et l'asymétrie d'information.

[1] Les auteurs remercient Isabelle Desbarats et Anne Blandin du Centre de Droit des Affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole pour leur invitation et leur accueil au colloque «Projet PACTE : un renouveau pour l'entreprise ?». Le deuxième auteur, Laurent Germain, remercie l'Institut Français des Administrateurs dont il est délégué régional Occitanie.

[2] Pour une analyse plus approfondie, voir S. Le Bayon et Ch. Riffart, *Une comparaison des prévisions macroéconomiques sur la France*. Policy brief, 2018, 32, OFCE.

[3] N. Notat et J.-D. Senard, [rapport](#) «L'entreprise, objet d'intérêt collectif», 2018.

[4] J. Attali, [rapport](#) de la Commission pour la libération de la croissance française, 2010.

[5] L. Gallois, [rapport](#) «Pacte pour la compétitivité de l'industrie française», 2012.

[6] A. Shleifer et R. W. Vishny, *A Survey of Corporate Governance*. The Journal of Finance, 1997, 52 (2): 737-83.

[7] Haidar, J. I. Haidar, *Investor Protections and Economic Growth*, Economics Letters, 2009, 103 (1), 1-4.

[8] F. Friedman, *A Friedman doctrine*, The New-York Times, 9 novembre 1970.

[9] J Tirole, *The theory of corporate finance Princeton*, N.J : Princeton University Press, 2006.

[10] R. Edward Freeman, *Strategic management : a stakeholder approach*. Pitman series in business and public policy, Boston : Pitman, 1984.

[11] L. Hirschhorn, *Stakeholders of the Organizational Mind*, by Ian Mitroff, 1984, San Francisco, CA: Jossey-Bass, 1983, 178 Pp. \$16.95, *Human Resource Management* 23 (4): 428-33.

[12] E. Mazuyer, *La gouvernance d'entreprise : Quel cadre juridique, quelles pratiques ?*, Journal des sociétés, 2017, 51.

[13] Joshua D. Margolis, Hillary Anger Elfenbein, et James P. Walsh, *Does It Pay to Be Good...And Does It Matter ? A Meta-Analysis of the Relationship between Corporate Social and Financial Performance*, SSRN Electronic Journal, 2009.

[14] C. Flammer et A. Kacperczyk. *The Impact of Stakeholder Orientation on Innovation: Evidence from a Natural Experiment*, Management Science 62 (7), 1982-2001.

[15] Secrétariat d'Etat chargé de l'égalité entre les hommes et les femmes et de la lutte contre les discriminations, [Le mandat d'administrateur en 21 questions](#).

[16] Michael C. Jensen et William H. Meckling, *Rights and Production Functions : An Application to Labor-Managed Firms and Codetermination*, The Journal of Business, 1979, 52 (4): 469.

[17] L. Germain et C. Lyon-Caen, *Do we need employee representation on the board of directors ?*, Working paper, 2016.

[Actes de colloques] Les fonds de pérennité : nouvelle forme de fondation au service des entreprises

N° Lexbase : Ng403BXX



par Camille-Marie Bénard, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole, CDA

Réf.:Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises ([N° Lexbase : L3415LQK](#))

1. La loi «PACTE», en son article 177, a créé un nouvel outil à disposition des sociétés : les fonds de pérennité. Il s'agit d'un instrument de détention du capital proche des fondations d'actionnaires mais différent à maints égards et original dans notre paysage juridique qui connaît déjà les fondations d'entreprise, les fondations d'utilité publique et les fonds de dotation. Les fonds de pérennité assureront le rôle d'actionnaire stable d'une ou plusieurs sociétés, dans le but de contribuer à leur pérennité économique, mais pas seulement.

En Europe du Nord, les fonds de pérennité sont connus et utilisés avec succès depuis longtemps. Les noms associés à ces instruments ne laissent planer aucun doute sur leur efficacité : Rolex, Velux, Karlsberg, Novonordisk [\[1\]](#), Bosch, Nokia, Ikea... Le Danemark compte près de 1 350 fondations [\[2\]](#) de ce type qui détiennent plus de 50 % des sociétés cotées, parmi lesquelles la fondation LEGO. C'est la raison pour laquelle la mesure introduite par amendement des députés a gagné le nom «d'amendement LEGO». Cet inventaire rapide incite à accueillir le dispositif avec bienveillance.

Dès 2016, l'Inspection Générale des Finances avait démontré l'intérêt de créer une telle structure en France. Allier les performances économiques avec les actions d'intérêt général serait une sorte de Graal, réunissant enfin des concepts qui semblent antinomiques en France : la rentabilité et l'intérêt général. Il est inévitable de penser aussi aux sociétés à mission créées par le même texte qui seront dotées d'une raison d'être et qui seront dotées d'une raison d'être et tenues de poursuivre des objectifs sociaux et environnementaux conformes à celle-ci. Ces créations législatives répondent-elles à un effet de mode ? Cela serait cynique et il est plus optimiste d'y déceler les conséquences d'une prise de conscience sur les ravages d'une rentabilité sans éthique. Sur ce point, je laisse à Marie-Pierre Blin-Franchomme le soin de l'analyse [\[3\]](#).

En tout état de cause, il y a là un défi que l'on se propose de relever avec une structure *ad hoc*, qualifiée d'hybride par Delphine Gény-Stephann, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie et des Finances : «*Dans la grande famille des fondations, le fonds de pérennité constitue un nouveau type de structure hybride, permettant d'allier objectifs économiques et finalités d'intérêt général*». Le juriste est à la fois curieux et naturellement dubitatif quand des structures lui sont présentées comme hybrides...

Afin d'alimenter ces deux états, il faut présenter les caractéristiques dominantes du fonds de pérennité (I) pour s'interroger ensuite sur sa réelle originalité et surtout, sur sa pertinence (II).

I - Présentation du fonds de pérennité

2. L'objectif de cette mesure est de contribuer à la pérennité économique d'une ou de plusieurs sociétés et de pouvoir réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général. Un double objectif qu'il va donc falloir articuler. La nouveauté du dispositif impose ici d'en rappeler la formulation.

Selon l'article 177, I de la loi, «*Le fonds de pérennité est constitué par l'apport gratuit et irrévocable des titres de capital ou de parts sociales d'une ou de plusieurs sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, ou détenant directement ou indirectement des participations dans une ou plusieurs sociétés exerçant une telle activité, réalisé par un ou plusieurs fondateurs afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général*».

Pour situer cet instrument juridique, on peut souligner qu'il est à l'exact opposé du fonds d'investissement. Quand ce dernier prend une participation dans le capital d'une société c'est dans un but spéculatif et avec l'idée de céder cette participation à plus ou moins brève échéance, en réalisant une plus-value. Ici point de cession et au contraire, une conservation.

Le choix du terme pérennité retenu au lieu de «pérennisation», un temps évoqué, marque une forme de sanctuarisation de la société qui va la figer. La pérennisation impliquant une action, marquait davantage l'aspect gestion dynamique. Ainsi, le fonds de pérennité ne risque-t-il pas d'entraver des restructurations parfois nécessaires ? *A priori* non, nous y reviendrons [\[4\]](#).

3. Le champ d'application du fonds de pérennité est très ouvert car il pourra se composer de parts ou actions de sociétés industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles ou de parts de *holding* détenant des parts dans ces sociétés. Dans ce dernier cas, la détention peut être directe ou indirecte ce qui confirme la volonté d'ouverture de cet instrument.

Le texte vise les fondateurs comme constituants. Cela pose la question de la constitution en cours de vie sociale par un associé auquel des titres échoient sans qu'il soit pour autant fondateur. La suite du texte permet de neutraliser cet argument de texte.

Ensuite, autre mesure incitative : nul besoin de l'unanimité, un seul fondateur suffit à constituer le fonds.

4. La dotation [\[5\]](#), outre les titres apportés, peut se composer des biens et droits de toute nature soumis aux mêmes conditions de gratuité et d'irrévocabilité. Afin de ne pas entraver la constitution du fonds, il est précisé que les restrictions à la capacité de recevoir des donations prévues à l'article 910 du Code civil ([N° Lexbase : L9133KBU](#)) pour les fondations ne sont pas applicables [\[6\]](#). En revanche, les fonds publics, quelle que soit leur nature, sont exclus de la composition du fonds.

L'apport est irrévocable et il en découle que les titres visés sont aussi inaliénables. La liste des titres ou parts rendus inaliénables est d'ailleurs annexée aux statuts. Ce caractère est justifié par l'objectif de stabilisation définitive de l'actionnariat. Toutefois, l'inaliénabilité peut être contreproductive et connaît des exceptions.

L'inaliénabilité est d'abord limitée à ce qui est strictement nécessaire à l'exercice du contrôle par le fonds d'une ou plusieurs sociétés [\[7\]](#). Quand le contrôle est obtenu grâce à une libéralité, à une acquisition ou par la situation antérieure à ces dernières, la ou les sociétés contrôlées, l'apporteur, le testateur et le conseil d'administration peuvent décider que l'inaliénabilité ne s'applique que dans la limite de la fraction du capital social nécessaire à l'exercice de ce contrôle [\[8\]](#).

Ensuite, l'inaliénabilité est limitée par l'application du droit commun puisque l'article 900-4 du Code civil ([N° Lexbase : L0044HPC](#)) est expressément visé dans le texte. Ainsi, le fonds de pérennité peut être judiciairement autorisé à disposer des titres ou parts frappés d'inaliénabilité s'il advient que la pérennité économique de la ou des sociétés l'exige. Toutefois, le prix obtenu sera employé à des fins en rapport avec la volonté du disposant.

Outre l'inaliénabilité, l'apport est aussi fait gratuitement ce qui garantit le caractère éthique du fonds. Mais cette gratuité n'exclut nullement la rentabilité et le fonds peut générer, et va générer des revenus selon toute vraisemblance.

Les ressources du fonds sont constituées des revenus et produits de sa dotation (dividendes par exemple), des produits des activités autorisées par les statuts et des produits des rétributions pour service rendu. Le fonds pourra en disposer librement dans la limite de son objet. Les statuts devront fixer les conditions dans lesquelles la dotation en capital peut être consommée.

Il appartient bien sûr au fonds de gérer les titres, d'exercer les droits qui y sont attachés et surtout d'utiliser ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de la ou des sociétés concernées et aussi de réaliser ou de financer des œuvres ou des missions d'intérêt général. Les droits reconnus aux associés de la société dont les titres composent le fonds devraient être reconnus au bénéfice de ce dernier (notamment, le droit à l'information).

5. La constitution n'est guère complexe : le fonds est régi par des statuts obligatoirement écrits [9]. Ils déterminent notamment la dénomination, l'objet, le siège et les modalités de fonctionnement du fonds de pérennité ainsi que la composition, les conditions de nomination et de renouvellement du conseil d'administration et du comité de gestion.

L'objet doit évidemment susciter une attention particulière puisqu'il précise, outre les principes et objectifs appliqués à la gestion du fonds, l'indication des œuvres ou des missions d'intérêt général qu'il entend réaliser ou financer.

L'objet est «verrouillé» par ses modalités de modification. Bien que le texte prévoit que les statuts puissent être modifiés et fixent leurs propres conditions de modification, celle de l'objet est strictement encadrée. Sa modification ne peut être décidée qu'après deux délibérations du conseil d'administration, avec un *quorum* d'au moins les deux tiers des membres, prises à deux mois au moins et six mois au plus d'intervalle et à la majorité qualifiée des deux tiers des membres. Il y a donc ici de strictes conditions de *quorum* [10], majorité et délai mais surtout, la nécessité du renouvellement de la décision, avec un délai de réflexion de minimum deux mois. La stabilité et la pérennité ne peuvent être atteintes qu'à ce prix-là. Logiquement, les modifications des statuts et de leur annexe (qui rappelons-le comporte la liste des titres constituant le fonds) ne sont opposables aux tiers qu'à compter de leur publication [11].

Hormis le point essentiel de l'objet, les statuts stipuleront aussi les modalités de l'exercice des droits attachés aux titres et l'utilisation des ressources du fonds.

Les formalités [12] consistent en une déclaration à la préfecture du département dans le ressort duquel le fonds a son siège social et dans le dépôt des statuts. Ces documents font l'objet d'une publication selon des modalités classiques. La personnalité morale est acquise par un processus identique à celui appliqué aux associations et fondations, c'est-à-dire à compter de la date de publication au Journal officiel de la déclaration faite en préfecture.

A noter, le texte ne prévoit pas de sanction de ces règles de constitution.

6. Le fonds de pérennité est géré par un conseil d'administration [13] composé d'au moins trois membres, nommés à la constitution par le ou les fondateurs ou par les personnes désignées par le testateur, le cas échéant. Selon une formule classique en matière de gouvernance «*le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom du fonds de pérennité, dans la limite de son objet*».

L'objet est naturellement la limite des pouvoirs du conseil qui engage le fonds de pérennité par les actes entrant dans son objet. En revanche, il y a une divergence avec les solutions issues du droit des sociétés, dans les formes à responsabilité limitée : les actes réalisés en dehors de cet objet sont nuls, sans que cette nullité ne soit opposable aux tiers de bonne foi. Autre mesure issue du droit des sociétés, et cette fois en tout point conforme aux solutions habituellement retenues : les clauses statutaires limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers.

Suivant un mouvement désormais installé en la matière, des organes complémentaires, consultatif et d'assistance à la gestion sont créés. Il s'agit ici d'un comité de gestion [14] chargé du suivi permanent de la ou des sociétés dont sont issus les titres apportés. Il formule des recommandations au conseil d'administration sur la gestion financière de la dotation, sur l'exercice des droits attachés aux titres, et les besoins financiers associés, permettant de contribuer à la pérennité économique de ces sociétés. Ce comité peut également proposer des études et des expertises. Il est composé d'au moins un membre du conseil d'administration et de deux membres choisis en dehors de ce conseil. Cet organe, pour être consultatif, est bien l'organe clé de la pérennité recherchée.

7. Les obligations du fonds sont avant tout comptables. Chaque année des comptes qui comprennent au moins un bilan et un compte de résultat doivent être établis [15] et publiés dans un délai de six mois suivant la clôture de l'exercice. Ces obligations sont sanctionnées selon le droit commun [16].

Alors que la loi «PACTE» a «malmené» les commissaires aux comptes, elle exige ici qu'au moins un d'entre eux soit nommé dès lors que le montant total de ses ressources dépasse 10 000 euros à la clôture du dernier exercice. Ce seuil est relativement

bas compte tenu des sociétés qui sont potentiellement candidates à la constitution. La mission du commissaire aux comptes est classique. S'il relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'activité du fonds, il informe le conseil d'administration et recueille ses explications. Le conseil d'administration est tenu de lui répondre. A défaut de réponse ou si les mesures prises lui apparaissent insuffisantes, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qu'il remet au conseil d'administration et dont la copie est communiquée au comité de gestion et à l'autorité administrative, et il invite le conseil à délibérer sur les faits relevés.

8. En matière de contrôle, le fonds est soumis à l'autorité administrative, mesure qui rappelle le régime des fondations. Cette dernière s'assure de la régularité du fonctionnement du fonds de pérennité. A cette fin, elle peut se faire communiquer tous documents et procéder à toutes investigations utiles [\[17\]](#). Le fonds de pérennité adresse chaque année à l'autorité administrative un rapport d'activité auquel sont joints le rapport du commissaire aux comptes et les comptes annuels. Si des dysfonctionnements ou irrégularités sont constatés, sous réserve qu'ils soient graves, cette autorité peut mettre le fonds en demeure de régulariser et faute de réaction, saisir l'autorité judiciaire aux fins de sa dissolution. Cette décision doit être motivée et faire l'objet d'une publication au Journal officiel, en sachant que la mise en demeure constitue un préalable qui semble obligatoire.

9. Outre cette dissolution judiciaire, le fonds peut être dissous dans les conditions définies par ses statuts et la décision de dissolution fait l'objet de la publication [\[18\]](#). La dissolution du fonds entraîne sa liquidation dans les conditions prévues par ses statuts ou, à défaut, à l'initiative du liquidateur désigné par l'autorité judiciaire. Le *boni* de liquidation, comme ce qui se produit dans les groupements à but non lucratif, est transféré à un bénéficiaire désigné par les statuts, à un autre fonds de pérennité, à une fondation reconnue d'utilité publique ou à un fonds de dotation.

II - Pertinence du fonds de pérennité

10. Ce nouvel instrument était-il nécessaire alors que nous disposions déjà des fondations d'entreprise, les fonds de dotation, les fondations reconnues d'utilité publique ? Pour celles-ci et, depuis la loi «Dutreil» de 2005 (loi n° 2005-882 du 2 août 2005 [N° Lexbase : L7582HEK](#)), il est admis qu'elles puissent détenir le contrôle d'une société commerciale sans limitation de seuil de capital ou de droits de vote, à condition que soit respecté le principe de spécialité de la fondation. Cependant, la reconnaissance d'utilité publique et les contraintes qu'elle génère ont eu un effet dissuasif. Et sans spéculer sur ce caractère, le constat est imparable : à ce jour, la France compte seulement quatre fondations d'actionnaires. Deux exercent dans le domaine pharmaceutique (Fabre et Mérieux), une dans le domaine agroalimentaire (Avril) et enfin, une dans le secteur financier (groupe Varenne). Il faut souligner que la loi «PACTE» dans son article 178 retouche le régime du mécénat. Elle adopte d'ailleurs une disposition proche de celle introduite grâce au fonds de pérennité sur la gestion des parts qui confère le contrôle d'une société à une fondation reconnue d'utilité publique [\[19\]](#).

11. Le double objectif des fonds de pérennité est-il réaliste ? En sortant d'un manichéisme patiné d'idéologie, la rentabilité et l'intérêt général ne sont pas incompatibles. Bien au contraire, les deux caractères peuvent utilement se nourrir l'un de l'autre et le mécénat n'est qu'une facette de ce phénomène. La différence réside dans l'unicité de l'instrument au service d'une dualité d'objectifs. Lors des discussions du texte, l'idée avait d'ailleurs été proposée de créer un fonds de dotation en même temps que le fonds de pérennité. Mais elle fut abandonnée car présentant un risque d'alourdissement du mécanisme et aussi parce que la dualité n'est pas une incompatibilité. Dans tous les cas, elle n'est pas imposée : il s'agit d'une possibilité et pas d'une obligation. Si la formulation de l'article 177 utilise la conjonction de coordination «et» entre la pérennité et le but d'intérêt général, c'est bien le verbe «pouvoir», conjugué au subjonctif, qui est choisi pour ce qui est des œuvres d'intérêt général : «*et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général*». C'est donc prioritairement un outil de détention du capital. Toutefois, alors que la RSE occupe une place de plus en plus développée au cœur de notre paysage juridique, il est concevable que les objectifs d'intérêt général portés par le fonds contribuent à l'image positive et responsable de la société. La boucle semble finalement être bouclée.

12. Pour autant, une dernière remarque s'impose. Les fonds de pérennité sont ouverts à toutes les formes de sociétés car constitués de parts ou actions et dans tous les secteurs : industriel, commercial, artisanal ou agricole. Mais est-ce un instrument vraiment adapté aux PME ? Au regard des structures qui utilisent déjà cet instrument, cela ne semble pas le cas. De plus, il y a une temporalité : c'est leur prospérité qui permet de créer le fonds plutôt que le fonds qui génère prospérité et pérennité. Pour l'instant, il y a une chronologie évidente mais qui ne demande qu'à être bousculée et ce nouvel instrument ne semble pas le plus incongru pour jouer ce rôle. Les *start-ups*, par exemple, sont des candidates idéales pour mener l'essai.

Coupler l'innovation industrielle et l'innovation juridique donne au fonds de pérennité des contours séduisants si les développements qui précèdent n'avaient pas permis de le faire. Mais seul l'avenir permettra de mesurer le succès de cet instrument qui, au demeurant, n'est pas mal conçu. Souhaitons-lui donc un bel avenir, et une réelle pérennité, caractère retrouvé dans tous les instruments juridiques de qualité.

[1] Le secteur pharmaceutique semble une terre d'élection pour ces structures cf. *infra* n° 10 pour les exemples français.

[2] Près de 1 400 fondations en Suède.

[3] Cf. les propos de M.-P. Blin-Franchomme, dans le cadre du colloque.

[4] Cf. *infra* n° 4.

[5] Art. 177, IV.

[6] Art. 177, V : un legs peut être fait au profit d'un fonds de pérennité qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession à condition que le testateur ait désigné une ou plusieurs personnes chargées de le constituer et qu'il acquière la personnalité morale dans l'année suivant l'ouverture de la succession. Dans ce cas, la personnalité morale du fonds de pérennité rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. A défaut, le legs est nul.

[7] La notion de contrôle est traditionnelle et renvoie à l'article L. 233-3 du Code de commerce ([N° Lexbase : L5817KTM](#)).

[8] Les conditions d'exonération des droits de mutation à titre gratuit prévues à l'article 787 B du CGI ([N° Lexbase : L9062LNX](#)) sont étendues aux transmissions en pleine propriété à un fonds de pérennité répondant aux exigences de l'article 177.

[9] Art. 177, II.

[10] Pour le calcul du *quorum*, ne sont pas pris en compte les membres représentés.

[11] Cf. *infra* n° 11.

[12] Art. 177, III.

[13] Art. 177, VI.

[14] Art. 177, VII.

[15] Art. 177, VIII.

[16] C. com., art. L. 242-8 ([N° Lexbase : L6422AIP](#)).

[17] Art. 177, IX.

[18] Art. 177, XI.

[19] Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987, sur le développement du mécénat, art. 18-3 ([N° Lexbase : L8334AGR](#)).