

LA SEMAINE JURIDIQUE

NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE

31 JANVIER 2020, HEBDOMADAIRE, N° 5 ISSN 0242-5785

1036

Personnes vulnérables

De la jurisprudence à la pratique notariale

Chronique rédigée par Nathalie Peterka, Ludivine Fabre,
Sylvie Moisdon-Chataigner, Paul-André Soreau et Alex Tani

1032-1035 **Patrimoine** - Les nouveaux avis de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP), Dossier par Cécile Lisanti, Renaud Mortier, Sophie Schiller et Pascal Lavielle

172 **Enregistrement** - Adoption simple par un adoptant divorcé : la famille recomposée n'est pas une cellule familiale, Libres propos par François-Bernard Godin

175 **Fiscal** - Pas abattement de 30 % sur la valeur de la résidence principale en SCI pour l'ISF, Zoom par Jean-Jacques Lubin

179 **Bail commercial** - Immatriculation de l'établissement secondaire, Zoom par Christine Quément

186 **Patrimoine** - Journées de l'Ingénierie Patrimoniale 2020, 3 questions à Michel Tirouflet

Nouveaux avis du comité juridique de la FNDP



Avant-propos



La célébration du dixième anniversaire de la Fédération nationale de droit du patrimoine (<http://www.fndp.eu>) fut l'occasion de présenter plusieurs avis rendus par son comité juridique¹. En la présence de nombreux praticiens, universitaires et étudiants, plus d'une dizaine d'avis exprimant les propositions du comité juridique furent exposés dans l'enceinte prestigieuse du Sénat. Ces travaux ont pour finalité à la fois la clarification et l'évolution du droit en vue d'une meilleure sécurisation des pratiques. À cette fin, notre comité a une mission d'alerte : il s'agit d'attirer l'attention des praticiens sur les risques de telle ou telle pratique. Notre comité se doit par ailleurs d'être une force de proposition d'évolution législative. Ces objectifs, nous tentons de les déployer dans la continuité en inscrivant nos actions dans la durée. À cet égard, il faut rappeler la publication d'un précédent avis sur les risques résultant de l'application de l'article 265 alinéa 2 du Code civil en matière d'avantage matrimonial en présence d'un divorce (*Cl. Farge, J.-F. Desbuquois et E. Naudin, Pour une réécriture de l'article 265 alinéa 2 du Code civil : JCP N 2018, n° 39, 1289*). Les risques identifiés dans cet avis se sont avérés bien réels, comme en témoigne une décision remarquable rendue récemment par la Cour de cassation². Fort de cette évolution jurisprudentielle, les propositions de réforme du texte qui avaient été exprimées dans ce précédent rapport seront évidemment réitérées et renforcées en vue d'une meilleure protection du patrimoine professionnel du chef d'entreprise en cas de divorce.

Les avis publiés dans ce dossier témoignent de ces objectifs de clarification et d'évolution du droit du patrimoine.

- Le premier avis de ce dossier s'inscrit dans l'un des chantiers importants mené par le comité juridique qui fut celui de l'impact de la réforme du droit des obligations sur le droit du patrimoine. Au delà des préconisations qui avaient été formulées en vue de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, des avis ont eu pour dessein d'identifier des difficultés pratiques pouvant résulter de l'application des nouveaux textes. Tel est le cas pour la sanction de la rétractation de la promesse de contrat résultant de la rédaction nouvelle de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil. Il faut rappeler que ce texte érige l'exécution forcée comme la sanction de la rétractation du promettant. La rédaction de ce texte pose néanmoins problème lorsque l'effet de la promesse est différé ou que cet effet est à la fois différé et comporte un terme, ce qui vise l'hypothèse dite des fenêtres d'option. Cet avis présente ces difficultés et fournit, en l'état actuel de la rédaction du texte, une proposition d'interprétation. De *lege ferenda*, une modification de la rédaction de l'article 1124 alinéa 2 du Code civil est préconisée (*Comment adapter l'article 1124 du Code civil aux promesses unilatérales de contrat assorties d'une fenêtre de levée d'option, par Renaud Mortier*).

1 Les avis de ce dossier viennent compléter la publication en octobre dernier d'autres avis dans ces colonnes (V. *JCP N 2019, n° 40, 1284-1288*).

2 La clause litigieuse était la clause excluant les biens professionnels du calcul de la créance de participation. Cette clause est qualifiée d'avantage matrimonial liquidatif, avantage révoqué par le divorce des époux en application de l'article 265, alinéa 2 du Code civil (*Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-26.337 : JurisData n° 2019-023658 ; JCP N 2020, n° 1-2, act. 116, obs. A. Karm*).

- Le deuxième avis procède de la même démarche avec les nouvelles dispositions de la loi Pacte. Il s'agit de prendre la mesure et d'identifier les conséquences de la rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire. Cet avis formule plusieurs propositions d'interprétation et des solutions pratiques pour lever ces difficultés (*Les conséquences de la nouvelle rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire*, par Sophie Schiller).
 - Le troisième avis porte sur la réforme de l'épargne retraite résultant de la loi Pacte. En créant trois plans d'épargne retraite, la loi Pacte entend ériger les plans d'épargne retraite en produits d'épargne phares. Cet avis du comité juridique présente les nouveaux dispositifs et tend par ailleurs à mettre en exergue les potentialités offertes par le nouveau texte (*La réforme de l'épargne retraite introduite par la loi Pacte : le plan d'épargne retraite*, par Pascal Lavielle).
- Nous espérons que ces avis susciteront votre intérêt et contribueront à une évolution utile du droit du patrimoine.

Cécile Lisanti
 présidente du comité juridique de la FNDB,
 professeur à l'université de Montpellier (UM), CDE

SOMMAIRE

1033 Révocation en question : comment adapter l'article 1124 du Code civil aux promesses unilatérales de contrat assorties d'une fenêtre de levée d'option ? par Renaud Mortier

1035 Réforme de l'épargne retraite introduite par la loi Pacte : le plan d'épargne retraite, par Pascal Lavielle

1034 Les conséquences de la nouvelle rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire, par Sophie Schiller

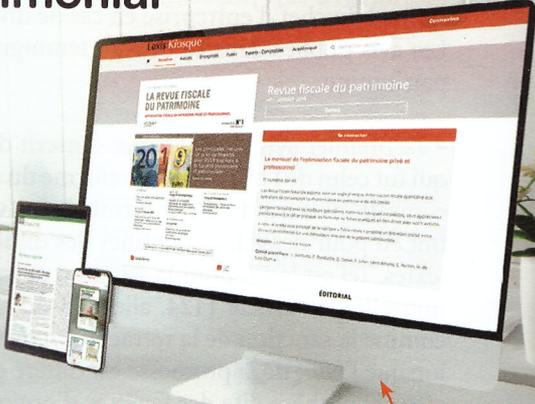


LexisNexis Presse

La sélection en droit patrimonial









Web* / Mobile / Tablette
SERVICE INCLUS dans votre abonnement

*Sauf la Semaine Juridique Notariale et Immobilière

Choisissez votre revue et abonnez-vous !

boutique.lexisnexis.fr

LexisNexis SA - 552 029 431 RCS Paris - 02 20 19 - 18 REVENUS

Révocation en question : comment adapter l'article 1124 du Code civil aux promesses unilatérales de contrat assorties d'une fenêtre de levée d'option ?

- « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » dispose l'article 1124 du Code civil.
- Cette formulation pose difficulté chaque fois que la promesse ne court pas du jour de sa signature, mais après une période de latence.
- La Fédération nationale de droit du patrimoine propose une nouvelle formulation de la règle.



Étude rédigée par :
Renaud Mortier,
professeur agrégé de droit privé, président
de la FNDP.

1 - L'article 1124, alinéa 2 du Code civil dispose : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Cette disposition a été introduite afin de mettre un terme à la jurisprudence constante bien que très décriée de la Cour de cassation¹ qui refusait l'exécution forcée de la promesse en cas de rétractation avant la levée de l'option et pour renforcer la sécurité et l'efficacité de la promesse unilatérale².

1 Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : *JurisData* n° 2011-018742 ; *JCP N* 2011, n° 41, act. 794. – Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *JurisData* n° 2011-008034 ; G. Rouzet, *Promesse unilatérale de vent. Rétractation du promettant avant la levée d'option par le bénéficiaire* : *JCP N* 2011, n° 20, 1163 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2011, p. 532, obs. B. Fages ; *Defrénois* 2011, p. 1023, obs. L. Aynès. – Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : *JurisData* n° 1993-002405 ; D. 1994, somm. 230, obs. O. Tournafond ; D. 1994, somm. 87, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1994, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1994, art. 35845, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud. – V. auparavant, l'arrêt presque passé inaperçu par comparaison : Cass. 3^e civ., 24 avr. 1970, n° 68-10.536 : *JurisData* n° 1970-098279 ; *Bull. civ.* III, n° 279.

2 R. Mortier, *Renforcement légal de l'efficacité de la promesse unilatérale de contrat* : *Dr. sociétés* 2016, comm. 54.

2 - **Période de latence.** – La formulation de la disposition nouvelle pose difficulté chaque fois que la promesse ne court pas du jour de sa signature, mais après une période de latence. C'est typiquement le cas lorsque l'effet de la promesse est simplement différé, ou que cet effet est à la fois différé et comporte un terme, ce qui vise l'hypothèse dite des fenêtres d'option.

EXEMPLE

→ M. X. a signé le 15 octobre 2018 une promesse au terme de laquelle il s'engage à céder à la société mère les titres qu'il détient dans sa société filiale, pour le cas où il perdrait sa qualité de salarié de l'une des sociétés du groupe. La société mère a alors 3 mois pour lever l'option.

Typiquement, dans cette hypothèse, le salarié promettant conclut une promesse de cession conférant à la société mère bénéficiaire une fenêtre d'option de 3 mois, commençant à courir du jour où le salarié de la filiale perdra cette qualité.

Qu'en est-il de l'hypothèse de la révocation par le salarié associé de sa promesse ?

Imaginons que le salarié soit licencié le 1^{er} octobre 2020. Du 1^{er} octobre 2020 jusqu'au 1^{er} janvier 2021, la société mère pourra, en exécution de la promesse unilatérale de vente du 15 octobre 2018, lever l'option et forcer l'associé à lui céder ses titres.

L'associé pourrait-il révoquer sa promesse pendant la fenêtre laissée à la société mère pour lever l'option ? La réponse est assurément négative, puisque tel est précisément l'objet de l'article 1124, alinéa 2 du Code civil : « La révocation pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat initial ». Appliquée à notre hypothèse, la règle aboutit à affirmer que la révocation de sa promesse

par M. X. du 1^{er} octobre 2020 jusqu'au 1^{er} janvier 2021 n'empêche pas la formation du contrat promis, pour peu bien sûr que la société bénéficiaire décide de lever l'option pendant cette durée.

Mais l'associé ne pourrait-il pas révoquer efficacement sa promesse hors « le temps laissé au bénéficiaire pour opter », puisque le texte rend la révocation inefficace « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter » ?

3 - L'hypothèse ne vise évidemment en aucun cas la révocation de la promesse après le temps laissé au bénéficiaire pour opter, puisqu'à ce moment-là la promesse sera devenue caduque et perd donc tout effet indépendamment même de sa révocation. Elle correspond tout au contraire à la révocation de la promesse entre le moment de la conclusion de la promesse et l'instant où débute la fenêtre d'option, c'est-à-dire « le temps laissé au bénéficiaire pour opter ».

4 - L'hypothèse n'est pas d'école : ainsi, dans l'exemple que nous avons retenu, M. X. pourrait révoquer sa promesse entre le 15 octobre 2018, date de sa signature, et le 1^{er} octobre 2020, date d'ouverture de l'option.

Une telle révocation pourrait-elle empêcher la formation du contrat lors de la levée ultérieure de l'option par la société bénéficiaire ? En ce cas, la société bénéficiaire ne pourrait prétendre qu'à des dommages et intérêts, et devrait souffrir que l'associé promettant se maintienne à son capital bien qu'ayant perdu la qualité de salarié du groupe.

La réponse à cette question est incertaine, car la lettre et l'esprit de l'article 1124 du Code civil sont contradictoires.

5 - **La lettre.** – À la lettre, l'article 1124 prive d'effet la révocation pendant la fenêtre d'option. Il ne vise pas la révocation avant la fenêtre d'option. Donc, à la lettre, l'article 1124 permettrait, par une sorte d'interprétation *a contrario*, de donner plein effet à la révocation de la promesse de contrat entre la date de sa signature et celle de l'ouverture du délai d'option. Dans notre exemple, M. X. pourrait révoquer sa promesse du 15 octobre 2018 au 15 octobre 2020, et la priver totalement d'effet, sans rien encourir d'autre qu'une éventuelle condamnation à des dommages et intérêts.

6 - **L'esprit.** – L'esprit de l'article 1124 semble en revanche s'opposer à ce que la révocation de sa promesse par le promettant puisse produire effet. La volonté du législateur a en effet été de briser la jurisprudence précitée qui conférait une pleine efficacité à la révocation de la promesse avant que son bénéficiaire ait levé l'option. Les affaires tranchées concernaient des révocations réalisées pendant le délai d'option, et non avant, de sorte que les rédacteurs de l'ordonnance ont visé cette période sans nécessairement prétendre exclure du champ du texte les révocations avant le temps laissé au bénéficiaire pour opter.

Pour dire les choses autrement, les rédacteurs de l'ordonnance avaient présents à l'esprit l'hypothèse à la fois la plus courante et la plus simple. Leur tort, s'il en est, est d'avoir paru faire de cette hypothèse l'objet même de l'article 1124, semblant laisser de côté,

ou peut être ignorant purement et simplement, une hypothèse qui, pour être plus rare, n'en demeure pas moins fréquente. Une phrase plus englobante eut été mieux sentie, afin de priver purement et simplement d'effet toute révocation d'une promesse de contrat **avant terme**.

7 - **Jurisprudence.** – Il appartiendra donc à la jurisprudence de trancher la question.

Elle pourrait appliquer l'article 1124 dans son esprit, en lui donnant l'application la plus large possible, afin de stériliser les effets de toute révocation de promesse de contrat avant terme. Cette hypothèse serait la plus favorable au bénéficiaire de la promesse, mais aussi la meilleure garante de la sécurité contractuelle et de la force obligatoire des contrats.

Elle pourrait appliquer l'article 1124 à la lettre, en l'appliquant restrictivement, afin de permettre au promettant de révoquer efficacement sa promesse avant terme, pour peu que ce ne fût pas pendant la fenêtre d'option, mais pendant la période qui court de la conclusion du contrat jusqu'à l'ouverture de ladite fenêtre. Cette hypothèse serait très défavorable au bénéficiaire de la promesse, et aboutirait à priver purement et simplement d'effet la promesse de contrat, en méconnaissance du principe de force obligatoire des contrats. Une telle éventualité ne saurait être écartée d'un revers de la main. Elle existe, et représente un véritable risque, pour ne pas dire danger. Il ne faut pas oublier en effet que, malgré les critiques presque unanimes, et toutes vives, qui avaient été adressées à sa jurisprudence, la Cour de cassation ne l'avait jamais rapportée, mais tout au plus infléchie en autorisant les stipulations contraires. Il se pourrait donc que la Cour de cassation souhaite maintenir son ancienne jurisprudence dans le champ que la nouvelle réglementation semblerait lui ouvrir. Certes, la chambre sociale de la Cour de cassation a anticipé le droit issu de l'ordonnance du 10 février 2016, en appliquant la formulation de l'article 1124 aux promesses de contrat de travail conclues avant le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur officielle de la réforme : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis »³. Remarque : Mais cette anticipation est le fait de la seule chambre sociale, pour les seuls contrats de travail, et participe d'une extension temporelle, et non pas matérielle, de l'article 1124, alinéa 2 du Code civil.

8 - **Propositions de la FNDP** - En l'état actuel du droit, et afin d'exclure tout risque de révocation efficace de la promesse de contrat dotée d'une fenêtre d'option, nous proposons d'assortir ce type de promesse de contrat de la formulation contractuelle suivante, à laquelle d'ailleurs la Cour de cassation conférait pleine efficacité sous l'empire du droit antérieur à l'entrée en vigueur du nouvel article 1124⁴ : « le défaut d'exécution par le promettant

3 Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103 : JurisData n° 2017-018092 ; RTD civ. 2017, p. 837, obs. H. Barbier ; N. Molfessis, Promesses d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie : JCP G 2017, doct. 1238 ; Gaz. Pal. 2017, p. 2662, obs. M. Latina ; D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud.

4 Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721 : JurisData n° 2008-043404 ; JCP N 2008, n° 40, 1299, note G. Pillet.

de son engagement sera résolu en nature par la constatation judiciaire du contrat promis ».

9 - En vue de réformer le droit positif, et de mettre fin par principe à l'insécurité juridique pour toutes les promesses de contrat assorties d'un terme, nous proposons de modifier l'article 1124, alinéa 2, en passant de la formulation suivante :

- **formulation actuelle** (mots supprimés en gras) : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » ;

- **formulation proposée** (mots substitués en gras) : « La révocation de la promesse avant la levée de l'option n'empêche pas la formation du contrat promis ».

Autrement dit, nous proposons, à l'article 1124, alinéa 2 du Code civil, de remplacer les mots « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter » par les mots « avant la levée de l'option ». ■

SOCIÉTÉ (EN GÉNÉRAL)

1034

Les conséquences de la nouvelle rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire

- L'article 1833 du Code civil, modifié par la loi Pacte, contient un nouvel alinéa, selon lequel « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Cette nouvelle obligation crée de réelles contraintes pour les sociétés patrimoniales, d'autant plus que l'intérêt social visé par l'alinéa 1^{er} de l'article 1833 se distingue de l'intérêt commun des associés envisagé dans le second.

- En outre, toute société peut désormais se doter d'une « raison d'être », d'après l'article 1835 du Code civil.

- La Fédération nationale de droit du patrimoine tire les conséquences de ces nouvelles règles.



Étude rédigée par :
Sophie Schiller,
professeur à l'université Paris-Dauphine

1 - **Textes modifiés.** – Le nouvel article 1833 du Code civil a suivi les recommandations du rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » réalisé par Nicole Notat et Jean-Dominique Sénard. Le premier alinéa est inchangé et affirme toujours que « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». La nouveauté réside dans l'ajout d'un alinéa deux, selon lequel « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

2 - **Maintien de l'exigence de respect de l'intérêt commun.** – Coexistent donc deux notions proches, celle d'intérêt commun des associés dans le premier alinéa et d'intérêt social dans le second. Elles doivent être vues comme parfaitement complémentaires, malgré la contradiction qui peut être ressentie dans une première approche. 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 du Code civil fait ainsi écho en son alinéa 1^{er} à l'article 1832 dudit code, qui assigne à la société une fonction de partage entre associés des bénéfices ou de réalisation d'une économie. Un « intérêt commun » est particulièrement difficile à identifier lorsque la masse des associés est hétérogène. C'est souvent le cas. Ainsi, dans les sociétés familiales, l'intérêt des associés membres d'une même famille diverge facilement de celui des autres catégories d'associés. Au sein des associés familiaux, les

intérêts de ceux qui poursuivent un désir de maintien d'activité à long terme se distinguent de ceux qui ont un besoin d'argent les poussant à se désengager dans les meilleures conditions à court terme. Même en l'absence d'associés familiaux, les divergences d'intérêts sont fréquentes entre associés qui poursuivent un objectif financier de plus-value rapide et ceux qui visent à développer la société sur la durée. Dans toutes les *start-up* qui se développent, cohabitent parfois difficilement les fondateurs investis jours et nuits dans le développement opérationnel et les fonds d'investissement, simples apporteurs de capitaux. La liste des types d'actionnariat est longue, ce qui explique la difficulté de cerner un intérêt qui leur soit commun¹.

3 - La jurisprudence montre que l'article 1833 du Code civil a été fréquemment utilisé pour répondre à des situations spécifiques. La majorité du contentieux use de l'article 1833 dudit code comme une norme de comportement des associés, voire, comme une norme de gestion de la société. L'existence d'un intérêt commun permet essentiellement de sanctionner les abus de droit de vote, qu'ils soient de majorité, de minorité ou d'égalité. Si la difficulté probatoire est surmontée, des dommages et intérêts pourront ainsi être obtenus, en établissant la violation de l'intérêt commun imposé par l'article 1833 du Code civil. Il faut donc saluer le maintien de cet article auquel la loi Pacte a rajouté un alinéa deux imposant la gestion dans l'intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux.

4 - **Rajout d'une exigence de respect de l'intérêt social.** – Le législateur a délibérément choisi de ne pas définir la notion d'intérêt social. Le Conseil d'État explique en effet dans son avis que « le projet de loi, qui prend le parti de ne pas définir cette notion, renvoie implicitement aux contours qu'en trace de façon souple mais non indéterminée la jurisprudence »². Les sociétés patrimoniales ont fait l'objet d'une riche jurisprudence qui a permis de mieux cerner la notion d'intérêt social. En effet, de nombreux arrêts ont annulé les cautionnements octroyés par une société au profit d'une autre structure si n'était pas établi un intérêt pour la caution, quand bien même les associés de toutes les structures étaient parfois identiques et la décision avait été prise à l'unanimité. L'intérêt social de la société accordant sa garantie était ainsi clairement distingué de l'intérêt des associés, fussent-ils tous d'accord et de l'intérêt d'une autre société, quand bien même elle appartiendrait au même groupe.

5 - Le nouveau texte impose que la gestion respecte cet intérêt. Qui prend des décisions de gestion dans une société ? C'est le ou les gérants car selon l'article 1846, alinéa 1^{er}, « La société est gérée par une ou plusieurs personnes, associées ou non, nommées soit par les statuts, soit par un acte distinct, soit par une décision des associés ». En revanche, les assemblées d'associés ne prennent en principe pas de

décision de gestion étant compétentes que pour les « décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants » (C. civ., art. 1852).

6 - **Rajout d'une exigence de considération des enjeux sociaux et environnementaux.** – Les gérants, non seulement, devront respecter l'intérêt social, mais également « en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leur activité ». Il est difficile de savoir comment devront être hiérarchisés les deux impératifs s'ils s'avéraient contradictoires, c'est-à-dire que la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux soit contraire aux intérêts de la société. Par exemple, la décision de mise aux normes environnementales les plus strictes, source d'économie d'énergie importantes doit-elle être toujours privilégiée bien que son coût élevé soit difficile à assumer pour la société ? L'étude d'impact est d'ailleurs sur ce point assez ambiguë, car elle précise : « Il importe de souligner [...] que la rédaction de l'article 1833 du Code civil est à même de résoudre une difficulté résultant d'une éventuelle contradiction entre l'intérêt social et certains enjeux sociaux et environnementaux. Pour tout acte de gestion, elle affirme en effet la primauté du respect de l'intérêt social ; les enjeux sociaux et environnementaux doivent quant à eux seulement être "pris en considération" »³.

REMARQUE

→ L'article 1833 dans cette nouvelle rédaction ne devrait pas être lu comme autorisant le dirigeant à se fonder sur des considérations d'ordre social ou environnemental pour prendre une décision contraire à l'intérêt social⁴.

7 - **Sanctions de la violation des nouvelles exigences.** – L'incertitude qui règne risque de créer une insécurité juridique d'autant plus dommageable que le nouveau texte est susceptible de déclencher des sanctions lourdes. Certes, elles ont été limitées par la loi. En premier lieu, s'il advenait qu'une clause des statuts prétende écarter en tout ou partie la nouvelle disposition, cette clause serait réputée non écrite, mais la société ne serait pas nulle⁵. Les actes et délibérations pris en violation du nouvel alinéa, ne pourraient pas non plus 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 ». Néanmoins, la violation de l'article 1833, alinéa 2 du Code civil devrait être sanctionnée par l'engagement de la responsabilité du dirigeant.

3 Étude d'impact du projet de loi Pacte jointe au dossier législatif, n° 3.1 ss art. 61.3.1.

4 R. Mortier, B. Zabala, S. de Vendeuil, *La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte : Dr. sociétés 2019, étude 8, spéc. § 6.*

5 C. civ., art. 1844-10, al. 1^{er} mod. pour restreindre la nullité au cas de violation du 1^{er} alinéa de l'article 1833.

1 Un auteur a ainsi dénombré sept types d'actionnariat, J. Paillesseau, *Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle* : D. 2003, p. 260.

2 Avis CE sur le projet de L. Pacte, 14 juin 2018, n° 98, p. 38.

8 - Vis-à-vis de la société et des associés, la méconnaissance de l'intérêt social est susceptible de constituer une faute de gestion du dirigeant, justifiant une action en responsabilité à son encontre. Une sanction politique, sa révocation, pourrait même intervenir dans la mesure où l'inobservation des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil pourrait être considérée comme un juste motif de révocation.

9 - Vis-à-vis des tiers, la chambre commerciale de la Cour de cassation exige de manière classique que soit caractérisée une faute séparable des fonctions afin que la responsabilité civile du dirigeant puisse être engagée. Au regard des décisions rendues en cette matière, la violation de l'intérêt social par le dirigeant ne devrait cependant pas constituer une faute séparable des fonctions.

10 - **Exemples.** – En pratique, les hypothèses sont fréquentes de décisions prises par une société qui seraient susceptibles d'être contraires à ses intérêts. Très classiquement, une société civile peut garantir les engagements d'une autre société, qu'elle soit civile ou commerciale, ce qui est d'autant plus logique que c'est la structure civile patrimoniale qui détient le plus souvent les actifs. Autre hypothèse, une SCI A achète les parts d'une SCI B avec un financement, sans avoir assez de biens immobiliers pour garantir cette acquisition. La banque refuse généralement le nantissement des parts et on peut se demander si une garantie donnée sur les immeubles de B ne serait pas contraire à l'intérêt de la SCI B. Dernier exemple, celui de l'acquisition démembrée d'un immeuble professionnel. Une SCI achète la nue-propriété et une société commerciale l'usufruit de l'immeuble. Généralement il n'y a pas d'emprunt pour acquérir la nue-propriété mais un financement est sollicité par la société commerciale. La garantie porte sur l'immeuble, la banque veut reconstituer la pleine propriété et sollicite le cautionnement hypothécaire de la SCI qui a la nue-propriété. Là encore, cette garantie sera-t-elle considérée comme contraire à l'intérêt social de la SCI ?

REMARQUE

→ **Tous ces montages avaient été fragilisés par la jurisprudence. La loi ne permettra pas de les valider mais il ne sera plus possible de prononcer la nullité des garanties octroyées. Seule la responsabilité du gérant qui les aura mises en place sera encourue, ce qui n'est que partiellement rassurant.**

11 - **Trois niveaux d'engagement RSE.** – Si elles le souhaitent, les sociétés peuvent aller plus loin, en étant plus proactives dans leur démarche de respect des principes RSE. On parle souvent d'une fusée à trois étages, représentant trois niveaux d'implication, les deux premiers étant de se doter d'une raison d'être, soit *a minima* extra-statutaire, soit statutaire pour ceux qui voudraient aller plus loin. Le troisième étage étant le choix de devenir une entreprise à mission.

12 - **Notion de raison d'être.** – Toute société peut désormais se doter d'une « raison d'être ». Il est 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 encore plus floue puisqu'il était prévu : « les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité ».

13 - **Cerner cette notion bien éloignée des concepts juridiques connus est difficile mais néanmoins essentiel** afin de mesurer les opportunités et les risques de la démarche. Le Conseil d'État a décrit la raison d'être comme un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tendant à l'affirmation de valeurs ou de préoccupations de long terme. Les grosses sociétés d'exploitation, mais également les sociétés familiales côtoyées au quotidien par les gestionnaires de patrimoine, n'avaient pas attendu le nouveau texte pour se doter de valeurs. La formulation choisie par ceux qui ont d'ores et déjà choisi d'affirmer une raison d'être est plus longue et rédactionnelle que les valeurs généralement exprimées sous forme d'une liste de termes posant une sorte de devise.

14 - **Exemples.** – Société mutualiste déjà touchée par ce mouvement, la Camif a inséré dans ses statuts dès 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 ». Ceux de Atos 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 ». Quant aux statuts de Carrefour, ils précisent que sa raison d'être consiste à « proposer à nos clients des services, des produits et une alimentation de qualité et accessible à tous à travers l'ensemble des canaux de distribution. Grâce à la compétence de nos collaborateurs, à une démarche responsable et pluriculturelle, à notre ancrage dans les territoires et à notre capacité d'adaptation aux modes de production et de consommation, nous avons pour ambition d'être leader de la transition alimentaire pour tous ».

15 - **Justifications de la mise en place d'une raison d'être.** – Dans un objectif de gestion, la démarche s'explique tout à fait pour obliger l'entreprise à cerner sa stratégie, ses objectifs et sa vision sur l'avenir. Dans un objectif de communication, on comprend également la décision qui va permettre à la société d'apparaître comme pleinement engagée dans une voie conforme aux objectifs sociaux et environnementaux et améliorer ainsi son attraction envers tous ses partenaires que ce soient ses clients, ses collaborateurs, ses

financiers etc. Juridiquement, les conséquences varieront suivant que la raison d'être est rédigée en termes plus ou moins précis et qu'elle est placée ou non dans les statuts. Elle ne doit pas être assimilée à une simple communication ou slogan publicitaire dénué de toute fonction juridique. Comme le souligne le Conseil d'État, « cette disposition n'est pas dépourvue de portée normative dans la mesure où, pour les entreprises qui en auront fait ce choix, l'inscription dans les statuts obligera à s'y conformer »⁶.

REMARQUE

→ Dès lors, l'adoption d'une raison d'être trop restrictive pourrait avoir un effet néfaste en « enfermant » la société dans un secteur d'activité ou dans une zone géographique spécifique et viendrait amoindrir sa capacité à innover et à s'adapter à un marché en constante évolution. À l'inverse, une raison d'être trop extensive pourrait se révéler contre-productive.

16 - L'essence même de la raison d'être d'une société est d'identifier ce pour quoi la société a été créée et de s'assurer qu'elle conservera son ADN tout au long de sa vie. Si la raison d'être a une portée trop large, comment identifier précisément cet ADN ? L'intérêt de son inscription dans les statuts en serait ainsi fortement limité. Pour expliquer l'intérêt de préciser une raison d'être statutaire, on cite souvent l'exemple de Ben & Jerry's, le célèbre fabricant de glaces créé par deux amis d'enfance engagés dans le commerce équitable et l'agriculture durable. Vingt ans après l'avoir créée, ils cèdent la société en 2000 au groupe Unilever. Si les principes défendus avaient été rédigés dans une raison d'être statutaire, les fondateurs auraient pu éviter qu'ils soient totalement balayés par le repreneur. De même, on peut évoquer l'achat en 2006 de The Body Shop par L'Oréal qui a si fortement changé d'esprit que les clients de la marque, soucieux de développement durable, se sont éloignés, que le chiffre d'affaires a baissé et qu'elle a finalement dû être revendue après 10 ans au brésilien Natura Cosméticos.

17 - **Forme statutaire ou extrastatutaire de la raison d'être.** – La force de la raison d'être statutaire est liée à la majorité plus lourde à modifier vu que cela suppose une décision d'assemblée générale à une majorité suffisante pour modifier les statuts (3/4 dans une SARL, 2/3 dans une SA). Elle a pour corollaire une difficulté plus grande pour être décidée, la même majorité devant alors être réunie, une moindre confidentialité, ce qui constituera certainement un avantage vu la recherche de communication⁷, mais également un risque beaucoup plus important en termes de responsabilité.

18 - **Sanctions du non-respect de la raison d'être.** – Tous les documents qui indiquent la raison d'être et qui sont communiqués à l'extérieur participent à l'image de la société. Dès lors, s'ils n'étaient pas respectés, des sanctions pourraient être prises sur le

fondement de la publicité trompeuse (*C. consom.*, art. L. 121-1 et L. 121-6)⁸. La violation de la raison d'être pourrait donc être sanctionnée si elle est invoquée par des clients ou plus généralement des partenaires de la société. Si elle est invoquée par des employés, un autre fondement spécifique justifierait alors une action, celui d'engagement unilatéral de l'employeur faisant naître une attente légitime du salarié⁹. C'est d'ailleurs sur cette notion bien connue en droit du travail et par les juridictions européennes, que l'assemblée plénière s'est expressément appuyée en 2010 pour accepter une telle action¹⁰.

19 - Un tiers pourrait également demander la nullité d'un acte passé par la société et en particulier un contrat conclu avec lui en violation de la raison d'être posée par les statuts. En effet, la jurisprudence reconnaît aux tiers le droit de solliciter la nullité de l'acte passé par le dirigeant en méconnaissance d'une restriction statutaire¹¹. Qui pourra alors agir ? Le tiers contractant en apportant la preuve que la raison d'être de la société a intégré le champ contractuel voire déterminé son consentement¹², preuve toujours délicate mais plus facile à apporter si la raison d'être figure dans les statuts et qu'il est plus aisé d'en avoir connaissance.

20 - Les parties prenantes seront certainement très motivées à rapprocher aux sociétés la violation de leurs engagements généreux. Pour cela, elles devront surmonter l'obstacle de l'intérêt à agir. Or a coutume de saluer la porte généreusement ouverte des tribunaux français à la défense des intérêts collectifs des associations, pourvu que ces intérêts soient clairement exprimés dans l'objet social¹³. En pratique, toutefois, cette exigence opère une fonction de filtrage des contentieux et peut s'avérer délicate à surmonter. Dans l'affaire dite du tramway de Jérusalem, l'association France Palestine Solidarité, qui demandait l'annulation d'un contrat auquel elle était tiers, a vu son action déclarée irrecevable au motif que l'objet social de son objet social, « œuvrer pour l'établissement d'une paix fondée sur la reconnaissance des droits nationaux des Palestiniens », ne permettait pas de justifier son action au regard de l'intérêt collectif de ses membres, intérêt qui, selon la cour, était distinct de l'intérêt général des Palestiniens¹⁴.

8 *Rép. sociétés* Dalloz, V° *Responsabilité sociale des entreprises (entreprises éthique environnementale)*, par F.-G. Trebulle.

9 G. Auzero : *Bull. Joly* 2012, p. 507, § 264. – E. Dockès, G. Auzero, D. Bau, *Droit du travail* : Dalloz, coll. *Précis*, 32^e éd., 2018, § 794. – E. Dockès, *L'engagement unilatéral de l'employeur* : *Dr. soc.* 1994, p. 227.

10 *Cass. ass. plén.*, 5 mars 2010, n° 08-42.843 : *JurisData* n° 2010-002 D. 2011, p. 199, obs. Ch. Atias et P. Capoulade ; *JCP G* 2010, 606, D. C. gnan-Carsin.

11 *V. not. Cass.* 3^e civ., 14 juin 2018, n° 16-28.672 : *JurisData* n° 2018-011 *Dr. sociétés* 2018, comm. 225, note R. Mortier.

12 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, spéc. n° 31.

13 P. Abadie, *Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise* : *D.* 2018, spéc. n° 31.

14 *CA Versailles*, 22 mars 2013, n° 11/05331 : *RGDIP* 2014, p. 191, note tringe et B. Tranchant.

6 *Avis CE, préc. note 2*, n° 105.

7 Sur les critères de choix entre la forme statutaire et extra-statutaires, V. S. Schiller et D. Martin, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés* : *LexisNexis*, 2019, § 64.

21 - Enfin le non-respect de la raison d'être pourra servir de fondement à une action en responsabilité contre le dirigeant. Si elle figure dans les statuts, la violation des statuts qui en résulte justifierait une action en responsabilité initiée par la société ou ses associés. La révocation du dirigeant en cause pourra également être décidée par les associés. La responsabilité du dirigeant envers les tiers semble des plus théoriques car il faudrait alors apporter la preuve qui paraît impossible que l'acte conclu en violation de la raison d'être constitue une faute détachable des fonctions.

22 - **Notion de société à mission.** – La société qui veut s'engager plus fortement dans sa démarche RSE peut adopter le troisième étage de la fusée, au-delà de l'insertion d'une raison d'être statutaire, qui consiste à adopter la forme de société à mission, qui constitue une voie intermédiaire entre l'économie sociale et solidaire et le capitalisme classique. Si la création de richesses reste son fondement, la société à mission prend aussi en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité¹⁵. Le nouveau statut a été inséré aux articles L. 210-10 et suivants du Code de commerce. C'est donc toute société commerciale, quelle que soit sa forme, qui peut revêtir la qualité de société à mission lorsque ses statuts précisent :

- une raison d'être au sens de l'article 1835 du Code civil ;
- un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité ;
- les modalités du suivi de l'exécution de cette mission par un comité de mission.

23 - **Suivi de l'exécution des missions.** – La société à mission doit mettre en place un comité de mission distinct des organes sociaux et comportant au moins un salarié. Le rôle de ce comité est d'assurer le suivi de l'exécution des missions sociales et environnementales précisées dans les statuts. À ce titre, le comité effectue toutes les vérifications qu'il juge opportunes et se fait communiquer tout document nécessaire. Dans un objectif de transparence, il doit présenter à l'assemblée générale annuelle chargée d'approuver les comptes un rapport joint au rapport de gestion (C. com., art. L. 210-10, 3°, créé par L., art. 176, I). Au sein des sociétés de petite taille (moins de 50 salariés permanents), un référent de mission peut se substituer au comité de mission. Il peut s'agir d'un salarié de la société sous réserve que son contrat de travail corresponde à un emploi effectif (C. com., art. L. 210-12, créé par L., art. 176, I).

REMARQUE

➔ Un organisme tiers indépendant doit vérifier l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux décrits dans les statuts, selon des modalités et une publicité précisées là encore par décret dont la publication est prévue à la même date. Cette vérification donne lieu à un avis qui doit être joint au rapport du comité de mission (C. com., art. L. 210-10, 4° créé par L., art. 176, I).

24 - **Publicité sur les missions.** – Pour pouvoir faire état publiquement de sa qualité de société à mission, la société doit la déclarer au greffier du tribunal de commerce. Sous réserve que les statuts de la société précisent les mentions obligatoires, le greffier publie la qualité de société à mission au registre du commerce et des sociétés. Les conditions de cette publication seront précisées par décret dont la publication est envisagée à la fin du mois d'octobre (C. com., art. L. 210-10, 5°, créé par L., art. 176, I).

25 - **Perte de la qualification.** – Si l'une des conditions de qualification de société à mission (contenu statutaire, déclaration au RCS ou suivi de l'exécution des missions) n'est pas respectée, 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. Il en est de même lorsque l'avis de l'organisme tiers indépendant conclut qu'un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux définis dans les statuts ne sont pas respectés (C. com., art. L. 210-11, créé par L., art. 176, I).

26 - **Application du nouveau statut.** – Les dispositions relatives à la société à mission pourront être mises en œuvre à compter de la parution des décrets d'application prévus. Ce régime ne devrait pas avoir un fort impact sur l'activité d'ingénierie sociétariaire du notariat vu le domaine d'application de ce nouveau statut, contrairement à d'autres mesures de la nouvelle loi qui simplifient la vie des entreprises.

27 - Au vu de ces différents éléments, le comité juridique de la FNDP émet l'avis suivant :

- l'article 1833 dans cette nouvelle rédaction ne devrait pas être lu comme autorisant le dirigeant à se fonder sur des considérations d'ordre social ou environnemental pour prendre une décision contraire à l'intérêt social ;
- revenant sur la jurisprudence antérieure, le nouveau régime empêchera de prononcer la nullité des garanties octroyées par des sociétés patrimoniales au profit d'autres sociétés ou d'un associé lorsque la caution encourt un risque de mise en péril ou de façon plus générale l'acte est contraire à son intérêt. Seule la responsabilité du gérant qui les aura mises en place sera encourue, ce qui n'est que partiellement rassurant ;
- alors que la raison d'être non statutaire a une force identique à d'éventuelles valeurs, son insertion dans les statuts, et plus encore le choix d'un statut de société à mission, lui confère une protection supérieure. Ces outils pourraient être utilisés pour affirmer son souhait de conserver le caractère familial de la société. ■

¹⁵ AN, amendement n° 1675.

ÉPARGNE

1035

Réforme de l'épargne retraite introduite par la loi Pacte : le plan d'épargne retraite

- La loi Pacte procède à une réforme de l'épargne retraite. Son ambition est d'en faire un produit phare de l'épargne des Français.
- Elle crée pour cela trois plans d'épargne retraite : un plan de retraite souscrit à titre individuel et deux plans d'entreprise, le PER d'entreprise collectif à destination de l'ensemble des salariés et un PER à adhésion obligatoire pour certaines catégories de salariés objectivement définies.
- Ces PER présentent des points communs tel que transférabilité, gestion financière, possibilité de sortir en capital ou de manière anticipée pour l'acquisition de la résidence principale.

Étude rédigée par :

Pascal Lavielle,
responsable du service ingénierie patrimoniale, du support juridique, de la fiscalité et de la retraite collective de la direction juridique et fiscale de BNP Paribas

1 - La nécessité de se constituer une épargne en vue de la retraite devient une des grandes préoccupations des Français. L'épargne retraite satisfait ce besoin dans la mesure où elle permet de se constituer un capital par le versement de sommes qui sera reversé à l'épargnant à son départ à la retraite sous forme d'une rente viagère ou d'un capital. L'épargne retraite est facultative pour l'épargnant et vient en supplément de la retraite par répartition. Cette dernière étant, quant à elle, obligatoire et se décomposant en une retraite de base et une retraite complémentaire.

2 - La loi pour la croissance et la transformation des entreprises dite « loi Pacte » vient réformer en profondeur l'épargne retraite que l'on appelle aussi retraite par capitalisation.

Dans la chronologie des réformes, celle-ci intervient avant celle de la retraite obligatoire par répartition qui entend unifier les différents régimes de base et régimes complémentaires obligatoires actuels.

Ces deux réformes constituent une refonte totale de notre système de retraite en France, dans un souci d'apparaître plus simple à appréhender et plus harmonisé.

3 - On peut toutefois, s'étonner de l'insertion de cette réforme dans la loi Pacte dont l'objet est de développer la croissance et la transformation des entreprises. La raison en est simple : les entreprises

ont besoin de financement pour se développer et particulièrement aux moments clés de leur cycle de vie. Or, les Français qui sont de grands épargnants, ne financent que très peu les entreprises. On relève que seulement 11 % de l'épargne des Français est allouée au financement des fonds propres des entreprises. Le Gouvernement est intervenu, dans un premier temps, par une incitation fiscale en allégeant de façon importante la fiscalité appliquée aux capitaux mobiliers notamment les dividendes et plus-values de valeurs mobilières, dans le cadre de la *flat tax* adoptée dans la loi de finances pour 2018. Le Gouvernement dans la loi Pacte utilise un deuxième levier. Il entend utiliser la recherche de la satisfaction du besoin exprimé par les Français comme étant le plus important. Le Gouvernement a relevé que ce besoin majeur est la constitution d'un revenu de remplacement lors du départ à la retraite.

C'est ainsi que la réforme de la retraite par capitalisation a été intégrée dans cette loi. L'objectif est de favoriser le développement de cette épargne tout en l'orientant vers l'investissement des entreprises. L'échéance de la retraite qui implique une longue durée d'immobilisation se trouve pleinement en phase avec la nécessité pour les entreprises d'avoir un investissement sur une longue période.

4 - **Constat.** – La réforme de la retraite par capitalisation a ainsi trouvé sa place au sein de la loi Pacte. Cette réforme part du constat que bien que le niveau d'épargne des Français soit parmi le plus élevé d'Europe, l'épargne retraite reste peu développée en France. Les écueils mis en avant concernent la complexité et l'hétérogénéité des produits de retraite existants. Disparité des règles de fonctionnement et des règles fiscales, faible transférabilité, disponibilité restreinte.



© CLAIRE LUCIA - GETTY

En effet, les multiples produits de retraite actuelle ont chacun leurs propres règles de fonctionnement et de traitement fiscal et social. Ils se classent en deux sous-catégories :

- les produits individuels avec le contrat PERP, le contrat Madelin et le contrat Madelin agricole pour les travailleurs non-salariés, le Préfon pour les fonctionnaires ;
- les produits collectifs proposés par l'employeur qui prennent la forme d'un compte-titres pour le Perco et d'un contrat d'assurance-vie à cotisations définies pour les contrats « article 83 » et les contrats « article 82 » ou à prestations définies pour les contrats « article 39 » ou retraite chapeau.

5 - Quatre objectifs. – La loi Pacte entend simplifier l'épargne retraite et pour cela procède à une réforme d'envergure. Les quatre objectifs annoncés ont pour but de :

- développer l'épargne retraite en renforçant l'attractivité des produits ;
- protéger les épargnants en isolant les actifs correspondants aux engagements de retraite assurantiels. L'objectif est ici double, il

entend protéger les épargnants contre l'insolvabilité de l'assureur et isoler la participation aux bénéfices ;

- améliorer le rendement. Partant du constat que l'épargne retraite est investie dans des actifs peu adaptés à l'investissement de long terme, le législateur a généralisé la gestion pilotée à horizon, mise en place par la loi Macron, dans le cadre du Perco ;
- stimuler la concurrence. Les plans d'épargne retraite pourront être gérés indifféremment par un gestionnaire d'actifs ou une société d'assurance. En outre, le plafonnement des frais de transfert facilitera la portabilité et ainsi permettra une concurrence plus libre.

6 - Ces objectifs se sont matérialisés au sein d'un texte de loi qui a été promulgué le 23 mai 2019 suivi durant l'été de l'adoption des textes réglementaires attendus : publication de l'ordonnance le 24 juillet 2019, du décret le 30 juillet 2019 et de l'arrêté le 7 août 2019.

La loi Pacte a donné le jour au plan d'épargne retraite (PER). Plus exactement elle crée 3 produits retraite qui peuvent être indifféremment proposés par un assureur ou par un gestionnaire d'actif, voir le tableau ci-après.

3 produits retraite créés par la loi Pacte

1 produit individuel	Il est dénommé produit d'épargne retraite individuel, succède notamment au contrat PERP et au contrat Madelin et peut se dénouer en rente viagère ou en capital.
2 produits d'entreprise	<ul style="list-style-type: none"> – un produit collectif ou universel qui pour l'instant apparaît sous le nom de PER collectif proposé à l'ensemble des salariés ; il succède au Perco et comme lui, peut être alimenté directement par la participation et l'intéressement, les abondements de l'employeur et les versements volontaires. Lorsque l'entreprise a mis en place un PEE depuis plus de 3 ans, elle doit ouvrir une négociation en vue de la mise en place d'un PER ouvert à tous les salariés ; – un produit à adhésion obligatoire ou catégoriel qui apparaît pour l'instant sous le nom de PER obligatoire proposé à certaines catégories objectives de salariés ; il succède au contrat article 83. Comme lui il peut être alimenté directement par des cotisations obligatoires et des versements volontaires.

7 - Il sera toutefois possible, par simplification pour l'entreprise, de décider de regrouper ce produit collectif et ce produit à adhésion obligatoire en un PER unique en suivant des règles particulières de mise en place.

8 - **Calendrier.** – Quant à la mise en œuvre de la réforme de l'épargne retraite, celle-ci va répondre au calendrier suivant. Depuis le 1^{er} octobre 2019 il est possible de souscrire des PER et également de transformer les produits existants en plan d'épargne retraite ou de transférer l'épargne vers un PER.

REMARQUE

→ **À compter du 1^{er} octobre 2020 les anciens produits seront fermés à la commercialisation mais les versements sur les anciens produits resteront néanmoins possibles.**

9 - **Forme du PER.** – Le plan d'épargne retraite se présente sous la forme :

- soit d'un contrat d'assurance-vie de groupe dont l'exécution est liée à la cessation d'activité professionnelle ;
- soit d'un contrat ayant pour objet la couverture d'engagement de retraite supplémentaire ;
- soit d'un compte titre lorsqu'il est proposé par un gestionnaire d'actifs, comme c'est actuellement le cas pour le Perco.

10 - **Objet.** – L'objet du plan d'épargne retraite est bien évidemment :
– l'acquisition d'une rente viagère (avec une option de réversion en cas de décès du titulaire) ;
– ou le versement d'un capital, payable au titulaire à compter, au plus tôt, de la date de liquidation de sa pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse ou de l'âge légal de départ à la retraite (soit 62 ans actuellement).

11 - **Régime.** – Pour favoriser l'appréhension de ce plan d'épargne retraite, le législateur a voulu, conformément aux objectifs annoncés, faciliter sa lisibilité en soumettant le plan d'épargne retraite à des règles communes régies par le Code monétaire et financier. Les trois plans seront ainsi similaires. Ils pourront recevoir trois sources de versements différents :
– versements volontaires ;
– versements issus de l'épargne salariale s'agissant des plans d'épargne retraite d'entreprise ;
– ou versements provenant de cotisations obligatoires des employeurs ou des salariés pour les plans d'épargne retraite d'entreprise auxquels le salarié est affilié à titre obligatoire.

12 - Sur le plan fiscal et social, que ce soit à l'entrée ou à la sortie, ces trois types de versements auront leur propre régime fiscal distinct. On parlera par commodité de compartiments pour chacune de ces sources de versements.

REMARQUE

→ **Une des nouveautés de la loi Pacte est de généraliser la déductibilité à l'ensemble des versements volontaires.**

13 - L'alimentation de ces plans se fera directement ou bien par transfert. Toutefois en ce qui concerne l'alimentation directe, celle-ci ne peut être effectuée que dans les conditions suivantes. Les versements volontaires peuvent être effectués sur chacun des plans.

En revanche, l'épargne salariale ne peut être versée directement que sur des plans d'entreprise avec une restriction pour le PER obligatoire, qui ne peut pas recevoir l'abondement de l'employeur. Le versement des cotisations obligatoires des salariés ou des employeurs ne peut être réalisé que sur les plans obligatoires ou les plans qui sont le regroupement du plan collectif et du plan obligatoire.

Toutefois, chacun des plans devra pouvoir recevoir par transfert l'ensemble de ces versements.

14 - **Transférabilité.** – La transférabilité des PER est d'ailleurs l'un des objectifs majeurs de la réforme. Celle-ci doit permettre le regroupement de l'épargne. Sujet d'autant plus nécessaire que les carrières professionnelles sont de moins en moins linéaires. La loi Pacte permet au titulaire de transférer librement son épargne retraite vers tout autre plan d'épargne retraite à tout moment.

Deux restrictions cependant :

- la première intéresse l'épargne retraite à laquelle le salarié est affilié à titre obligatoire. Le titulaire ne pourra la transférer que lorsqu'il ne sera plus tenu d'adhérer ;
- la deuxième concerne le PER collectif, le transfert de droits individuels vers un autre plan avant le départ de l'entreprise n'est possible que dans la limite d'un transfert tous les 3 ans.

15 - Pour éviter tous freins à cette portabilité, la loi Pacte plafonne les frais de transfert à 1 % et ils seront nuls à l'issue d'une période de 5 ans. Il sera ainsi possible de changer de prestataire sans frais au-delà de 5 ans de détention du plan.

Parallèlement, la loi Pacte permet à l'association souscriptrice, dans le cas des PER individuels et aux entreprises, pour les autres types de PER, de changer de gestionnaire et en facilite la procédure.

16 - **Gestion financière.** – La gestion financière de l'ensemble de ces versements directs ou par transfert se fera au sein du PER selon une gestion financière particulière, qui sera par défaut la gestion pilotée. C'est-à-dire le même mode de gestion financière que celle des Perco.

Cette gestion pilotée devrait permettre un meilleur rendement et un investissement plus important en fonds propre des entreprises. La gestion pilotée tient compte de l'horizon de départ en retraite. L'épargne retraite est plus fortement investie en actions au début, puis progressivement investie dans des actifs de plus en plus sûrs et liquides.

En outre, afin d'orienter plus encore vers l'épargne productive il est prévu d'abaisser le taux du forfait social à 16 % (au lieu de 20 %) payé par l'employeur lorsque le produit propose une option de gestion pilotée investie à hauteur de 10 % minimum en titres éligibles au PEA PME.

17 - Il y aura toutefois trois types de profils d'investissement au sein de cette gestion pilotée : un profil prudent, un profil équilibré et un profil dynamique, afin de tenir compte de la situation de l'épargnant et de sa recherche de rendement. Ainsi pourrait être atteint l'objectif précité d'amélioration de la rentabilité tout en favorisant l'investissement en fonds propre des entreprises.

CONSEIL PRATIQUE

→ Le titulaire aura, toutefois, toujours la possibilité de choisir un autre mode de gestion financière pour son plan.

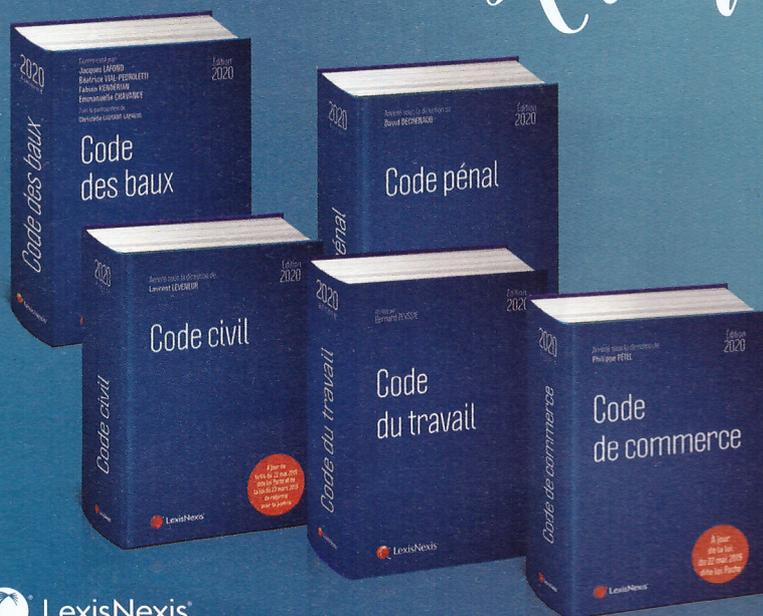
18 - **Disponibilité.** – Une autre des autres grandes innovations de ce plan tient à la disponibilité de cette épargne retraite.

Le titulaire pourra procéder à un rachat anticipé de son épargne retraite dans les cas liés aux accidents de la vie mais également, nouveauté de la loi Pacte, pour l'acquisition de la résidence principale. Cette possibilité ne sera toutefois pas autorisée pour le compartiment alimenté par les cotisations obligatoires de l'employeur ou du salarié. Ce retrait pour acquisition de la résidence principale sera cependant assujéti à l'impôt sur le revenu dans les mêmes conditions qu'une sortie en capital.

19 - Au dénouement, il sera laissé le choix à l'épargnant de sortir en capital ou en rente, le capital pouvant être fractionné ou combiné avec une rente. Cette possibilité est toutefois réservée aux deux premiers « compartiments ». Le « compartiment » qui est alimenté par les cotisations obligatoires du salarié ou de l'employeur ne pourra quant à lui se dénouer qu'en rente.

20 - **Conclusion.** – Ainsi se présente, dans ses grandes lignes, le plan d'épargne retraite, qui devrait avoir un plus grand succès par ses avantages fiscaux et par sa meilleure appréhension par les titulaires. Tel est l'espoir du législateur. ■

Retour aux sources ... du droit



 LexisNexis

RETROUVEZ TOUS NOS CODES ET OUVRAGES SUR boutique.lexisnexis.fr