

Droit des sociétés - La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 - Etude par Renaud MORTIER et Bruno ZABALA et Sylvie de VENDEUIL

Document: Droit des sociétés n° 6, Juin 2019, étude 8

Droit des sociétés n° 6, Juin 2019, étude 8

La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte - . - Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019

Etude par Renaud MORTIER professeur agrégé de droit privé directeur du Centre de droit des affaires de Rennes Of Counsel, Cabinet FIDAL

et Bruno ZABALA maître de conférences associé, université du Mansavocat Of Counsel, Cabinet FIDAL

et Sylvie de VENDEUIL avocat

[Accès au sommaire](#)

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi Pacte, réforme en profondeur le droit des sociétés. De la place repensée de l'entreprise dans la société, au resserrement du périmètre d'intervention des commissaires aux comptes, en passant par la réforme des actions de préférence, le présent article détaille les nouvelles dispositions légales.

1. - La gestation de la loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite loi « Pacte » (acronyme de « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises »^{Note 1}), aura été très longue. D'abord 8 mois pour que le projet de loi, après de nombreuses consultations, dont l'une publique, soit déposé au parlement^{Note 2}. Puis 8 autres mois pour que le texte soit adopté définitivement par l'Assemblée nationale le 11 avril 2019^{Note 3}. Il faut dire que le parcours de la loi Pacte a été semé d'embûches. Après engagement de la procédure accélérée, le texte a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018, avant d'être nettement amputé par le Sénat (suppression, notamment, de l'article 61 afférent à l'intérêt social), pour être, après qu'une commission mixte paritaire ait échoué le 20 février 2019 à trouver un accord, rétabli le 15 mars suivant par l'Assemblée nationale, et finalement rejeté en seconde lecture par le Sénat le 9 avril, et adopté définitivement par l'Assemblée nationale le 11 avril 2019 donc. Ajoutons à cela que le Conseil constitutionnel, saisi de quatre recours^{Note 4} dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, a rendu le 16 mai dernier une décision de non-conformité partielle^{Note 5}. Le Conseil constitutionnel a censuré 24 dispositions, pour des raisons non de fond, mais de forme, faute de lien direct ou indirect avec le projet de loi initial au sens de l'article 45 de la Constitution^{Note 6} (« cavaliers législatifs »). Sur le terrain du droit des sociétés, la principale disposition critiquée, c'est-à-dire la réduction du champ de l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes^{Note 7}, a échappé à la censure des sages du Palais Royal. De même, les articles 130 à 136 redéfinissant le cadre juridique applicable à la société Aéroports de Paris (ADP), dans la perspective de sa privatisation, ainsi que l'article 137 autorisant le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société La Française des jeux (FDJ), échappent à la censure. Le sort de ces dernières dispositions, considérées comme politiquement explosives, reste cependant suspendu à une procédure inédite de référendum d'initiative partagée (RIP)^{Note 8}, initiée dans le délicat contexte que l'on sait, qui promet d'être longue et de compliquer la tâche du Gouvernement. À l'inflation temporelle est venue s'ajouter celle des dispositions textuelles. Alors qu'initialement le projet comportait 71 articles, le texte définitif en compte 221, soit plus de trois fois plus. Il faut dire que plus de 8 500 amendements ont été déposés et, même si la plupart ont été rejetés, il en est resté quelque chose. Quant à l'état d'esprit qui a inspiré la loi Pacte, on peut lire sur le site internet du ministère de l'Économie que « Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (Pacte) ambitionne de donner aux entreprises les moyens d'innover, de se transformer, de grandir et de créer des emplois ». Le Gouvernement place de grands espoirs dans un texte dont l'OCDE estime qu'il

apportera 0,4 point de richesse nationale supplémentaire à la France dans les 10 prochaines années. Dans le discours qu'il a prononcé lors de la lecture définitive de la loi Pacte, le ministre de l'Économie et des Finances, Monsieur Bruno Le Maire, faisait valoir : « on me dit que Pacte est un texte complexe, qu'il y a beaucoup de dispositions de détails, mais c'est tout simplement parce que les obstacles à la croissance des entreprises et à la juste rémunération des salariés sont innombrables dans notre économie qu'il fallait s'attaquer à chacun d'eux. Il fallait s'attaquer aux seuils, il fallait les simplifier, il fallait les alléger. Il fallait s'attaquer à l'épargne salariale qui est un maquis dans lequel les salariés ne s'y retrouvent pas. Il fallait s'attaquer aux conditions de financement de notre économie. Il fallait s'attaquer à la surtransposition des directives sur les obligations de commissariat aux comptes qui sont faites à nos PME. Il fallait s'attaquer aux difficultés à la création d'entreprise. Il fallait s'attaquer à la question des registres »^{Note 9}. On comprend ainsi que le droit des sociétés fait partie des dispositions techniques qui innervent la loi Pacte, même si cette dernière contient bien d'autres mesures. La présente étude se propose d'analyser de manière détaillée les dispositions de la loi Pacte aboutissant à réformer le droit des sociétés de près ou d'un peu plus loin.

Pour aller plus loin :

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises a été publiée au Journal officiel du 23 mai 2019. Par ailleurs trois jours après cette publication de la loi au JO, un décret n° 2019-514 du 24 mai 2019 qui fixe les nouveaux seuils de désignation du commissaire aux comptes a été publié au JO du 26 mai 2019 et six jours après un décret n° 2019-539 du 29 mai 2019 qui modifie les seuils de définition des petites et moyennes entreprises pour l'élaboration et la publication de leurs états financiers a été publié au JO du 30 mai 2019.

1. La place repensée de l'entreprise dans la société

A. - Intérêt social et prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux (*L. Pacte, art. 169. – C. civ., art. 1833, al. 2 nouveau*)

2. - Article 1833, alinéa 2 nouveau. - On a pu douter de la pertinence de réformer l'entreprise en modifiant le Code civil^{Note 10}. Voici qui est fait. Suivant les recommandations du rapport « l'entreprise, objet d'intérêt collectif » réalisé par Nicole Notat et Jean-Dominique Sénard^{Note 11}, l'article 1833 du Code civil est enrichi d'un alinéa 2 ainsi rédigé : « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Ce nouvel alinéa fait écho au premier, lequel reste parfaitement inchangé : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

Pour aller plus loin :

Dispositions spécifiques aux sociétés anonymes (SA)

Signalons que la loi a été modifiée afin de faire figurer expressément pour le conseil d'administration (*C. com., art. L. 225-35 mod.*) et pour le directoire (*C. com., art. L. 225-64 mod.*) l'obligation de se conformer à l'intérêt social en prenant en considération les enjeux environnementaux et sociaux ainsi que, s'il en a été stipulé, la raison d'être de la société. Ces dispositions ne font que relayer le droit commun. Elles ont donc une portée essentiellement solennelle. L'absence de modifications comparables à destination des autres organes (par ex. DG de SA, gérant de SARL, ou président de SAS) ne doit donc en aucun cas être interprétée *a contrario* comme une dispense d'avoir à prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux.

3. - Maintien du premier alinéa de l'article 1833. - Le premier alinéa, maintenu, traduit l'idée classique selon laquelle la société est constituée par des associés dans un intérêt qui, dépassant celui de chacun, est commun à l'ensemble d'entre eux. L'article 1833 fait ainsi écho en son alinéa 1er à l'article 1832, lequel assigne à la société, comme on le sait, une fonction de partage entre associés des bénéfices ou sinon de réalisation d'une économie. Cette fonction première de la société, qui demeure, traduit le fondement contractuel – classique s'il en est – de la société^{Note 12}. Il sera cependant difficile à l'avenir de prétendre en son nom maximiser à tout prix les bénéfices de la société au seul profit des actionnaires (« *shareholder value* »^{Note 13}).

4. - Ajout de la nécessaire prise en considération des « enjeux sociaux et environnementaux ». - C'est au rééquilibrage des intérêts qu'invitent les nouvelles dispositions selon lesquelles « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Ce type d'évolution obéit à un mouvement que l'on observe déjà dans une partie de l'Europe, notamment en Allemagne, en Autriche et aux Pays-Bas^{Note 14}. Il se manifeste également au niveau de l'Union européenne^{Note 15}. On ne peut analyser l'enrichissement de l'article 1833 si l'on n'a pas présent à l'esprit sa source profonde, qui est celle de la théorie des parties prenantes (« *stakeholder's theory* »), opposée à celle des actionnaires (« *shareholder's theory* »), théorie défendue en France par l'École de Rennes dès la fin des années 60 en les personnes des professeurs Claude Champaud et Jean Paillusseau. Cette école de pensée privilégie une approche de la société plus institutionnelle que contractuelle, où la société est vue avant tout comme une structure d'organisation de l'entreprise^{Note 16}, où se nouent grâce à la personnalité morale, tous les contrats qui font les salariés, les clients, les fournisseurs. Le rapport Notat-Sénard du 9 mars 2018 a donné le ton de la loi Pacte. Intitulé « L'entreprise objet d'intérêt collectif », ce document faisait un constat : le court-termisme et la financiarisation pèsent sur la vie de l'entreprise ; il reposait sur une conviction : l'entreprise a une raison d'être et contribue à un intérêt collectif. Les rédacteurs faisaient ainsi valoir : « Le rôle premier de l'entreprise n'est pas la poursuite de l'intérêt général, mais des attentes croissantes à l'égard des entreprises sont régulièrement exprimées, avec l'essor des défis environnementaux et sociaux. [...] la conviction portée par ce rapport est que le gouvernement d'entreprise lui-même doit incorporer ces considérations dans sa stratégie ». La disposition s'insère dans un contexte de RSE (responsabilité sociale et environnementale des entreprises), où la loi met déjà à la charge des entreprises de nombreuses obligations destinées à profiter aux salariés ou à mieux protéger l'environnement^{Note 17}. Il a même été écrit que la RSE faisait son « entrée [...] dans le code civil »^{Note}

18.

5. - Articulation des deux alinéas de l'article 1833. - Il ne faut pas donner à la formule du nouvel alinéa de l'article 1833 plus de sens qu'elle n'en a. Il n'est pas affirmé que la société doit être gérée dans le seul intérêt des parties prenantes (salariés, fournisseurs, créanciers en général). Il est simplement dit que la société doit être gérée « dans son intérêt social, en prenant en compte les enjeux environnementaux et sociaux ».

6. - Référence nouvelle à l'intérêt social. - Pour autant, on ne saurait minimiser la portée considérable du nouveau dispositif. *A priori*, dire que la société doit être gérée « dans son intérêt social », ainsi que le fait le nouvel article 1833, alinéa 2 n'ajoute rien^{Note 19}. Le fait que le texte précise que la société « est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité », peut même laisser sous-entendre que les enjeux sociaux et environnementaux lui sont extérieurs^{Note 20}. Ce serait cependant oublier qu'entre deux interprétations d'un texte, il faut privilégier celle qui lui confère du sens à celle qui l'en prive. En l'espèce, la formule doit être comprise comme faisant le lien entre l'intérêt commun des associés de l'alinéa premier et les enjeux environnementaux et sociaux de l'alinéa second. La formule « intérêt social » fonde ainsi dans le même creuset l'intérêt des associés et ceux des autres parties prenantes, à travers la nécessaire prise en compte des enjeux sociaux (au sens de la définition du Robert : « Relatif à un groupe d'individus considéré comme un tout et aux rapports de ces

individus entre eux ») et environnementaux, le tout faisant émerger un intérêt propre à la société, qui se distingue des intérêts tant des associés que de ceux des autres parties prenantes et ne correspond pas à la somme de ces intérêts. L'étude de l'un des textes qui, depuis l'étranger, a inspiré la réforme de l'article 1833, plaide en ce sens. L'article 172 du *Companies Act* britannique de 2006, intitulé « *Duty to promote the success of the company* », dispose en effet que le dirigeant doit promouvoir le succès de la société pour le bénéfice de ses membres conçus comme un tout (« *for the benefice of its members as a whole* »). L'alliage qui en résulte, véritable consécration d'un « intérêt social élargi »^{Note 21}, invite à dépasser l'opposition que l'on dresse trop souvent et si facilement entre l'intérêt des associés et celui des parties prenantes, alors même qu'elle tend à s'estomper dans de nombreuses entreprises. Des salariés heureux et dont le travail est reconnu par le *management* s'impliquent davantage au service de leur entreprise. Par ailleurs, à l'ère de la transparence et des réseaux sociaux, une société à laquelle les salariés se disent fiers d'appartenir bénéficie d'une image positive équivalant à la meilleure des publicités. Beaucoup d'entreprises ont bien compris l'utilité qu'il peut y avoir, pour elles, pour leurs associés, pour leurs dirigeants, et pour leurs salariés, à faire exploser la frontière entre salariés et actionnaires. Le développement ces dernières années de l'actionnariat des salariés, à travers l'attribution de stock-options ou encore d'actions gratuites en est une illustration éclatante.

Pour aller plus loin :

Nouveau processus décisionnel

Il importera subséquemment que les organes décisionnels prennent le temps, pour les décisions les plus sensibles, d'établir une étude d'impact, afin de mesurer les effets sociaux et environnementaux de la décision envisagée. Pour poursuivre le parallèle avec le droit britannique, le texte fait ici écho, en des termes nettement plus mesurés, à l'article 172 du *Companies Act* lorsqu'il énonce que le dirigeant doit dans ses décisions prendre en considération (« *have regard to* ») les conséquences probables à long terme (« *(a) the likely consequences of any decision in the long term* »), les intérêts des salariés de la société (« *(b) the interests of the company's employees* »), l'impact sur l'environnement (« *(d) the impact of the company's operations on the community and the environment* »).

7. - Sanctions. - Reste à savoir quelle est la sanction de la violation de l'article 1833, alinéa 2 nouveau. Sur ce terrain, la loi se fait rassurante. En premier lieu, s'il advenait que, fort inopportunément, une clause des statuts prétende écarter en tout ou partie la nouvelle disposition, cette clause serait réputée non écrite (*C. civ., art. 1844-10, al. 2*), mais la société ne serait pas nulle^{Note 22}. Quant aux actes et délibérations pris en violation du nouvel alinéa, ils ne pourraient être annulés. La loi Pacte modifie en effet les articles 1844-10, alinéa 3 du Code civil et L. 235-1, alinéa 2 du Code de commerce qui posent « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société* » violant une « *disposition impérative* » (ce qu'est le nouvel article 1833, alinéa 2), pour les enrichir des mots : « *à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du code civil* ». En définitive, disposition symbolique s'il en est, l'article 1833, alinéa 2 du Code civil devrait être sanctionné essentiellement par l'engagement de la responsabilité du dirigeant pour violation de la loi, voire par sa révocation pour faute.

Pour aller plus loin :

Nota Bene

La question pourrait se poser à l'avenir de savoir si par une sorte d'effet induit, probablement bien involontaire de la part du législateur, la jurisprudence annulant les cautionnements hypothécaires (hypothèques pour autrui, pour être plus exact) pour cause de violation de l'intérêt social n'est pas en conséquence caduque, puisque formellement la violation du texte affirmant que la société doit être gérée « dans son

intérêt social » ne peut être sanctionnée par la nullité des actes ou délibérations. Sauf à ce que ladite jurisprudence puisse prospérer sur l'affirmation de l'article 1833, alinéa 1er selon laquelle la société doit « être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

Pour aller plus loin :

Entrée en vigueur : Ces dispositions sont applicables depuis le 24 mai 2019, lendemain de la date de publication au JO de la loi.

B. - Raison d'être (L. Pacte, art. 169. – C. civ., art. 1835, al. 2 nouveau)

8. - Article 1835, alinéa 2 nouveau. - Les sociétés pourront désormais se doter d'une « raison d'être ». Il est en effet ajouté à l'article 1835 du Code civil la phrase suivante : « *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* ». La formulation initiale figurant dans le projet était plus floue encore puisqu'il était prévu : « les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité ».

9. - Difficultés posées par la notion. - On a beaucoup critiqué ce concept parfaitement nouveau et inédit en droit de « raison d'être »^{Note 23}. Le seul fait que le plus gros actionnaire au monde appelle les entreprises à définir leur raison d'être doit cependant alerter sur l'utilité d'un dispositif qu'il ne faut pas prendre à la légère^{Note 24}. Certes, le concept n'est pas très familier au juriste, puisqu'il est issu de la stratégie d'entreprise. Certes la dénomination « raison d'être » est en elle-même un peu maladroite, puisqu'elle sous-entend qu'il existerait des sociétés sans raison d'être^{Note 25}, ce qui est absurde si l'on prétend donner à ces mots leur signification littérale de « ce sans quoi on ne saurait être, vivre ». En ce sens, le juriste est tenté, ce qui serait une erreur, d'assimiler la raison d'être au concept juridique classique de cause^{Note 26} (subjective). Certes enfin la définition de la raison d'être par la loi aurait pu être plus éclairante que le simple renvoi à des « principes ».

10. - Sens profond de la raison d'être. - Ainsi, dès lors que l'on quitte la posture du juriste ne parlant que le droit, il nous semble que la raison d'être doit s'entendre de la vocation particulière que l'entreprise se reconnaît et qui se décline, dans cette logique, par un ensemble de principes visant à guider et inspirer le *management* de l'entreprise ainsi que toutes les parties qui prennent part à son activité. Le droit devient ici à la fois outil et symbole. Le Conseil d'État a le croyons-nous très bien cerné le concept en voyant dans la raison d'être un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tendant à l'affirmation de valeurs ou de préoccupations de long terme^{Note 27}. Madame le professeur Isabelle Urbain-Parleani a pu écrire que la raison d'être est le « souffle de l'entreprise pour un monde meilleur »^{Note 28}.

11. - Illustrations. - Concrètement, voici quelques-unes des raisons d'être d'ores et déjà retenues par certaines entreprises :

- **La Camif.** – Ses statuts contiennent depuis le 17 novembre 2017 la raison d'être suivante : « Proposer des produits et services pour la maison, conçus au bénéfice de l'Homme et de la planète. Mobiliser notre écosystème (consommateurs, collaborateurs, fournisseurs, actionnaires, acteurs du territoire), collaborer et agir pour inventer de nouveaux modèles de consommation, de production et d'organisation » ;

- **Atos.** – Ses statuts contiennent depuis le 30 avril 2019 la raison d'être suivante : « Notre mission est de contribuer à façonner l'espace informationnel. Avec nos compétences et nos services, nous supportons le développement de la connaissance, de l'éducation et de la recherche dans une approche pluriculturelle et contribuons au développement de l'excellence scientifique et technologique. Partout dans le monde, nous permettons à nos clients et à nos collaborateurs, et plus généralement au plus grand nombre, de vivre, travailler et progresser durablement et en toute confiance dans l'espace informationnel ».

12. - Pourquoi se doter d'une raison d'être. - Tout chef d'entreprise gagnera à prendre le temps de se poser la question de savoir quel est pour lui et son entreprise l'intérêt qu'il y a à se doter d'une raison d'être. La réponse n'est pas guidée par le droit mais résulte de la stratégie d'entreprise. Définir la raison d'être de l'entreprise deviendra un « nouvel exercice stratégique ». On signalera d'ailleurs qu'a été créé le 14 mars 2019 un « Cercle des entreprises à raison d'être ». Toute société pourra en adoptant une raison d'être : se doter d'une devise, relever ses niveaux d'exigence, et afficher le tout aux yeux de ses parties prenantes. Pour peu que l'entreprise joue pleinement le jeu, c'est-à-dire affecte des moyens, ainsi que le pose l'article 1835 réformé, à la réalisation de la raison d'être, l'ensemble devrait aboutir à donner du sens au travail de chacun au sein de l'entreprise, et à renforcer le sentiment d'appartenance à l'entreprise et ainsi l'engagement de toutes les parties prenantes en vue de la réalisation de l'activité sociale. Par ailleurs, la raison d'être figurant dans les statuts, elle ne pourra être ultérieurement modifiée qu'aux conditions de modification des statuts, telles qu'arrêtées par la loi ou, lorsque la loi le permet, telles qu'arrêtées par les statuts eux-mêmes. La raison d'être pourrait ainsi être solidement verrouillée dans les statuts. Un auteur voit même se profiler une nouvelle technique anti-OPA^{Note 29}.

13. - Sanctions. - Se pose la question de savoir comment est sanctionnée la violation de la raison d'être. On observera en premier lieu que ladite violation ira rarement de soi. Investir dans le nucléaire par exemple c'est, pour les uns, porter atteinte à l'environnement et, pour d'autres, participer au développement de l'énergie la plus propre. À supposer qu'on puisse établir qu'à coup sûr a été violée la clause arrêtant la raison d'être de la société, le dirigeant engagerait sur ce fondement sa responsabilité. L'acte accompli pourrait-il être annulé ? Pour répondre, il faut distinguer selon la qualité du demandeur en nullité. La société ne pourrait pas obtenir la nullité, car la sécurité juridique et la célérité des transactions s'y opposent. Ainsi, pour chaque forme sociale, une disposition propre neutralise l'opposabilité aux tiers des restrictions statutaires des pouvoirs des dirigeants, quand bien même ils en auraient eu connaissance, ajoute la jurisprudence. En revanche, on sait que la jurisprudence reconnaît aux tiers le droit de solliciter la nullité de l'acte passé par le dirigeant en méconnaissance d'une restriction statutaire^{Note 30}. C'est dire qu'un tiers pourrait dans l'absolu solliciter la nullité du contrat passé avec lui par le dirigeant représentant la société, en violation de la raison d'être posée par les statuts. Encore faudrait-il cependant, chose assez peu probable, qu'il pût être établi que la prise en compte, par le tiers cocontractant, de la raison d'être de la société avec laquelle il conclut le contrat, a intégré le champ contractuel et déterminé son consentement^{Note 31}.

Pour aller plus loin :

Entrée en vigueur : Ces dispositions sont applicables depuis le 24 mai 2019, lendemain de la date de publication au JO de la loi.

C. - La société à mission (L. Pacte, art. 176. – C. com., art. L. 210-10 à L. 210-12 nouveau)

14. - Premières vues. - L'article 176 de la loi Pacte institue la possibilité pour les sociétés d'accéder sur option au statut de société dite « à mission »^{Note 32}. À la différence du modèle qui triomphe dans le monde, la société à mission de droit français n'est pas conçue comme une forme spéciale de société, mais comme une modalité particulière susceptible de se greffer sur tout type de société, à la manière d'une stipulation de variabilité du capital social. Il y aura donc des SARL à mission, des SNC à mission, des SA cotées ou non ou encore des SAS à mission... À cette fin, le titre Ier du livre II du Code de commerce est complété par les articles L. 210-10 à L. 210-12.

15. - Un statut venu de l'étranger. - Depuis 2005, le Royaume-Uni permet aux entreprises d'adopter le statut de *Community interest companies* (CIC), obligeant la société à se doter d'un objet d'intérêt général, tout en conservant un but lucratif pour ses associés. Ce statut y est conçu comme un statut complémentaire, et il faut le dire un peu à part, des formes sociales préexistantes (environ 70 000 CIC). Le modèle canadien se rapproche davantage de nos sociétés à mission. Depuis 2013, il est possible de créer au Canada une *Community Contribution Company* (CCC). En Italie, il est possible depuis 2016 de fonder une *Società Benefit*. Près de 200 entreprises – c'est à la fois très peu et beaucoup – ont opté pour ce statut légal et autonome^{Note 33}. Il reste que le modèle le plus répandu dans le monde d'entreprise à mission est la « *Benefit corporation* » de droit américain. Aux États-Unis d'Amérique, chacun des cinquante États fédérés a son propre droit des sociétés non cotées. Ainsi l'État du Maryland a-t-il le premier, dès 2010, institué sur ses terres un nouveau type de société : la *Benefit Corporation*^{Note 34}. Cette société est inspirée du label privé *B. corp.*, regroupant 2 500 entreprises de 52 pays et 130 secteurs industriels ; 50 entreprises françaises dont la Camif et Nature et Découvertes. Depuis, les quatre cinquièmes des États fédérés se sont dotés d'un statut de *Benefit Corporation* ou équivalent (*Flexible Purpose Corporation*)^{Note 35}.

16. - Textes. - Ces nouveaux textes viennent s'insérer à la toute fin des dispositions préliminaires aux sociétés commerciales. On peut ainsi se demander d'ores et déjà si les sociétés civiles y seront éligibles, car malgré l'emplacement précité au sein du Code de commerce, il ne semble pas avoir été dans l'esprit du législateur d'écarter les sociétés civiles d'un dispositif œcuménique conçu pour rendre les « entreprises plus justes » (intitulé du chapitre III de la loi Pacte, au sein duquel figure l'article 176). Des dispositions spécifiques balaient en revanche le doute pour les sociétés d'assurance mutuelle^{Note 36}, les mutuelles et unions (*C. mut., art. L. 110-1-1 à L. 110-1-3 nouveaux*), et les coopératives^{Note 37} : toutes peuvent, sur dispositions expresses de la loi, accéder au statut de société à mission.

Pour aller plus loin :

Le 3 juin 2019, la MAIF a indiqué sa volonté de devenir la « première grande entreprise à mission ».

1° Accès au statut de société à mission

17. - Conditions. - L'article L. 210-10 nouveau du Code de commerce dispose sans distinguer qu'une société peut faire publiquement état de la qualité de « société à mission » lorsque certaines conditions sont respectées. Comme cela a pu être démontré, le droit français est sur le terrain de l'intérêt social beaucoup plus souple que le droit américain, et semble s'accommoder naturellement de la satisfaction d'intérêts qui, pour n'être pas directement ceux des associés, peuvent être rattachés à l'intérêt de la société^{Note 38}. La réforme par la loi Pacte de l'intérêt social à travers l'ajout d'un second alinéa à l'article 1833 du Code civil vient considérablement renforcer l'analyse. Quelles sont ces conditions posées par la loi pour accéder au statut de société à mission ? L'article L. 210-10 en arrête cinq, qui peuvent être classées en conditions de fond **(a)** et conditions de forme **(b)**.

a) Conditions de fond

18. - Une raison d'être. - Les statuts de la société doivent préciser une raison d'être, au sens de l'article 1835 du Code civil. Il est évidemment fait ici référence à une autre innovation fondamentale de la loi Pacte, que nous avons exposée ci-avant. Nous renvoyons le lecteur aux développements correspondants.

19. - Une mission. - Les statuts de la société doivent préciser un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité. Ainsi, sur le site internet de Danone, on peut d'ores et déjà lire : « Notre mission est d'apporter la santé par l'alimentation au plus grand nombre. Pour la conduire, nous avons créé une gamme unique de produits sains et nous nous efforçons d'optimiser en permanence le profil nutritionnel de nos offres. Nous nous appuyons aussi sur notre connaissance approfondie des habitudes alimentaires et des traditions culturelles locales, ainsi que des enjeux de santé publique, pour innover et offrir davantage de choix avec des produits plus sains. Au-delà des produits, nous collaborerons avec nos partenaires pour développer ou créer de nouveaux programmes et services permettant d'encourager l'adoption de meilleures pratiques alimentaires ». Quelle est la différence entre mission et raison d'être ? En pratique les deux sont d'ores et déjà confondus. Certaines sociétés débutent ainsi l'exposé de leur raison d'être par les mots : « notre mission ». En pratique, la mission peut correspondre mot pour mot à la raison d'être. Il se peut également que la mission soit plus restreinte voire précise et concrète que la raison d'être. Il ne faut pas oublier en effet qu'au sens de la loi la raison d'être recoupe des « principes » là où la mission correspond à « un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux ».

b) Conditions de forme

20. - Un contrôle interne par un « comité de mission ». - Les statuts de la société doivent préciser les modalités du suivi de l'exécution de la mission statutaire. Ces modalités prévoient qu'un comité de mission (le rapport Notat-Sénard utilisait le terme plus évocateur de « comité d'impact »), distinct des organes sociaux prévus par le livre deuxième du Code de commerce (« *Des sociétés commerciales et des groupements économiques* ») et devant comporter au moins un salarié^{Note 39}, est chargé exclusivement de ce suivi et présente annuellement un rapport joint au rapport de gestion (ou présenté, selon nous, seul en cas de dispense de rapport de gestion), mentionné à l'article L. 232-1 du Code de commerce, à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission. L'article L. 210-12 nouveau du Code de commerce autorise la société qui emploie au cours de l'exercice moins de cinquante salariés permanents, à prévoir dans ses statuts qu'un référent de mission se substituera au comité de mission. Le texte prévoit que ce référent de mission peut être un salarié de la société, à condition que son contrat de travail corresponde à un emploi effectif.

21. - Un contrôle externe par un organisme tiers indépendant. - L'exécution des objectifs sociaux et environnementaux constitutifs de la mission fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités et une publicité qui seront définies par décret en Conseil d'État. Cette vérification donnera lieu à un avis joint au rapport de gestion précité.

22. - Une déclaration au RCS. - La société déclare sa qualité de société à mission au greffier du tribunal de commerce, qui la publie, sous réserve de la conformité de ses statuts aux trois premières conditions, au registre de commerce et des sociétés, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'État. Cette déclaration au RCS avait été supprimée par amendement en commission lors de la première lecture au Sénat, au motif que « cette inscription apparaît conduire à des rigidités et à des frais inutiles, dans la mesure où le contrôle du greffier en la matière ne peut être que formel et devoir se réduire au seul rôle d'entériner les conclusions de l'organisme tiers indépendant »^{Note 40}. L'exigence a cependant été rétablie par l'Assemblée nationale en seconde lecture.

2° Sortie du statut de société à mission

23. - Sortie choisie. - Puisque le bénéfice du statut de société à mission résulte de l'adoption d'une mission, rien n'interdit évidemment à la société d'amender cette mission, selon les conditions nécessaires à la modification de ses statuts, voire d'abandonner purement et simplement ladite mission. Selon le type de société, les modalités de modification ou d'abandon de la mission pourraient être renforcées. On imagine ainsi aisément que, dans une SAS, la suppression ou la modification de la raison d'être et de la mission pourraient requérir un accord unanime des associés, pour peu que les statuts l'imposent. La technique pourrait aboutir à sanctuariser la mission en évitant qu'un tiers n'en détourne la société.

24. - Sortie subie. - L'article L. 210-11 nouveau du Code de commerce dispose que lorsque l'une des conditions mentionnées à l'article L. 210-10 n'est pas respectée, ou lorsque l'avis de l'organisme tiers indépendant conclut qu'un ou plusieurs des objectifs sociaux et environnementaux que la société s'est assignée en application du 2° du même article L. 210-10 ne sont pas respectés, le ministère public ou toute personne intéressée peut saisir le président du tribunal statuant en référé aux fins d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au représentant légal de la société de supprimer la mention « société à mission » de tous les actes, documents ou supports électroniques émanant de la société. Initialement, le projet d'article L. 210-10 prévoyait que « les actes pris, pour la mise en œuvre de la mission [...], par les dirigeants investis par la loi du pouvoir d'engager la société sont réputés ne pas dépasser l'objet social. Ces dirigeants sont responsables à l'égard de la société de la mise en œuvre de la mission ». Le Sénat a supprimé cette précision en première lecture, sur amendement en commission. L'accent fut mis sur le fait que cet amendement « supprime la présomption de respect de l'objet social des actes pris par le dirigeant pour la mise en œuvre de la mission. Cette présomption apparaît en effet susceptible de conduire à des abus »^{Note 41}. Le texte initial n'a pas été rétabli. Son objet était double : protéger le dirigeant agissant dans le cadre de la mission ; responsabiliser le dirigeant violant la mission. En vérité, aucune de ces précisions ne semblait véritablement nécessaire. D'abord parce que l'objet social sera généralement plus précis que la mission et que la présomption n'aurait pas tenu longtemps devant la violation de l'objet. Ensuite, parce que le droit commun de la responsabilité devrait suffire à engager la responsabilité du dirigeant violant la mission. Que cette violation se traduise par une perte du statut de société à mission, et le préjudice lié à l'atteinte à la réputation de la société ne manquerait pas d'engager la responsabilité du dirigeant dans l'ordre interne du dirigeant indélicat.

Pour aller plus loin :

Entrée en vigueur : La mise en œuvre de cette mesure est subordonnée à la parution d'un décret.

D. - Nouvel instrument de détention et de transmission du capital d'une société : le fonds de pérennité (FP) (L. Pacte, art. 177)

25. - Le rapport Notat-Senard prônait la constitution et le développement des fondations actionnaires (Rec. n° 14 ; V. n° 26 ci-dessous). La mission de l'Inspection Générale des Finances sur le rôle économique des fondations avait d'ailleurs observé « une demande réelle et multiforme, quoique d'ampleur encore limitée, pour le modèle de la fondation actionnaire majoritaire^{Note 42} ». L'idée avait finalement été délaissée par le projet de loi. Elle a fait sa réapparition en cours d'examen au parlement, se concrétisant principalement (V. également la timide réforme des FRUP détaillée ci-après) par l'institution du fonds de pérennité économique (FPE), finalement dénommé fonds de pérennité (FP). Ce fonds présente quelques similitudes avec le fonds de dotation, avec la particularité majeure qu'il se veut entièrement destiné à accueillir une entreprise sociétaire.

26. - **L'enjeu des fondations actionnaires.** - La fondation actionnaire permet de faire détenir une entreprise par une fondation^{Note 43} qui la contrôle. En France, ce type d'entreprise est encore rarissime. Il faut dire, d'une part, que les fondations reconnues d'utilité publique ne peuvent contrôler une société que depuis un peu plus de dix ans^{Note 44}, et d'autre part, que la mise en fondation de l'entreprise est un acte d'une extraordinaire gravité, qui manifeste de la part de la personne physique qui s'y adonne, un abandon irrévocable par voie de donation, de legs, ou des deux, de ses qualités d'associé, de bénéficiaire effectif, et de contrôleur. On sait que le droit français comportait déjà avant la loi Pacte quatre statuts de fondations généralistes : la fondation reconnue d'utilité publique^{Note 45} (FRUP) ; la fondation abritée^{Note 46} (FA) ; la fondation d'entreprise^{Note 47} (FE) ; et le fonds de dotation^{Note 48} (FDD).

27. - **En France.** - Il existe cependant dans l'hexagone deux beaux exemples d'un tel altruisme faisant vœu d'éternité : le groupe de presse La Montagne, contrôlé par la Fondation Varenne dont on connaît les belles actions dans les domaines du journalisme et de la recherche ; les Laboratoires Pierre Fabre, aux mains de la fondation à but humanitaire Pierre Fabre, depuis que ce dernier lui a donné en 2008 la majorité des actions de sa holding, puis légué en 2013 le solde des actions qu'il avait conservées.

Pour aller plus loin :

Les fondations actionnaires à l'étranger

Il reste que tout ceci est une goutte d'eau en comparaison de l'océan de générosité qui abreuve certains de nos voisins européens. Il existe plus de 3 000 fondations de ce type en Allemagne, en Suisse, aux Pays-Bas, au Danemark (près de 1 500 rien que dans ce dernier pays peuplé de 6 millions d'âmes).

Rolex (Suisse). – Rolex est l'exemple le plus étonnant. À la mort de son épouse en 1945, Hans Wilsdorf, le fondateur de Rolex, créa une fondation, et lui légua la totalité des actions de la société, avec interdiction de les revendre. Ces dernières volontés furent exécutées à son décès en 1960. Aujourd'hui, les bénéfices distribués par Rolex financent aux mains de sa fondation des œuvres de bienfaisance, la formation et la recherche horlogères, certains ouvrages d'art comme le magnifique pont futuriste Hans Wilsdorf, qui relie le siège mondial de Rolex à l'université de Genève, ont été entièrement financés par Rolex^{Note 49}.

Bosch et ThyssenKrupp (Allemagne). – En Allemagne, la société Bosch (équipementier automobile ; électroménager ; outillage professionnel), plus grosse société européenne non cotée, dont le chiffre d'affaires atteignait 78 milliards € en 2017, est à 92 % aux mains de la plus grosse fondation du pays. Robert Bosch a une fondation à son nom, la plus importante d'Allemagne, devant celle du groupe de sidérurgie ThyssenKrupp ; pour l'éternité peut être son nom vivra ; pour l'éternité peut être, son entreprise lui survivra. Tous les ans, 60 à 80 millions d'euros de dividendes sont ainsi remontés pour être affectés aux domaines de la santé, de la littérature, de l'éducation, de l'entente entre les peuples...

IKEA (Pays-Bas). – Aux Pays-Bas, et non en Suède, le fondateur du groupe IKEA (35,1 milliards € de chiffre d'affaires en 2016), Ingvar Kamprad, a créé une fondation destinée à garantir la santé, la protection et l'éducation des jeunes générations (« Stichting Ingka Foundation »), à laquelle il a donné ses titres dans la *holding* de tête du groupe (Ingva Holdings BV). Ce faisant, le fondateur a également voulu permettre au groupe de rester indépendant et de ne pas être dispersé à son décès. Soulignons qu'une seconde fondation a été créée par le fondateur au Liechtenstein. Cette fondation est contrôlée par ses descendants, et perçoit 3 % de royalties sur le montant des ventes mondiales. Elle a été dénoncée par la presse en 2011 comme étant le pivot d'un dispositif d'évasion fiscale.

Carlsberg (Danemark). – Terminons notre voyage au Danemark, où le groupe Carlsberg, quatrième brasseur mondial, dont le chiffre d'affaires dépassait 8 milliards d'euros en 2017, est contrôlé par la Fondation du même nom. La Fondation Carlsberg est l'une des plus anciennes fondations industrielles. Son président n'est pas uniquement responsable de la fondation mais préside aussi le conseil d'administration de la société Carlsberg. La fondation veille à ce que les dirigeants de la brasserie restent focalisés sur la recherche, l'innovation et la qualité des produits. Également, elle soutient la recherche fondamentale en sciences naturelles, lettres et sciences sociales. Le président de la Fondation (et donc de la société) est d'ailleurs nommé par l'Académie Royale des sciences et des lettres du Danemark. Preuve de cet éclectisme, la Fondation Carlsberg dirige :

- le groupe Carlsberg ayant pour activité le brassage de la bière et la production et la commercialisation de boissons sans alcool ;
- la fondation New Carlsberg dont le but est de promouvoir l'art ;
- le laboratoire Carlsberg ;
- la fondation Tüborg qui soutient les mondes de l'entreprise, de la culture et des sports ;
- le musée national d'histoire du château de Frederiksborg.

28. - La création du fonds de pérennité. - Le fonds de pérennité est constitué par « l'apport gratuit et irrévocable » des droits sociaux d'une société opérationnelle ou de sa *holding* (ou *surholding*) « afin que ce fonds gère ces [droits sociaux], 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 ». La finalité philanthropique apparaît à la lettre du texte facultative. S'agissant de la gouvernance du FP, elle est organisée entre un **conseil d'administration qui le dirige et le représente (3 membres au moins)** et un **comité de gestion** chargé du suivi permanent des participations et de la formulation de recommandations sur la gestion financière de la dotation, l'exercice des droits attachés aux titres ou parts détenus ainsi que sur les actions, et les besoins financiers associés. **Bien que reposant sur une noble intention, le succès du FP risque d'être entravé par la réserve successorale** ^{Note 50}, ainsi que **par la lourdeur des droits de donation ou de succession dus à la constitution (taux de 60 %)**, même si l'apport en pleine propriété au FP est éligible à l'abattement de 75 % du Pacte Dutreil (*CGI, art. 787 B*) et à la réduction de droits de 50 %.

Pour aller plus loin :

Entrée en vigueur : La mise en œuvre de cette mesure est subordonnée à la parution d'un décret.

E. - Sécurisation du régime juridique des fondations actionnaires reconnues d'utilité publique (FRUP) (*L. Pacte, art. 178*)

29. - Une fois le fonds de pérennité institué par la loi Pacte, lequel a vocation à être l'instrument dédié de détention de participation majoritaire d'une société voire d'un groupe de sociétés dans une optique de transmission-pérennisation, il convenait que le législateur assure la cohérence de ce dispositif avec celui applicable à une autre fondation elle aussi susceptible d'être le vecteur de participations majoritaires mais à titre accessoire, la fondation reconnue d'utilité publique. Aussi, les fondations reconnues d'utilité publique (FRUP) voient-elles leur base législative

précisée s'agissant des conditions dans lesquelles elles peuvent exercer le contrôle d'une société au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. En contrepartie, le respect du principe de spécialité de la fondation (obligation pour la fondation d'avoir une activité conforme à son objet) et l'interdiction d'immixtion dans la gestion industrielle et commerciale des sociétés détenues s'impose. L'article 18-3 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat est en conséquence réécrit pour :

- dans un premier temps, rappeler qu'une fondation reconnue d'utilité publique « peut recevoir et détenir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil de capital ou de droits de vote » ;
- et dans un second temps, requérir que « lorsque ces parts ou ces actions confèrent à la fondation le contrôle de la société au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, les statuts de la fondation indiquent comment, en application du principe de spécialité, cette dernière assure la gestion de ces parts ou actions sans s'immiscer dans la gestion de la société et les conditions dans lesquelles la fondation se prononce notamment sur l'approbation des comptes de la société, la distribution de ses dividendes, l'augmentation ou la réduction de son capital ainsi que sur les décisions susceptibles d'entraîner une modification de ses statuts ».

Le droit français permettait déjà qu'une FRUP détienne des participations majoritaires dans des sociétés, même si en pratique la modification législative de 2005 qui l'a autorisée n'a pas rencontré le succès escompté. L'ambition de la présente loi est de procurer aux fondations poursuivant une mission d'intérêt général la capacité de garantir ses sources de financement par les remontées de dividendes versés par les sociétés qu'elles détiennent. La loi Pacte fait résolument le choix d'encourager la détention par des fondations de participations majoritaires dans des sociétés. Elle reconnaît l'apport de celles-là en tant qu'acteurs de cohésion sociale, ce qui conduit à conserver en l'état le périmètre et le contenu de la notion « d'intérêt général », et, dans le même temps, elle sécurise la situation de la FRUP actionnaire majoritaire en clarifiant les implications du principe dit de « spécialité ». Ce principe de spécialité impose que la fondation ait une activité conforme à son objet lequel relève de l'utilité publique, c'est-à-dire de l'intérêt général. Afin de réconcilier cette exigence avec la prise de participations – *a fortiori* majoritaires – dans des entreprises, il y a lieu de tracer une frontière avec la gestion active de participations caractérisant une activité commerciale contraire à l'objet de la fondation. L'insertion bienvenue d'un principe de non-immixtion vise ainsi à faire en sorte que la gestion active des participations dans des sociétés ne puisse pas être assimilée à la gestion opérationnelle de ces sociétés par la fondation. Autrement dit, il importe dans une optique patrimoniale de créer les conditions de gestion par la fondation de ses participations. La richesse du droit des sociétés a, en pratique, déjà été sollicitée pour endiguer ce risque, qu'il s'agisse d'interposer une *holding* entre la fondation et la ou les sociétés majoritairement détenues ou encore de recourir à la forme sociale permettant une dissociation avantageuse entre l'apporteur de capital et le gestionnaire, par le recours à la forme de la société en commandite par actions. À cet égard, les modifications apportées par la loi peuvent être vues comme une légalisation de ces pratiques. Ainsi, la lettre de l'article 18-3 modifié vient organiser le principe de l'intervention à caractère patrimonial de la fondation actionnaire contrôlante dans la vie sociale de l'entreprise détenue en renvoyant aux statuts de la fondation le soin d'explicitier le mode de prise de décision (la liste n'est pas exhaustive) dans un périmètre de décisions stratégiques pour la société contrôlée (à savoir l'approbation des comptes, la distribution des dividendes, l'augmentation de capital et la modification des statuts). On comprend l'objectif de création d'un espace, d'une étanchéité relative entre la fondation et la société contrôlée afin que cette dernière ne soit pas sacrifiée sur l'autel des intérêts de la fondation ni que la première ne soit un organe de direction occulte de l'entité contrôlée. La liste non exhaustive de décisions concernées invite les statuts de la fondation à limiter autant que possible l'exercice du contrôle (d'où l'importance de la rattacher à la définition légale de l'article L. 233-3 du Code commerce) pour au moins ces décisions (on pourrait y ajouter la nomination et révocation des dirigeants) et à en préciser les modalités dans le sens de la mise en place de modes de gouvernance indépendants. Au résultat, on observera que la loi reste particulièrement mesurée et peu prescriptive ; elle ne procure que peu de contraintes supplémentaires. Les modifications statutaires attendues constituent en réalité la condition d'une sécurité juridique accrue, ce dont aucune fondation reconnue d'utilité publique ne se plaindra à l'avenir. Pour le reste, plusieurs solutions de meilleure gouvernance demeurent ouvertes.

Pour aller plus loin :

Entrée en vigueur : Ces dispositions emportant des modifications statutaires s'appliquent à compter de la première modification des statuts réalisée après le 23 mai 2019, date de la publication de la loi au JO (*art. 178, II*).

2. Réforme du commissariat aux comptes**A. - Nouveau périmètre harmonisé de certification légale des comptes (*L. Pacte, art. 20*)****1° Restriction du périmètre légal d'intervention des commissaires aux comptes**

30. - Nouvelles dispenses de nomination d'un CAC. - Afin d'harmoniser la rédaction dans le Code de commerce des obligations des sociétés commerciales en matière de certification des comptes, des nouvelles dispositions sont prévues pour la désignation d'un CAC par les SA (*C. com. art. L. 225-218 nouv.*), SCA (*C. com. art. L. 226-6 nouv.*), SAS (*C. com. art. L. 227-9-1 mod.*), SARL (*C. com. art. L. 223-35 mod.*) et SNC (*C. com. art. L. 221-9 mod.*).

- Jusqu'ici les SA et SCA devaient toujours être dotées d'un CAC, peu important leur taille.
- Désormais, elles ne le devront que si certains seuils sont franchis.

Pour aller plus loin :

À noter : Les entités d'intérêt public (EIP)^{Note 51} ont l'obligation de désigner au moins un CAC quelle que soit leur taille (*C. com., art. L. 823-2-1 nouveau*).

Pour aller plus loin :

L'article L. 823-2 selon lequel les personnes et entités astreintes à publier des comptes consolidés désignent au moins deux CAC n'a pas été modifié.

31. - Dépassement des seuils communs à toutes les sociétés commerciales. - Le décret n° 2019-514 du 24 mai 2019 fixe un niveau de seuils communs en les alignant sur les seuils européens de référence^{Note 52}. La désignation d'un commissaire aux comptes dans une SNC (*C. com., art. D. 221-5 nouv. remplace art. R. 221-5*), une SARL (*C. com., art. D. 223-27 nouv. remplace art. R. 223-27*), une SA (*C. com., art. D. 225-164-1*), une SCA (*par renvoi art. R.226-1*) et une SAS (*C. com., art. D. 227-1 remplace R. 227-1*) est obligatoire si la société dépasse à la clôture de l'exercice social **deux des trois critères suivants** :

- Total du Bilan supérieur ou égal à 4 millions d'eurosNB : Le total du bilan est égal à la somme des montants nets des éléments d'actif (*C. com., art. D. 123-200, al. 45*)
- Chiffre d'affaires HT supérieur ou égal à 8 millions d'eurosNB : Le montant net du chiffre d'affaires est égal au montant des ventes de produits et services liés à l'activité courante, diminué des réductions sur ventes, de la taxe sur la valeur ajoutée et des taxes assimilées (*C. com., art. D. 123-200, al. 6*)

- Nombre moyen de salariés supérieur ou égal à 50 personnesNB : Le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice est égal à la moyenne arithmétique des effectifs à la fin de chaque trimestre de l'année civile, ou de l'exercice comptable lorsque celui-ci ne coïncide pas avec l'année civile, liés à l'entreprise par un contrat de travail (*C. com., art. D. 123-200, al. 7*)

32. - Désignation à la demande des associés. - Même si ces seuils ne sont pas atteints, un ou plusieurs associés :

- représentant au moins 10 % du capital pourront demander en justice la nomination d'un CAC (dispositif déjà applicable aux SARL et SAS, et étendu aux SA et SCA ; dans la SNC, tout associé continuera de pouvoir faire la demande, sans condition minimale de détention^{Note 53} ;
- représentant au moins le quart du capital dans les SARL (*C. com., art. L. 225-35, al. 4 nouveau*) et SNC (*C. com., art. L. 221-9, al. 4 nouveau*) peuvent imposer la désignation d'un CAC.

33. - Cas particuliers. - Cependant, deux cas particuliers requièrent la nomination d'un CAC. **Cas n° 1 : Groupe de sociétés.** – L'hypothèse est celle d'une société tête de groupe en dessous des seuils mais franchissant les seuils en cumulé avec la ou les sociétés qu'elle contrôle :

- * Pour éviter qu'un groupe ne soit fractionné entre des entités de petites tailles et soit ainsi soustrait au contrôle des CAC, il est prévu que « *les personnes et entités [hors entités astreintes à publier des comptes consolidés et entités d'intérêt public] qui contrôlent une ou plusieurs sociétés au sens de l'article L. 233-3 désignent au moins un [CAC] lorsque l'ensemble qu'elles forment avec les sociétés qu'elles contrôlent dépasse les seuils fixés par décret [relatifs au bilan, CA et à l'effectif salarié]* » (*C. com., art. L. 823-2-2 nouveau, al. 1er*).

Pour aller plus loin :

Est corrélativement supprimée la règle propre aux SAS imposant la désignation d'un CAC dès lors que la société est rattachée à une autre par voie de contrôle (*C. com., art. L. 227-9-1, al. 3 suppr.*)

Les seuils mentionnés au premier alinéa de l'article L. 823-2-2 relatif à la désignation d'un commissaire aux comptes) sont ceux définis à l'article D. 221-5 qui comme nous venons de le voir les fixent pour la SNC (*C. com., art. D. 823-1, al. 1*).

Le total cumulé du bilan, le montant cumulé hors taxe du chiffre d'affaires et le nombre moyen cumulé de salariés sont déterminés en additionnant le total du bilan, le montant hors taxe du chiffre d'affaires et le nombre moyen de salariés (définis conformément aux alinéas précités de l'article D. 123-200) des entités comprises dans l'ensemble mentionné au premier alinéa de l'article L. 823-2-2 (*C. com., art. D. 823-1 nouveau, al. 2*).

La personne ou l'entité n'est plus tenue de désigner un commissaire aux comptes dès lors que l'ensemble qu'elle forme avec les sociétés qu'elle contrôle n'a pas dépassé les chiffres cumulés fixés pour deux de ces trois critères

pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes (*C. com.*, art. D. 823-1 nouveau, al. 3).

Mais il n'y a **pas d'obligation de nommer un CAC** lorsque la personne ou l'entité contrôlante est elle-même contrôlée par une personne ou une entité qui a désigné un CAC (*C. com.*, art. L. 823-2-2 nouveau, al. 2).

Cas n° 2 : Sociétés contrôlées significatives. – L'hypothèse est celle de sociétés contrôlées, directement ou indirectement, par les têtes de groupe tenues de désigner un CAC en application du cas n° 1 et qui dépassent les seuils fixés par décret pour deux des trois critères suivants (total de bilan/montant du CA HT/effectif salarié) au cours de l'exercice désignent au moins un CAC (*C. com.*, art. L. 823-2-2 nouveau, al. 3)

Pour l'application du troisième alinéa de l'article L. 823-2-2 relatif à la désignation d'un commissaire aux comptes, le total du bilan est fixé à 2 000 000 €, le montant du chiffre d'affaires hors taxes à 4 000 000 € et le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice à vingt-cinq (*C. com.*, art. D. 823-1-1 nouveau, al. 1).

La société n'est plus tenue de désigner un commissaire aux comptes dès lors qu'elle n'a pas dépassé les chiffres fixés pour un de ces deux critères pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes (*C. com.*, art. D. 823-1-1 nouveau).

Un même CAC pourra être désigné au niveau de la tête de groupe et au niveau de la société contrôlée (*C. com.*, art. L. 823-2-2 nouveau, al. 3).

2° Sort des « rapports spéciaux » ou des documents auparavant établis par le CAC dans les sociétés par actions

34. - Ajout dans certains articles du Code de commerce de la mention « s'il en existe » ou « le cas échéant ». - La loi (L. Pacte, art. 20, I, 5° 6° 9° 11° 15° 16° 19° et 20°), aménage les dispositions suivantes du Code de commerce qui prévoient l'intervention d'un CAC en y ajoutant dans certains articles du Code de commerce la mention « s'il en existe » ou bien « le cas échéant » ce qui implique qu'en l'absence de CAC aucune diligence n'a à être accomplie :

- Contrôle du respect des dispositions en matière de détention d'actions par les administrateurs et les membres du conseil de surveillance (*SA C. com.*, art. L. 225-26 et L. 225-73) ;
- Avis au CAC par le président du conseil d'administration ou de surveillance de toutes conventions autorisées et conclues (*SA C. com.*, art. L. 225-40, al. 2 et L. 225-88, al. 2. – SCA, art. L. 226-10) ;
- Communication au CAC des conventions réglementées conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs dont l'exécution s'est poursuivie (*SA C. com.*, art. L. 225-40-1 et L. 225-88-1. – SCA, art. L. 226-10) ;
- Rapport du CAC sur le rapport du conseil d'administration ou de surveillance sur le gouvernement d'entreprise (*SA C. com.*, art. L. 225-235. – SCA, art. L. 226-10-1, al. 3) ;
- Rapport dans lequel le CAC relate l'accomplissement de sa mission (*SA C. com.*, art. L. 225-100, I, al. 3. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2) ;

- Documents établis ou certifiés par le CAC devant être communiqués aux actionnaires (SA C. com., art. L. 225-115, 2o, 4o et 5o. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2) ;
- Conseil de surveillance saisi en même temps que les CAC des documents mis à la disposition de ceux-ci (SCA C. com., art. L. 226-9, al. 3) ;
- Rapport spécial du CAC en cas d'octroi au personnel salarié de la société d'options donnant droit à la souscription d'actions (SA C. com., art. L. 225-177, al. 1. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Rapport établi par le CAC en cas de réduction de capital (SA C. com., art. L. 225-204, al. 2. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Rapport spécial du CAC sur les conditions dans lesquelles les actions ont été rachetées et utilisées au cours du dernier exercice en cas de programme de rachat d'actions dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation (SA C. com., art. L. 225-209-2, al. 14. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Communication au CAC de la réponse apportée par le président du conseil d'administration ou le directoire à une question posée par des actionnaires dans le cadre d'une procédure d'expertise de gestion et obligation d'annexer le rapport de l'expert établi dans le cadre d'une telle procédure au rapport sur les comptes annuels du CAC (SA C. com., art. L. 225-231, al. 1 et 5. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Communication au CAC des documents de gestion prévisionnelle (C. com., art. L. 232-3, al. 1 Soc comm. répondant à certains critères) ;
- Rapport spécial du CAC sur le paiement du dividende en actions (C. com., art. L. 232-19, al. 3 Sociétés par actions) ;
- Rapport du CAC en cas d'augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription, quand l'assemblée fixe elle-même toutes les modalités de l'augmentation ou délègue au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de réaliser l'augmentation dans les conditions qu'elle a fixées ou lorsqu'il est fait usage d'une délégation de pouvoir ou de compétence (SA C. com., art. L. 225-135, al. 3 et 4. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Certification par le CAC en cas d'augmentation de capital réservée à une catégorie de personnes avec délégation du pouvoir d'arrêter la liste des bénéficiaires, du rapport établi par le conseil d'administration ou le directoire au moment où est utilisée cette délégation (SA C. com., art. L. 225-138, I, al. 2. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Communication au CAC de la réponse apportée aux questions écrites des actionnaires sur les faits de nature à compromettre la continuation de l'exploitation sociale (SA C. com., art. L. 225-232. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Rapport réalisé par le CAC dans le cadre de la transformation de la société (SA C. com., art. L. 225-244. – SCA par renvoi art. L. 226-1, al. 2. – SAS par renvoi art. L. 227-1, al. 2) ;
- Rapport spécial du CAC sur le respect par la société des droits particuliers attachés aux actions de préférence (C. com., art. L. 228-19 sociétés par actions) ;
- Dépôt au greffe du tribunal « le cas échéant » du rapport des CAC sur les comptes annuels et sur les comptes consolidés (C. com., art. L. 232-23, I, 1° sociétés par actions) ;

35. - Dispense pure et simple de rapport lorsque la loi ne prévoit rien. - Il y a lieu, selon nous, de considérer qu'à défaut de commissaire aux comptes et de personne désignée par la loi pour se substituer à lui dans la réalisation de sa mission, il faut faire purement et simplement abstraction de cette dernière, et considérer que la société y est soustraite. Cette thèse est défendue par la doctrine en matière de SAS depuis que la loi dite « LME » du 4 août 2008, entrée en vigueur sur ce point le 1er janvier 2009, a permis qu'elles ne fussent pas systématiquement dotées d'un commissaire aux comptes^{Note 54}.

36. - Désignation d'un nouveau rédacteur. - Dans un grand nombre de cas, la loi est venue régler expressément la difficulté résultant de la vacance de commissaire aux comptes, en prévoyant que le rapport spécial devra être soit rédigé par le président du CA soit, grande nouveauté, par un CAC spécialement « désigné à cet effet selon les modalités de l'art. L. 225-228 C. com » (CAC désigné *ad hoc*). Le tableau ci-après détaille les différentes hypothèses visées par la loi.

Président du CA ou du CS ^{Note 55}	CAC <i>ad hoc</i>
<p>Rapport spécial sur les conventions réglementées (SA, C. com., art. L. 225-40, al. 3 et L. 225-88, al. 3 mod. – SCA, art. L. 226-10 – Comp. avec la SAS où C. com., art. L. 227-10, al. 1er mod. par L. n° 2008-776, 4 août 2008, confie à défaut de CAC la présentation de ce rapport au président).</p>	<p>Rapport à l'AGE en vue de la détermination du prix d'émission ou des conditions de fixation du prix d'émission des actions émises par voie d'augmentation de capital avec suppression de DPS (SA, C. com., art. L. 225-136, 2° et L. 225-138, II. – SCA par renvoi art. L. 226-1, SAS par renvoi art. L. 227-1)</p>
<p>Rapport spécial en vue de régulariser une convention réglementée (C. com., art. L. 225-42, al. 3 et L. 225-90, al. 3, SCA art. L. 226-10)</p>	<p>Rapport à l'AGE autorisant le CA à consentir des options de souscription d'actions (SA, C. com., art. L. 225-177, al. 4 mod. – SCA par renvoi art. L. 226-1. – SAS par renvoi art. L. 227-1)</p>
	<p>Rapport à l'AGE autorisant le CA à attribuer des actions gratuites (C. com., art. L. 225-197-1, I, al. 1er mod. – SCA par renvoi art. L. 226-1, SAS par renvoi art. L. 227-1)</p> <p>Rapport à l'AGO sur les conditions de fixation du prix d'acquisition dans le cadre d'un programme de rachat par la société non cotée de ses propres actions (C. com., art. L. 225-209-2, al. 11 mod. – SCA par renvoi art. L. 226-1, SAS par renvoi art. L. 227-1)</p>

37. - Cas particulier du certificat de compensation de l'article L. 225-146, alinéa 2 du Code de commerce. - Il y a lieu, enfin, de réserver le cas très particulier de l'article L. 225-146, alinéa 2 du Code de commerce, selon lequel « les libérations d'actions par compensation de créances liquides et exigibles sur la société sont constatées par un certificat du notaire ou du commissaire aux comptes ». Nous avons plaidé pour la SAS sans commissaire aux comptes, et l'argument était destiné à s'appliquer tout autant pour la SA du même type, qu'il était impossible, contrairement à ce qu'affirmait l'ANSA, qui sur ce point avait récemment reviré d'analyse^{Note 56}, de désigner en vertu de ce texte un commissaire aux comptes *ad hoc*; la désignation d'un notaire s'imposait alors pour certifier la compensation^{Note 57}. Le législateur a été sensible à l'objection, et il est venu expressément régler la difficulté, de sorte à permettre, en l'absence de CAC en fonction au sein de la société, à un CAC désigné tout spécialement à cet effet, de constater la libération d'actions par compensation^{Note 58}.

Pour lire la suite, abonnez-vous à Lexis 360®