

**CONSEIL D'ÉTAT**  
**Assemblée générale**

---

**Séance du jeudi 14 juin 2018**

**Section de l'intérieur**  
**Section des finances**  
**Section des travaux publics**  
**Section sociale**  
**Section de l'administration**

**N<sup>os</sup> 394.599 et 395.021**

**EXTRAIT DU REGISTRE  
DES DÉLIBÉRATIONS**

**AVIS SUR UN PROJET DE LOI**  
**relatif à la croissance et la transformation des entreprises**

**NOR : ECOT1810669L/Verte2**

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 16 mai 2018 d'un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE). Ce projet de loi a été modifié par cinq saisines rectificatives reçues les 4 juin, 7 juin, 8 juin, 11 juin, et 13 juin 2018.

2. Ce projet de loi, qui comprend soixante-treize articles dans sa version adoptée par le Conseil d'Etat, est organisé en quatre chapitres, eux-mêmes subdivisés en sections, qui sont respectivement intitulés « Des entreprises libérées », « Des entreprises plus innovantes », « Des entreprises plus justes » et « Diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne, dispositions transitoires et finales ». Le Conseil d'Etat observe que le projet regroupe des dispositions de nature et de portée très variées dont ces intitulés rendent plus ou moins bien compte, mais n'estime pas utile pour autant de modifier la présentation et la structure retenues par le Gouvernement.

3. Dans sa version initiale, l'étude d'impact du projet est apparue, sur certains points, lacunaire ou insuffisante au regard des prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009. A cet égard, le Conseil d'Etat souligne de nouveau que, pour un projet de loi de cette nature, qui regroupe de très nombreuses mesures distinctes les unes des autres, c'est au titre de chaque article ou ensemble d'articles ayant le même objet que s'apprécie le respect des exigences relatives à l'étude d'impact.

Le Gouvernement a, au cours des travaux devant le Conseil d'Etat, complété et approfondi l'étude d'impact initiale sur la majeure partie de ces points. Ceux sur lesquels elle reste en-deçà de ce qu'elle devrait être sont mentionnés dans les développements qui suivent.

4. Le Conseil d'Etat constate que les consultations préalables rendues obligatoires par l'objet des dispositions du projet de loi ont été effectuées.

5. Le projet de loi comporte onze habilitations à légiférer par ordonnance en application de l'article 38 de la Constitution. Le Conseil d'Etat veille à définir avec une précision suffisante les finalités et le domaine d'intervention de ces ordonnances, sans cependant les détailler de manière excessivement contraignante au regard des finalités poursuivies, et à adapter le

délai dans lequel elles devront intervenir pour tenir compte de la complexité entourant leur préparation

6. Au-delà de ces remarques liminaires, et outre de nombreuses améliorations de rédaction ou de détail qui s'expliquent d'elles-mêmes, ce projet de loi appelle, de la part du Conseil d'Etat, les observations qui suivent.

### **En ce qui concerne le chapitre I<sup>er</sup> « Des entreprises libérées »**

#### ***Création d'un guichet unique électronique pour l'accomplissement des formalités liées à la création et à la vie des entreprises***

7. Le projet de loi substitue aux actuels centres de formalités des entreprises, au nombre de 1 400 environ, un unique guichet électronique chargé de recevoir les déclarations de création, de modification et de cessation d'activité ainsi que les documents nécessaires à l'immatriculation des entreprises sur les registres qui les concernent. Ces dispositions n'appellent pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat.

#### ***Création d'un registre général des entreprises***

8. Le projet de loi habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions relevant du domaine de la loi permettant de créer un registre dématérialisé des entreprises ayant pour objet la centralisation et la diffusion des informations les concernant.

Compte-tenu de la nature de ce registre qui, tel qu'il est présenté dans le projet d'habilitation, n'a pas vocation à se substituer à l'ensemble des registres et répertoires existants, le Conseil d'Etat estime que l'appellation « registre unique » initialement proposée par le Gouvernement est trop ambiguë pour pouvoir être maintenue. Il y substitue celle de « registre général ». Ces dispositions n'appellent pas d'autres remarques de la part du Conseil d'Etat.

#### ***Réforme des publications d'annonces légales***

9. Le projet de loi modifie les dispositions de la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales.

D'une part, le projet de loi prévoit d'ouvrir aux services de presse en ligne, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, l'accès à la procédure d'habilitation à publier les annonces judiciaires et légales, aujourd'hui réservée aux publications de presse imprimées. En conséquence, il adapte les conditions légales d'habilitation pour tenir compte des spécificités de ces services de presse en ligne.

Sont maintenues les conditions d'habilitation visant à assurer l'effectivité de la diffusion des annonces, telles que le contenu du titre (média d'information générale, judiciaire ou technique comportant un volume substantiel d'informations dédiées au département et renouvelé sur une base au moins hebdomadaire), les critères de pérennité du titre (édition depuis plus de six mois) et le critère d'audience de la publication ou du site. Le projet de loi maintient par ailleurs la condition d'inscription à la commission paritaire des publications et agences de presse (CPPAP).

Pour prendre en compte l'ouverture aux services de presse en ligne, le projet de loi remplace, à l'article 2 de la loi du 4 janvier 1955, la condition tenant à ce qu'une publication ne consacre pas plus des deux tiers de sa « surface » à la publicité, par une condition tenant à ce

que la publication ou le service n'ait pas pour « *objet principal* » la diffusion de messages publicitaires et d'annonces. Le Conseil d'Etat relève que, si la fixation de la part d'une publication consacrée à la publicité ne relève pas du domaine de la loi, le pouvoir réglementaire, habilité à déterminer les conditions d'inscription d'une publication ou d'un service de presse en ligne à la CPPAP, devra se conformer, dans l'exercice de sa compétence, à la condition légale résultant du présent projet de loi.

**10.** D'autre part, le projet de loi ouvre aux ministres compétents pour déterminer le tarif des annonces - aujourd'hui fixé à la ligne - la possibilité de fixer un tarif forfaitaire pour certaines catégories d'annonces. Ces dispositions n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Le projet de loi prévoit un tarif d'annonce identique, que l'insertion de l'annonce se fasse dans une publication de presse imprimée ou sur un site de presse en ligne. Le Conseil d'Etat n'y voit pas d'obstacle dès lors que le projet de loi précise que ce tarif intègre progressivement les économies rendues possibles par la numérisation.

Enfin, le Conseil d'Etat relève que les dispositions du présent article ne sont applicables à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie qu'en tant qu'elles concernent l'obligation de publier une annonce relative à des actes intervenant dans un domaine relevant de la compétence de l'Etat (Conseil constitutionnel, décision n° 2016-11 LOM du 6 juillet 2016, Régime des annonces judiciaires et légales en Polynésie française).

#### ***Suppression de l'obligation de suivre le stage de préparation à l'installation***

**11.** Le projet de loi supprime l'obligation, pour les créateurs d'entreprises artisanales, de suivre un stage de préparation à l'installation avant de pouvoir s'immatriculer au répertoire des métiers, tout en prévoyant que les chambres de métiers et de l'artisanat continueront d'organiser de tels stages. Ces dispositions n'appellent pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

#### ***Mise en œuvre d'actions collectives de communication et de promotion à caractère national en faveur de l'artisanat et des entreprises artisanales***

**12.** Le projet de loi habilite les organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, c'est-à-dire le MEDEF, la Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME) et l'Union des entreprises de proximité (U2P), à conclure un accord entre elles pour mettre en œuvre des actions collectives de communication et de promotion à caractère national en faveur de l'artisanat et des entreprises artisanales, qui pourront être financées par l'institution d'une contribution . Cet accord peut être rendu obligatoire, par arrêté du ministre chargé de l'artisanat, à l'ensemble des entreprises artisanales, à l'exception des micro-entreprises.

Ce dispositif est étroitement inspiré de celui des « contributions volontaires obligatoires », à caractère non fiscal, qui existent dans le secteur agricole et qui ont été admises dans leur principe tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour de justice de l'Union européenne.

Il ressort toutefois des éléments fournis au Conseil d'Etat que l'extension de l'accord en cause est susceptible d'imposer à 1,1 million d'entreprises du secteur de l'artisanat le paiement de cette contribution alors même que, contrairement à la situation qui prévaut dans le secteur agricole, la grande majorité des entreprises artisanales ne sont adhérentes d'aucune organisation professionnelle d'employeur reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel.

Pour autant, le Conseil d'Etat estime que cette mesure, qui poursuit l'objectif d'intérêt général de renforcer l'attractivité du secteur artisanal et d'aider les entreprises artisanales à recruter, ne porte pas, au regard de cet objectif, et compte tenu de la modicité du montant de la contribution qu'il est envisagé de créer, une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, ni n'emporte de rupture caractérisée de l'égalité devant la loi. Le Conseil d'Etat observe à cet égard que la différence de traitement entre les micro-entreprises, pour lesquelles les contributions obligatoires ne peuvent être étendues, et les autres entreprises artisanales est justifiée par la différence de situation entre ces entreprises, et est en rapport direct avec l'objet de la mesure.

Le Conseil d'Etat souligne enfin que l'étude d'impact devra être complétée avant le dépôt du projet de loi au Parlement, pour y faire notamment figurer une analyse et une comparaison des différentes options qui s'offraient au Gouvernement pour remplacer le dispositif de la taxe affectée au Fonds national de promotion et de communication de l'artisanat (FNPCA), qui servait, jusqu'en 2017, à financer les actions collectives de communication et de promotion à caractère national en faveur de l'artisanat et des entreprises artisanales.

Sous cette réserve, le dispositif proposé par le Gouvernement est approuvé dans une rédaction rendant mieux compte de ses particularités, qui tiennent notamment à ce que l'intention du Gouvernement est de subordonner à l'intervention d'un arrêté ministériel l'entrée en vigueur et la force obligatoire de l'accord, de sorte qu'il s'applique nécessairement à l'ensemble des entreprises artisanales.

***Nouvelles modalités de calcul des seuils d'effectif, la rationalisation des niveaux de seuil et l'instauration d'un nouveau mécanisme d'atténuation des effets de seuil***

**13.** Le projet de loi du Gouvernement, d'une part, harmonise le mode de calcul des effectifs salariés en étendant à d'autres législations le mode de décompte des effectifs actuellement prévu dans le code de la sécurité sociale. Il prévoit que ces modalités de calcul des effectifs, qui s'appliquent d'ores et déjà à seize dispositifs du code de la sécurité sociale ainsi qu'à deux autres dispositifs (versement transport et participation des employeurs à l'effort de construction - PEEC), s'appliqueront à seize nouveaux dispositifs figurant, notamment, dans le code du travail (en particulier la contrepartie obligatoire en repos compensateur à 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingentement annuel à défaut d'accord dans les entreprises de moins de vingt salariés et l'obligation pour les entreprises de plus de vingt salariés d'employer au moins 6 % de travailleurs handicapés) ou le code du tourisme (en particulier l'exonération de cotisations et de contributions prévues par la législation du travail et de la sécurité sociale, à l'exception de la CSG et CRDS, pour les chèques-vacances). Ces

modalités de calcul ne s'appliqueront pas pour la détermination des seuils d'effectifs supérieurs ou égaux à 250 salariés. Enfin, elles ne s'appliqueront pas non plus aux seuils d'effectifs résultant de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Le projet de loi du Gouvernement, d'autre part, rationalise les niveaux de seuils d'effectifs existants, en regroupant ceux se situant à des niveaux proches, en réduisant, dans une certaine mesure, le nombre de seuils de vingt salariés, et en supprimant certains seuils intermédiaires. Il prévoit ainsi, notamment, de porter de 20 à 50 quatre seuils d'effectifs parmi lesquels figurent le seuil mettant fin à l'application d'un taux réduit pour la participation au Fonds national d'aide au logement ( FNAL) celui à partir duquel s'applique la participation des employeurs à l'effort de construction ( PEEC) ou encore celui à partir duquel un règlement intérieur au sein de chaque entreprise ou établissement est obligatoire. Il rehausse enfin de 200 à 250 salariés deux seuils existants dont celui à partir duquel la mise en place d'un local syndical commun est obligatoire.

Enfin, il instaure un mécanisme unifié d'atténuation des effets de seuil qui prévoit, d'une part, qu'un seuil n'aura d'incidence pour une entreprise que s'il est dépassé durant cinq années consécutives (règle de franchissement à la hausse) et, d'autre part, qu'un seuil perdra ses effets contraignants pour une entreprise dès que cette dernière se situera, ne serait-ce qu'une année seulement, en dessous de ce seuil (règle de franchissement à la baisse avec réactualisation de la durée de franchissement à la hausse). Ces nouvelles règles de franchissement des seuils s'appliqueront aux seuils d'effectifs inférieurs à 250 salariés figurant dans le code de la sécurité sociale. Le Gouvernement prévoit également qu'elles s'appliqueront à certains seuils d'effectifs de vingt et cinquante salariés prévus par d'autres législations, comme, notamment, le seuil mettant fin à l'application d'un taux réduit pour la participation au FNAL et celui à partir duquel s'applique la PEEC, le versement transport ou encore l'obligation pour les entreprises de plus de vingt salariés d'employer au moins 6 % de travailleurs handicapés. Ces règles ne s'appliqueront pas aux seuils d'effectifs résultant de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

**14.** Le Conseil d'Etat observe, en premier lieu, que l'étude d'impact accompagnant ces dispositions présente de nombreuses insuffisances, en particulier en ce qui concerne l'analyse des effets de l'harmonisation du mode de calcul des effectifs salariés sur chacun des seuils pris individuellement. Elle devra également être complétée en ce qui concerne l'impact du rehaussement de certains niveaux de seuil, en particulier celui concernant l'obligation pour l'employeur, dans les entreprises ou établissements d'au moins deux cents salariés, de mettre à la disposition des sections syndicales un local commun convenant à l'exercice de la mission de leurs délégués. Par ailleurs, à l'exception des modifications affectant les dispositifs concernant le versement transport, la PEEC et la participation au FNAL, aucune analyse sur l'impact économique et budgétaire des modifications affectant les autres dispositifs concernés par cet article du projet de loi n'a été conduite. Enfin, les données empiriques et statistiques permettant de justifier le choix d'une durée de cinq années consécutives pour le franchissement à la hausse des seuils ne sont pas suffisamment décrites.

**15.** En deuxième lieu, le Conseil d'Etat rappelle que les mécanismes d'atténuation des effets de seuil permettent de limiter, lorsque ces effets de seuil sont importants, l'atteinte au principe d'égalité qui est susceptible d'en résulter. Il observe toutefois, s'agissant du dispositif prévu par le projet du Gouvernement, que l'asymétrie entre la règle de franchissement à la hausse des seuils et la règle de franchissement à la baisse de ces mêmes

seuils est susceptible de donner lieu à des comportements de contournement auxquels il conviendra de prêter attention. Cependant, il estime que cette mesure, qui poursuit l'objectif d'intérêt général de simplifier et d'harmoniser les règles de franchissement de seuil applicables aux entreprises, ne porte, par elle-même, aucune atteinte au principe d'égalité.

**16.** Enfin, s'agissant plus particulièrement des dispositions modifiant les articles L. 834-1 du code de la sécurité sociale et L. 313-1 du code de la construction et de l'habitat, le Conseil d'Etat observe que ces mesures, en faisant passer de vingt à cinquante salariés le seuil en deçà duquel les entreprises bénéficient d'un taux réduit pour la participation au fonds national d'aide au logement (FNAL) et sont exonérées de la participation de l'employeur à l'effort de construction (PEEC), modifient l'avantage financier dont bénéficient les entreprises concernées. Toutefois, il estime, au vu des justifications rapportées par le Gouvernement, que ces mesures dérogatoires à destination des petites et moyennes entreprises s'inscrivent dans la logique même de ces dispositifs. Par ailleurs, elles ne sont pas ciblées sur un ou des secteurs d'activité particuliers et s'appliquent sans distinction, et de façon automatique, à l'ensemble des entreprises, l'Etat ne disposant d'aucun pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces mesures. Dès lors, le Conseil d'Etat considère que ces dispositifs ne remplissent pas la condition de sélectivité exigée pour être qualifiés d'aide d'Etat, de sorte que leur notification préalable à la Commission européenne n'était pas nécessaire.

#### ***Adaptation de la gouvernance de Business France***

**17.** Le projet de loi abroge les dispositions imposant la présence d'un député, d'un sénateur et de représentants des organisations professionnelles et des réseaux consulaires au sein du conseil d'administration de Business France.

Sous réserve de l'adjonction d'une mesure d'entrée en vigueur différée, ces dispositions n'appellent pas de remarques de la part du Conseil d'Etat.

#### ***Encadrement de la durée des soldes***

**18.** Le projet de loi prévoit que la durée des périodes de soldes, jusqu'alors fixée par l'article L. 310-3 du code de commerce à six semaines, est désormais comprise entre trois et six semaines. Il renvoie à un arrêté du ministre chargé de l'économie, et non plus à un décret, le soin de déterminer, dans ces limites, les dates et la durée exacte des périodes de soldes.

Ces dispositions ne soulèvent pas de difficultés d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

#### ***Relèvement des seuils de certification légale des comptes***

**19.** Le projet de loi relève les seuils à partir desquelles une entreprise est soumise à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes, pour les aligner sur les seuils prévus par la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013. Il ressort des éléments fournis au Conseil d'Etat que cette mesure est susceptible de réduire d'environ 25 % le marché du contrôle légal, au détriment, principalement, de ceux des commissaires aux comptes dont les entreprises qui ne seraient plus soumises à l'obligation de certification constituent la majeure partie de la clientèle.

Toutefois, le Conseil d'Etat estime que cette mesure, qui poursuit l'objectif d'intérêt général de réduire les contraintes légales et les coûts en résultant qui pèsent sur les petites entreprises, n'emporte ni de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ni, s'agissant de la clientèle des commissaires aux comptes affectés, d'atteinte disproportionnée au droit au respect des biens garanti par l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, le projet d'article n'a pas pour effet de faire disparaître les prestations de certification des comptes, qui demeureront obligatoires pour les moyennes et grandes entreprises, les entités d'intérêt public au sens du droit de l'Union européenne ainsi que certaines opérations capitalistiques. Au demeurant, la suppression de l'obligation n'implique pas nécessairement que, dans tous les cas, les entreprises concernées cesseront de faire certifier leurs comptes.

Par ailleurs, une très grande majorité des commissaires aux comptes seront à même d'exercer l'activité d'expertise comptable grâce aux qualifications dont ils disposent. Il y a lieu de relever également que, sans préjudice d'autres mesures d'accompagnement susceptibles d'être adoptées ultérieurement, le projet du Gouvernement prévoit un étalement de la mesure sur six ans, au fur et à mesure de l'expiration des mandats en cours

Enfin, ces dispositions ne sauraient faire obstacle à la possibilité d'une indemnisation par l'Etat du préjudice grave et spécial pouvant résulter, pour certains professionnels, de la mesure présentée, sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait des lois.

### ***Accompagnement de la réforme territoriale de l'ordre des experts-comptables***

**20.** Le projet de loi prévoit la fusion des conseils régionaux de l'ordre des experts-comptables dans les nouvelles régions créées par la loi du 16 janvier 2015. Il renvoie, par ailleurs, au décret en Conseil d'Etat la détermination de la composition de ces conseils et de leurs modalités d'élection. Ces dispositions n'appellent pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat.

### ***Radiation des fichiers, registres et répertoires des entrepreneurs individuels ayant réalisé pendant deux années civiles consécutives un chiffre d'affaire nul***

**21.** Le projet de loi prévoit de modifier l'article L. 613-4 du code de la sécurité sociale qui définit les effets d'une cessation d'activité d'un travailleur indépendant. Jusqu'à présent, en l'absence de chiffre d'affaires ou de recettes ou de déclaration de chiffre d'affaires ou revenus au terme de deux années civiles consécutives, un travailleur indépendant est présumé, sauf opposition de sa part, ne plus exercer d'activité professionnelle justifiant son affiliation à la sécurité sociale. Si l'organisme de sécurité sociale concerné peut prononcer sa radiation, cette mesure n'entraîne pas la radiation des immatriculations ou déclarations requises par d'autres législations (code du commerce, code général des impôts...). La loi impose une simple information des autres administrations et institutions intéressées par l'organisme de sécurité sociale procédant à la radiation.

Il est proposé que, désormais, la radiation emporte de plein droit, si le travailleur indépendant est entrepreneur individuel, la radiation des fichiers, registres ou répertoires tenus par les autres organismes destinataires des informations relatives à la cessation d'activité en application de l'article L. 123-33 du code de commerce créé par le présent projet de loi. Le Conseil d'Etat estime que cette mesure, opportune pour l'administré comme pour les administrations concernées, ne se heurte à aucune difficulté de principe. Il ajoute, toutefois, dans le projet l'obligation d'informer au préalable l'intéressé eu égard à la portée de telles

décisions. En effet, les décisions de radiation en question, qui ne revêtent pas le caractère de sanction, relèvent du champ du 4° de l'article L. 121-2 du code des relations entre le public et l'administration et ne sont pas couvertes par la règle prévue à l'article L. 121-1 du même code garantissant le respect d'une procédure contradictoire préalable.

***Suppression de l'obligation d'un compte bancaire dédié pour les micro-entrepreneurs dégageant un chiffre d'affaires annuel inférieur à 5 000 €***

**22.** L'article L. 133-6-8-1 du code de la sécurité sociale oblige les micro-entrepreneurs à ouvrir, au plus tard douze mois après la déclaration de la création de l'entreprise, un compte bancaire pour l'exercice de l'ensemble des transactions financières liées à leur activité professionnelle.

Le projet de loi supprime cette obligation pour les micro-entrepreneurs dégageant un chiffre d'affaires annuel inférieur à 5 000 euros. Il prévoit également que l'obligation ne s'appliquera qu'après dépassement de ce seuil pendant deux années civiles consécutives.

Ces mesures ne soulèvent pas de difficultés. Le Conseil d'Etat relève cependant que l'obligation d'ouvrir un compte bancaire dédié n'était et ne demeure passible d'aucune sanction et que, selon les indications fournies par le Gouvernement, une grande partie des micro-entrepreneurs semble en ignorer l'existence. Dans ces conditions, il pourrait être envisagé de la supprimer

***Modernisation du réseau des chambres de commerce et d'industrie***

**23.** En premier lieu, le projet de loi procède à diverses modifications rédactionnelles au titre 1<sup>er</sup> du livre VII du code de commerce afin de prévoir, notamment, que les missions de nature marchande que le réseau des chambres de commerce et d'industrie (CCI) peut exercer doivent être non plus « nécessaires », mais « directement utiles » à l'exercice de ses missions d'intérêt général de contribution au développement économique des territoires, des entreprises et de leurs associations.

Le Conseil d'Etat observe que ces modifications sont apportées à des dispositions dont la rédaction et l'articulation demeurent très insatisfaisantes en termes d'intelligibilité de la loi. Surtout, elles ne sont susceptibles de produire que des effets de droit limités, dès lors qu'elles n'étendent que très marginalement l'objet des CCI, établissements publics régis par le principe de spécialité : en effet, n'est positivement introduite qu'une faculté générale de fournir des prestations de services numériques, sans que soit révisée, actualisée ou complétée la liste des missions précises du réseau, figurant à l'article L. 710-1 du code de commerce.

**24.** En deuxième lieu, le projet de loi prévoit que CCI France, les CCI de région et, sur délégation, les CCI territoriales, peuvent recruter des agents de droit privé pour l'exercice de l'ensemble de leurs missions. Le Conseil d'Etat considère que si les CCI ont le caractère d'établissements publics administratifs, cette dérogation à l'obligation d'emploi de personnels de droit public, prévue par la loi n° 52-1311 du 10 décembre 1952 relative à l'établissement obligatoire d'un statut du personnel administratif des chambres d'agriculture, des chambres de commerce et des chambres des métiers, qui vise à faire face aux besoins de recrutement liés au développement d'activités de nature marchande offertes aux entreprises, ne soulève pas de difficulté d'ordre constitutionnel.



25. En troisième et dernier lieu, le projet de loi rend obligatoire le recours au vote électronique pour les opérations de renouvellement général des membres des chambres de commerce et d'industrie. Ces dispositions n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat

***Fixation de la rémunération du dirigeant en redressement judiciaire***

26. Le projet de loi prévoit de supprimer, en procédure de redressement judiciaire, le caractère automatique de la fixation de la rémunération du dirigeant d'entreprise par le juge-commissaire, lorsqu'un administrateur judiciaire a été désigné par le tribunal. Dans ce cas, la fixation de la rémunération par le juge n'intervient qu'à la demande de l'administrateur ou du ministère public. Dans le cas contraire, la rémunération perçue avant l'ouverture de la procédure est maintenue.

Le Conseil d'Etat estime que pour préserver les intérêts de l'entreprise, le principe de la fixation de la rémunération du dirigeant d'entreprise par le juge-commissaire doit être également prévu dans deux cas. Premièrement, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire si le tribunal n'a désigné aucun administrateur : le Conseil d'Etat suggère de modifier le projet de loi pour prévoir que le juge-commissaire peut être saisi par le ministère public ou le mandataire judiciaire. Deuxièmement, dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire : le Conseil d'Etat propose de prévoir que, dans ce cas, le juge-commissaire fixe systématiquement la rémunération du dirigeant de l'entreprise lors de l'ouverture de la procédure.

***Sur le rétablissement professionnel et la liquidation judiciaire simplifiée***

27. Le projet de loi prévoit de modifier les conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel, prévue aux articles L. 645-1 et suivants du code de commerce. D'une part, le projet de loi entend supprimer la condition tenant à ce que la procédure de rétablissement professionnel soit prononcée à la demande du débiteur. Dans le but de favoriser le recours à cette procédure méconnue et peu utilisée, le Gouvernement entend rendre systématique, dans les hypothèses indiquées ci-dessous, l'examen par le juge de la possibilité d'ouvrir cette procédure. Le Conseil d'Etat précise la rédaction du projet pour le faire apparaître plus clairement.

Il relève à ce titre que dans la mesure où le projet de loi soumet l'ouverture de la procédure à l'accord du débiteur et où il s'agit pour le juge d'apprécier le respect de critères légaux, l'examen systématique par le juge de la possibilité d'ouvrir une procédure de rétablissement professionnel ne se heurte pas aux mêmes critiques que celles qu'a formulées le Conseil constitutionnel à l'encontre de la saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement (décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012) et de liquidation judiciaire (décision n° 2013-352 QPC du 15 novembre 2013) - qu'il avait jugée contraire à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

D'autre part, les hypothèses dans lesquelles le juge peut ouvrir la procédure de rétablissement professionnel sont étendues, sous réserve que le débiteur réponde aux critères légaux. Ainsi, le juge peut en décider l'ouverture, avec l'accord du débiteur, lorsque l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire est demandée par le débiteur et comme alternative à la liquidation judiciaire, en cas d'échec d'un plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise.

Le Conseil d'Etat invite le Gouvernement, poursuivant par cette mesure l'objectif d'étendre le recours à la procédure de rétablissement professionnel, à examiner, le moment venu, les modifications qui pourraient être apportées aux dispositions réglementaires conditionnant son ouverture.

**28.** Le projet de loi prévoit d'unifier les conditions dans lesquelles est prononcée l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée, prévue aux articles L. 644-1 et suivants du code de commerce, et ayant déjà fait l'objet de plusieurs modifications depuis sa création par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Cette procédure accélérée, réservée aux entreprises ne détenant pas d'actif immobilier, est aujourd'hui soit obligatoire soit facultative, selon que le nombre de salariés et le chiffres d'affaires de l'entreprise sont inférieurs ou non à des seuils fixés par décret.

Le projet de loi supprime les dispositions relatives à la procédure facultative. Il maintient toutefois deux délais de clôture de la procédure, différents selon la taille de l'entreprise. Ces dispositions n'appellent pas de remarque de la part du Conseil d'Etat.

### *Sûretés*

**29.** Le projet de loi habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour réformer le droit des sûretés. Cette habilitation, qui définit ses finalités avec une précision suffisante et ne conduit à remettre en cause aucune règle constitutionnelle, n'appelle pas de remarque particulière de la part du Conseil d'Etat.

### *Publicité du privilège du Trésor*

**30.** Le projet de loi prévoit de modifier la durée du délai au terme duquel les comptables publics sont tenus de procéder à l'inscription des créances fiscales et douanières privilégiées, afin que ce privilège soit opposable en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du redevable : à un décompte glissant par périodes de neuf mois est substitué un décompte fixe au terme de chaque semestre civil. Par ailleurs, une nouvelle cause de suspension du délai dont dispose le comptable pour procéder à la formalité d'inscription est prévue, pour le cas où le redevable concerné bénéficie, dans le cadre de la contestation de sa dette fiscale ou douanière, d'un sursis de paiement.

**31.** Le Conseil d'Etat estime que ces deux mesures ne soulèvent pas de difficultés d'ordre juridique. Outre qu'elles permettront de simplifier le travail des comptables publics, elles sont adéquates au regard des objectifs qu'elles poursuivent, qui tiennent à l'amélioration de la prévisibilité et de l'accessibilité de l'information sur la solvabilité des redevables ainsi qu'à la sécurisation de la situation de ceux-ci. Il y a lieu toutefois d'observer que le passage d'un décompte par périodes glissantes à un décompte à dates fixes entraînera, pour les créances nées à une date proche du terme du semestre civil, une accélération non négligeable de la publicité.

**32.** S'agissant des modifications prévues aux articles 114 et 120 du code des douanes, le Conseil d'Etat constate qu'elles conduisent à supprimer la dispense de droit de la fourniture d'une caution lorsque les redevables en cause sont débiteurs de sommes publiées par le Trésor public ou l'URSSAF, y compris lorsque ces sommes sont contestées. Il en résulte que ces modifications, d'une part, excèdent le champ fiscal et douanier, et, d'autre part, vont dans le sens d'un accroissement des pouvoirs dont dispose l'administration. Le Conseil d'Etat considère que si ces dispositions ne soulèvent aucune difficulté d'ordre juridique, l'étude

d'impact devrait être complétée pour apporter une information sur leur nature et leur portée dès lors qu'elles ne concernent pas, à la différence du reste de l'article, le régime de la publicité du privilège du Trésor.

**33.** Enfin, le Conseil d'Etat estime utile et appropriée la disposition d'entrée en vigueur prévue, aux termes de laquelle le nouveau délai de publicité des créances fiscales et douanières s'applique aux créances nées après l'entrée en vigueur de la loi.

### *Traitement des créances publiques en procédure collective*

**34.** Le projet de loi précise les délais d'établissement définitif des créances publiques. Conformément aux dispositions de l'article L. 622-24 du code de commerce, un créancier public, comme tout créancier, doit déclarer ses créances au mandataire judiciaire désigné par le tribunal. Les créanciers publics bénéficient toutefois de la possibilité de déclarer leurs créances à titre provisionnel, lorsqu'elles n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration au mandataire judiciaire. Dans ce cas, leur établissement définitif doit être adressé au mandataire dans le délai prévu à l'article L. 624-1 du même code, c'est-à-dire dans le délai que le tribunal a fixé à ce dernier pour qu'il établisse la liste des créances et ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi.

Le projet du Gouvernement prévoit deux dérogations à ce délai de droit commun.

La première s'applique aux créances établies définitivement à l'issue d'une procédure de contrôle ou de rectification de l'impôt : dans ce cas, l'établissement définitif de la créance doit être réalisé avant le dépôt au greffe du compte-rendu de fin de mission par le mandataire judiciaire.

La seconde s'applique aux créances résultant de la procédure de détermination de l'assiette et de calcul de l'impôt, dans le cadre d'une imposition primitive (et donc en dehors des procédures de contrôle ou de rectification de l'impôt, tel que le Conseil d'Etat le précise dans le projet, qui font l'objet des dispositions spécifiques précitées) : dans ce cas, le créancier public dispose d'un délai de douze mois à compter de la publication au *Bulletin officiel* des annonces civiles et commerciales du jugement d'ouverture de la procédure, pour émettre le titre de perception. Ce délai de douze mois n'est pas applicable aux procédures de liquidation judiciaire et de liquidation judiciaire simplifiée.

Le Conseil d'Etat estime que l'exclusion des procédures de liquidation judiciaire et de liquidation judiciaire simplifiée dans ce dernier cas permet de ne pas perturber la mission du mandataire judiciaire ni de nuire au bon déroulement de la procédure collective.

### *Clauses de solidarité dans les baux commerciaux*

**35.** Le projet de loi prévoit de réputer non écrites les clauses imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant, lorsque le bail est cédé dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise. Le Gouvernement souligne que ces clauses peuvent constituer un frein important à la reprise d'entreprises, alors que le bail constitue souvent l'un des rares actifs de l'entreprise, notamment s'agissant de petites et moyennes entreprises.

Le Conseil d'Etat considère que l'application de ces dispositions aux contrats conclus dans l'avenir ne pose aucune difficulté.

**36.** Pour donner son plein effet à cette mesure, le Gouvernement prévoit également l'application de ces dispositions aux contrats en cours. Le Conseil d'Etat considère que ces

dispositions peuvent être regardées comme ne portant pas une atteinte disproportionnée au principe constitutionnel de liberté contractuelle ni au droit de propriété protégé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

En effet, le Conseil d'Etat considère tout d'abord que l'atteinte portée aux contrats en cours poursuit l'objectif d'intérêt général de poursuite de l'activité de l'entreprise, relevé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 7 octobre 2015 (décision n° 2015-486 QPC du 7 octobre 2015, M. Gil L.), et vise également le maintien de l'emploi dans l'entreprise et de l'activité dans les centres-villes menacés de dévitalisation, notamment en milieu rural, en favorisant la reprise des baux en cours dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise. Il relève ainsi que ces dispositions ne sont applicables que lorsqu'un plan de cession est ouvert par le tribunal et non dans le cadre d'une cession isolée d'actifs en liquidation judiciaire.

En outre, le Conseil d'Etat relève que ces dispositions n'affectent pas le droit du créancier de recouvrer ses créances sur le patrimoine du débiteur. En effet, il conserve la possibilité de déclarer ses créances au mandataire judiciaire et de les recouvrer le cas échéant, dans le cadre de la procédure collective.

## **En ce qui concerne le chapitre II « Des entreprises plus innovantes »**

### ***Réforme de l'épargne retraite***

37. Le projet de loi fixe des règles communes pour les produits d'épargne retraite, qu'ils soient collectifs ou individuels. L'objectif poursuivi par le Gouvernement consiste à renforcer l'attractivité pour les épargnants de ces produits, notamment par rapport à l'assurance vie, afin de favoriser cette forme d'épargne et son investissement en actions, favorable au financement à long terme de l'économie nationale. A cette fin, l'offre de produits d'épargne retraite est simplifiée, des choix plus larges sont offerts aux épargnants en termes de sortie en rente ou en capital à partir de l'âge de la retraite et sous forme de débloquages anticipés (notamment pour l'achat de la résidence principale), la transférabilité entre produits est généralisée pour mieux tenir compte de la non-linéarité des parcours professionnels, la gestion des encours est dynamisée en fonction de l'horizon de placement, l'épargne investie est mieux protégée et la concurrence entre gestionnaires (assureurs et sociétés de gestion d'actifs) est renforcée.

Au-delà de la fixation de ces nouvelles règles communes, le projet de loi habilite le Gouvernement à procéder par ordonnance à la définition des règles particulières applicables aux différents produits d'épargne retraite : plans d'épargne retraite d'entreprise collectifs et catégoriels, d'une part, et plans d'épargne retraite individuels, d'autre part. Ces nouvelles règles pourront être rendues applicables aux contrats en cours. Le Conseil d'Etat souligne que, dans les deux cas, les modalités de mise en œuvre des règles communes pour les différentes catégories de produits d'épargne retraite ne pourront prévoir de différenciations qu'en fonction de la nature même des produits concernés, sauf à ce que le législateur en décide autrement de manière expresse.

La fiscalité des produits d'épargne retraite résultant de la réforme n'est pas définie à ce stade, à l'exception de la diminution du taux du forfait social applicable aux versements effectués par les entreprises sur les plans d'épargne retraite d'entreprise catégoriels affectés pour partie au financement des petites et moyennes entreprises, afin de l'aligner sur celui applicable aux plans d'épargne retraite d'entreprise collectifs. Le Conseil d'Etat estime que l'attractivité recherchée des produits d'épargne retraite par rapport à l'assurance vie résultera pour

l'essentiel des choix qui seront opérés par le législateur s'agissant des prélèvements fiscaux et sociaux applicables à ces produits.

Le Conseil d'Etat observe enfin que l'ensemble des nouvelles règles applicables à l'épargne retraite doit entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2020. L'application différée des nouvelles règles communes définies par le projet de loi sera ainsi concomitante avec les nouvelles règles particulières applicables aux différents produits, fixées par ordonnance, et avec la détermination de leur régime fiscal et social, annoncée pour figurer dans les textes financiers relatifs à l'année 2020, de sorte que la cohérence d'ensemble de la réforme envisagée pourra être garantie en fonction des choix de principe opérés par le législateur.

### *Mesures en faveur du financement des entreprises par les acteurs privés*

**38.** Le projet comporte des mesures tendant à renforcer le rôle de l'assurance sur la vie dans le financement de l'économie.

En premier lieu, il complète les dispositions des articles L. 134-1 et suivants du code des assurances relatives au fonds euro-croissance afin de créer, en complément du dispositif existant, un produit similaire dans ses caractéristiques, comportant notamment une garantie de 100 % du capital investi au terme d'un engagement d'une durée d'au moins 8 ans, mais dont la structure et la présentation sont simplifiées.

En deuxième lieu, afin d'accroître la contribution de l'assurance sur la vie au financement du capital-investissement en France, le projet crée dans le code des assurances un article L. 131-1-1 qui ouvre aux particuliers la possibilité d'investir dans des fonds professionnels, dans le respect de conditions liées à leur patrimoine, à leurs connaissances ou à leur expérience en matière financière. A cette même fin, il modifie l'article L. 131-1 du même code pour sécuriser l'option par l'assuré pour le règlement en titres du rachat de son contrat, lorsque celui-ci est investi en titres non cotés peu liquides.

Ces deux mesures ne soulèvent pas d'objection d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

**39.** En outre, le projet introduit à l'article L. 113-1 du code des assurances une disposition explicitant que les souscriptions à un contrat d'assurance sur la vie ne peuvent être payées qu'en numéraire. Cette mesure est destinée à interdire aux assureurs étrangers commercialisant des contrats d'assurance sur la vie en France d'accepter des souscriptions en titres. Le Gouvernement entend ainsi lutter contre des pratiques d'optimisation fiscale consistant à placer des titres de sociétés familiales dans des contrats d'assurance sur la vie commercialisés par des sociétés établies notamment au Luxembourg afin de bénéficier du régime fiscal de faveur de l'assurance vie.

Cette disposition, qui se borne à expliciter le droit national existant, ne soulève en tant que telle pas d'objection. Le Conseil d'Etat observe cependant que, en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, rendue dans un état antérieur du droit dérivé de l'Union européenne, cette mesure pourrait ne pas atteindre pleinement son objectif. En effet, la Cour de cassation a jugé que les modalités de versement des primes d'assurance sur la vie relèvent des caractéristiques techniques et financières du contrat, lesquelles sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'assureur est établi, qui n'est pas le droit français pour un assureur étranger proposant des contrats en France (Cass. 2e civ. 19 mai 2016 n° 15-13.606 (n° 780 FS-PBRI), R. c/ Sté Natixis Life).

### ***Mesures en faveur du financement des entreprises par les acteurs privés***

**40.** Le projet comporte des mesures tendant à simplifier l'accès des entreprises aux marchés financiers.

En premier lieu, afin de faciliter le recours aux émissions de titres financiers, il réduit le champ des offres au public devant donner lieu à l'établissement d'un prospectus, dans les conditions prévues par le règlement (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé. Pour les offres au public de titres financiers exemptées de prospectus, il prévoit toutefois l'établissement d'un document d'information simplifié.

En deuxième lieu, il assouplit les conditions du retrait obligatoire de titres, afin de faciliter aux émetteurs la sortie de cote – et par là même rendre leur cotation plus attractive – dans un cadre protecteur des actionnaires minoritaires. Ainsi, le seuil de détention du capital social déclenchant le retrait obligatoire est ramené de 95 % à 90 %, en conformité avec la directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.

Enfin, il habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnances aux fins d'améliorer l'accessibilité du droit des sociétés, à la suite des préconisations du rapport du Haut comité juridique de place du 8 janvier 2018, de moderniser et de mettre en cohérence le droit français des offres au public compte tenu de l'entrée en vigueur au 21 juillet 2019 du règlement européen du 14 juin 2017 précité, de simplifier l'encadrement de la commercialisation de produits et services financiers et de compléter ce régime en cas de sollicitation « inversée » de l'émetteur par l'investisseur, conformément à la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers.

Ces mesures n'appellent pas de remarques de la part du Conseil d'Etat.

### ***Renforcement de l'attractivité de la Place de Paris***

**41.** Le projet comporte des mesures tendant à renforcer l'attractivité économique de la France.

En premier lieu, le projet instaure un régime d'exemption temporaire d'affiliation aux régimes obligatoires de base et complémentaire d'assurance-vieillesse, ouvert aux salariés dits impatriés, c'est-à-dire appelés de l'étranger à occuper un emploi en France. L'exemption est accordée pour une durée de trois ans, renouvelable une fois, au salarié qui en fait la demande, sous réserve de l'accord de son employeur et sous certaines conditions tenant notamment à la justification du versement d'une contribution minimale à une assurance vieillesse. En réduisant les cotisations sociales tant salariales que patronales et en permettant à des salariés qui n'ont pas nécessairement vocation à bénéficier de prestations de retraite en France de cotiser au régime de retraite de leur pays d'origine ou à un régime privé, cette disposition a pour finalité de favoriser l'implantation en France de salariés étrangers, notamment de cadres de haut niveau.

Le Conseil d'Etat observe que ces dispositions, qui n'instituent pas une exonération de cotisations sociales mais déterminent des règles d'affiliation à un régime obligatoire de

sécurité sociale, ne relèvent pas du domaine exclusif des lois de financement de la sécurité sociale et peuvent en conséquence être insérées dans le présent projet de loi ordinaire.

Le Conseil d'Etat estime que la différence de traitement qui résulte de ce nouveau régime est en rapport direct avec l'objectif poursuivi et poursuit un objectif d'intérêt général de développement de l'attractivité économique du territoire national, de sorte qu'elle ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Il considère que cette exemption ne méconnaît pas davantage le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui garantit la sécurité matérielle aux vieux travailleurs, dès lors que les salariés qui opteront pour ce régime devront justifier être couverts par une assurance vieillesse de nature à leur garantir cette sécurité. Il estime également que si cette mesure a pour effet de supprimer le versement des cotisations d'assurance vieillesse afférentes aux salaires des impatriés, elle ne constitue pas pour autant pour les employeurs concernés une aide sur fonds publics susceptible d'être qualifiée d'aide d'Etat, dès lors qu'il ne s'agit que de la conséquence d'une mesure dont l'objet est de modifier le champ de l'affiliations des salariés aux régimes obligatoires d'assurance vieillesse.

En deuxième lieu, le projet modifie la législation applicable au secteur financier afin de la rendre plus attractive pour les opérateurs de ce secteur et de supprimer certaines contraintes que le droit de l'Union européenne n'impose pas. Ainsi, il adapte le régime légal applicable aux contrats de dérivés pour l'aligner sur la pratique internationale, complète le régime juridique applicable aux succursales d'entreprises d'investissement de pays tiers, élargit les modes de négociation des titres de créance négociables, clarifie les prérogatives de l'Autorité des marchés financiers, modernise et précise le cadre légal de l'activité de gestion d'actifs et met en cohérence certaines dispositions du code monétaire et financier et du code de travail avec le droit positif.

Il clarifie également l'articulation du code monétaire et financier et du code du travail en ce qui concerne les conditions financières de licenciement des salariés « preneurs de risque » au sens du règlement délégué (UE) n° 604/2014 de la Commission du 4 mars 2014 complétant la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil. A cet égard, le Conseil d'Etat estime que l'exclusion de la part variable de rémunération de la base de calcul des indemnités de licenciement dues à ces salariés ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité devant la loi dès lors que la différence de traitement qui résulte de cette disposition est en rapport direct avec l'objet de la loi, dans la mesure où cette part variable de rémunération, qui est régie par des dispositions particulières, prises pour la transposition des dispositions de la directive 2013/36/CE susmentionnée applicables à cette catégorie de salariés, peut faire l'objet d'une reprise par l'employeur postérieurement au licenciement et n'est de ce fait pas définitivement acquise au salarié.

### ***Modernisation des pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers***

**42.** Le projet de loi introduit dans un nouvel article L. 621-10-2 du code monétaire et financier une procédure d'autorisation d'accès aux données de connexion par l'Autorité des marchés financiers (AMF). Cette procédure prévoit que l'AMF peut, dans le cadre d'une enquête en matière d'abus de marché, demander à une entité administrative indépendante unipersonnelle dénommée « contrôleur des demandes de données de connexion », l'autorisation d'accéder aux données techniques de téléphonie et de communication électronique, à l'exclusion de celles relatives au contenu des communications.

Le projet vise à substituer cette nouvelle procédure, en l'assortissant des garanties nécessaires, à la procédure d'accès sans autorisation préalable prévue à la seconde phrase du

premier alinéa de l'article L. 621-10 du même code, qui a fait l'objet d'une décision d'inconstitutionnalité n° 2017-646/647 QPC du 20 juillet 2017, dont le Conseil constitutionnel a reporté les effets au 31 décembre 2018. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que cette procédure, si elle était réservée à des agents habilités et soumis au secret professionnel, qui ne pouvaient obtenir ces données que dans le cadre d'une enquête et ne disposaient pas de pouvoir d'exécution forcée, ne présentait pas les garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche d'auteurs d'infractions.

**43.** Le Conseil d'Etat relève en premier lieu que la procédure d'autorisation créée par le projet de loi ne vise qu'à traiter les demandes d'accès aux données de connexion émanant de l'AMF, de manière à pallier la suppression, à la date du 31 décembre 2018, des dispositions qui lui sont aujourd'hui applicables et qui ont fait l'objet de la décision d'inconstitutionnalité mentionnée ci-dessus. Cette nouvelle procédure, qui repose sur la création d'une entité chargée de la délivrance des autorisations, n'est donc pas applicable à d'autres autorités ou services administratifs qui pourraient pourtant se trouver dans une situation similaire. Le Conseil d'Etat ne peut en conséquence que constater que cette nouvelle procédure et l'organisation administrative sur laquelle elle repose sont spécialement définies pour faire face aux besoins de l'AMF et sont susceptibles d'être ultérieurement modifiées afin de répondre à de nouveaux besoins.

**44.** En second lieu, le Conseil d'Etat estime qu'en prévoyant que les données de connexion dont l'AMF peut demander communication dans le cadre des enquêtes en matière d'abus de marché n'excèdent pas les limites de la liste des métadonnées et des prestations définies à l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et à l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, que l'autorisation d'accéder aux données est délivrée par un contrôleur des demandes de données de connexion indépendant, dont les fonctions sont assurées par un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour de cassation, que cette autorisation est soumise au contradictoire à l'instar des autres pièces du dossier de l'enquête, et enfin que les données versées au dossier d'enquête ne peuvent être utilisées que pour les finalités de l'enquête et ne sont pas conservées au terme de celle-ci, le projet de loi instaure un régime présentant des garanties suffisantes, conformes aux exigences constitutionnelles ainsi qu'à celles relevant du droit de l'Union européenne en matière de respect du droit à la vie privée.

### ***Infrastructures de marché***

**45.** Le projet comprend des mesures qui assouplissent l'encadrement des infrastructures de marché afin d'accroître l'attractivité de la place financière de Paris et d'anticiper le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. D'une part, il facilite les relations entre les opérateurs français et certains systèmes de paiement établis dans des pays tiers. D'autre part, il allège les contraintes liées au statut de chambre de compensation et étend l'accès aux services fournis par les chambre de compensation et les systèmes de règlement interbancaire et de règlement-livraison d'instruments financiers, dans des conditions de nature à garantir le bon fonctionnement de ces infrastructures et une maîtrise des risques financiers correspondants.

Ces dispositions n'appellent pas de remarque particulière de la part du Conseil d'Etat.

### ***Mesures en faveur du financement des entreprises par les acteurs privés***



**46.** Le projet crée un régime des offres au public de « jetons », afin d'offrir un cadre légal aux levées de fonds qui consistent à émettre des biens incorporels, appelés jetons, qui font l'objet d'un enregistrement électronique partagé au moyen de la technologie dite « chaîne de blocs » ou en anglais « blockchain », dans la stricte mesure où ces émissions ne sont pas déjà régies par d'autres dispositions du code monétaire et financier. Ce régime, de nature facultative, consiste à proposer aux émetteurs de solliciter un visa préalable de l'Autorité des marchés financiers, aux fins de garantir que leur offre présente les garanties de nature à protéger les investisseurs et à prévenir tout abus.

Le Conseil d'Etat relève que le projet innove en créant ce régime national, qui n'est imposé ni par le droit de l'Union européenne ni par le droit international et qui présente un caractère optionnel. Il observe que ce régime est susceptible d'évoluer à l'avenir en fonction tant des évolutions technologiques et économiques que du contexte normatif européen et international. Ces dispositions, qui poursuivent les objectifs d'intérêt général de protection des investisseurs et de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, ne soulèvent toutefois pas d'objection de la part du Conseil d'Etat.

#### *Mesures en faveur du financement des entreprises par les acteurs privés*

**47.** Le projet rend éligibles au plan d'épargne en actions destiné au financement des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire (PEA-PME) certains titres de créance (obligations à taux fixe, titres participatifs et minibons) émis par l'intermédiaire de plateformes de financement participatif, afin d'encourager et diversifier le financement de ces entreprises tout en assurant un cadre protecteur aux investisseurs.

Cette mesure ne soulève pas d'objection d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

Le Conseil d'Etat relève cependant que l'éligibilité de minibons au PEA-PME suppose, pour être opérationnelle, que ces derniers puissent être placés sur le compte de titres du PEA-PME, alors même que les articles L. 223-4 et L. 223-12 du code monétaire et financier prévoient leur inscription sur d'autres registres. Cette difficulté n'est toutefois pas inédite, dès lors que sont d'ores et déjà éligibles au PEA-PME des instruments, telles les parts sociales, ne constituant pas des titres financiers. Dans ces conditions et alors que l'ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers prévoit la possibilité, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2018, d'inscrire certains titres financiers sur un tel dispositif en lieu et place d'un compte de titres, selon des modalités à préciser par décret, le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à engager une réflexion en vue le cas échéant d'adapter le mode de fonctionnement du PEA et du PEA-PME à ces évolutions.

#### *Dispositions visant à développer l'émission d'actions de préférence*

**48.** Le projet de loi vise à favoriser l'émission d'actions de préférence en prévoyant, en premier lieu, un assouplissement des règles relatives à la modulation des droits de vote attachés à ces actions. Il prévoit ainsi que les dispositions de l'article L. 225-122 du code de commerce, qui prévoient que le droit de vote attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et que chaque action donne droit à une voix au moins, ne sont pas applicables aux actions de préférence émises par des sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation. Le projet de loi prévoit également l'extension de la faculté de retirer le droit

préférentiel de souscription à toutes les actions de préférence comportant des droits financiers limités, que ces actions soient assorties de droits de vote ou non.

Le Conseil d'Etat relève que cette mesure revient sur le choix qui avait été fait lors de la transposition de la directive 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés par la disposition introduite à l'article L. 228-11 du code de commerce : cette disposition ne permet à ce jour le retrait du droit préférentiel de souscription qu'aux actions de préférence comportant des droits financiers limités sans droit de vote, alors que l'article 72 de cette directive n'impose pas une telle restriction.

Ces mesures n'appellent pas d'autre observation de la part du Conseil d'Etat.

### ***Dispositions visant à améliorer le dispositif Entreprise solidaire d'utilité sociale***

**49.** Le projet d'article modifie, en vue de les clarifier et d'en faciliter l'application, certains éléments de la définition de l'utilité sociale énoncée par l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ainsi que certaines des conditions posées à l'octroi de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » prévu à l'article L. 3332-17-1 du code du travail.

Le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas souhaitable d'introduire, parmi les conditions à remplir pour qu'une entreprise puisse être regardée comme une entreprise solidaire d'utilité sociale, un critère relatif au « modèle économique » de l'entreprise, qui paraît trop imprécis et au surplus redondant par rapport au critère tiré de l'impact sur le compte de résultat, dont les éléments constitutifs sont à eux seuls de nature à retracer les spécificités des activités d'utilité sociale.

La disposition prévoyant l'assouplissement de l'encadrement de la politique de rémunération de l'entreprise n'appelle quant à elle pas d'observation particulière.

Le Conseil d'Etat observe enfin que le régime de réduction d'impôt sur le revenu pour la souscription au capital de certaines petites et moyennes entreprises, dont peuvent relever les souscriptions au capital des entreprises solidaires d'utilité sociale, a été notifié à la Commission européenne et fait l'objet présentement d'un examen par celle-ci. Le Conseil d'Etat invite par suite le Gouvernement à informer sans délai la Commission européenne des modifications apportées par le présent article aux conditions d'agrément de ces entreprises.

### ***Réforme de la gouvernance de la Caisse des dépôts et consignations (CDC)***

**50.** Le projet de loi modifie les dispositions relatives à la Caisse des dépôts et consignations (CDC) qui figurent à la section 2 du chapitre VIII du titre Ier du livre V du code monétaire et financier.

S'agissant de la composition de la commission de surveillance :

**51.** Le projet de loi prévoit de modifier la composition de la commission de surveillance, qui comprend actuellement treize membres, d'une part, en y incluant deux représentants des salariés de la Caisse, d'autre part, en remplaçant le représentant du Conseil d'Etat, les deux représentants de la Cour des comptes et le gouverneur de la Banque de France par quatre personnalités qualifiées nommées par décret et, enfin, en prévoyant que les parlementaires

qui siègent à la commission de surveillance seront issus, non plus de la seule commission des finances de leurs assemblées respectives, mais également de la commission des affaires économiques. Il prévoit, par ailleurs, l'application de règles de parité entre les hommes et les femmes.

**52.** Le Conseil d'Etat estime que ces dispositions, qui s'inscrivent dans le prolongement de la réforme opérée, en 2008, par la loi de modernisation de l'économie et procèdent d'un choix d'opportunité du Gouvernement, ne se heurtent à aucun obstacle de nature constitutionnelle ou conventionnelle. En termes de cohérence, si elles accroissent, certes, le poids du pouvoir exécutif dans la désignation des membres de la commission de surveillance, elles ne remettent toutefois pas en cause la spécificité de la gouvernance de cet établissement public placé, aux termes de l'article L. 518-2 du code monétaire et financier issu de l'ordonnance du 22 mai 1816, « *de la manière la plus spéciale sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative* ». A l'issue de la réforme, en effet, huit des quinze membres de la commission de surveillance, soit la majorité, dont son président, resteront soit directement issus du Parlement soit désignés par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Afin, toutefois, de permettre à la commission de surveillance, notamment aux parlementaires qui la composent, de continuer à bénéficier d'une expertise indépendante telle que celle que lui apportent jusqu'à présent les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, le Conseil d'Etat, d'une part, estime utile d'ajouter la compétence juridique aux compétences, énumérées au 8° nouveau de l'article L. 518-4 du code monétaire et financier, que devront présenter les personnalités qualifiées nommées par décret et recommande, d'autre part, au Gouvernement de veiller, lorsqu'il fera usage de son pouvoir de nomination, à désigner des personnalités présentant de solides garanties d'indépendance.

S'agissant des pouvoirs respectifs de la commission de surveillance et du directeur général :

**53.** Le Gouvernement entend procéder à un rééquilibrage des pouvoirs respectifs de la commission de surveillance et du directeur général. A cette fin, il propose de substituer au pouvoir consultatif de la commission de surveillance un véritable pouvoir délibératif en ce qui concerne les principales décisions ayant trait à la stratégie de la Caisse (orientations stratégiques et plan à moyen terme, mise en œuvre des missions d'intérêt général et définition de la stratégie d'investissement du groupe). Il propose également de doter la commission de surveillance de compétences nouvelles telles que celles d'adopter le budget, d'approuver les comptes sociaux et consolidés, de fixer le besoin de fonds propres et de liquidité ou encore d'approuver les principes et conditions d'organisation du contrôle interne du groupe. Enfin, la commission de surveillance serait dotée du pouvoir de procéder à des vérifications et des contrôles.

**54.** En ce qui concerne le directeur général, le projet de loi prévoit de le doter de prérogatives nouvelles en matière de nomination de directeurs généraux délégués auxquels il pourra déléguer une partie de ses pouvoirs. S'agissant de ses missions, il précise qu'il met en œuvre les orientations approuvées par la commission de surveillance notamment en matière de contrôle interne et de gestion des risques. Enfin, afin de renforcer l'information du Parlement, il est prévu qu'il soit entendu au moins une fois par an par les commissions réunies des finances et des affaires économiques.

**55.** Ces dispositions qui tendent à rapprocher la gouvernance de la CDC du droit commun n'appellent pas d'observations de la part du Conseil d'Etat. En revanche, le Conseil d'Etat relève que si aucun principe ne paraît juridiquement faire obstacle à ce que la rémunération des membres de la commission de surveillance soit fixée, comme le prévoit le projet de loi, par la commission de surveillance elle-même dans son règlement intérieur, cette dérogation à

la compétence réglementaire de droit commun du Premier ministre est de nature à susciter des interrogations voire des incompréhensions. Il invite en conséquence le Gouvernement à envisager un encadrement réglementaire des rémunérations versées aux membres de la commission de surveillance, par exemple sous la forme d'un plafond fixé par décret comme c'est notamment le cas pour la rémunération des membres de certaines autorités administratives ou publiques indépendantes.

S'agissant de la gestion comptable :

**56.** Le projet de loi propose de supprimer l'institution du Caissier général de la Caisse des dépôts, parfois qualifié comptable public « spécial », et de soumettre expressément l'établissement aux règles de la comptabilité commerciale. Corrélativement, il est proposé de mettre fin au contrôle juridictionnel exercé par la Cour des comptes sur les comptes de l'établissement.

**57.** Ces dispositions, qui mettent en œuvre une recommandation formulée, à plusieurs reprises, par la Cour des comptes et qui s'inscrivent dans le processus de « banalisation » de l'établissement recherché par le Gouvernement, ne soulèvent aucune objection de la part du Conseil d'Etat, qui relève qu'elles ne remettent pas en cause le contrôle de gestion que la Cour des comptes continuera d'exercer sur la Caisse selon les modalités du droit commun applicable aux personnes morales de droit public.

**58.** Le Conseil d'Etat appelle toutefois l'attention du Gouvernement sur le fait que la date d'entrée en vigueur envisagée pour ces dispositions, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2019, ne peut être admise que si le projet de loi est adopté dans le courant de l'année 2018. En effet, la suppression de la fonction de Caissier général ne pouvant être réalisée à titre rétroactif, il conviendrait de prévoir une entrée en vigueur de ces dispositions au 1<sup>er</sup> janvier 2020 dans l'hypothèse où la loi ne serait adoptée qu'en 2019.

S'agissant des règles prudentielles applicables et de leur contrôle :

**59.** En matière prudentielle, le projet de loi rend applicable à la Caisse des dépôts et consignations la plupart des règles de droit commun applicables aux établissements de crédit, tout en tenant compte de la spécificité de son modèle économique. Il confie, en outre, à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) le soin d'assurer la supervision prudentielle de l'établissement s'agissant de ses activités bancaires et financières.

**60.** Ces modifications, qui s'inscrivent dans le prolongement de la réforme opérée en 2008 et se justifient, en ce qui concerne le transfert du pouvoir de supervision de la commission de surveillance vers l'ACPR, par l'extension des pouvoirs conférés à la commission de surveillance sur la gestion de l'établissement, ne se heurtent, du point de vue juridique, à aucun obstacle et ne suscitent donc aucune réserve de la part du Conseil d'Etat.

S'agissant des relations financières avec l'Etat et du rôle de mandataire de la CDC :

**61.** Le projet de loi précise que le montant du versement effectué annuellement par la Caisse au profit de l'Etat, qui correspond à un quasi-dividende, est fixé par décret pris après avis de la commission de surveillance. Cette modalité, qui correspond au droit commun des établissements publics, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

**62.** S'agissant des activités, notamment de gestion de fonds, exercées par la CDC pour le compte de diverses personnes publiques, le projet de loi introduit dans le code monétaire et financier des dispositions spécifiques, qui complètent celles prévues à l'article 40 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et qui organisent les relations de la Caisse avec ses mandants. En ce qui concerne les mandats confiés à la CDC par l'Etat, les établissements publics, les groupements d'intérêt public ainsi que les autorités administratives ou publiques indépendantes, ces dispositions, dont le champ d'application est plus large que celui de l'article 40 de la loi de 2014, imposent une autorisation préalable des ministres chargés de l'économie et du budget et prévoient le principe d'une reddition au moins annuelle des comptes. En ce qui concerne les mandats confiés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les dispositions du nouvel article L. 518-24-1 du code monétaire et financier dérogent à celles de l'article L. 1611-7 du code général des collectivités territoriales qui soumettent la faculté de confier à un tiers l'attribution et le paiement de certaines dépenses à la condition que ce tiers dispose d'un comptable public, ce qui ne sera plus le cas de la Caisse des dépôts et consignations après la suppression du Caissier général. Enfin, une disposition de régularisation des mandats de gestion en cours est prévue.

Ces dispositions ne soulèvent pas d'objection de la part du Conseil d'Etat.

### ***Modification du régime des titres de propriété industrielle***

**63.** Le projet de loi envisage de modifier le régime des titres de propriété industrielle, que sont le brevet d'invention et le certificat d'utilité, inscrits au code de la propriété intellectuelle.

Il s'agit, en premier lieu, de permettre le dépôt auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) d'une « demande provisoire de brevet » se bornant à la description technique de l'invention, la remise du document détaillant l'étendue de la protection demandée (les « revendications ») étant reportée à une phase ultérieure, dans un délai maximum d'un an. Le déposant pourra également choisir d'abandonner sa demande au terme du délai si celle-ci ne répond plus à ses besoins, sans formalité supplémentaire et sans divulgation aux tiers. Ce dispositif, inspiré d'exemples étrangers et notamment du « *provisional patent application* » mis en place aux Etats-Unis, doit permettre aux entreprises de procéder, rapidement et à moindre coût, au dépôt d'une demande provisoire pour se prévaloir ainsi d'une date de priorité. Il ne conduit pas à la création d'un nouveau titre de propriété industrielle.

Il s'agit, en second lieu, de modifier le régime du certificat d'utilité. Ce titre de propriété industrielle adapté aux inventions à cycle de vie court est accordé au regard des mêmes critères que le brevet d'invention, mais au terme d'une instruction plus rapide. Pour renforcer son attractivité, le projet de loi prévoit de porter de six à dix ans la durée de protection qu'il offre, ce qui le rapproche du titre analogue « *Gebrauchsmuster* » ou modèle d'utilité en Allemagne. Il est également prévu que le demandeur peut transformer sa demande de certificat d'utilité, en demande de brevet d'invention.

Ces dispositions relatives au régime national des titres de propriété industrielle ne se heurtent à aucun obstacle constitutionnel. Elles ne sont pas non plus contraires au droit de l'Union ou à d'autres règles conventionnelles.

**64.** Le Conseil d'Etat relève toutefois que l'article L. 612-2 du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction actuelle, issue de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2008-1301

du 11 décembre 2008, permet déjà que la description de l'invention et les revendications (par lesquelles le déposant indique la portée du monopole qu'il revendique) - indissociables jusqu'alors pour l'attribution de la date de dépôt d'un brevet, et donc de la date à partir de laquelle l'invention est protégée - soient remises séparément. La remise de la seule description permet ainsi déjà l'attribution d'une date de dépôt, les revendications pouvant être fournies ultérieurement. L'ordonnance du 11 décembre 2008 a ainsi rendu l'article L. 612-2 de ce code conforme aux stipulations de l'article 5 du traité sur le droit des brevets adopté à Genève le 1<sup>er</sup> juin 2000, relatives à la date de dépôt d'une demande de brevet d'invention.

Par suite aucune disposition législative n'est nécessaire pour mettre en œuvre la réforme envisagée, permettant le dépôt d'une demande provisoire de brevet d'invention et laissant au demandeur un an pour confirmer et compléter sa demande ou la transformer en demande de certificat d'utilité. Il conviendra de modifier les articles réglementaires du code de la propriété intellectuelle relatifs au dépôt et à l'instruction des demandes de brevet, qui dans leur rédaction actuelle traitent de la demande de brevet comme un ensemble comprenant implicitement, mais nécessairement, description de l'invention et revendications, pour indiquer qu'une demande provisoire comprenant une description de l'invention peut être déposée, le demandeur disposant d'un délai d'un an pour compléter sa demande en y joignant ses revendications ou demander le cas échéant sa transformation en demande de certificat de conformité, en tenant compte de la nécessaire articulation de ce délai avec le délai prévu à l'article L. 612-21 du même code à l'issue duquel l'Institut national de la propriété industrielle assure la publication, dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, du dossier de toute demande d'un brevet ou d'un certificat d'utilité.

**65.** Le projet de loi ajoute par ailleurs au 3<sup>o</sup> bis de l'article L. 612-12 un motif de refus « *de toute demande qui porte sur une demande dont l'objet a été étendu au-delà du contenu de la demande telle qu'elle a été déposée* », afin d'éviter qu'après avoir déposé la description de son invention, le déposant ne complète cette description, ce qui caractériserait une manœuvre pour décaler artificiellement la date de protection acquise le jour du dépôt de la demande.

Le Conseil d'Etat relève que l'étude d'impact ne contient aucune précision sur la nécessité d'une telle mesure, ni sur les conditions dans lesquelles elle pourrait trouver à s'appliquer. Si le Gouvernement fait valoir qu'il s'agit d'une application à ce cas particulier de la solution déjà inscrite au 3<sup>o</sup> de cet article qui prévoit le rejet de la « *demande divisionnaire dont l'objet s'étend au-delà du contenu de la description de la demande initiale* », le Conseil d'Etat relève qu'il est loisible au demandeur invité à la diviser en plusieurs demandes divisionnaires et ayant ajouté à sa description de l'invention dans une demande divisionnaire, qui la voit rejeter, de procéder à une nouvelle division de sa demande de brevet, sans perdre le bénéfice de la date de dépôt de sa demande initiale, tandis que celui qui, ayant déposé une demande, la verrait rejeter au motif qu'il aurait cherché à ajouter à la description de son invention, perdrait le bénéfice de sa date initiale de dépôt. Le Conseil d'Etat estime que la circonstance que le déposant ne puisse ajouter à la description de l'invention ne saurait constituer un motif de rejet, si par ailleurs la description de l'invention est complète, et la demande de brevet par suite recevable au jour du dépôt.

***Dispositions relatives aux chercheurs entrepreneurs et à la gestion des brevets détenus entre personnes publiques investies d'une mission de recherche***

**66.** Le projet de loi modifie le chapitre Ier du titre III du livre V du code de la recherche, qui regroupe les dispositions relatives à la valorisation des travaux de recherche des personnels civils de l'Etat affectés dans les établissements publics d'enseignement supérieur et de

recherche ainsi qu'un article du chapitre III du même livre relatif aux titres de propriété intellectuelle détenus par plusieurs personnes publiques investies d'une mission de recherche.

S'agissant de la valorisation de la recherche publique, les modifications envisagées, sans remettre en cause ni le champ d'application de ces dispositions, qui concernent les personnels civils des services publics et entreprises publiques de recherche, ni la structuration en trois dispositifs spécifiques, ont pour objectif général de simplifier la mise en œuvre de ces derniers et de mieux les adapter aux besoins des chercheurs. Elles entendent également améliorer la carrière des chercheurs qui sont associés à la création d'une entreprise afin de rendre ce parcours plus attractif. Il en est attendu un développement de la création d'entreprises à partir des travaux de la recherche publique beaucoup plus intense qu'actuellement constaté.

**67.** Le Conseil d'Etat relève que l'étude d'impact fournit un panorama de la valorisation de la recherche publique, depuis la mise en place de cette politique publique, en s'appuyant essentiellement sur les données relatives à l'innovation et à la création d'entreprises par les grands établissements de recherche (CNRS, INRIA, INSERM), comme sur celles de la commission de déontologie, saisie pour avis sur les projets de valorisation, mais qui, pour celle-ci, apparaissent en-deçà du potentiel mobilisé. L'étude d'impact souligne, en effet, le caractère volontariste de la politique d'entrepreneuriat aujourd'hui menée, au-delà des grands centres de recherche, par les établissements d'enseignement supérieur et de recherche à travers leurs contrats d'objectifs et de moyens, appuyée par les quatorze sociétés d'accélération du transfert de technologies (SATT), issues du programme « investissements d'avenir ». Il reste que cet état des lieux général ne comporte pas d'analyse circonstanciée des obstacles que peuvent rencontrer les chercheurs dans l'élaboration et la mise en œuvre de leur projet entrepreneurial. S'agissant des consultations, le Conseil d'Etat a admis la régularité de celle du Conseil commun de la fonction publique sur le fondement de l'article 2 du décret n° 2012-148 du 30 janvier 2012, au regard des dérogations au statut général des fonctionnaires que comporte le projet d'article, qui est susceptible de concerner deux fonctions publiques.

**68.** Au fond, le Conseil d'Etat constate que le projet de loi tend à rapprocher les trois dispositifs, qui peuvent, en outre, être successivement utilisés par les chercheurs. Un socle commun des conditions requises pour la délivrance de l'autorisation permet aux administrations de vérifier la validité du projet au regard des exigences du bon fonctionnement du service ainsi que du risque de conflit d'intérêts. A l'expiration de l'autorisation, les intéressés peuvent demander à bénéficier d'un autre dispositif et, si tel n'est pas le cas, peuvent conserver une participation au capital social de l'entreprise dans la limite de 49 % de celui-ci. En cas de méconnaissance des dispositions régissant ces dispositifs, l'autorisation est retirée et l'intéressé ne peut poursuivre son activité privée que dans les conditions du cumul d'activités de droit commun, sans conserver aucun intérêt financier dans l'entreprise. Les mesures envisagées créent ainsi plus de situations dans lesquelles les chercheurs partagent leur temps de travail entre l'entreprise privée et leurs fonctions publiques, augmentant le risque de conflit d'intérêts. Afin de parer aux difficultés que pourraient rencontrer les petits établissements dans l'appréciation des projets, les autorités gestionnaires conservent la possibilité de demander l'avis de la commission de déontologie.

S'agissant du dispositif fondé sur les articles L. 531-1 à L. 531-7 du code de la recherche, qui prévoit aujourd'hui qu'un chercheur peut être associé à la création d'une entreprise en tant qu'associé ou dirigeant à la condition de quitter le service public, le projet de loi supprime

cette condition. Il prévoit, à l'instar des dispositions actuelles, que l'intéressé pourra être détaché dans l'entreprise ou mis à disposition de celle-ci, mais en poursuivant ses activités dans le secteur public, pour une quotité définie par l'autorisation. Pour éviter le risque de conflit d'intérêts, il est prévu qu'il ne peut participer à l'élaboration ou à la conclusion d'aucun contrat entre l'entreprise et ce service public et doit également déclarer les intérêts financiers qu'il détient dans l'entreprise.

Pour rendre ce dispositif plus attractif, le projet de loi prévoit, en reprenant les dispositions de l'article 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat applicables au fonctionnaire détaché que le chercheur, détaché ou mis à disposition dans l'entreprise qui valorise ses travaux de recherche, pourra bénéficier d'un avancement de grade, soit après avoir réussi un concours ou un examen professionnel, soit au titre d'une promotion au choix, ou encore d'une nomination dans un autre corps et ce, sans qu'il soit mis fin à sa mise à disposition ou à son détachement, lui permettant de poursuivre son activité dans l'entreprise, parallèlement à son emploi public.

**69.** Le Conseil d'Etat observe que le projet de loi assimile ainsi l'emploi occupé dans l'entreprise privée à la situation d'un fonctionnaire détaché dans un autre corps de la fonction publique, renforçant le caractère dérogatoire de ces dispositions par rapport aux règles du statut général. Il relève cependant que le projet de loi se fonde sur un dispositif existant, sans en modifier le champ d'application, afin de permettre au chercheur de poursuivre ses fonctions publiques, en même temps que son activité privée. Il note également que le dispositif fait l'objet d'un encadrement pour éviter tout conflit d'intérêts et que tout manquement à ces obligations emporte l'abrogation de l'autorisation.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat ne voit pas d'obstacle juridique à ces dispositions.

**70.** Les modifications de l'article L.533-1, qui prévoient la désignation d'un mandataire unique en cas de copropriété publique, pour faciliter la gestion de titres de propriété intellectuelle et l'abrogation, en raison de difficultés d'application, des dispositions du VI, n'appellent pas d'observations particulières.

### ***Procédure d'opposition aux brevets d'invention***

**71.** Une habilitation est prévue afin de permettre au Gouvernement de prendre, par ordonnance, les mesures modifiant le code de la propriété intellectuelle, nécessaires pour définir une procédure administrative d'opposition aux brevets d'invention délivrés par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI).

Il s'agit de permettre aux tiers de demander à l'INPI, dans un certain délai, de révoquer le brevet délivré, alors qu'aujourd'hui la nullité d'un brevet d'invention ne peut être prononcée que par décision judiciaire. Cette ouverture d'un recours administratif contre les titres délivrés, similaire aux systèmes d'opposition mis en place par l'Office européen des brevets comme par plusieurs offices nationaux, vise à améliorer la sécurité juridique des titres délivrés.

Cette habilitation, qui définit sa finalité avec une précision suffisante et ne conduit à remettre en cause aucune règle constitutionnelle, n'appelle pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat.

### ***Expérimentation de véhicules autonomes à délégation de conduite sur les voies publiques***



**72.** Le projet de loi apporte des modifications à l'ordonnance n° 2016-1057 du 3 août 2016 relative à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques, qui soumet à autorisation préalable la circulation, à titre expérimental, de ces véhicules, pour mentionner la possibilité d'autoriser des expérimentations pendant lesquelles le conducteur ne sera pas soumis à une obligation de vigilance ou d'attention, ainsi que des expérimentations menées sans conducteur. Corrélativement, il prévoit d'exonérer de responsabilité pénale le conducteur qui a activé un système de délégation de conduite lors d'une expérimentation dans des conditions données, pour toute contravention comme pour toute atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité des personnes au cours de la période de délégation de conduite, et de faire peser la responsabilité pénale pour ces faits sur le titulaire de l'autorisation d'expérimentation. Enfin le projet de loi prévoit d'étendre l'autorisation de circulation, à titre expérimental, sur les voies publiques, aux « *engins roulants destinés à la livraison de colis* », circulant sans conducteur.

**73.** Le Conseil d'Etat observe qu'en vertu de la convention sur la circulation routière ouverte à la signature à Vienne le 8 novembre 1968, signée et ratifiée par la France, seuls peuvent être autorisés à circuler sur les routes les véhicules à délégation de conduite conformes aux règlements des Nations Unies sur les véhicules ou pouvant être « *neutralisés ou désactivés par le conducteur* », dès lors que la convention prévoit :

- au premier paragraphe de son article 8, que tout véhicule en mouvement doit avoir un conducteur, au paragraphe 5 du même article, que tout conducteur doit constamment avoir le contrôle de son véhicule, et au paragraphe 6 du même article que le conducteur d'un véhicule doit éviter toute activité autre que la conduite ;
- au premier paragraphe de son article 13, que tout conducteur de véhicule doit rester, en toutes circonstances, maître de son véhicule ;
- et au paragraphe 5 bis de l'article 8, entré en vigueur le 23 mars 2016, que « *les systèmes embarqués ayant une incidence sur la conduite du véhicule sont réputés conformes au paragraphe 5 du présent article et au premier paragraphe de l'article 13 s'ils sont conformes aux prescriptions en matière de construction, de montage et d'utilisation énoncées dans les instruments juridiques internationaux relatifs aux véhicules à roues et aux équipements et pièces susceptibles d'être montés et/ou utilisés sur un véhicule à roues.*

*Les systèmes embarqués ayant une incidence sur la conduite d'un véhicule qui ne sont pas conformes aux prescriptions en matière de construction, de montage et d'utilisation susmentionnées sont réputés conformes au paragraphe 5 du présent article et au premier paragraphe de l'art. 13 pour autant qu'ils puissent être neutralisés ou désactivés par le conducteur ».*

Le Conseil d'Etat relève que le Gouvernement ne peut se prévaloir d'aucune interprétation de ces stipulations qui lui permette de ne pas subordonner la circulation à titre expérimental de véhicules à délégation de conduite non déclarés conformes aux règlements techniques des Nations-Unies sur les véhicules, à la condition que le système de délégation de conduite puisse être « *neutralisé ou désactivé par le conducteur* ». Il propose de modifier par conséquent la disposition envisagée pour exclure les expérimentations supposant « *l'inattention* » du conducteur ou « *l'absence de conducteur* ».

Les « engins roulants destinés à la livraison de colis » étant des véhicules au sens du code de la route comme de la convention de Vienne, et comme tels soumis au même régime, le Conseil d'Etat relève que la loi ne peut par conséquent prévoir la délivrance d'autorisation de circulation sur la voie publique pour ces engins dans des conditions différentes de celles qui s'imposent pour l'ensemble des véhicules. Il propose de modifier la disposition envisagée pour exclure également cette catégorie de véhicules du champ de l'expérimentation.

74. Le Conseil d'Etat estime utile de clarifier les règles de responsabilité pénale applicables pendant les expérimentations, compte tenu de la complexité des situations résultant de la juxtaposition des responsabilités pendant la phase où le système de délégation de conduite exerce effectivement la tâche de la conduite, le conducteur assumant un rôle de superviseur, en exonérant le conducteur de responsabilité pénale et en prévoyant la responsabilité du titulaire de l'autorisation d'expérimentation s'il a commis une faute, pour les infractions commises dans la conduite du véhicule, lorsque la conduite est le fait du système de délégation de conduite et le conducteur n'a manqué à aucune obligation. Il relève toutefois que le conducteur n'étant pas délié de toute obligation de vigilance ou d'attention mais devant au contraire être en mesure à tout moment de neutraliser ou désactiver le système de délégation de conduite, la loi ne peut se borner à l'exonérer de responsabilité pénale dès qu'il a activé dans des conditions régulières le système de délégation de conduite. Il suggère par suite de modifier les dispositions exonérant de responsabilité pénale le conducteur pour toute contravention au code de la route et toute atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité des personnes survenant à compter du moment où le conducteur active dans des conditions régulières le système de délégation de conduite, pour tenir compte des hypothèses dans lesquelles il incombe au conducteur, après l'activation du système, de le désactiver et de reprendre le contrôle du véhicule. Ces règles s'appliquent sans préjudice de la responsabilité pénale de toute autre personne à raison d'une faute ayant concouru au dommage en cas d'accident corporel.

Le Conseil d'Etat appelle l'attention du Gouvernement sur la nécessité de poursuivre la réflexion sur la prise en compte des situations de plus en plus complexes qui apparaîtront nécessairement avec la mise en œuvre des expérimentations puis la généralisation de certains dispositifs de délégation de conduite : ces situations justifieront sans doute de préciser les règles applicables en matière de responsabilité pénale.

75. Le Conseil d'Etat estime enfin inutiles les dispositions du projet du Gouvernement indiquant que les victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué, pendant l'expérimentation, un véhicule à délégation de conduite, sont indemnisées « dans les conditions prévues par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation », dès lors que l'article L. 122-1 du code de la route qui renvoie lui-même au code des assurances et aux articles 1 à 6 de cette loi, le prévoit expressément.

### ***Dispositions relatives à la société Aéroports de Paris, à la Française des jeux et autres dispositions en matière de privatisation***

76. La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports a chargé la société Aéroports de Paris (ADP) d'aménager, d'exploiter et de développer, sans limitation de durée, les aérodromes de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget ainsi que les aérodromes civils situés dans la région d'Ile-de-France dont la liste est fixée par décret. Cette société fournit sur ces aérodromes les services aéroportuaires adaptés aux besoins des transporteurs aériens, des autres exploitants d'aéronefs, des passagers et du public et

coordonne, sur chaque aéroport qu'elle exploite, l'action des différents intervenants. La société ADP s'est vu attribuer, par la loi du 20 avril 2005, la pleine propriété des biens appartenant à l'établissement public « Aéroports de Paris », auquel elle a succédé, ainsi que des biens du domaine public de l'Etat qui avaient été remis en dotation à l'établissement public ou que celui-ci était autorisé à occuper, à l'exception des biens nécessaires à l'exercice par l'Etat ou ses établissements publics de leurs missions de service public concourant à l'activité aéroportuaire.

La société ADP est une société anonyme dont la majorité du capital d'ADP doit être détenue par l'Etat en application des dispositions de l'article L. 6323-1 du code des transports. L'Etat détient actuellement 50,63 % de son capital et 58,5% des droits de vote à son conseil d'administration.

Le Conseil d'Etat observe que le projet de loi remet en cause la logique retenue par le législateur en 2005 puisqu'il prévoit de limiter à 70 ans la durée du droit exclusif d'exploitation des aéroports franciliens qui avait été accordé à la société ADP pour une durée illimitée et d'imposer à cette société l'obligation de transférer à l'Etat, à l'issue de ce délai de 70 ans, les biens qu'elle a reçus en pleine propriété ainsi que ceux qu'elle aura acquis ou réalisés depuis cette date. Il souligne le caractère singulier de la réforme envisagée par le Gouvernement qui conduit à prévoir, dans le projet de loi, un mécanisme « sui generis » d'indemnisation de la société ADP présentant une grande complexité.

Le Conseil d'Etat formule sur ce projet, tel qu'il lui est présenté, les observations suivantes :

#### **Transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société ADP :**

**77** Le Conseil d'Etat estime que cette autorisation de transfert ne méconnaît pas les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui prévoit que « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Il relève en effet que si la société ADP est chargée, à titre exclusif, d'exploiter une dizaine d'aéroports civils, ceux-ci sont tous situés dans la région d'Ile-de-France. Il estime donc qu'ADP, nonobstant l'importance des aéroports qu'elle exploite, n'exerce pas une activité présentant le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait, au sens et pour l'application du neuvième alinéa du Préambule de 1946.

#### **S'agissant de la modification du régime juridique applicable à la société ADP afin de préserver les intérêts patrimoniaux de l'Etat :**

**78.** Le projet de loi prévoit, en premier lieu, de limiter la durée du droit d'exploitation par la société ADP des aéroports franciliens à 70 ans, au lieu d'une durée illimitée, soit jusqu'en 2088 ou 2089 selon la date d'adoption de la loi.

Le Conseil d'Etat considère que si la durée du droit d'exploitation maintenu à la société ADP paraît particulièrement longue, elle permet cependant de concilier plusieurs contraintes tenant à la stabilité de l'entreprise, de son organisation et de son modèle économique à court, moyen et long termes, à la nécessité de permettre l'amortissement et de la rentabilisation des investissements à venir dans des infrastructures nécessaires au développement des plateformes aéroportuaires, à la nécessité de neutraliser l'impact du changement de régime de

la société sur sa cotation sur un marché réglementé et aussi à l'équilibre des finances publiques. Cette disposition ne soulève pas d'objection de la part du Conseil d'Etat.

Le projet de loi prévoit, en second lieu, le transfert à l'Etat, à la date de fin d'exploitation, de la pleine propriété des biens attribués à la société ADP en 2005 ainsi que de ceux que cette société a ou aura acquis ou réalisés entre 2005 et la date de fin de son droit d'exploitation.

Le Conseil d'Etat considère que l'exigence de continuité du service public aéroportuaire implique que l'Etat puisse disposer, à l'expiration du droit d'exploitation accordé à la société ADP, des biens nécessaires à la poursuite effective de la gestion de ce service public. Il estime que le retour à l'Etat des actifs mobiliers et immobiliers appartenant à la société ADP répond à une nécessité publique et que ce motif justifie que cette société soit privée, dans 70 ans, de la propriété de ses biens affectés au service public aéroportuaire. Il estime donc que ce transfert de propriété ne méconnaît pas les exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

### **S'agissant du transfert de la propriété de ses biens à l'Etat :**

**79.** Le projet de loi prévoit que la société ADP percevra une indemnité composée de deux parties versées à deux dates différentes :

- à la date de la privatisation de la société ADP, l'Etat lui versera un montant correspondant à la somme des flux de trésorerie disponibles, pris après impôts, générés par les biens de cette société au cours de la période débutant à la date de la fin d'exploitation, actualisés au coût moyen pondéré du capital de la société tel que déterminé à la date de la privatisation selon le modèle d'évaluation des actifs financiers. Il sera toutefois déduit de ce montant la valeur nette comptable des mêmes biens estimée à la date de fin d'exploitation et actualisée au coût moyen pondéré du capital de la société tel que déterminé à la date de la privatisation selon le modèle d'évaluation des actifs financiers ;

- au terme de la période d'exploitation, l'Etat versa à la société ADP un montant égal à la valeur nette comptable des biens transférés à l'Etat figurant à la date de fin d'exploitation dans ses comptes sociaux ; cette valeur nette comptable sera définie par le règlement de l'Autorité des normes comptables n° 2014-03 dans sa version au 1<sup>er</sup> janvier 2017, exclusion faite de toute réévaluation libre des éléments d'actifs immobilisés à laquelle la société aurait procédé à compter de la date de l'entrée en vigueur de la loi. Ce montant est arrêté par le ministre chargé de l'économie et versé par l'Etat au plus tard à la date de transfert de propriété des actifs à l'Etat.

Le Conseil d'Etat relève que le Gouvernement a décidé de recourir, s'agissant de la détermination du montant de la première partie de l'indemnité versée à la société ADP, à la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie disponible (DCF ou Discounted Cash Flow), qui est une méthode d'évaluation fondée sur le principe selon lequel la valeur de l'actif économique est égale au montant des flux de trésorerie disponibles futurs générés par l'entreprise, actualisés en fonction de son risque. Pour déterminer les flux de trésorerie disponibles, il est nécessaire de connaître le plan d'affaires de l'entreprise, dont la durée dépendra de sa « visibilité », c'est-à-dire de l'horizon raisonnable de prévision.

Le Conseil d'Etat estime que s'il est possible de construire, compte tenu de la prévision des trafics aériens fortement liée aux prévisions de croissance du PIB, de l'importance des plateformes aéroportuaires en région d'Ile-de-France et du caractère relativement mécanique de l'évolution des infrastructures en fonction des trajectoires de trafics et de la régulation, un

plan d'affaires sur une durée de 20-30 ans, l'exercice est beaucoup plus complexe lorsqu'il est appliqué à une période s'ouvrant à un horizon sensiblement plus lointain et d'une durée illimitée. Il se heurte alors à un niveau d'incertitude très élevé sur les paramètres à prendre en compte, en ce qui concerne notamment les évolutions technologiques, les prévisions de croissance du PIB et l'avenir du trafic aérien.

Il estime toutefois que si la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie disponible est destinée à être mise en œuvre en l'espèce dans des conditions très spécifiques, il n'y a pas lieu de considérer l'exercice comme impossible. Il s'agit d'une méthode classique d'évaluation des entreprises et il n'apparaît pas en l'espèce qu'on puisse lui opposer d'autres méthodes plus pertinentes. Par ailleurs, même si l'horizon de 70 ans peut paraître très lointain, il n'y a pas de raison de considérer comme complètement hors de portée, compte tenu des prévisions pouvant être raisonnablement faites, l'exercice consistant à élaborer les hypothèses servant de base à l'application de cette méthode. A cet égard, le Conseil d'Etat relève que le Conseil constitutionnel juge, s'agissant de l'appréciation de la valeur d'une entreprise, que toute estimation comporte la prise en compte de données non certaines qui, dans nombre de cas, peuvent être largement aléatoires et qu'il suffit, pour qu'il soit satisfait aux principes de valeur constitutionnelle relatifs au prix des entreprises transférées du secteur public au secteur privé, que l'évaluation soit opérée de façon objective et impartiale dans le respect des techniques appropriées (décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988).

Au demeurant, le Conseil d'Etat estime que les difficultés inhérentes à l'exercice sont tempérées en l'espèce par la circonstance que l'enjeu consiste à apprécier la perte de revenus futurs de la société et, par voie de conséquence, son effet sur la valorisation des actions détenues par les actionnaires minoritaires actuels de la société ADP. Or la valeur actuelle de cette perte de revenus est elle-même entachée d'énormes incertitudes dans son évaluation sinon dans son principe, du fait de l'éloignement de l'horizon à prendre en compte.

Il relève par ailleurs que le projet a pris le soin d'entourer la procédure de fixation du montant de l'indemnité de garanties renforcées d'objectivité et d'impartialité. En effet, ce montant sera fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie pris sur avis conforme de la Commission des participations et des transferts. Préalablement, une commission d'experts, composée de trois membres désignés conjointement, en raison de leurs compétences en matière financière, par le premier président de la Cour des comptes, le président de l'Autorité des marchés financiers et le président du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, donnera un avis à la Commission des participations et des transferts sur le projet d'arrêté qui lui aura été soumis par le ministre chargé de l'économie.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat estime que les dispositions du projet de loi relatives aux conditions de détermination de l'indemnité sont de nature à faire regarder cette indemnité comme juste au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

La seconde partie de l'indemnisation versée par l'Etat à la société ADP n'appelle pas d'observations particulières de la part du Conseil d'Etat.

### **S'agissant du renforcement des outils de maîtrise de l'Etat sur ADP, sur son activité et sur ses actifs :**

**80.** Afin de garantir la bonne exécution du service public aéroportuaire par l'entreprise et ses nouveaux actionnaires, le projet de loi renforce les exigences imposées à la société ADP par le biais de son cahier des charges, approuvé par décret en Conseil d'Etat : ce cahier des

charges prévoira notamment des règles permettant à l'Etat, en l'absence d'accord avec ADP, de fixer lui-même les conditions de réalisation du service public aéroportuaire, les niveaux de performance à atteindre et les orientations sur le développement des aéroports. Il prévoira également que les dirigeants d'ADP chargés des principales fonctions opérationnelles seront agréés par l'Etat et que les opérations conduisant à un changement de contrôle d'ADP feront l'objet d'un accord préalable de l'Etat. Le cahier des charges encadrera les conditions de passation par ADP de ses marchés publics ou concessions portant sur des travaux et des services connexes avec une entreprise liée ou une coentreprise. Le cahier des charges précisera aussi les conditions dans lesquelles l'Etat peut, en l'absence de contrat pluriannuel déterminant les conditions d'évolution des tarifs de redevances aéroportuaires conclu avec lui, fixer le tarif de ces redevances.

Le projet de loi renforce également les moyens de contrôle de l'Etat sur les opérations d'ADP conduisant à la cession ou à la création d'une sûreté portant sur des biens dont la propriété doit être transférée, à terme, à l'Etat.

Le Conseil d'Etat estime que le renforcement de l'encadrement de la mission de service public assurée par ADP, dans un contexte de privatisation future, est justifié, suffisant et ne présente pas un caractère excessif.

### **Privatisation de la Française des jeux**

**81.** La Française des jeux, société anonyme détenue à 72 % par l'Etat, s'est vue confier, pour une durée illimitée, les droits exclusifs d'exploiter en France les jeux de loterie en réseau physique de distribution et en ligne ainsi que les jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution.

En premier lieu, le projet de loi prévoit que l'exploitation de ces jeux de loterie et de ces jeux de pronostics sportifs est confiée, pour une durée limitée, à une personne morale unique faisant l'objet d'un contrôle étroit de l'Etat. Il désigne la Française des jeux comme la personne morale unique titulaire de ce droit d'exploitation à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

Ces dispositions, qui ne sont pas contraires au droit de l'Union européenne et ne méconnaissent aucune règle constitutionnelle, n'appellent pas de remarques particulières.

En deuxième lieu, le projet de loi autorise, le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la Française des jeux.

Le Conseil d'Etat estime que cette autorisation de transfert ne méconnaît pas les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 citées au point 77 ci-dessus. Il considère, ainsi qu'il a été jugé dans la décision de la section du contentieux du 27 octobre 1999 (Rolin, n°171169, au recueil), que la Française des jeux n'est pas investie d'une mission de service public et ne peut donc être regardée comme ayant le caractère d'un service public national. Il estime par ailleurs que la Française des jeux, qui ne dispose pas d'une position prépondérante sur le marché des jeux de hasard en France, sur lequel interviennent de nombreux opérateurs (PMU, casinos, opérateurs de jeux en ligne), et exerce une partie de ses activités sur des marchés concurrentiels (paris sportifs en ligne en France, activités réalisées à l'étranger via ses filiales), ne peut être regardée comme se trouvant en situation effective de monopole de fait.

Le projet de loi prévoit, en troisième lieu, une habilitation donnée au Gouvernement pour lui permettre de modifier, par ordonnance, les modalités d'organisation et d'exploitation des

jeux de loterie et de pronostics sportifs par la Française des jeux afin de renforcer le contrôle exercé sur elle par l'Etat. Il prévoit également de redéfinir et préciser les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle et de police administrative de l'Etat sur l'ensemble du secteur des jeux d'argent et de hasard ainsi que les modalités de régulation de ce secteur et le régime des sanctions administratives et pénales.

Cette habilitation, qui définit sa finalité avec une précision suffisante et ne conduit à remettre en cause aucune règle constitutionnelle, n'appelle pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat.

Tenant compte du lien fait par le Gouvernement entre les différents éléments du dispositif proposé, le Conseil d'Etat complète le projet par une disposition précisant que le décret décidant la privatisation de la Française des jeux ne pourra être pris avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance réformant le secteur des jeux et la régulation dont il fait l'objet.

### **Composition du capital des sociétés ENGIE et GRT Gaz**

**82.** Le projet de loi prévoit l'abrogation de la disposition du code de l'énergie qui impose à l'Etat de détenir plus du tiers du capital de la société ENGIE. Le dispositif proposé, qui assouplit la contrainte de détention par l'Etat d'un niveau minimal de capital dans une entreprise sur laquelle il exerce par ailleurs un pouvoir de contrôle au travers de la régulation de son activité et au moyen d'une action spécifique dans son capital, n'appelle pas de remarques particulières.

N'appelle pas non plus d'observations la disposition qui assouplit la règle selon laquelle le capital de la société GRT Gaz ne peut être détenu que par la société ENGIE, l'Etat ou des entreprises ou organismes du secteur public en n'imposant plus qu'une détention majoritaire de ce capital par la société ENGIE, l'Etat ou des entreprises ou organismes du secteur public.

### **Fonds pour l'innovation de rupture**

**83.** Le projet de loi prévoit d'augmenter le nombre de représentants de l'Etat au conseil d'administration de l'EPIC Bpifrance afin que le secrétariat général pour l'investissement, qui sera chargé de la coordination et de suivi de l'utilisation des revenus du fonds pour l'innovation de rupture géré par Bpifrance, puisse y siéger. Le projet de loi donne la possibilité à Bpifrance de percevoir des intérêts sur les produits de cession d'actifs de l'Etat reçus en dotation par l'Etat afin de permettre le financement des dispositifs de soutien à l'innovation.

Ces dispositions n'appellent pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

### **Composition du conseil d'administration de La Poste**

**84.** Le projet de loi a pour objet de corriger quelques malfaçons dans la rédaction de l'article 10 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom qui fixe la composition du conseil d'administration de la société anonyme La Poste.

Ces dispositions n'appellent pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat.

### ***Modifications du régime de sanction des investissements étrangers en France***

**85** Le projet d'article prévoit de renforcer l'efficacité du régime d'autorisation des investissements étrangers en France, prévu à l'article L. 151-3 du code monétaire et financier.

Le Conseil d'Etat estime que, au regard des objectifs de protection de l'ordre public, de la sécurité publique ou des intérêts de la défense nationale que poursuit ce régime, il est possible de conférer au ministre chargé de l'économie des pouvoirs étendus d'injonction à l'égard des investisseurs qui n'auraient pas sollicité d'autorisation préalable ou ne respecteraient pas les conditions dont peuvent être assorties les autorisations d'investissement en vertu du II du même article.

Le Conseil d'Etat estime également que le projet d'article peut octroyer au ministre, si la protection des intérêts nationaux est susceptible d'être compromise ou susceptible de l'être, le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires rigoureuses à l'égard des investisseurs en situation de manquement, telles que la suspension des droits de vote ou la limitation de la distribution des dividendes attachés à la fraction des actions dont la détention par l'investisseur aurait dû faire l'objet d'une autorisation.

Les dispositions prévoyant que le ministre chargé de l'économie peut prononcer des sanctions en cas de manquement de la part des investisseurs n'appellent pas d'observations particulières.

### ***Actions spécifiques dans les sociétés à participation publique***

**86.** Le projet de loi modifie le régime des actions spécifiques au capital des entreprises à participation publique, prévu à l'article 31-1 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique. En vertu de ces dispositions, si la protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale l'exige, une action ordinaire détenue par l'Etat est transformée en une action spécifique, assortie de droits particuliers, préalablement à la cession par l'Etat d'une participation ayant pour conséquence de ramener la participation de l'Etat en dessous des deux tiers, de la moitié ou du tiers du capital de la société.

Le projet initial du Gouvernement étend la faculté d'instituer une action spécifique, dès lors que la protection des intérêts essentiels du pays l'exige et indépendamment de toute cession de participation, au capital de toute société mentionnée, à la date de la promulgation de la loi, à l'annexe du décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'Etat (APE), ainsi qu'au capital de toute société cotée dont une participation d'au moins 5 % du capital est détenue, à la même date, par la société anonyme Bpifrance, ses filiales ou un fonds d'investissement géré et souscrit majoritairement par celles-ci.

Le Conseil d'Etat observe que la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne impose des conditions relativement strictes pour instaurer relative à l'instauration des actions spécifiques. Elle exige notamment que des critères objectifs précisent les circonstances dans lesquelles une action spécifique peut être instituée.

Le Conseil d'Etat estime par suite que l'extension du champ du régime des actions spécifiques à laquelle procède le projet d'article peut être admise dans la mesure où les sociétés au capital desquelles l'action spécifique peut être instaurée exercent une activité



touchant aux intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale, mentionnés au I de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier.

L'attention du Gouvernement est toutefois appelée sur l'obligation de justifier, dans chaque cas où une telle action spécifique serait instituée, les motifs qui commandent cette décision ainsi que le caractère nécessaire, adéquat et proportionné de chacun des pouvoirs attachés à l'action spécifique. Le Conseil d'Etat relève à cet égard que les dispositions prévoyant que, aussi souvent que nécessaire et au moins tous les cinq ans, l'Etat apprécie si les droits attachés à l'action spécifique sont nécessaires, adéquats et proportionnés à l'objectif de protection des intérêts essentiels du pays, contribuent à assurer le respect de ces exigences.

Le Conseil d'Etat considère également que, au regard de l'objectif de protection des intérêts essentiels de la Nation et de la nature même de l'action spécifique, créée par la transformation d'une action ordinaire préalablement détenue par l'Etat, le projet d'article peut prévoir, sans méconnaître le principe constitutionnel d'égalité, un régime de protection propre aux sociétés au capital desquelles l'Etat détient une participation, celles-ci étant dans une situation distincte de celle des sociétés sans participation publique.

Le Conseil d'Etat estime que, pour les mêmes motifs, la disposition envisagée peut, sans méconnaître le principe d'égalité, prévoir son application aux sociétés dans lesquelles la société Bpifrance ou ses filiales détiennent une participation, après avoir relevé qu'en application des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la banque publique d'investissement, 50 % au moins du capital de la société Bpifrance est détenu par l'Etat et l'établissement public Bpifrance qui, en vertu des dispositions de l'article 1A de la même ordonnance, constitue avec ses filiales un groupe public agissant en appui des politiques publiques conduites par l'Etat.

Le Conseil d'Etat considère enfin que le projet d'article peut prévoir, dans un objectif de sécurité juridique notamment à l'égard des investisseurs, de circonscrire le champ des entreprises concernées à celles au capital desquelles l'Etat ou la société Bpifrance détiennent une participation à une date fixée. A cet égard, le Conseil d'Etat estime préférable de fixer une date antérieure au présent examen du projet de loi et retient celle du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

### **En ce qui concerne le chapitre III « Des entreprises plus justes ».**

#### ***Développement d'accords de participation, d'intéressement, des plans d'épargne d'entreprise et de l'actionnariat salarié***

**87.** Le projet de loi vise à favoriser le développement des accords de participation et d'intéressement et des plans d'épargne salariale par diverses mesures d'inégales portées.

Le projet prévoit, en premier lieu, d'exonérer du forfait social à la charge de l'employeur, institué par l'article L. 137-15 du code de la sécurité sociale, et dont les taux sont prévus à l'article L. 137-16 de ce code (taux de 20 %, avec des catégories de rémunérations ou gains taxées à 8 %, à 16 % ou exonérées), les entreprises de moins de 50 salariés, pour les sommes

versées au titre de la participation aux résultats de l'entreprise mentionnée au titre II du livre III de la troisième partie du code du travail et au titre de l'intéressement mentionné au titre I<sup>er</sup> du même livre III ainsi que pour les versements mentionnés au titre III du même livre III.

Il envisage, en deuxième lieu, d'exonérer du forfait social les entreprises qui emploient au moins 50 salariés et moins de 250 salariés, pour les sommes versées au titre de l'intéressement mentionné au titre I<sup>er</sup> du même livre III.

Il introduit, en troisième lieu, pour les entreprises qui emploient au moins 50 salariés, un taux réduit de forfait social, à hauteur de 10%, en ce qui concerne les abondements des plans d'épargne d'entreprise en actionnariat salarié.

Le Conseil d'Etat rappelle que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles que le législateur fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs et que, dans tous les cas, il n'en résulte pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (décision du Conseil constitutionnel n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013).

Il considère que la première mesure envisagée poursuit un objectif d'intérêt général en incitant les petites et moyennes entreprises, comptant moins de 50 salariés, à développer l'intéressement, la participation aux résultats de l'entreprise et les plans d'épargne d'entreprise (CC, 28 juillet 2011, 2011-638 DC, Ct22 à 24). Il constate que le nombre d'accords volontaires conclus par ces entreprises, qui sont dispensées de l'obligation de négocier un accord de participation ou un accord établissant un plan d'épargne d'entreprise, comme le nombre de salariés concernés par ces accords restent très faibles. L'exonération totale du forfait social prévue par le projet apparaît ainsi justifiée par l'objectif poursuivi et n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques tant au regard de la situation des autres entreprises que des différences de taux existant en matière de forfait social.

La deuxième mesure envisagée tend, s'agissant des entreprises employant au moins 50 salariés et moins de 250 salariés, à les inciter à négocier des accords d'intéressement. Si elle poursuit également un objectif d'intérêt général, le Conseil d'Etat estime qu'une exonération totale du forfait social présente, dans ce cas, un risque juridique sérieux au regard du principe d'égalité, notamment en raison de la situation des entreprises dont les effectifs sont supérieurs à 250 salariés et dont le taux de couverture par un accord d'intéressement n'est pas considérablement plus élevé. Il recommande de ne pas prévoir, pour ces entreprises, une exonération totale du forfait social afin de réduire le risque d'inconstitutionnalité.

La troisième mesure prévoit l'introduction d'un taux réduit de forfait social, à hauteur de 10%, pour les abondements des plans d'épargne d'entreprise en actionnariat salarié. Cette mesure, applicable aux entreprises de plus de 50 salariés, poursuit un objectif d'intérêt général et le taux réduit envisagé par le Gouvernement paraît justifié par la situation de ces entreprises et proportionné au regard de l'exonération totale dont bénéficieront en vertu de la première mesure les entreprises dont les effectifs sont inférieurs à ce seuil.

**88.** Le Conseil d'État rappelle, en outre, que la mesure d'exonération du forfait social envisagée, contribution intégralement affectée à la sécurité sociale (Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés) en application de l'article L. 137-17 du code de la sécurité sociale, doit, si elle n'est pas intégralement compensée en application de l'article L. 131-7 de ce code, faire l'objet, avant son entrée en vigueur, d'une disposition

expresse de non compensation figurant dans une loi de financement de la sécurité sociale en vertu du IV de l'article L.O. 111-3 du même code. Le Conseil d'Etat prend toutefois acte de ce que, dans la dernière version de l'étude d'impact, le Gouvernement s'engage à compenser cette mesure.

**89.** Les autres dispositions visent à tirer les conséquences de l'article 6 du présent projet, créant un article L. 130-1 du code de la sécurité sociale relatif à la détermination des seuils d'effectifs, en étendant son champ d'application aux accords d'intéressement et de participation (modification des articles L. 3311-1, L. 3321-1 et L. 3322-1 du code du travail), à permettre de sécuriser les accords d'intéressement en cas de mise en place de nouvelles institutions représentatives du personnel (modification de l'article L. 3312-2 du code du travail), à encourager l'accès des conjoints collaborateurs du chef d'entreprise au bénéfice du dispositif de l'intéressement (modification de l'article L. 3314-6 du même code) et à étendre l'accès aux dispositifs de l'intéressement et de la participation au partenaire lié par un pacte civile de solidarité, collaborateur du chef d'entreprise (modification des articles L. 3312-3, L. 3323-6, L. 3324-2 et L. 3332-2 du même code). Elles prévoient également, au III, la prorogation jusqu'au 31 décembre 2020 du mécanisme rendant obligatoire l'ouverture d'une négociation de branche portant sur un régime d'intéressement, de participation ou de plan d'épargne salariale et l'adaptant aux entreprises de moins de 50 salariés. Ces dispositions ne soulèvent pas de difficultés juridiques et ne font l'objet que d'ajustements rédactionnels.

**90.** Le projet de loi prévoit de créer un nouvel article L. 3332-7-1 au code du travail par lequel est prévu le droit pour tout bénéficiaire d'un plan d'épargne d'entreprise à bénéficier d'un relevé annuel de situation établi par la personne chargée de la tenue du registre. Le Conseil d'Etat estime que cette mesure ne se heurte à aucune difficulté.

**91.** Le projet assouplit les possibilités, pour les sociétés par actions simplifiées régies par le code de commerce, de procéder à des offres d'actionnariat adressées à leurs dirigeants ou à leurs salariés, en supprimant les conditions relatives au montant minimal d'investissement ou à un nombre maximal d'investisseurs. Il prévoit également d'introduire dans le code du travail la possibilité pour l'employeur de procéder à des abondements unilatéraux sur les plans d'épargne d'entreprise de ses salariés lorsque cet abondement concerne des titres ou des certificats émis par l'entreprise. Ces dispositions n'appellent pas d'observations particulières de la part du Conseil d'Etat.

### ***Développement de l'actionnariat salarié dans les sociétés à capitaux publics***

**92.** Le projet de loi propose de modifier les dispositions de l'article 31-2 de l'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital, qui prévoient qu'en cas de cession d'une participation de l'Etat selon les procédures des marchés financiers, 10 % des titres cédés sont proposées aux salariés et anciens salariés de l'entreprise.

Si le projet d'article prévoit d'étendre l'application de ce dispositif aux cessions par l'Etat de titres de sociétés non cotées ainsi qu'aux cessions réalisées de gré à gré, il comporte également plusieurs dispositions visant à circonscrire le champ de l'obligation de proposer des titres aux salariés.

Il prévoit ainsi en premier lieu que les offres réservées aux salariés ne sont organisées que pour des cessions de participation significatives, à la fois en termes de pourcentages cédés du capital et en montants et renvoie à un décret le soin de fixer ces seuils.

Le Conseil d'Etat estime que si le Gouvernement peut prévoir que les offres de titres aux salariés, compte tenu notamment de leurs coûts d'organisation, ne sont obligatoires que pour les opérations de cessions des participations de l'Etat d'une ampleur significative et prévoir, par suite, des seuils en deçà desquels des titres ne sont pas obligatoirement proposés, il lui appartiendra de veiller, au stade du décret, à ce que ces seuils, en particulier ceux exprimés en montants, ne conduisent, notamment pour les sociétés ayant une faible capitalisation, à vider cette obligation de l'essentiel de sa portée.

La disposition envisagée restreint également l'obligation de proposer des titres aux salariés aux seules cessions de participation au capital de sociétés dont l'Etat détient plus de 10 % du capital. Le Conseil d'Etat estime que cette mesure ne méconnaît pas le principe d'égalité, après avoir relevé que, au regard des objectifs attachés aux offres réservées aux salariés, qui visent notamment à favoriser l'acceptation par les salariés de la réduction de la part publique du capital, les salariés des sociétés détenues à moins de 10 % par l'Etat sont dans une situation distincte des salariés d'une entreprise au capital de laquelle la participation de l'Etat est plus substantielle.

Enfin, le Conseil d'Etat observe que si le projet de loi prévoit que, à l'occasion d'une opération de cession emportant le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société, l'Etat peut accorder un rabais aux salariés acquéreurs de titres, ce rabais ne peut être octroyé que dans la limite de 20 % et dans le respect de l'évaluation réalisée par la Commission des participations et des transferts. Le Conseil d'Etat estime dès lors que cette mesure ne porte atteinte ni au principe d'égalité, ni à celui selon lequel des biens ou entreprises faisant partie du patrimoine public ne peuvent être cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur.

### **Repenser la place des entreprises dans la société**

#### *Intérêt social des entreprises*

**93.** Sous le titre « Repenser la place des entreprises dans la société » le projet de loi modifie les articles 1833, 1844-10 et 1835 du code civil et par voie de conséquences les articles L. 225-35 et L. 225-64 du code de commerce. Le projet vise d'abord à compléter l'actuelle rédaction de l'article 1833 qui dispose : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés » par un alinéa ainsi rédigé : « La société est gérée dans son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Par coordination il ajuste la rédaction de l'article 1844-10 sur la cause de la nullité des contrats de société. En troisième lieu, le projet de loi complète l'article 1835 pour prévoir que les statuts de la société « peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité ». Enfin la modification des articles L. 225-35 et L. 225-64 du code de commerce affirme le rôle du conseil d'administration ou du directoire dans la prise en compte des nouvelles exigences que constituent la « gestion » de la société dans son « intérêt social », la « considération » des « enjeux sociaux et environnementaux » de son activité, et la prise en considération de sa « raison d'être » lorsqu'elle est inscrite dans les statuts.

**94.** Le Conseil d'Etat relève qu'en s'inspirant du rapport remis au Premier ministre le 9 mars 2018 par Mme Nicole NOTAT et M. Jean-Dominique SENARD, intitulé : « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », le projet poursuit des objectifs plus vastes parmi lesquels figurent notamment la préservation des intérêts de long terme des sociétés, la volonté de rétablir une relation équilibrée entre les actionnaires et la gouvernance statutaire de l'entreprise, la recherche d'une plus grande confiance entre les entreprises et les citoyens, la promotion d'un capitalisme plus responsable sur le plan social et environnemental.

**95.** Au regard de ces ambitions, le Conseil d'Etat appelle l'attention du Gouvernement sur le caractère incomplet de l'étude d'impact du projet de loi qui reste, en dépit des compléments déjà apportés, en-deçà des exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. Il incombe au Gouvernement de l'améliorer avant le dépôt du projet de loi au Parlement, en premier lieu pour mieux expliquer les raisons qui conduisent le Gouvernement à modifier le code civil, en deuxième lieu pour apporter des précisions sur le contenu et la portée de la notion de « raison d'être », en troisième lieu pour permettre de mesurer les conséquences juridiques des modifications du code civil et du code de commerce notamment du point de vue de la responsabilité des sociétés et des dirigeants, enfin pour apprécier les incidences économiques des propositions faites ainsi que leur impact sur la gouvernance et la compétitivité des entreprises françaises.

**96.** Le Conseil d'Etat constate, à titre liminaire, qu'en ne modifiant pas les dispositions de l'article 1832 du code civil le projet de loi n'a ni pour objet ni pour effet de changer la nature, les éléments constitutifs ou les finalités du contrat de société. Il rappelle notamment que si l'article 1832 assigne au contrat de société une finalité principale consistant dans la recherche, dans l'intérêt commun des associés, d'un bénéfice ou la réalisation d'une économie, c'est-à-dire d'un avantage patrimonial direct ou indirect, le droit positif ne réduit pas le contrat de société à ce seul objectif. Il observe ainsi qu'indépendamment même de l'existence de législations sectorielles qui peuvent par exemple conduire des sociétés commerciales à poursuivre : « Un but (...) autre que le seul partage des bénéfices » (article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire), nombre d'entreprises de droit français ont d'ores et déjà choisi d'agir en ce sens, sans que le code civil y fasse obstacle.

### ***S'agissant de l'article 1833 du code civil***

#### *En ce qui concerne le champ d'application des nouvelles obligations*

**97.** Le Conseil d'Etat relève que les nouvelles dispositions du deuxième alinéa de l'article 1833 introduites par le projet de loi ont une portée très large (elles concernent toutes les sociétés), impérative (elles instituent des obligations nouvelles) et immédiate (elles s'appliquent dès la publication de la loi). Le Conseil d'Etat constate en particulier qu'en modifiant l'article 1833 qui appartient aux « dispositions générales » du chapitre Ier du titre IX du livre III du code civil, lesquelles constituent le statut général des sociétés, le Gouvernement a fait le choix de prescrire l'obligation de gestion conformément à « l'intérêt social », d'une part, et celle de considération des « enjeux sociaux et environnementaux », d'autre part, à toutes les sociétés et civiles et commerciales. Il estime que si ce choix pourrait être de nature à pénaliser des petites structures, dotée d'une faible capacité d'expertise, alors que les grandes entreprises sont plus à même d'affronter les risques de conformité notamment en matière environnementale, aucun principe constitutionnel n'oblige le législateur à traiter différemment des sociétés placées dans des situations différentes.

*En ce qui concerne « l'intérêt social »*

**98.** Le Conseil d'Etat constate que l'inscription dans le code civil de la notion « d'intérêt social » a uniquement pour objet de consacrer par la loi la jurisprudence de la Cour de cassation qui entend préserver l'intérêt fondamental de la société considérée comme personne morale, indépendamment de l'intérêt des associés, (Cass. crim. 27 octobre 1997, n° 96-83.698). Le Conseil d'Etat estime que le projet de loi, qui prend le parti de ne pas définir cette notion que la Cour de cassation désigne parfois comme l'« intérêt général de la société » (Cass. com., 18 avril 1961 ; 24 mai 2016, n° 14-28.121), renvoie implicitement aux contours qu'en trace de façon souple mais non indéterminée la jurisprudence notamment dans le cadre des théories de l'abus de majorité et de minorité.

**99.** Le Conseil d'Etat estime que la nouvelle rédaction du deuxième alinéa de l'article 1833 dissocie clairement l'obligation de « gestion » conformément à « l'intérêt social », d'une part, de la considération des « enjeux sociaux et environnementaux » de l'activité de la société, d'autre part, et que dès lors ces derniers ne constituent pas une nouvelle composante extra patrimoniale de l'intérêt social. En conséquence la répression pénale de la violation de « l'intérêt de la société » au sens des dispositions de l'article L. 242-6 du code de commerce ne pourrait résulter, sauf à méconnaître l'obligation constitutionnelle de clarté et de précision des dispositions répressives, d'un simple manquement à l'obligation très générale de considération des « enjeux sociaux et environnementaux ». Sous cette réserve le Conseil d'Etat estime qu'aucun principe ne s'oppose à la codification de la notion « d'intérêt social ».

*En ce qui concerne l'obligation de considérer les enjeux sociaux et environnementaux*

**100.** Le Conseil d'Etat indique en premier lieu que la référence aux exigences sociales et environnementales n'est pas inédite et qu'au cours des années récentes le législateur, en accord avec l'évolution générale des esprits, s'est largement attaché à conduire les sociétés à mesurer les conséquences sociales et environnementales de leurs décisions. Même si ces législations sectorielles comportent pour l'essentiel des obligations ponctuelles de compte-rendu dans le domaine de la responsabilité sociale et environnementale et non comme dans le projet de loi une obligation générale pesant sur la gestion au jour le jour de la société, la législation récente offre des points d'appui suffisants pour déterminer le champ d'application matériel des « enjeux sociaux et environnementaux ».

**101.** Le Conseil d'Etat rappelle en deuxième lieu, d'une part, que la préservation de certaines exigences sociales et environnementales constitue un but d'intérêt général (Conseil constitutionnel, décisions n° 2016-737 DC du 4 août 2016, loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages cons. 30, et n° 2015-718 DC du 13 août 2015, loi de transition énergétique, cons. 19) et, d'autre part, qu'il résulte de la Charte de l'environnement, qui a valeur constitutionnelle, que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité » (Conseil constitutionnel, décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre, cons. 5) et qu'il est donc loisible au législateur, dans le respect des principes constitutionnels, de prescrire aux sociétés de prendre en considération ces objectifs.

**102.** Le Conseil d'Etat estime en troisième lieu que la rédaction du projet de loi implique nécessairement que la considération des enjeux sociaux et environnementaux a pour objet d'inciter les sociétés à examiner, dans l'accomplissement de l'objet statutaire, l'impact social et environnemental de leur activité et de permettre le cas échéant de mettre en balance celui-

ci avec les autres intérêts dont elles ont la charge. Le Conseil d'Etat considère que la mise en œuvre de cette disposition, dont les effets s'attachent au processus de prise de décision, doit tenir compte de la nature de l'activité, de la taille, de la forme juridique et de l'objet des sociétés concernées. Le Conseil d'Etat remplace les mots « en considérant » par l'expression « en prenant en considération » qui, en traduisant une préoccupation générale dont on a conscience et non un but précis que l'on se donne ou que l'on doit atteindre, explique mieux la portée de la disposition.

**103.** Le Conseil d'Etat relève enfin que le projet de loi n'assortit ce principe de gestion diligente et raisonnable d'aucune sanction autre que celle relevant, le cas échéant, des mécanismes de droit commun de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, et notamment pas répressive, de sorte que le caractère général de l'obligation ne méconnaît pas les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Conseil constitutionnel, décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre).

**104.** Le Conseil d'Etat estime, qu'eu égard à son objet, à ses finalités et à sa portée, l'obligation de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux ne méconnaît pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi ni aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle.

### ***S'agissant de l'article 1835 du code civil***

*Sur la faculté d'inscrire une « raison d'être » dans les statuts des sociétés :*

**105.** Le Conseil d'Etat observe, en premier lieu, que rien n'interdit aujourd'hui à une société d'inscrire dans ses statuts, dans le respect des règles d'ordre public, une « raison d'être » c'est à dire un dessein, une ambition, ou tout autre considération générale tenant à l'affirmation de ses valeurs ou de ses préoccupations de long terme. Il relève par ailleurs qu'au terme du projet de loi l'inscription d'« une raison d'être » dans les statuts constitue une simple faculté. Le Conseil d'Etat considère que cette disposition n'est toutefois pas dépourvue de portée normative dans la mesure où, pour les entreprises qui auront fait ce choix, l'inscription dans les statuts obligera à s'y conformer. De même la nouvelle rédaction des articles L. 225-35 et L. 225-64 du code de commerce invite le conseil d'administration ou le directoire à « prendre également en considération la raison d'être de la société » et le cas échéant donc, à en tirer des conséquences dans leurs décisions de gestion.

**106.** Le Conseil d'Etat relève que contrairement à l'intérêt social, la notion de « raison d'être » est inédite dans la législation comme dans la jurisprudence. Il souligne que, si l'étude d'impact ne permet pas de l'éclairer, elle a vocation à être précisée au fur et à mesure par la pratique et par la jurisprudence. Le Conseil d'Etat estime que ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi ni aucun principe constitutionnel ne font obstacle par eux-mêmes à ce que le projet de loi prévoit une simple faculté pour les sociétés qui le souhaiteraient d'inscrire dans leur statut une « raison d'être ».

**107.** Les modifications des articles L. 225-35 et L. 225-64 du code de commerce qui tirent les conséquences des modifications introduites dans les articles 1833 et 1835 du code civil, dans la rédaction retenue par le Conseil d'Etat, n'appellent pas d'autre observation de sa part.

### ***Administrateurs salariés***

**108.** Le projet modifie les articles L. 225-27-1 et L. 225-79-2 du code de commerce afin d'imposer la présence de deux administrateurs salariés au sein des conseils d'administration et les conseils de surveillance des sociétés anonymes dès que ces derniers comptent huit membres au lieu de douze actuellement. Il vise également à introduire dans le code de la mutualité un nouvel article imposant, pour les mutuelles, unions ou fédérations employant, à la clôture de deux exercices consécutifs, plus de mille salariés, la présence obligatoire de deux représentants des salariés avec voix délibérative. Cet article qui renforce opportunément la représentation des salariés dans les instances dirigeantes d'entreprises n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat

**En ce qui concerne le chapitre IV « Diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne, dispositions transitoires et finales »**

***Transposition de la directive 2014/55/UE du 16 avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics***

**109.** Ces dispositions ont pour objet d'habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires à la transposition de la directive 2014/55/UE du 16 avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics et à adapter les règles relatives à l'obligation de transmission et de réception dématérialisée des factures émises en exécution des contrats de la commande publique.

Cette habilitation, qui définit sa finalité avec une précision suffisante, n'appelle pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat, qui a néanmoins veillé à en améliorer la rédaction.

***Procédures d'insolvabilité***

**110.** Le projet de loi prévoit une habilitation permettant au Gouvernement de prendre par ordonnance en application de l'article 38 de la Constitution les mesures relevant du domaine de la loi en vue de la transposition du projet de directive (2016/0359/COD) relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement actuellement en cours de négociation et dont les propositions ont été communiquées aux assemblées parlementaires en application de l'article 88-4 de la Constitution. Le Conseil d'Etat prend acte de ce que, selon les informations transmises par les commissaires du Gouvernement, la directive ne sera pas adoptée au moment où la disposition d'habilitation visant à sa transposition entrera en vigueur.

Le Conseil d'Etat considère qu'en sollicitant une habilitation en vue de transposer une directive encore en formation à la date de l'habilitation et dont le contenu est susceptible d'évoluer pendant la durée de l'habilitation, le Gouvernement prend le risque, par une autorisation dont les termes pourraient ne pas permettre de transposer utilement la directive, d'un défaut de transposition ou de transposition incomplète des normes de l'Union européenne. Tout en prenant acte de la garantie apportée par le Gouvernement s'agissant du caractère suffisamment stabilisé de la proposition de directive, le Conseil d'Etat rappelle sa réserve de principe vis-à-vis de ce procédé.

Il relève toutefois que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne fait pas obstacle à une disposition d'habilitation « *qui autorise le Gouvernement à transposer notamment deux directives susceptibles d'être adoptées au cours du délai d'habilitation* » dès lors que la



finalité des autorisations délivrées au Gouvernement et le domaine dans lequel les ordonnances pourront intervenir sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi autorisant le Gouvernement à simplifier le droit). Le Conseil d'Etat considère que l'habilitation satisfait ces exigences et ne conduit à remettre en cause aucune règle constitutionnelle, ni aucune norme internationale et européenne applicable. Il estime enfin que la durée de vingt-quatre mois prévue pour l'habilitation se justifie à la fois par le calendrier prévisible d'adoption de la directive et par le caractère technique et complexe des dispositions devant faire l'objet de la future transposition.

***Transposition de la directive 2014/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres***

**111.** Le projet habilite le Gouvernement à transposer la directive 2014/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats-membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire. Il habilite également le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la modernisation du cadre juridique de ces régimes de retraite.

Le Conseil d'Etat relève que le délai de transposition de cette directive a expiré depuis le 28 mai dernier. Il propose donc de raccourcir les délais prévus par le Gouvernement en ramenant à six mois le délai dans lequel l'ordonnance devra être prise, et à trois mois le délai dans lequel le projet de loi de ratification devra être déposé devant le Parlement.

***Transposition de la directive (UE) 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires***

**112.** Le projet de loi transpose plusieurs dispositions de la directive (UE) 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, en ce qui concerne la transparence des investisseurs institutionnels, des gestionnaires d'actifs et des conseillers en vote, l'encadrement des transactions avec les parties liées et l'identification des actionnaires.

Le projet de loi habilite également le Gouvernement à procéder, par ordonnance, à la transposition des autres dispositions de cette directive concernant, notamment la transmission d'informations aux actionnaires et la rémunération des dirigeants. S'agissant de ce dernier élément, le Gouvernement souhaite également modifier le cadre national existant, résultant en dernier lieu de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, afin de créer un dispositif unifié et contraignant encadrant la rémunération des dirigeants des sociétés cotées. Le délai de transposition de cette directive expire le 10 juin 2019, sauf pour certaines de ses dispositions qui nécessitent au préalable l'adoption d'actes d'exécution par la Commission.

Ces dispositions n'appellent pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat.

***Transposition de la directive (UE) 2016/2341 du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle***

**113.** Le projet de loi habilite le Gouvernement à procéder par ordonnance, en premier lieu, à la transposition de la directive (UE) 2016/2341 du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, dont le délai de transposition expire le 13 janvier 2019, et, en second lieu, à l'adaptation des règles applicables aux organismes de retraite professionnelle supplémentaire ainsi qu'aux institutions de retraite professionnelle collective, pour renforcer leur attractivité et leur compétitivité au niveau européen.

Cette habilitation, qui définit ses finalités avec une précision suffisante et ne conduit à remettre en cause aucune règle constitutionnelle, n'appelle pas de remarque particulière de la part du Conseil d'Etat.

***Transposition de la directive (UE) 2017/2399 du 12 décembre 2017 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne le rang des instruments de dette non garantie dans la hiérarchie en cas d'insolvabilité***

**114.** Le projet de loi transpose directement la directive (UE) 2017/2399 du 12 décembre 2017 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne le rang des instruments de dette non garantie dans la hiérarchie en cas d'insolvabilité. Le délai de transposition de cette directive expire le 29 décembre 2018. La législation française doit être mise en conformité seulement pour les entreprises d'investissement et différentes catégories de compagnies financières, pour lesquelles le projet prévoit d'adapter les règles actuelles à leurs spécificités. Ces dispositions ne soulèvent pas de difficultés d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

***Transposition du « paquet Marques »***

**115.** Une habilitation est prévue afin de permettre au Gouvernement de prendre, par ordonnance, les mesures nécessaires à la transposition de la directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, et les mesures nécessaires pour assurer la compatibilité de la législation relative aux marques avec le règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, ainsi que les mesures d'adaptation de la législation nationale liées à la transposition de cette directive et à l'application de ce règlement.

Ces habilitations, qui définissent leur finalité avec une précision suffisante et ne conduisent à remettre en cause aucune règle constitutionnelle, n'appellent pas de remarques particulières de la part du Conseil d'Etat.

***Possibilité pour les grands ports maritimes relevant de l'Etat et certains ports autonomes de procéder à une réévaluation comptable de leurs immobilisations corporelles***

**116.** Le projet prévoit d'autoriser les grands ports maritimes ainsi que les ports autonomes de Paris et Strasbourg à déroger aux règles de la comptabilité publique afin de procéder à une réévaluation libre de leurs immobilisations corporelles au titre de leurs comptes de l'année 2017, et ce même si ces comptes ont déjà été arrêtés et approuvés à la date d'entrée en vigueur de la loi.

Alors que les ports autonomes (devenus pour partie des grands ports maritimes), les chambres de commerce maritimes, les chambres de commerce et d'industrie exploitant des

installations portuaires et les municipalités concessionnaires d'outillage public propriété de l'État dans les ports maritimes, ainsi que les entreprises qu'elles ont pu se substituer pour l'exploitation de cet outillage, bénéficiaient d'une exonération d'impôt sur les sociétés, la Commission européenne a déclaré, dans une décision du 27 juillet 2017, que cette exonération constituait un régime d'aide d'État existant incompatible avec le marché intérieur. La Commission a donné à la France jusqu'à la fin de l'année 2017 pour mettre un terme à cette exonération, et exigé que les ports soient soumis à l'impôt sur les sociétés à compter de leurs revenus de l'année 2018.

Dans ce contexte, le présent article a pour objet de permettre aux ports soumis aux règles de la comptabilité publique de réévaluer dans leurs comptes relatifs à l'année 2017 leurs immobilisations corporelles, de façon à ce qu'ils soient placés dans la même situation que les ports soumis à la comptabilité privée, autorisés par le plan comptable général à opérer de telles réévaluations.

**117.** La version initiale de l'étude d'impact relative à cet article rendait insuffisamment compte du contexte dans lequel la mesure proposée s'inscrivait, qui tient comme il a été dit ci-dessus à l'entrée en fiscalité des ports français à compter de l'année 2018 et à la disparité des normes comptables auxquelles ils sont soumis. Une nouvelle version de l'étude d'impact a été présentée qui satisfait désormais aux exigences de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

**118.** Le Conseil d'Etat suggère de modifier la disposition envisagée pour prévoir explicitement que les comptes révisés devront également être présentés au juge des comptes. Dans ces conditions, la disposition en cause n'appelle pas d'autres observations.

### ***Ratifications d'ordonnances***

**119.** Le projet de loi procède à la ratification de 23 ordonnances, prises sur le fondement d'habilitations législatives diverses. Le Conseil d'État constate que toutes ces ordonnances, sauf une, ont déjà fait l'objet d'un projet de loi de ratification soumis à son examen.

### ***Extension en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna des dispositions de la présente loi modifiant le code monétaire et financier***

**120.** Le projet de loi procède dans un article unique à l'extension de ses dispositions modifiant le code monétaire et financier en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, par la modification ou l'introduction de « compteurs », dans le livre VII de ce code, consacré à l'outre-mer. Le projet ne procède pas à l'extension des dispositions relatives aux OPCVM, qui n'ont pas été rendues applicables dans ces collectivités, ni de celles relatives au régime des produits financiers liés à des avantages fiscaux (PEA-PME et plans épargne retraite) ou renvoyant à des dispositions du code du travail, qui ne relèvent pas des compétences de l'État. Ces mesures d'extension, qui s'accompagnent le cas échéant de dispositions d'adaptation purement formelles, n'appellent aucune observation.

### ***Adaptation à Mayotte et extension dans les îles Wallis et Futuna***

**121.** Le projet de loi procède dans un article unique à l'extension de ses dispositions modifiant le code du commerce dans les îles Wallis et Futuna, par modification des dispositions de l'article L. 950-1 de ce code. Le projet ne procède pas à l'extension dans les îles Wallis et Futuna des dispositions relatives, notamment, aux administrateurs salariés des

entreprises privées, dès lors que le droit du travail, dont ces dispositions sociales ne sont pas détachables, ne relève pas des compétences de l'État. Le Conseil d'État attire l'attention du Gouvernement sur le fait que l'extension des dispositions du code de commerce dans un article unique par collectivité, et qui ne repose pas sur le procédé dit du « compteur », ne contribue pas à l'amélioration de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi. Ces mesures d'extension n'appellent aucune autre observation.

*Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 14 juin 2018.*