

N° 269

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2002-2003

Annexe au procès-verbal de la séance du 30 avril 2003

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit,

Par M. Gérard BRAUN,
Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Jean Arthuis, *président* ; MM. Jacques Oudin, Gérard Miquel, Claude Belot, Roland du Luart, Mme Marie-Claude Beaudeau, M. Aymeri de Montesquiou, *vice-présidents* ; MM. Yann Gaillard, Marc Massion, Michel Sergeant, François Trucy, *secrétaires* ; M. Philippe Marini, *rapporteur général* ; MM. Philippe Adnot, Bernard Angels, Bertrand Auban, Denis Badré, Jacques Baudot, Roger Besse, Maurice Blin, Joël Bourdin, Gérard Braun, Auguste Cazalet, Michel Charasse, Jacques Chaumont, Jean Clouet, Yvon Collin, Jean-Pierre Demerliat, Eric Doligé, Thierry Foucaud, Yves Fréville, Paul Girod, Adrien Gouteyron, Hubert Haenel, Claude Haut, Roger Karoutchi, Jean-Philippe Lachenaud, Claude Lise, Paul Loridant, François Marc, Michel Mercier, Michel Moreigne, Joseph Ostermann, René Trégouët.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (12^{ème} législ.) : 710, 752 et T.A. 132
Sénat : 262, 266, 267 et 268 (2002-2003)

Administration.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
EXPOSÉ GÉNÉRAL	3
EXAMEN DES ARTICLES	7
• ARTICLE 5 Habilitation à simplifier les relations entre usagers et administration fiscale, et à rationaliser les modalités d’option pour certains régimes fiscaux	7
• ARTICLE 18 Habilitation à prendre diverses mesures relatives à la réalisation et à l’utilisation des enquêtes statistiques obligatoires concernant les professionnels	13
• 4° et 5° de l’ARTICLE 21 Habilitation à prendre diverses mesures de simplification du droit des sociétés	20
• 10° de l’ARTICLE 21 Habilitation à instaurer un seuil de sensibilité pour les affaires du ressort du Conseil de la concurrence, et à relever le seuil de contrôle des concentrations	27
• 4° de l’ARTICLE 27 Habilitation à prendre les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter le code monétaire et financier	35
EXAMEN EN COMMISSION	41
AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION	45

EXPOSÉ GÉNÉRAL

M. Jean-Paul Delevoye, ministre de la fonction publique de la réforme de l'Etat et de l'aménagement du territoire a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi¹ habilitant le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification et de codification du droit.

Ce projet avait été annoncé par M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, lors de sa déclaration de politique générale en juillet dernier : le gouvernement devait demander au Parlement le droit de « *légiférer par ordonnance pour simplifier nos législations* ».

Selon l'exposé des motifs, cette habilitation constitue « *un effort vigoureux de **simplification** coordonnée à l'échelon gouvernemental* », et elle permet de mettre en oeuvre « *un programme de **codification** ambitieux* ». Il faut noter que la codification constitue un aspect de la simplification, puisqu'elle facilite l'accès au droit.

La perspective de telles réalisations ne peut donc qu'être accueillie très favorablement. Ainsi, dans son rapport spécial sur les crédits de la Fonction publique et de la réforme de l'Etat pour 2003², votre rapporteur avait dressé un tableau nuancé du chemin accompli, jusqu'alors, en matière de simplifications :

« Concernant les particuliers, des progrès ont été enregistrés, notamment avec la suppression de la certification conforme et de la fiche individuelle d'état civil en 2001.

Certaines mesures constituent des simplifications apparentes, par la mise en place d'une interface gérant la complexité ; il en va ainsi de l'aide à l'établissement des fiches de paie par Internet pour les entreprises employant jusqu'à 9 salariés, ou par un « tiers de confiance » pour les entreprises employant jusqu'à 3 salariés. Le bénéfice pour les particuliers n'en est pas moins réel.

Votre rapporteur spécial observe que, concernant les trains de mesures de simplification décidées lors des réunions de la commission pour les simplifications administratives (COSA) des 17 avril 2001 et

¹ *Projet de loi n° 710 (XIIe législature), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 mars 2003. En première lecture, l'Assemblée nationale a adopté un intitulé différent : « projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ».*

² *Rapport spécial n° 68 – Tome III – annexe 21 (2002-2003) de M. Gérard Braun.*

13 février 2002, la priorité semble accordée aux téléprocédures. Le 28 janvier 2002, la DIRE¹ a adressé à tous les ministères une note traçant le cadre des plans pluriannuels de développement de l'administration électronique, qui doivent amener en 2005 à la généralisation des téléprocédures pour les démarches administratives relevant de leurs ressorts respectifs. Le nouveau gouvernement aura à coeur d'élargir cette orientation qui peut sembler réductrice.

Par ailleurs, un bien meilleur équilibre s'est instauré entre les prérogatives de l'administration et les droits des administrés. Des progrès considérables ont été accomplis ces vingt-cinq dernières années, qu'il s'agisse du droit d'accès aux documents administratifs, de la motivation des décisions, de leur régime (le régime des décisions implicites d'acceptation tend à se généraliser), ou encore de la fin de l'anonymat des fonctionnaires ».

Ainsi, parce que le constat de la complexité n'est pas nouveau, et que les simplifications opérées par le passé, pour significatives que furent certaines d'entre elles, n'ont pas été, dans leur ensemble, à la hauteur des ambitions qui les précédaient, **il est apparu qu'il ne suffisait pas de décider de simplifier, il fallait d'abord simplifier la simplification.**

Aussi, le gouvernement a résolu de procéder par ordonnance, ce qui constitue un gage de rapidité, et permet vraisemblablement d'éviter certains écueils.

Il n'est certes pas facile, pour un parlementaire, de concevoir sans quelque regret le dessaisissement, quoique provisoire et circonscrit, du Parlement. Et même sans quelque méfiance. Ainsi, M. Guy Carcassonne stigmatise, en des termes certes exagérés, les ordonnances, « *cette législation de chefs de bureau* »², au regard de la qualité de l'œuvre du législateur naturel, qui est et reste le Parlement.

Cependant, d'une part, il faut bien admettre que **les simplifications requises présentent bien souvent un caractère technique marqué, pour le traitement duquel le gouvernement est sans doute mieux armé.** En effet, les simplifications administratives requièrent l'expertise continue de l'ensemble des administrations concernées.

D'autre part, **toute codification constitue une entreprise urgente :** selon les termes mêmes du Conseil constitutionnel³, la codification « *répond [...] à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* », dont il importe de ne pas différer la réalisation. La technique de l'habilitation permet ainsi de pallier l'encombrement de l'ordre du jour des

¹ Délégation interministérielle à la réforme de l'Etat.

² In « *La Constitution* », éditions du Seuil, 2000.

³ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 sur la loi habilitant le gouvernement à adopter par ordonnance la partie législative de certains codes.

assemblées, sans porter de préjudice notable à la qualité de la codification, compte tenu, notamment, de l'excellence du travail de la Commission supérieure de codification.

Si l'on ajoute que M. Henri Plagnol, secrétaire d'Etat à la réforme de l'Etat, auditionné au Sénat le 1^{er} avril 2003, a indiqué qu'il souhaitait un véritable débat sur le contenu des ordonnances lors de leur ratification, et qu'il souhaitait, au surplus, une association spécifique des parlementaires¹ pour la mise en oeuvre du chantier des simplifications, **les préventions qui subsisteraient ont lieu de tomber.**

Le régime juridique des ordonnances

L'article 38 de la Constitution dispose du régime des ordonnances en ces termes :

« Le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif».

En complément, l'article 41 de la Constitution dispose :

« S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours ».

Juridiquement, la loi d'habilitation s'analyse pourtant en une extension provisoire du domaine réglementaire, et non en une « délégation » du pouvoir législatif. Ainsi, avant leur ratification, les ordonnances ont une valeur réglementaire, et leur contentieux relève de la juridiction administrative. Puis, au moment de leur ratification, elles acquièrent une valeur législative, et le contenu des ordonnances, *via* la loi de ratification, est alors susceptible d'être soumis au contrôle du Conseil constitutionnel.

¹ Ce voeu est d'ailleurs en passe d'être réalisé, puisque l'Assemblée nationale a adopté un article 1^{er} A présenté par notre collègue député Alain Madelin, auquel le gouvernement a donné un avis favorable, qui est ainsi rédigé : « Un Conseil d'orientation de la simplification administrative formule toute proposition pour simplifier la législation et la réglementation ainsi que les procédures, les structures et le langage administratif.

Il est composé de trois députés, de trois sénateurs, d'un conseiller régional, d'un conseiller général, d'un maire ainsi que de deux membres du Conseil économique et social et quatre personnalités qualifiées.

En cas de besoin, les dispositions du présent article sont précisées par décret ».

Le « délai limité » dont l'article 38 de la Constitution fait état, c'est-à-dire la **durée de l'habilitation**, est fixé dans le présent projet à **douze mois** pour la plupart des ordonnances qu'il prévoit. La « date fixée par la loi d'habilitation » au-delà de laquelle les ordonnances deviennent **caduques** si elles n'ont pas fait l'objet d'un projet de loi de ratification déposé devant le Parlement, est fixée à **trois mois** après leur publication. Les délais d'habilitation, qui sont relativement longs au regard de la pratique habituelle, apparaissent finalement raisonnables en considération des ambitions du texte.

Votre commission des finances, en liaison avec la commission des lois saisie au fond et avec les autres commissions saisies pour avis, s'est saisie pour avis de l'**article 18**, des **4° et 5° de l'article 21**, et du **4° de l'article 27** du présent projet de loi d'habilitation. Par ailleurs, la commission des lois a bien voulu déléguer à votre commission des finances l'examen de l'**article 5** et du **10° de l'article 21**, qui semble en effet requérir des compétences qui apparaissent globalement de son ressort.

A l'**article 5**, l'habilitation concerne la simplification des relations entre usagers et administration fiscale, et la rationalisation des modalités d'option pour certains régimes fiscaux.

A l'**article 18**, le gouvernement est habilité à prendre diverses mesures relatives à la réalisation et à l'utilisation des enquêtes statistiques obligatoires concernant les professionnels.

Au **4° et au 5° de l'article 21**, il est prévu d'habiliter le gouvernement à prendre diverses mesures de simplification du droit des sociétés.

Au **10°** du même article, l'habilitation concerne l'instauration d'un seuil de sensibilité pour les affaires du ressort du Conseil de la concurrence, et le relèvement du seuil de contrôle des concentrations.

Au **4° de l'article 27**, le gouvernement est habilité à prendre les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter le code monétaire et financier.

La durée de l'habilitation est fixée à 18 mois pour l'article 27, et à 12 mois pour les autres dispositions examinées par votre commission des finances.

EXAMEN DES ARTICLES

ARTICLE 5

Habilitation à simplifier les relations entre usagers et administration fiscale, et à rationaliser les modalités d'option pour certains régimes fiscaux

Commentaire : l'habilitation accordée par le présent article a pour objet de revenir sur des dispositions devenues obsolètes ou sans objet, de simplifier la déclaration et le paiement de certains impôts, de clarifier la formulation d'actes administratifs liés à l'assiette ou au recouvrement de l'impôt, et d'assouplir les modalités d'option pour certains régimes fiscaux spécifiques. Aux termes d'un amendement adopté à l'Assemblée nationale, cette habilitation devrait également pourvoir au respect de la présomption d'innocence en matière fiscale.

I. LA CONDITION DES USAGERS DE L'ADMINISTRATION FISCALE PEUT ÊTRE ENCORE LARGEMENT AMÉLIORÉE

Il convient de ne pas s'exagérer l'ingratitude de la situation des contribuables. L'« antifiscalisme », encore prégnant dans les années soixante-dix, n'a plus vraiment cours. Les améliorations apportées ces dernières années à la qualité des relations entre l'administration fiscale et les contribuables ont incontestablement porté leurs fruits ; pour autant, la situation des usagers n'est pas idyllique.

Certes, les grandes entreprises disposent depuis le 1^{er} janvier 2002 d'un interlocuteur fiscal unique, et le programme Copernic, initié en 2000, doit permettre la mise en place d'un « compte fiscal simplifié » d'ici à 2008, devant permettre aux usagers d'accéder à leur situation fiscale et d'effectuer les opérations fiscales courantes, sans contraintes géographiques ni horaires. Le contrat d'objectifs et de moyens entre la direction générale des impôts et la direction du budget, conclu pour la période 1999-2002, a utilement privilégié la qualité du service rendu aux usagers. Par ailleurs, il convient de noter la suppression bienvenue de nombreuses taxes à faible rendement, intervenue par la voie législative.

Mais il faut mentionner l'échec de la « mission 2003 », chargée de préparer la réforme de l'administration fiscale en privilégiant le point de vue des usagers, qui n'a pas permis la mise en place d'une administration fiscale unique. Nonobstant l'échec de cette réforme d'envergure, les pistes d'amélioration apparaissent encore fort nombreuses.

La partie législative du code général des impôts et du livre des procédures fiscales connaît, depuis quinze ans, un alourdissement continu. Ainsi, il est particulièrement bienvenu que la législation fiscale et les modalités de recouvrement de l'impôt constituent aujourd'hui un axe majeur de l'œuvre de simplification administrative.

Le Conseil des impôts a ainsi constaté que l'empilement des articles et leur complexité rédactionnelle égarent le lecteur et compromettent la sécurité juridique.

Par ailleurs, le potentiel de simplification offert par les nouvelles technologies de l'information et de la communication est loin d'être pleinement utilisé.

II. LE TEXTE ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

A. LE DISPOSITIF INITIALEMENT PROPOSÉ PAR LE GOUVERNEMENT

Les mesures que le gouvernement sera susceptible de prendre par ordonnance pourront s'inspirer, notamment, des éléments d'orientation figurant dans le vingtième rapport du Conseil des impôts, paru en 2002, qui traite des relations entre les contribuables et l'administration fiscale.

Dans le cadre du présent article, elles constituent en grande partie la déclinaison « fiscale » des ordonnances de simplification générales prévues à l'article 1 du présent projet.

- ❖ Le gouvernement envisage ainsi d'abroger les dispositions fiscales devenues sans objet et d'adapter celles qui sont obsolètes, ce qui correspond à un besoin patent.
- ❖ Le gouvernement serait également autorisé à revenir sur les formalités de déclaration et de paiement, en raison de leur complexité ou de leur obsolescence. Il est aussi prévu de simplifier les modalités de recouvrement de l'impôt, ce qui vise, en particulier, les modalités de calcul de certains acomptes, et le choix des moyens de paiement.

- ❖ Par ailleurs, il est envisagé de « clarifier la formulation d'actes administratifs résultant de dispositions de forme législative et relative à l'assiette ou au recouvrement de l'impôt ».
- ❖ Enfin, et il s'agit là de l'habilitation potentiellement la moins neutre sur le plan fiscal, le gouvernement serait habilité à « élargir les possibilités et assouplir les modalités d'option pour des régimes fiscaux spécifiques ».

B. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

1. Une modification rédactionnelle

Un amendement proposé par notre collègue député, rapporteur au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale, a réuni le 3° et le 4° de l'article 5 dans un même alinéa, s'agissant de dispositions semblables qui concernent la simplification des relations des usagers avec l'administration fiscale.

2. Une modification emblématique

Un amendement proposé par nos collègues députés Lionel Luca, Jean-Pierre Gorges, Hervé Novelli et Jean-Michel Fourgous, auquel notre collègue député, rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale et le gouvernement ont opposé un avis défavorable, a été néanmoins adopté. Il habilite le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure modifiant le code général des impôts et le livre des procédures fiscales pour « *respecter le principe de la présomption d'innocence en matière fiscale* ».

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. LE CHAMP DES MESURES ENVISAGÉES OUVRE LA VOIE À DES PROGRÈS SUBSTANTIELS

L'obsolescence de nombreuses dispositions du code général des impôts est patente, et l'on observe que certains dispositifs figurant dans le livre des procédures fiscales ne sont plus utilisés. Ainsi, l'avis de mise en recouvrement collectif, qui figure à l'article L. 256 du livre des procédures fiscales, est devenu obsolète. Le code général des impôts se réfère volontiers à

des professions disparues, ou recourt à des concepts vieillis et peu juridiques comme celui d' « indigence » afin de justifier, par exemple, certaines remises d'impôts.

Les formalités de déclaration et de paiement peuvent être utilement allégées ou supprimées en raison de leur complexité ou de leur obsolescence. Dans ce cadre, l'utilisation par les organismes sociaux de données fiscales pour éviter les déclarations multiples serait souhaitable.

Concernant les modalités de recouvrement, il pourrait être mis un terme à l'exigence, portée par l'article L. 256 du livre des procédures fiscales, d'un courrier recommandé avec avis de réception pour l'expédition des avis de mis en recouvrement. Le paiement par timbre, qui se caractérise par une grande lourdeur de gestion, pourrait être également remis en cause. D'une façon générale, si la recherche d'une efficacité maximale en matière de paiement doit tendre vers une dématérialisation croissante, la liberté de choix du contribuable devra être, dans la mesure du possible, préservée.

La plupart des contribuables peuvent constater *de visu* la nécessité de clarifier la formulation d'actes administratifs concernant l'assiette ou le recouvrement de l'impôt. Dans un sondage réalisé en juillet 2002 par le Conseil des impôts, les contribuables interrogés sur leurs souhaits en matière d'amélioration de leurs relations avec l'administration fiscale, privilégiaient la « *simplification des formulaires et du vocabulaire administratif* » (61 % des premiers choix). D'après les statistiques de la direction générale de impôts, plus d'un million de contribuables se font assister par ses services pour remplir leurs déclarations de revenus. D'ores et déjà, un groupe de travail a été mis en place par le gouvernement pour rechercher des intitulés plus accessibles afin que les contribuables soient en mesure d'apprécier le contenu et d'évaluer les conséquences des pièces de procédures. De nombreux articles législatifs, d'où dérivent ces pièces, devraient alors être modifiés.

Concernant la perspective d'élargir les possibilités et d'assouplir les modalités d'option pour des régimes fiscaux spécifiques, elle est justifiée, en particulier, par le fait que les options offertes aux entreprises concernant les différents régimes fiscaux engagent ces dernières sur des durées différentes, dont l'harmonisation semble souhaitable. Il apparaît également que les périodes au cours desquelles certaines options peuvent être exercées sont trop limitées.

Votre rapporteur souligne cependant que les aménagements à venir ne rendront pas moins utile une refonte du code général des impôts, entreprise que le Conseil des impôts appelle de ses vœux dans son rapport précité, au regard de « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* », selon les termes mêmes de la décision du Conseil

constitutionnel¹. En effet, les textes des articles du code général des impôts sont souvent obscurs, longs, peu cohérents, et usent de nombreux renvois, souvent emboîtés, que compliquent encore une numérotation complexe et le décompte manuel des alinéas. Ainsi, selon les termes du Conseil des impôts, « *La faible lisibilité du Code général des impôts justifie la mise en oeuvre d'un processus de recodification, indépendant des simplifications de fond [...]* ».

B. CERTAINES PRÉCISIONS SEMBLENT UTILES

1. La présomption d'innocence en matière fiscale n'a pas besoin d'être instaurée : elle existe déjà

La rédaction de l'amendement proposé par nos collègues députés Lionel Luca, Jean-Pierre Gorges, Hervé Novelli et Jean-Michel Fourgous, adopté par l'Assemblée nationale semble inspirée par une représentation des rapports de force entre le contribuable et l'administration fiscale qui renvoie à une époque, heureusement, révolue.

En effet, la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant le livre des procédures fiscales a notamment **inversé la charge de la preuve, qui incombe désormais à l'administration**, introduit une procédure contradictoire, et organisé une meilleure information² du contrôlé sur ses droits.

Par ailleurs, l'administration a développé depuis 1999 la notion d'« *application mesurée de la loi fiscale* », qui favorise une application réaliste de textes fiscaux, invitant ainsi les vérificateurs à faire preuve de « *bon sens et de mesure* » lors des contrôles, de telle sorte que la poursuite du dialogue avec le contribuable ne soit pas compromise par un formalisme excessif.

Il convient d'ajouter que la direction générale des impôts s'est engagée, aux termes du contrat d'objectifs et de moyens, à alléger sa présence dans les entreprises vérifiées en recourant à des types d'intervention plus rapides et en proportionnant mieux les investigations aux enjeux.

Au total, s'il ne faut pas cacher que certaines petites et moyennes entreprises ressentent encore difficilement le contrôle fiscal, il doit être

¹ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 sur la loi habilitant le gouvernement à adopter par ordonnance la partie législative de certains codes.

² Concernant ce point, une « charte du contribuable », dont les dispositions sont opposables à l'administration, est obligatoirement remise aux contribuables avant l'engagement d'une vérification.

souligné que moins d'un contrôle sur dix donne lieu à un contentieux juridictionnel.

Autant il n'est jamais souhaitable d'occulter les difficultés, autant, en l'espèce, il semble dommageable de tendre à ressusciter - à tort - un « sentiment de persécution » auquel les contribuables répréhensibles trouveraient d'abord à se rattacher.

Certes, il figure dans le rapport précité du Conseil des impôts que « *la culture du dialogue est insuffisamment développée* » en cas de persistance d'un désaccord à l'issue de la procédure contradictoire¹ (après un redressement définitif), mais il n'y a pas ici d'atteinte au principe de la présomption d'innocence.

Ainsi, il semble raisonnable de **supprimer une habilitation inutile** (susceptible d'affaiblir les habilitations nécessaires).

2. Les mesures prises dans le cadre de l'habilitation ne doivent pas donner lieu à de nouvelles dépenses fiscales

Le vecteur naturel - mais non exclusif - de la législation en matière fiscale est la loi de finances, dans la mesure où les dispositions considérées ont une incidence directe sur les ressources de l'Etat. En revanche, il est souhaitable que les débats sur la loi de finances ne se trouvent pas alourdis par l'examen de textes ayant purement vocation à simplifier la vie du contribuable.

Dans cette perspective, et compte tenu, par ailleurs, de la dégradation des soldes budgétaires, il a semblé utile à votre rapporteur de **préciser que les mesures prises dans le cadre du présent article ne pourront pas entraîner de dépenses fiscales nouvelles.**

Du reste, c'est bien de cette manière que le gouvernement comprend la portée de l'habilitation. M. Henri Plagnol, secrétaire d'Etat à la réforme de l'Etat a ainsi déclaré lors de l'examen du présent article à l'Assemblée nationale : « *Les dispositions que nous prendrons par ordonnance sont modestes. [...] Pour l'essentiel, d'ailleurs, les mesures de simplification n'ont pas d'impact budgétaire. Celles qui se traduiraient par de moindres recettes relèveront de la loi de finances* ».

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article ainsi modifié.

¹ D'après le rapport précité du Conseil des impôts, les recours internes sont alors généralement vains, et le rôle des commissions départementales paritaires apparaît limité.

ARTICLE 18

Habilitation à prendre diverses mesures relatives à la réalisation et à l'utilisation des enquêtes statistiques obligatoires concernant les professionnels

Commentaire : le présent article propose d'habiliter le gouvernement à prendre par ordonnance diverses mesures visant à réduire le nombre des enquêtes statistiques obligatoires pesant sur les professionnels et, dans le respect des règles de protection de la liberté individuelle et de la vie privée établies par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à rénover les conditions d'utilisation des données ainsi recueillies.

I. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose, *« afin de réduire le nombre des enquêtes statistiques d'intérêt général obligatoires »* auxquelles sont astreintes les personnes morales de droit public et de droit privé, les entrepreneurs individuels et les personnes exerçant une profession libérale, d'autoriser le gouvernement à prendre par **ordonnance** toutes mesures :

- *« permettant de déterminer celles des enquêtes statistiques qui doivent revêtir un caractère obligatoire »*,

- *« et, dans le respect des règles de protection de la liberté individuelle et de la vie privée établies par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, d'organiser la cession aux services statistiques des données recueillies, dans le cadre de leurs missions par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public »*,

- *« ainsi que de définir les conditions d'exploitation de ces données à des fins de recherche scientifique »*.

Les objectifs poursuivis par ces trois séries de mesures sont précisés ci-après.

A. LA RÉDUCTION DU NOMBRE DES ENQUÊTES OBLIGATOIRES

Il résulte de la rédaction actuelle de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques :

- d'un côté, que toute enquête statistique publique, à l'exclusion des travaux statistiques d'ordre intérieur, doit s'inscrire dans le cadre du programme de travail établi par le Conseil national de l'information statistique (CNIS) et arrêté par le ministre dont relève l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), d'une part, doit être soumise au visa préalable du ministre dont relève l'INSEE, ainsi qu'au visa du ministre duquel ressortent les intéressés, d'autre part ;

- de l'autre, que « *les personnes physiques ou morales sont tenues de répondre avec exactitude, et dans les délais fixés, aux enquêtes statistiques* » revêtues du visa précité.

En d'autres termes, la réponse à toutes les enquêtes statistiques publiques est *a priori* **obligatoire**.

« *En cas de défaut de réponse après mise en demeure [...] ou de réponse sciemment inexacte* », les personnes physiques ou morales peuvent ainsi faire l'objet, dans un délai d'au plus deux ans et sur décision motivée, d'une amende administrative prononcée par le ministre dont relève l'INSEE sur avis du CNIS réuni en comité du contentieux des enquêtes statistiques obligatoires. Le montant de la première amende encourue ne peut dépasser 150 euros. Cependant, en cas de récidive dans le délai de trois ans, le montant de l'amende est porté à 300 euros au moins et 2.250 euros au plus pour chaque infraction.

Ces dernières dispositions sont appliquées : plus d'un millier d'amendes sont ainsi infligées à des professionnels chaque année.

Ce **dispositif coercitif** est d'autant plus mal ressenti par les professionnels que le nombre d'enquêtes statistiques auxquelles ils sont assujettis tend à augmenter, notamment sous l'impulsion des règlements européens.

C'est la raison pour laquelle le CNIS a été conduit à distinguer désormais dans son programme de travail des enquêtes obligatoires qui sont revêtues du visa du ministre et s'inscrivent de ce fait pleinement dans le cadre de la loi précitée du 7 juin 1951, d'une part ; des « *enquêtes d'intérêt général* » qui ne sont pas revêtues du visa du ministre et reposent sur un fondement législatif incertain, d'autre part.

C'est à cette incertitude juridique que le gouvernement entend remédier : ne demeurerait ainsi obligatoires que les seules enquêtes

répondant aux règlements européens, les enquêtes essentielles ou les enquêtes pour lesquelles un taux élevé de réponse est scientifiquement indispensable (le taux de réponse étant naturellement plus élevé pour les enquêtes obligatoires que pour les autres enquêtes).

B. LA RATIONALISATION DE L'UTILISATION DES FICHIERS DE DONNÉES EXISTANTS

L'article 6 de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 précitée sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, modifié par la loi n° 92-1336 du 23 décembre 1992 dispose que « *les informations relatives aux personnes physiques, à l'exclusion des données relatives à la santé ou à la vie sexuelle, et celles relatives aux personnes morales, recueillies, dans le cadre de sa mission, par une administration, un établissement public, une collectivité territoriale ou une personne morale de droit privé gérant un service public peuvent être cédées, à des fins exclusives d'établissement de statistiques, à l'INSEE ou aux services statistiques ministériels* ». Ces dispositions s'appliquent, sous réserve de l'article L. 777-3 du code de procédure pénale, « *nonobstant toutes dispositions contraires relatives au secret professionnel* ».

Ces transmissions de fichiers administratifs à des fins statistiques sont encadrées. En effet, les cessions portant sur des informations nominatives sont soumises aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En outre, les informations transmises en application du présent article et permettant l'identification des personnes physiques ou morales auxquelles elles s'appliquent ne peuvent faire l'objet d'aucune communication de la part du service bénéficiaire, dont les agents sont, par ailleurs, soumis au **secret professionnel**.

Cependant, l'expérience suggère que certaines administrations demeurent réticentes à transmettre leurs fichiers administratifs à des services statistiques publics, qui ne disposent alors d'aucun autre moyen de recueillir les données concernées que de lancer des enquêtes, ce qui astreint les professionnels concernés à transmettre une seconde fois les mêmes informations.

C'est pourquoi le gouvernement envisagerait de transformer en obligation la faculté de transmission par une administration de ses fichiers administratifs à l'INSEE ou aux services statistiques ministériels.

C. LA DIFFUSION DES FICHIERS ADMINISTRATIFS À DES FINS DE RECHERCHE SCIENTIFIQUE

Le droit existant permet aux chercheurs indépendants d'accéder aux séries statistiques établies par les services statistiques publics, ainsi qu'aux fichiers administratifs retraités par l'INSEE ou par les services statistiques ministériels auxquels ils ont été transmis dans le cadre de la procédure exposée ci-avant.

En revanche, ces chercheurs ne disposent en pratique que d'un accès restreint aux fichiers administratifs eux-mêmes, ce que l'administration justifie notamment par le fait que les dispositions ayant créé au sein du CNIS le comité du secret statistique qui examine les demandes d'accès à ces fichiers à des fins scientifiques sont d'ordre réglementaire et n'ont donc pas pu soumettre ces chercheurs au régime de sanction du secret professionnel prévu par le code pénal, mais seulement à une déclaration sur l'honneur selon laquelle ils utiliseront ces fichiers conformément à leurs engagements.

C'est pourquoi le gouvernement se propose dans le présent article de « définir [par ordonnance] les conditions d'exploitation de ces données à des fins de recherche scientifique » : cette définition législative permettrait en fait de développer l'exploitations de ces données à des fins scientifiques par des chercheurs indépendants, notamment en les assujettissant en contrepartie au secret professionnel.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur se **félicite** de la double intention exprimée par le gouvernement au travers du présent article :

- d'une part, de réduire « l'impôt administratif » prélevé sur les professionnels à des fins statistiques, notamment en reportant des obligations de transmission des professionnels vers les administrations détenant déjà des fichiers de données, ce qui relève à la fois d'un impératif d'efficacité économique et d'un souci de rationalité budgétaire ;

- d'autre part, de faciliter l'exploitation à des fins scientifiques par des chercheurs indépendants des fichiers constitués par l'administration dans le cadre de ces missions. Certains de ces fichiers, notamment ceux des services fiscaux ou du ministère de l'emploi (notamment le fichier issu de la remontée des déclarations annuelles de données sociales -DADS-, qui précisent pour chaque salarié des caractéristiques d'état civil, la catégorie socio-professionnelle, les périodes d'emploi et les rémunérations) jouent en effet un rôle croissant en matière de recherche et le renforcement de leur diffusion est la condition *sine qua non* pour le développement de l'évaluation par des

institutions indépendantes de l'efficacité des politiques publiques dans le champ économique ou social.

Votre rapporteur souligne que cette seconde orientation répond d'ailleurs à l'une des préconisations formulées en 2001 par notre collègue Joël Bourdin dans son rapport¹ au nom de la délégation du Sénat pour la planification intitulé « *De la démocratie budgétaire en Amérique* », et sous-titré « *L'information économique aux États-Unis : quels enseignements pour la France ?* ».

On peut rappeler qu'après avoir montré que « *les États-Unis connaissent une situation enviable en matière d'information économique nécessaire à la décision publique et aux choix démocratiques* » et que, « *par contraste la situation de la France en matière d'information économique semble moins satisfaisante* », notre collègue concluait : « *ce contraste entre la France et les États-Unis reflète pour partie des différences constitutionnelles et culturelles, notamment des visions différentes du rôle de l'État. Ce contraste s'explique aussi par des différences de moyens : la dimension et la richesse des États-Unis favorisent, toutes choses égales par ailleurs, le pluralisme de l'information. Pour autant, l'étude de l'information économique aux États-Unis suggère que la France dispose certainement de marges de progrès en matière d'information économique.*

Cette conclusion est d'ailleurs confortée par l'étude rétrospective des préconisations et des espoirs formulés en 1979 par MM. René Lenoir et Baudouin Prot dans un rapport commandé par le Président de la République. En effet, vingt ans après, les ambitions du rapport Lenoir-Prot de 1979 sont largement inabouties. Certes, la France jouit aujourd'hui d'un plus grand pluralisme en matière de prévisions et d'analyses macro-économiques, mais elle connaît aussi un manque évident de contre-expertise indépendante des administrations dans des domaines aussi essentiels que l'éducation, la fiscalité, l'analyse micro-économique, les politiques sociales et l'évaluation des politiques publiques. Ce manque de contre-expertise indépendante nuit à la qualité des débats politiques et sociaux et restreint l'éventail des préoccupations prises en compte. Il freine les progrès de l'analyse économique : le pluralisme et la concurrence des experts sont en effet source de progrès. Ce manque de pluralisme est également préjudiciable aux administrations d'État elles-mêmes. D'un côté, leurs analyses portent souvent un « poids » politique trop élevé. De l'autre, elles sont parfois sujettes à une certaine suspicion ».

A partir de ces conclusions et des « bonnes pratiques » américaines, le rapport formulait ensuite nombre de préconisations dont certaines, exposées dans l'encadré ci-après, concernaient notre système statistique.

¹ Rapport n° 326 (2000-2001).

Extraits des préconisations relatives au système statistique français du rapport d'information de mai 2001 de notre collègue Joël Bourdin sur « L'information économique aux Etats-Unis : quels enseignements pour la France ? ».

Les institutions et les pratiques américaines ne sont évidemment pas transposables telles quelles en France. Pour autant, l'étude détaillée de l'organisation et du fonctionnement des institutions économiques américaines est riche de deux types d'enseignements pour l'amélioration de l'information économique en France.

En premier lieu, l'étude des États-Unis souligne de manière générale l'interdépendance des bonnes pratiques : pour améliorer l'information économique et pour accroître effectivement la pluralité des analyses économiques, il est nécessaire de développer simultanément la transparence des administrations publiques, la diffusion des informations statistiques, les transferts d'expertise des administrations publiques vers les institutions indépendantes et les moyens de fonctionnement de ces institutions indépendantes. Telle était d'ailleurs déjà l'analyse du rapport Lenoir-Prot : la création de nouveaux instituts d'analyse économique entre 1979 et 1981 participait alors du même élan, aujourd'hui stoppé, que la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès du public aux documents administratifs [...].

En second lieu, l'étude détaillée du fonctionnement des institutions économiques américaines invite à l'ouverture d'un débat sur l'adaptation de certaines bonnes pratiques. [...]

4) Mieux distinguer, pour la Banque de France comme pour les principaux ministères, entre la communication institutionnelle et politique, l'information factuelle du grand public et les études économiques, qui sont parfois présentés de manière étroitement entremêlée, notamment sur leurs sites Internet. [...]

6) Diffuser plus largement les fichiers de micro-données fiscales et sociales nécessaires à l'évaluation des politiques publiques. Les réticences des administrations État et de la CNIL vis-à-vis de la transmission des fichiers de données statistiques individuelles à des chercheurs indépendants ne sont pas sans fondements juridiques, éthiques et scientifiques. Pour autant, le développement d'une réelle contre-expertise en matière fiscale et sociale suppose que ces fichiers de données soient accessibles aux chercheurs indépendants. En tout état de cause, ces fichiers devraient être transmis sur demande, selon des modalités à définir, à la Banque de France et aux experts mandatés par le Parlement. [...]

11) Diffuser gratuitement les modèles économiques utilisés par l'administration et encourager l'accessibilité des économistes et des statisticiens de l'administration, afin de favoriser les transferts d'expertise. [...]

16) Prendre en compte les impératifs d'une meilleure évaluation des politiques publiques lors de la construction de ces systèmes d'information des administrations publiques. Il est ainsi surprenant que le projet Copernic de refonte des systèmes d'information de la direction générale des impôts n'ait pas aussi pour objectif de permettre une meilleure appréciation des effets économiques de la fiscalité. [...]

Tout en soulignant la pertinence de la démarche proposée par le présent article, ces analyses suggèrent par ailleurs que les mesures que le gouvernement entend prendre par voie d'ordonnance ne constituent qu'une première étape en vue du renforcement de l'expertise indépendante sur les politiques publiques.

Décision de la commission : sous le bénéfice de ces observations, votre commission émet un avis favorable sur cet article.

4° et 5° de l'ARTICLE 21

Habilitation à prendre diverses mesures de simplification du droit des sociétés

Commentaire : l'habilitation accordée par le présent article a notamment pour objet de simplifier et d'unifier le régime applicable aux valeurs mobilières des sociétés commerciales, et d'assouplir le régime applicable à la société à responsabilité limitée (SARL).

I. L'UNIFICATION DU RÉGIME DES VALEURS MOBILIÈRES DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Le quatrième alinéa du présent article prévoit de prendre par ordonnance des mesures visant à simplifier le régime applicable aux valeurs mobilières des sociétés commerciales. Ce champ *a priori* vaste se voit compliqué par le fait qu'il n'existe pas de définition unique et acceptée par tous des valeurs mobilières, mais **il s'agit précisément d'unifier un droit qui se caractérise par une accumulation de strates législatives et est de surcroît facteur d'insécurité juridique pour les acteurs économiques.**

A. COMPLEXITÉ, LACUNES ET INADAPTATION DE LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE

Les valeurs mobilières constituent une catégorie d'instruments financiers depuis la loi n° 96-597 de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996. La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, qui est codifiée dans le code de commerce et constitue la pierre angulaire du droit des sociétés, recourt fréquemment à cette notion mais **ne la définit pas précisément**, puisque son article 263 (article L. 228-1 du code de commerce) se contente de disposer que « *les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs* ». **Une définition tardive mais contingente**, c'est-à-dire valable pour son seul support législatif, figure dans l'article L. 211-2 du code monétaire et financier, qui a codifié les dispositions de l'article premier de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières, et dispose que les valeurs mobilières sont « *les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à*

un droit de créance général sur son patrimoine ». Le même article dispose également que les parts des fonds communs de placement et des fonds communs de créances constituent des valeurs mobilières. **Le doute subsiste néanmoins sur la validité *erga omnes* de cette définition, qui n'est pas reprise par le code de commerce et n'est pas non plus exempte d'ambiguïtés¹**. La question de la définition des valeurs mobilières, si importante soit-elle sur le plan de la théorie juridique, n'exerce cependant pas un impact déterminant sur les pratiques et ne doit pas occulter le problème plus déterminant du morcellement du régime.

La doctrine² et les praticiens ont maintes fois souligné l'hétérogénéité du droit des valeurs mobilières, qui relève d'une double logique fiscale et commerciale et comprend des régimes distincts pour chaque catégorie de titres, quand ce n'est deux régimes pour une même catégorie³. Notre collègue Philippe Marini, dans son rapport sur la modernisation du droit des sociétés⁴, rappelait également que la réforme de ce droit opaque constituait une question récurrente du débat sur l'actualisation du droit des sociétés, et précisait ainsi que *« les dispositions régissant l'émission des différentes catégories de valeurs mobilières résultent d'une succession de textes qui a certes permis aux sociétés de disposer progressivement des instruments adaptés à leur développement mais a également abouti à une législation complexe, pas toujours cohérente, et à des différences injustifiées dans les régimes applicables. La multiplication des catégories de valeurs mobilières conduit les dirigeants de sociétés à demander aux actionnaires des autorisations d'émission portant pratiquement sur la totalité des titres susceptibles d'être créés, avec ou sans maintien du droit préférentiel de souscription, aux termes de résolutions extrêmement détaillées et complexes qui contribuent à alourdir les assemblées et à obscurcir le choix des actionnaires »*.

¹ Une controverse porte notamment sur les certificats de droit de vote, qui sont classés parmi les titres donnant accès au capital, ce qui peut conduire à les considérer comme des valeurs mobilières.

² Notamment Philippe Reigné et Thibault Delorme, dans un article de *La Semaine Juridique* du 1^{er} février 2001, intitulé « Le code monétaire et financier et les valeurs mobilières ».

³ Philippe Reigné et Thibault Delorme, dans l'article mentionné supra, rappellent ainsi que les émissions obligataires sont régies par plusieurs dispositions hétérogènes, en dépit de leur codification :

- la loi du 16 juillet 1934 et le décret-loi du 8 août 1935 sont relatifs aux « obligations émises en France par toutes les collectivités privées ou publiques, sociétés commerciales ou civiles, françaises ou étrangères » ;

- le décret-loi du 30 octobre 1935 s'applique en principe aux émissions des sociétés et collectivités étrangères ;

- la loi du 24 juillet 1966 s'applique aux obligations émises par les sociétés françaises par actions et par les groupements d'intérêt économique de droit français ;

- le code monétaire et financier reprend les dispositions de la loi du 11 juillet 1985 autorisant l'émission d'obligations par les associations exerçant une activité économique.

⁴ « La modernisation du droit des sociétés », rapport au Premier ministre – *La Documentation française*, juillet 1996.

Le droit actuel prévoit ainsi des règles particulières pour chaque type de valeur : actions de priorité, actions à dividende prioritaire sans droit de vote, certificats d'investissement, obligations avec bons de souscription d'action, obligations convertibles en actions... **Cette situation apparaît préjudiciable à la sécurité juridique des émetteurs et aux droits des porteurs, et conduit le législateur à adopter une réglementation au « coup par coup » dans une matière où l'innovativité et les innovations sont légion, particulièrement dans le contexte actuel de raréfaction du crédit bancaire et de surendettement de nombre d'entreprises.** Le délai de mise en oeuvre *a posteriori* de chaque réglementation, après qu'une innovation financière s'est diffusée et pérennisée, fait courir le risque d'abus, d'incertitude juridique (en particulier si le nouveau type de valeur mobilière apparaît largement distinct des instruments financiers existants) et d'obsolescence rapide de la législation, dont le rythme d'évolution n'est pas en phase avec celui des instruments financiers. Le cas des **obligations convertibles** est aujourd'hui particulièrement significatif : les avatars de ce véhicule, très utilisé, de financement sur les marchés sont nombreux depuis deux ans, une des pratiques les plus récentes consistant à modifier unilatéralement les caractéristiques des émissions en cours de vie (prolongation de la durée de l'emprunt, interruption du paiement des intérêts, modification de la parité de conversion...), au risque d'aggraver la situation financière généralement tendue des émetteurs et de porter préjudice aux droits des porteurs.

B. LA RATIONALISATION ATTENDUE DU RÉGIME DES VALEURS MOBILIÈRES

La présente habilitation doit donc contribuer à mettre en place un **régime cadre**, avec la collaboration des autorités de régulation et des instances représentatives de la place. Ce dispositif général porterait sur la définition, les caractéristiques, les conditions d'émission et les opérations relatives aux valeurs mobilières, et impliquerait vraisemblablement l'abrogation des actuelles sections régissant chaque catégorie de valeur mobilière. L'ordonnance pourrait s'appuyer sur un fondement juridique préexistant en **reprenant la majeure partie des dispositions de l'article 29 du projet de loi n° 346 (2000-2001) portant diverses dispositions d'ordre économique et financier**, déposé au Sénat le 30 mai 2001 mais jamais inscrit à l'ordre du jour. La typologie des valeurs mobilières s'inspirerait également de celle retenue dans le rapport précité de notre collègue Philippe Marini et retiendrait donc **deux grandes catégories de valeurs mobilières** : celles donnant, directement ou indirectement, accès à terme au capital, et celles ne donnant pas accès au capital et constituant des titres de créances. Un régime de sanctions plus adapté serait enfin prévu, en appliquant la logique déjà initiée d'une **dépénalisation** plus prononcée des peines, afin de privilégier des sanctions disciplinaires et pécuniaires considérées comme plus aisées à mettre

en place et, au moins, aussi dissuasives. Les sanctions pour les infractions les plus graves ne seraient pas nécessairement renforcées.

Sur le fondement de l'article 29 du projet de loi précité, **le régime juridique de l'augmentation de capital pourrait également être réformé** afin de faciliter le développement des sociétés et leur accès aux marchés financiers. **La portée de la délégation de pouvoir consentie par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration ou au directoire serait à cet égard étendue (voir encadré ci-dessous)** et contribuerait à accorder davantage de souplesse et de rapidité à l'augmentation de capital.

Le texte proposé par l'article 29 du projet de loi précité pour l'article L. 225-129 du code de commerce disposait ainsi :

« I. - L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, une augmentation de capital. Elle peut déléguer cette compétence au conseil d'administration ou au directoire dans les conditions fixées au III du présent article.

« L'augmentation de capital doit, sous réserve des dispositions prévues au III du présent article et à l'article L. 225-138, être réalisée dans le délai de cinq ans à compter de cette décision ou de cette délégation. Ce délai ne s'applique pas aux augmentations de capital à réaliser à la suite de l'exercice d'un droit attaché à une valeur mobilière donnant accès au capital ou à la suite des levées d'options prévues à l'article L. 225-177.

« II. - Lorsque l'assemblée générale extraordinaire décide l'augmentation de capital, elle peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres.

*« III. - Lorsque l'assemblée générale extraordinaire délègue au conseil d'administration ou au directoire sa compétence pour décider de l'augmentation de capital, **elle fixe la durée, qui ne peut excéder vingt-six mois, durant laquelle cette délégation peut être utilisée, et le plafond global de cette augmentation.** (...)*

« Le conseil d'administration ou le directoire dispose des pouvoirs nécessaires pour fixer le montant des émissions et la nature des titres émis, constater la réalisation des augmentations de capital qui en résultent et procéder à la modification corrélative des statuts.

*« IV. - **Toute délégation de l'assemblée générale est suspendue en période d'offre publique d'achat ou d'échange sur les titres de la société, sauf si l'assemblée générale, préalablement à l'offre, a expressément autorisé l'augmentation de capital pendant ladite période d'offre publique d'achat ou d'échange et si l'augmentation envisagée n'a pas été réservée** ».*

Il ne s'agirait pas pour autant de dessaisir les actionnaires de leur compétence, car la délégation serait encadrée et sollicitée par l'assemblée générale elle-même. Cette disposition devrait en outre se montrer cohérente avec l'évolution actuelle de la perception du rôle des assemblées d'actionnaires, dont les récents rapports sur le gouvernement d'entreprise ont, à juste titre, déploré l'effacement, et qui implique une meilleure consécration juridique de leurs attributions. Enfin le dispositif proposé devrait être compatible avec les orientations communautaires, et plus particulièrement avec la future directive sur les offres publiques d'acquisition, dont les

négociations se révèlent aujourd'hui complexes et témoignent de l'attachement français aux droits de vote doubles¹.

Des dispositions sont enfin prévues tendant à **simplifier le régime des titres de créances** (obligations et titres de créances négociables), qui seraient du ressort du conseil d'administration ou du directoire (l'assemblée générale ne se prononçant que sur les valeurs mobilières donnant à terme accès au capital), et dont l'utilisation désormais massive et banalisée plaide en faveur d'un moindre formalisme juridique.

II. L'AMÉNAGEMENT DU RÉGIME DES SARL

L'assouplissement du régime de la SARL, qui constitue le statut privilégié des petites entreprises, se ferait selon deux orientations : un meilleur accès aux moyens de financement non bancaires et un assouplissement de certaines modalités du statut. **Ces dispositions reprendraient ainsi une bonne partie des propositions de notre collègue Philippe Marini²**, qui témoignaient de la « montée en grade » de cette forme sociale, bien que l'aménagement du régime de la société par actions simplifiée par la loi du 12 juillet 1999, en vue de la rendre plus accessible aux petites entreprises, ait modifié le cadre juridique depuis 1996, année de publication du rapport.

¹ *Attachement également manifesté par votre commission des finances, qui a adopté (rapport n° 209 (2002-2003) de M. Philippe Marini) le 12 mars dernier la proposition de résolution n°167 (2002-2003) présentée au nom de la délégation pour l'Union européenne par notre collègue Yann Gaillard sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition. Cette proposition de résolution s'inscrit dans la continuité des positions déjà exprimées par votre commission des finances, qui avait adopté en 1999 une proposition de résolution de notre collègue Philippe Marini sur le même sujet, et demande au gouvernement :*

« - de promouvoir un seuil maximum de 50 % des droits de vote pour le déclenchement d'une procédure d'offre obligatoire au sens de la présente proposition de directive ;

« - de réclamer un encadrement des dérogations pouvant être apportées par les autorités de contrôle à la définition du « prix équitable » proposé par l'offrant aux actionnaires minoritaires ;

« - de veiller à ce que le respect des pactes d'actionnaires soit garanti jusqu'à la fin de l'offre publique d'acquisition ;

« - de s'opposer à ce que soient le cas échéant remis en cause, au cours de la négociation de la proposition de directive, les titres à droits de votes multiples. »

² *Dans le rapport précité, notre collègue Philippe Marini souligne que « tout en conservant sa vocation première, cette forme sociale s'est sensiblement rapprochée, à la faveur des réformes successives, et particulièrement de la loi du 24 juillet 1966, de la catégorie des sociétés de capitaux. Il en est résulté un régime assez rigide, qui n'est pas pour autant bien adapté aux besoins d'entreprises de taille moyenne, ce dont témoigne la très faible proportion de SARL comptant plus de vingt salariés. La réforme de la SARL doit, en conséquence, être centrée sur la suppression de plusieurs points de blocage, qu'il s'agisse de la constitution de la société, de sa gestion ou de la situation des associés ».*

A. UNE NOUVELLE FACULTÉ D'ÉMISSION DE TITRES OBLIGATAIRES

Aux termes de l'article L. 223-11 du code de commerce, les SARL ne peuvent émettre des valeurs mobilières ni garantir une émission, à peine de nullité de l'émission ou de la garantie. **Les SARL connaissent toutefois de réelles difficultés de financement**, car elles sont fortement dépendantes d'un crédit bancaire devenu aujourd'hui beaucoup plus restrictif, notamment en termes de taux d'intérêt, de privilèges et de sûretés.

L'habilitation porterait donc sur un nouveau régime d'émission d'obligations par les SARL, **qui se ferait sans appel public à l'épargne et serait par conséquent destinée aux seuls investisseurs qualifiés**, définis à l'article L. 411-2 du code monétaire et financier. La SARL serait également tenue d'avoir un commissaire aux comptes. **Ce régime pourrait notamment s'inspirer de celui applicable à certaines associations** régies par la loi du 1^{er} juillet 1901, qui aux termes de l'article L. 213-8 du code monétaire et financier, peuvent émettre dans certaines conditions des obligations lorsqu'elles exercent, exclusivement ou non, une activité économique effective depuis au moins deux années. Ces émissions peuvent toutefois être effectuées avec appel public à l'épargne.

B. L'ASSOUPLISSEMENT DU STATUT

L'habilitation proposée par le présent article a pour objet de permettre une plus grande liberté statutaire et se situe dans la continuité de la volonté manifestée par le gouvernement de faciliter la création d'entreprise, qui s'est notamment traduite dans le récent projet de loi pour l'initiative économique par la possibilité de créer une SARL avec un apport symbolique (un euro) de capital. Les aménagements pressentis concerneraient trois étapes de la vie des SARL :

- la **constitution** de la SARL : le plafond du nombre d'associés, qui constitue une originalité française au sein de l'Union européenne, serait relevé, vraisemblablement à **cent** au lieu de cinquante aujourd'hui (article L. 223-3 du code de commerce), et non pas supprimé comme le préconisait le « rapport Marini » précité ;

- la **gestion** : une nouvelle modalité d'organisation pourrait être ouverte aux associés, qui pourraient choisir entre la gérance traditionnelle et une gestion avec gérants et **conseil de surveillance**. Notre collègue Philippe Marini recommandait que la constitution d'un tel conseil soit rendue obligatoire au-delà d'un certain seuil de capital ou de nombre d'associés, et que l'organisation interne du conseil soit fixée non par la loi mais par les statuts. **Les conditions de révocation du gérant seraient en outre assouplies** et pourraient reprendre les propositions de notre collègue Philippe Marini,

consistant en l'établissement d'une symétrie entre nomination et révocation : l'une et l'autre seraient décidées à la majorité des parts sociales, les statuts ayant toutefois la possibilité de prévoir une majorité renforcée. Enfin la création de parts assorties de droits préférentiels serait rendue possible ;

- la **cession des parts sociales à des tiers** : le caractère nécessairement *intuitu personae* des SARL occasionne parfois des désagréments et blocages lors de la cession des parts, de telle sorte qu'il devient parfois nécessaire de dissoudre préalablement la société. La réglementation actuelle prévoit que les parts sociales sont librement cessibles entre associés, sauf clause statutaire limitant la cessibilité, mais ne peuvent être cédées à des tiers qu'avec le consentement de la majorité des associés, représentant au moins les trois-quarts des parts sociales (article L. 223-14 du code de commerce). **Cette exigence stricte pourrait être abrogée au profit d'une fixation par les statuts**, dans un sens plus libéral ou au contraire plus restrictif et dans la limite de la moitié des parts. Les statuts pourraient en outre aménager la majorité requise pour les transmissions de parts dues à un décès ainsi que la procédure suivie en cas de limitation de la cessibilité des parts entre associés.

Décision de la commission : votre commission émet un avis favorable sur le 4° et le 5° de l'article 21.

10° de l'ARTICLE 21

Habilitation à instaurer un seuil de sensibilité pour les affaires du ressort du Conseil de la concurrence, et à relever le seuil de contrôle des concentrations

Commentaire : le 10° du présent article tend à autoriser le gouvernement à simplifier :

- les procédures d'examen par le Conseil de la concurrence des affaires relevant de ses attributions contentieuses (ententes et abus de position dominante) qui pourraient être accélérées, s'agissant de montants inférieurs à un seuil déterminé ;

- le contrôle par le ministère de l'économie, après consultation éventuelle du Conseil précité, des opérations de concentration, au-delà d'un seuil de chiffre d'affaires, fixé par l'article L. 430-2 du code de commerce, dont le relèvement serait autorisé.

Votre commission des finances a souhaité se saisir des présentes dispositions car elles concernent une partie du droit du commerce qu'elle avait déjà examinée lors de la discussion du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques¹.

Ce dernier texte a profondément modifié, sur les différents points en question, l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, précédemment en vigueur, compte tenu des évolutions du droit communautaire et afin de lutter plus efficacement contre certains abus facilités, notamment, par la position dominante de la grande distribution, la mondialisation de l'économie ou l'utilisation des nouvelles technologies d'information et de communication.

A plusieurs reprises, votre commission des finances a souligné, lors de la discussion du projet de loi précité, l'importance qu'elle attachait au maintien, au renforcement ou à l'introduction, en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, ou de contrôle de concentrations, de procédures allégées susceptibles de rendre plus aisés à la fois l'accomplissement de leurs missions par le conseil de la concurrence et l'administration, et la vie des entreprises.

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 ; voir les rapports n° 5 (2000-2001) en première lecture et n° 257 (2000-2001), en nouvelle lecture, de notre collègue Philippe Marini.

S'agissant de la codification du droit national de la concurrence, l'intégration dans le code de commerce de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 constitue déjà un acquis important.

I. L'ACCÉLÉRATION DE L'EXAMEN PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE DES AFFAIRES INFÉRIEURES À UN SEUIL DÉTERMINÉ

S'agissant de l'accélération des procédures d'examen par le Conseil de la concurrence des affaires portant sur un montant inférieur à un seuil déterminé, il peut être tout d'abord observé que l'habilitation donnée au gouvernement par le présent projet de loi est, à première vue, très large et doit être conciliée, dans l'exercice des attributions contentieuses de l'autorité visée, avec le respect des droits de la défense.

A. LES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES EXISTANTES

D'ores et déjà :

- les articles L. 463-3 et L. 464-5 du code de commerce autorisent que certaines affaires soient jugées par le conseil sans établissement préalable d'un rapport, à condition que la sanction pécuniaire n'excède pas 750.000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées ;

- l'article L. 464-6 du même code prévoit la possibilité de ne pas mener à son terme une procédure « *lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie* ».

Lors de la mise au point de la rédaction actuelle de ces articles, à l'occasion de la discussion du projet de loi précité, relatif aux nouvelles régulations économiques (NRE), votre commission des finances avait souhaité en outre, sans succès, que :

- des affaires urgentes, pouvant justifier des sanctions plus lourdes, puissent continuer à être traitées par la commission permanente du Conseil selon la procédure normale ;

- des dossiers puissent être classés sans suite en l'absence d'atteinte « substantielle » à la concurrence sur le marché, ce qui avait fait alors redouter par l'Assemblée nationale que la situation des plus petites entreprises ne s'en trouve quelque peu négligée.

B. L'INSUFFISANCE DES MOYENS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Le stock de dossiers en cours représentait en 2001 deux années d'activités, preuve de l'engorgement de l'instance considérée.

On a constaté toutefois :

- une diminution, en 2001, du total des saisines (136 en 1999, 144 en 2000, 127 en 2001) ;

- un nombre élevé, cette même année, de décisions d'irrecevabilité et de rejet, liées à l'entrée en vigueur de la loi NRE¹ précitée.

Plus encore que de la simplification des procédures d'examen des affaires inférieures à un certain seuil, l'accélération, à qualité égale ou améliorée, de l'instruction par le Conseil des dossiers dont il a la charge, dépend cependant d'un renforcement de ses moyens humains et matériels.

Votre commission des finances avait déjà insisté sur ce point.

Il a fallu attendre 2000 pour que soit arrêté un plan de deux ans permettant au Conseil de rémunérer ses agents (de 100 à 120 personnes au total) à partir de ses propres crédits budgétaires, comme les autres autorités indépendantes. Pourtant, les effectifs budgétaires continuent de différer des effectifs réels.

L'année 2001 a été marquée par un renforcement de l'encadrement supérieur prélude à une augmentation des effectifs des services d'instruction en 2002 (l'effectif théorique des rapporteurs doit passer de 38 à 42).

Les crédits de fonctionnement ont augmenté de 30 % en 2001 au titre du développement de l'utilisation des nouvelles technologies d'informations et de communication.

La loi NRE prévoit par ailleurs, en son article 80 (article L. 450-6 du code de commerce), la mise à la disposition du rapporteur général du Conseil, d'enquêteurs des services du ministère de l'économie².

Globalement, les moyens du Conseil demeurent toutefois insuffisants, par rapport à ses homologues étrangers, pour lui permettre de s'acquitter, dans les meilleures conditions, de ses tâches, accrues par la loi NRE précitée et par la décentralisation du contrôle communautaire des ententes et des

¹ L'article L. 462-8 du code de commerce prévoit en effet de nouveaux motifs d'irrecevabilité (prescription, défaut d'intérêt ou de qualité à agir), ou de rejet (éléments insuffisamment probants).

² Cf. article L. 450-1 du code de commerce. Il s'agit d'agents de la DGCCRF (direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes).

concentrations (ainsi que du fait du développement de la coopération internationale en matière de répression des entraves à la concurrence).

C. LA PORTÉE DU PRÉSENT DISPOSITIF

Dans ce contexte, il convient de s'interroger sur l'objectif précis vers lequel tend la rédaction, très générale, de la première partie du présent dispositif.

Il s'agit, essentiellement, d'en revenir à une disposition initiale du projet NRE précité, approuvée par le Sénat mais supprimée, dans le texte définitif, par la majorité d'alors de l'Assemblée nationale.

Cette disposition, déjà évoquée ci-dessus par votre rapporteur, tendait à compléter la possibilité de non lieu prévu par l'article L. 464-6 du code de commerce en cas d'absence d'atteinte à la concurrence, par une procédure de classement sans suite à condition que la concurrence sur un marché ne soit pas mise en cause de façon « *substantielle* ».

La référence à ce qualificatif de « substantiel », difficile à apprécier, serait remplacée par le recours au critère, plus objectif, d'un seuil de sensibilité ou « seuil *de minimis* », disparue de notre droit national mais utilisée en droit communautaire de la concurrence¹, en-deçà duquel il ne saurait y avoir d'infraction.

L'instauration d'une telle règle « *de minimis* » allègerait la lourde tâche du conseil de la concurrence en lui permettant de classer rapidement les dossiers relatifs à des ententes d'importance mineure sans réel effet sur la concurrence.

II. LE RELÈVEMENT DU SEUIL DES CONCENTRATIONS

En plus de ses attributions contentieuses dans le domaine des pratiques concurrentielles, le Conseil de la concurrence exerce une fonction

¹ Comme le rappelle notre collègue député Etienne Blanc dans le rapport rédigé, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, sur le présent projet de loi, la commission technique des ententes et positions dominantes a affirmé, dès 1973, « qu'il existe un seuil au-dessous duquel le fait critiquable ne constitue même pas une infraction ». Par la suite, la commission de la concurrence a évoqué un « seuil de sensibilité » qu'elle s'est abstenue de chiffrer, ce dont la Cour de cassation a déduit qu'il appartenait à chaque juridiction saisie d'apprécier le caractère sensible ou non des atteintes à la concurrence sur un marché résultant de pratiques incriminées. Pour sa part, la commission européenne, qui s'y réfère de longue date, évalue respectivement à 10 % et 15 % de la part de marché les seuils de sensibilité pour les restrictions horizontales ou verticales de la concurrence.

importante en matière de contrôle des concentrations qui n'est cependant, dans ce domaine, que consultative.

La décision d'autoriser ou non une opération de concentration revient, en effet, au ministre de l'économie.

A. UN RÉGIME DÉJÀ PROFONDÉMENT MODIFIÉ

Comme les procédures contentieuses suivies dans les affaires donnant lieu à une décision du conseil, les règles relatives aux concentrations ont été profondément modifiées par la loi NRE précitée du 15 mai 2001.

Il en résulte, d'un côté, une certaine simplification dans la mesure où il n'est plus fait référence à la part de marché des entreprises concernées, seul étant pris en compte, comme seuil de contrôle, leur chiffre d'affaires en valeur absolue¹. Mais, d'un autre côté, la notification de l'opération contrôlable au ministère de l'économie est devenue obligatoire alors qu'elle n'était, auparavant, que facultative (article L. 430-3 du code de commerce).

Par ailleurs, comme l'avait alors souligné votre commission des finances lors de l'examen dudit projet, les seuils, exprimés en valeur absolue, de chiffre d'affaires, ont été considérablement abaissés par l'Assemblée nationale par rapport à la situation précédente. On relèvera à cet égard que le texte initial entendait les voir fixer par décret.

La définition des opérations de concentration, donnée par l'article L. 430-1 du code de commerce², est la simple reprise de celle figurant à l'article 3 du règlement applicable dans ce domaine (CEE n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989).

¹ Chiffre d'affaires total mondial hors taxes de 150 millions d'euros de l'ensemble des entreprises concernées ou chiffre d'affaires en France de deux d'entre elles au moins de 15 millions d'euros.

² Fusion, prise de contrôle (par acquisition d'actifs, achat ou échange de parts sociales, contrats ou tout autre moyen permettant d'exercer une influence déterminante).

Seules sont soumises à contrôle et autorisation de l'exécutif, les opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application du contrôle de la commission européenne délimité par le règlement précité de décembre 1989¹.

Le Conseil des ministres européens en charge de la concurrence a adopté, le 26 novembre 2002, une réforme très importante, qui doit entrer en vigueur en mai 2004, des règles relatives au contrôle des cartels et des abus de position dominante² permettant une application conjointe des dispositions communautaires par la commission et les juridictions nationales.

Lors de l'examen du projet NRE précité, votre commission des finances avait :

- souligné la surcharge de travail pour l'administration et le Conseil de la concurrence qui risquait de résulter de l'effet conjugué de l'abaissement des seuils et de l'obligation de notification ;
- envisagé une élévation des seuils, à laquelle elle avait renoncé en raison de l'objection qui lui avait été présentée sans qu'elle soit en mesure d'en vérifier le bien-fondé, selon laquelle les limites retenues seraient comparables à celles en vigueur à l'étranger ;
- déploré l'absence de procédure simplifiée en matière de notification³ et d'autorisation⁴ des ententes ;
- constaté certaines lacunes ou obscurités dans la rédaction, très complexe, des articles L. 430-5 à L. 430-8 du code de commerce.

¹ Chiffre d'affaires total mondial de l'ensemble des entreprises concernées de plus de 5 milliards d'euros ou chiffre d'affaires individuel de deux d'entre elles en Europe supérieur à 250 millions d'euros.

En-dessous de ces limites, une concentration peut relever néanmoins de la compétence de la commission si :

- le chiffre d'affaires mondial combiné des entreprises concernées dépasse 2,5 milliards d'euros et 100 millions d'euros dans au moins trois Etats membres ;

- au moins deux d'entre elles ont réalisé plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires dans la communauté et plus de 25 millions d'euros dans chacun des trois Etats membres visés plus haut ;

- aucune n'a réalisé plus des deux-tiers de son chiffre d'affaires communautaires dans un seul et même Etat.

² Modification des règles du règlement 17/62 du 6 février 1962 précisant les conditions de mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté Européenne (règlement du Conseil n° 1-2003 du 16 décembre 2002).

³ La commission européenne, pour sa part, a simplifié le régime des notifications préalables en prévoyant un système d'exemptions par catégorie d'opérations.

⁴ Par exemple si le Conseil de la concurrence ne voit pas d'objection à une opération dont il a été saisi par le ministre.

B. LES AMÉLIORATIONS EN COURS

La DGCCRF (direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes) a publié un projet de lignes directrices tendant à clarifier le nouveau régime de contrôle des concentrations issu de la loi NRE précitée du 15 mai 2001 et de son décret d'application n° 2002-689 du 30 avril 2002.

La notion de position dominante serait intégrée dans un concept plus vaste de « *restriction de concurrence* » permettant de prendre en compte d'éventuels effets unilatéraux (hausse des prix...) susceptibles de révéler une « *réduction significative de concurrence* ».

Des dérogations au caractère suspensif de la notification seraient autorisées en cas d'offre de reprise d'une entreprise ayant fait l'objet d'un plan de cession dans le cadre d'une procédure collective ou bien (problème soulevé par votre commission des finances lors de l'examen du projet NRE précité) en cas d'échanges de titres sur un marché réglementé (OPA ou OPE).

La procédure de notification serait substantiellement simplifiée en ce qui concerne les opérations réalisées par les fonds d'investissement.

C. L'ÉTENDUE DE L'HABILITATION DEMANDÉE

La portée de l'habilitation donnée au gouvernement par les présentes dispositions est limitée.

Il ne s'agit que de l'autoriser à relever les seuils de chiffre d'affaires des entreprises soumises au contrôle des opérations de concentration.

Ces limites sont actuellement manifestement trop basses et leur relèvement est, en soi, une bonne chose.

Leur détermination doit-elle incomber au pouvoir exécutif ou revient-il au Parlement de les préciser ? Le projet NRE initial avait prévu, sur ce point, le renvoi à un décret mais la majorité de la précédente législature en avait finalement décidé autrement.

Un amendement au présent article, présenté par notre collègue député Jérôme Lambert, tendant à s'opposer au dessaisissement du Parlement sur ces questions a été repoussé par l'Assemblée nationale, en première lecture, le 9 avril 2003.

Le fait que les seuils prévus par la loi NRE précitée aient été fixés à un niveau beaucoup trop bas, la nécessité de réactualiser périodiquement ces limites et le caractère très technique des données qui doivent éclairer les

décisions à prendre en la matière, militent, de l'avis de votre rapporteur, en faveur d'une délégation de pouvoir à l'exécutif.

Il semble donc souhaitable, comme le prévoient les présentes dispositions, d'habiliter le gouvernement à augmenter les seuils de chiffre d'affaires qui commandent la notification¹.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

En définitive, les deux habilitations proposées (classement sans suite par le Conseil de la concurrence d'affaires peu importantes et relèvement du seuil de contrôle des concentrations) :

- s'avèrent de portée, somme toute, limitée et doivent être complétées par d'autres mesures ;
- apparaissent néanmoins opportunes et correspondent à des souhaits déjà exprimés par votre commission des finances lors de la discussion du projet de loi relative aux nouvelles régulations économiques ;
- n'entraînent pas, de par leur caractère technique, de dessaisissement du Parlement qui à ce titre ne serait pas acceptable.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter le 10° de l'article 21 sans modification.

¹ Lorsque les chiffres d'affaires déterminés par l'article L. 430-2 du code de commerce sont atteints ou dépassés, la notification est obligatoire (article L. 430-3 du code précité), sous peine de sanctions (article L. 430-8 du code précité).

Le ministre de l'économie peut (articles L. 430-5 et 430-7 du code précité) :

- autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement, par décision motivée, à la réalisation d'engagements pris par les parties ;

- saisir pour avis le Conseil de la concurrence, puis interdire ou autoriser l'opération, soit par une simple décision, soit moyennant l'observation, par les parties, d'injonctions ou de prescriptions.

L'absence de décision vaut autorisation.

4° de l'ARTICLE 27

Habilitation à prendre les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter le code monétaire et financier

Commentaire : l'habilitation résultant du présent article a pour objet d'inclure dans le code monétaire et financier les dispositions législatives qui n'ont pas été codifiées, de remédier aux éventuelles erreurs et insuffisances et d'intégrer les dispositions relatives aux interdictions d'exercice des activités bancaires et financières.

I. UNE PROCÉDURE DE CODIFICATION INDISPENSABLE MAIS EN SUSPENS

La législation portant sur les activités bancaires, monétaires et financières s'est considérablement enrichie au cours des deux dernières décennies¹, en vue d'accompagner et d'encadrer le mouvement de libéralisation des marchés financiers et de diversification des instruments à la disposition des acteurs économiques. **Cette extension a rendu nécessaire la codification de cette branche du droit**, qui s'est inscrite dans le vaste processus de codification mis en oeuvre depuis une dizaine d'années. Le code monétaire et financier constitue ainsi une création récente, introduite par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000² relative à la partie législative de ce code, qui a notamment contribué à rassembler au sein d'un même *corpus* des dispositions émanant de plusieurs codes antérieurs, tels que celui des caisses d'épargne et celui des instruments monétaires et des médailles.

Ce code est désormais largement intégré dans les pratiques et constitue un outil juridique très utilisé par l'ensemble des acteurs de la place, qui se le sont largement approprié et tendent désormais à se référer aux dispositions codifiées plutôt qu'aux articles de loi correspondants. En outre, les lois promulguées depuis décembre 2000 comportent des articles conformes à la nomenclature du code et donc directement codifiés.

¹ Il convient en particulier de mentionner la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996, la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, celle du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et le projet de loi de sécurité financière, en cours d'examen au Parlement.

² Prise en application de la loi du 16 décembre 1999 habilitant le gouvernement à codifier par ordonnances, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

L'ordonnance précitée n'a cependant pas été ratifiée, le projet de loi de ratification n° 219 déposé au Sénat le 7 février 2001 n'ayant jamais été inscrit à l'ordre du jour. Le délai de ratification expresse a depuis expiré, et il en résulte que le processus de codification de cette matière est interrompu depuis deux ans, et doit être aujourd'hui actualisé et mené à son terme pour répondre aux exigences de sécurité et de cohérence juridiques. Il s'agit également de clarifier et rétablir la place que ce code a vocation à occuper dans la hiérarchie des normes, car **à défaut de ratification implicite ou explicite par le Parlement, le code monétaire et financier ne peut, aujourd'hui, détenir qu'une valeur infra-législative** plus précaire. La partie législative du code devrait *in fine* comprendre près de 1.200 articles, et l'objectif du gouvernement est d'achever sa partie réglementaire en 2004.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article prévoit une habilitation portant sur trois volets : les deux premiers, consistant en l'inclusion des dispositions législatives non encore codifiées et en la correction des éventuelles erreurs et insuffisances constatées, sont conformes à l'esprit de l'article 25 du présent projet de loi, et le troisième volet portant sur la modification et l'achèvement du code, est imposé par le nécessaire respect du principe de proportionnalité des peines.

A. L'ACHÈVEMENT DU CODE À DROIT INCONSTANT

La finalisation du code requiert d'y intégrer de nouvelles dispositions relatives aux interdictions d'exercice des activités bancaires et financières et destinées à accroître l'homogénéité du régime applicable à des professions parfois proches. **Ces dispositions sont toutefois soumises au respect du principe de proportionnalité des peines et de l'égalité de traitement entre les différentes professions bancaires et financières, posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹ et auquel le Conseil d'Etat s'est montré particulièrement vigilant.** Le Conseil d'Etat avait en effet émis des réserves sur une première version du projet de loi de ratification, qui tendait à codifier des dispositions antérieures ne respectant pas ce principe, et avait donc requis la disjonction de ces dispositions.

Le dispositif actuel des capacités pénales prévoit ainsi deux régimes d'interdictions d'exercice, dont le caractère définitif et l'applicabilité pour

¹ « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

certains délits témoignent d'une grande sévérité préjudiciable à la sécurité juridique des professionnels concernés :

- **la première série d'interdictions est constituée par celles relatives à la profession de banquier**, qui figurent à l'article 13 de la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et ont été reprises pour les professions d'intermédiaire en opérations de banque¹ et de changeur manuel², ainsi que pour des activités liées à la profession de banquier³. Ces dispositions prévoient la liste des crimes et délits⁴ qui privent toute personne du droit d'être membre d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance d'un établissement de crédit, d'administrer, de diriger ou de gérer à un titre quelconque un établissement de crédit, ou de disposer du pouvoir de signer pour le compte d'un tel établissement. Ces incapacités sont prévues pour une durée illimitée et pour des infractions faisant parfois apparaître une certaine disproportion de la peine ;

- le second régime d'interdictions, introduit par l'article 22 de loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, prévoit des conditions pénales d'exercice proches mais non identiques et **s'applique aux dirigeants et mandataires d'entreprises d'investissement**.

L'article 2 du projet de loi de ratification de février 2001 comportait un régime d'interdictions d'exercice plus rationnel et conforme à l'avis du Conseil d'Etat, qui s'inspirait des nouveaux principes qui avaient été envisagés pour les incapacités pénales relatives aux professions commerciales ou industrielles⁵ et les reprenait successivement pour les huit professions bancaires et financières concernées. **Ces dispositions n'ayant pas été ratifiées, le double régime actuel perdure, et le projet de loi de sécurité financière, actuellement en cours d'examen, devrait en outre conduire à créer une troisième catégorie d'incapacités pénales**, prévue par les articles 39 et 42 pour les démarcheurs et les conseillers en investissements financiers. Ce dispositif s'insère dans la modernisation du régime du démarchage

¹ Article 71 de la loi du 24 janvier 1984.

² Article 25 de la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants.

³ L'article 8 de la loi du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance et l'article 13 de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme ont ainsi été modifiés par l'ordonnance du 14 décembre 2000, et disposent que les personnes à qui l'exercice de la profession de banquier est interdit ne peuvent détenir une carte de démarchage financier.

⁴ Tels que le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, les soustractions commises par des dépositaires publics, l'extorsion de fonds ou valeurs, la banqueroute, l'atteinte au crédit de l'Etat, une infraction à la législation sur les changes, une mesure de destitution de fonctions d'officier ministériel en vertu d'une décision judiciaire ou une peine d'emprisonnement supérieure à deux mois en application de la législation relative à l'émission et l'utilisation des chèques.

⁵ Ce régime a été introduit par l'article 2 du projet de loi n° 320 (2001-2002) de ratification de l'ordonnance n° 2000-912 relative à la partie législative du code de commerce.

bancaire et financier et dans le nouveau statut des conseillers en investissements financiers, mais n'est pas différent de celui qui était prévu dans le projet de loi de ratification précité du 7 février 2001. Il respecte donc les exigences posées par le Conseil d'Etat.

Le régime applicable aux démarcheurs et conseillers financiers prévoit dans le texte actuellement proposé pour les articles L. 341-9 et L. 541-7 du code monétaire et financier une interdiction d'exercice de l'activité de démarcheur ou de conseiller pour une **durée limitée à dix ans** à compter de la condamnation définitive, soit dès que les voies de recours ont été épuisées. L'interdiction serait en outre globale puisqu'elle porterait sur toutes les modalités possibles de ces activités de démarchage et de conseil : personne physique mandatée, salariée ou directement habilitée, direction ou gestion d'un établissement. Elle s'appliquerait à toute personne condamnée depuis moins de dix ans pour crime ou pour une peine minimale d'emprisonnement de trois mois sans sursis pour des délits à caractère économique et financier ou présentant une atteinte à la personne humaine, et en cas de destitution aux fonctions d'officier public ou ministériel. **La liste des délits est plus étendue que celles du droit actuel, mais le seuil de condamnation emportant interdiction d'exercice est mieux proportionné** puisque la condition pénale porte sur une peine sans sursis et d'une durée supérieure à trois mois, alors que le droit existant prévoit une interdiction pour toute condamnation pour l'un des délits mentionnés par la loi, quelle que soit la gravité de l'infraction commise.

Il en résulte que la codification à droit inconstant qu'entraîne le présent article ne concerne qu'un objet précis et délimité par le respect du principe constitutionnel de proportionnalité des peines. **Les nouvelles dispositions relatives aux interdictions d'exercice devraient ainsi unifier le régime actuel en s'alignant sur celui qui sera voté à l'issue de l'examen du projet de loi de sécurité financière, qui a donc vocation à s'étendre à l'ensemble des professions bancaires et financières.**

B. LES RECTIFICATIONS À DROIT CONSTANT

Le présent article a également pour objet d'habiliter le gouvernement à assurer la « maintenance » du code monétaire et financier – pour reprendre le terme évocateur de notre collègue député Etienne Blanc, rapporteur au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le présent projet de loi – c'est-à-dire inclure les dispositions qui n'ont pas été codifiées (et partant, abroger les articles de loi correspondants), mais aussi de corriger les erreurs constatées depuis deux ans. On peut ainsi relever les exemples suivants, qui n'ont généralement pas un impact déterminant :

- l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes

législatifs a prévu un **dispositif général de conversion et d'arrondi en euros** de nombreux montants, dont certains figuraient dans les lois à caractère bancaire et financier qui ont été peu après codifiées. La loi de finances rectificative pour 2001 n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 et les lois s'appliquant au domaine bancaire et financier entrées en vigueur depuis deux ans (avec codification directe) ont également permis d'opérer certaines adaptations. Néanmoins un certain nombre de montants exprimés dans l'ancienne monnaie, ou des dispositions comportant le terme de «francs » dans son acception monétaire figurent encore dans le code monétaire et financier¹. Ces erreurs sont imputables à des omissions, mais aussi au fait que certains des articles visés dans cette ordonnance ont été abrogés lors de la codification sans que la conversion ait été prise en compte ;

- des ambiguïtés sur l'applicabilité outre-mer de certains dispositifs d'épargne, tels que les sociétés d'exploitation forestière ;

- certaines erreurs de renvoi²;

- des erreurs intervenues lors d'abrogations d'articles de loi³ ;

- la présence de dispositions réglementaires dans des textes de loi. L'abrogation de ces dispositions, qui ne seraient pas codifiées, peut dans l'ordonnance être différée à l'entrée en vigueur de la partie réglementaire du code.

Le relevé de ces erreurs est actuellement bien avancé par les services de la direction du Trésor mais n'est pas encore achevé.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur ne peut qu'approuver la reprise du processus de codification dans les matières bancaires et financières, considérant le statut normatif incertain de l'actuel code et la nécessité de procéder à des aménagements ciblés. L'Assemblée nationale a toutefois adopté un amendement à l'article 24, tendant à ratifier l'ordonnance du 14 décembre 2000 et à conférer ainsi une valeur législative au code monétaire

¹ Ainsi l'article L. 520-1 du code monétaire et financier, relatif aux changeurs manuels, dispose que ces personnes « peuvent également remettre des francs en espèces en contrepartie de chèques de voyage libellés en francs ».

Il n'apparaît pas envisageable de prévoir une disposition générale remplaçant le terme de « francs » par celui d'« euros », dans la mesure où le premier est toujours usité dans des expressions ne s'insérant pas dans un contexte monétaire (par exemple « jours francs »).

² Telles que celle figurant à l'article L. 613-33 du code précité (dont le quatrième alinéa doit mentionner l'article L. 511-23 et non l'article L. 511-22 du code précité).

³ L'ordonnance du 14 décembre 2000 précitée a ainsi abrogé « accidentellement » le deuxième alinéa de l'article 13 de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme.

et financier. Votre commission des finances est favorable à une telle modification.

Votre commission des finances vous soumettra également un amendement au présent article tendant à prévoir la publication au Journal officiel d'une table de concordance entre les articles de loi abrogés et les nouveaux articles du code. L'utilité d'un tel outil, dont les professionnels avaient regretté l'absence lors de la publication de l'ordonnance n° 2000-1223 précitée relative à la partie législative du code, est en effet avérée, et on peut regretter qu'il ne revête pas aujourd'hui un caractère plus pérenne et officiel, du fait de sa seule conception et publication par des éditeurs privés.

Décision de la commission : votre commission émet un avis favorable sur le 4° de l'article 27 ainsi modifié.

EXAMEN EN COMMISSION

Réunie le **mercredi 30 avril 2003**, sous la **présidence de M. Jean Arthuis, président**, la commission a procédé à l'**examen du rapport pour avis de M. Gérard Braun sur le projet de loi n° 262 (2002-2003)**, adopté par l'Assemblée nationale, **habilitant le Gouvernement à simplifier le droit**.

Après avoir rappelé aux membres de la commission que ce projet de loi avait été annoncé par le Premier ministre lors de sa déclaration de politique générale du 3 juillet 2002, **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, a indiqué que la codification constituait un aspect de la simplification, puisqu'elle facilitait l'accès au droit.

M. Gérard Braun, rapporteur pour avis, a également rappelé que le rapport spécial sur les crédits de la fonction publique et de la réforme de l'Etat pour 2003, ainsi qu'une communication de juillet dernier, lui avaient déjà donné l'occasion de dresser un tableau nuancé du chemin accompli en matière de simplifications. Compte tenu du fait que les simplifications opérées par le passé, pour significatives que furent certaines d'entre elles, n'avaient pas été, dans leur ensemble, à la hauteur des ambitions qui les avaient précédées, il a justifié que le Gouvernement procédât par ordonnances, gages de rapidité et d'efficacité.

En effet, **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, a souligné que les simplifications requises présentaient généralement un caractère technique marqué, face auquel le Gouvernement était sans doute mieux armé. En effet, les simplifications administratives requerraient l'expertise continue de l'ensemble des administrations concernées. Par ailleurs, il s'est référé aux termes mêmes de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, selon laquelle la codification répondait, en effet, « à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », pour conclure à l'urgence de toute entreprise de codification. La technique de l'habilitation devait permettre de pallier l'encombrement de l'ordre du jour des assemblées, sans porter de préjudice notable à la qualité de la codification, compte tenu, notamment, de la qualité du travail de la commission supérieure de codification.

Il s'est ensuite référé aux propos tenus par M. Henri Plagnol, secrétaire d'Etat à la réforme de l'Etat, auditionné au Sénat le 1er avril 2003, qui avait indiqué qu'il souhaitait un véritable débat sur le contenu des ordonnances lors du vote de leur ratification, et qu'il souhaitait, au surplus, une association spécifique des parlementaires à leur élaboration. **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, a indiqué que ce dernier voeu était en passe

d'être réalisé, puisque l'Assemblée nationale avait adopté, à cet effet, un amendement instituant un Conseil d'orientation de la simplification administrative.

Il en a conclu que les préventions qui subsisteraient avaient donc lieu de s'estomper.

Puis il a précisé le champ de compétence de la commission, qui avait entendu se saisir pour avis de l'article 18, des 4° et 5° de l'article 21, et du 4° de l'article 27 du présent projet de loi d'habilitation, tandis que la commission des lois avait bien voulu déléguer à la commission l'examen de l'article 5 et du 10° de l'article 21, qui avaient, en effet, requis des compétences qui apparaissaient globalement de son ressort.

Il a alors présenté le contenu des différents articles soumis à la commission.

A l'article 5, l'habilitation concernait la simplification des relations entre usagers et administration fiscale, et la rationalisation des modalités d'option pour certains régimes fiscaux. **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, a indiqué que cet article, qui visait des difficultés bien répertoriées, méritait un accueil favorable, à condition d'être mieux circonscrit par deux amendements : d'une part, un premier amendement supprimait un complément d'habilitation destiné à assurer le respect de la présomption d'innocence en matière fiscale, principe auquel la loi du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales avait déjà donné une consistance suffisante. Il a souligné que ce complément d'habilitation avait été introduit en première lecture à l'Assemblée nationale contre l'avis du Gouvernement et du rapporteur de la commission de lois de l'Assemblée nationale. D'autre part, un second amendement précisait utilement que l'habilitation de l'article 5 ne pouvait donner lieu à des dépenses fiscales nouvelles, ce qui correspondait d'ailleurs aux intentions précédemment formulées par le Gouvernement.

Puis **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, a présenté l'article 18, par lequel le Gouvernement était habilité à prendre diverses mesures relatives à la réalisation et à l'utilisation des enquêtes statistiques obligatoires concernant les professionnels. Il devait en résulter, selon lui, un accès facilité et des économies d'échelles particulièrement bienvenus.

Abordant les 4° et 5° de l'article 21, prévoyant d'habiliter le Gouvernement à prendre diverses mesures de rationalisation du droit des valeurs mobilières et du régime des SARL, il a précisé que le contenu de ces mesures, très attendu, était susceptible de s'inspirer largement de propositions déjà formulées par la commission.

Ensuite, **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, a souligné l'opportunité du 10° du même article, permettant l'instauration d'un seuil de

sensibilité concernant les affaires du ressort du Conseil de la concurrence, et le relèvement du seuil de contrôle des concentrations, et constaté son adéquation à des souhaits déjà exprimés par la commission.

Enfin, il a abordé le 4° de l'article 27, habilitant le Gouvernement à prendre les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter le code monétaire et financier. Il a salué la reprise du processus de codification dans les matières bancaires et financières, tout en soulignant la nécessité d'un amendement précisant qu'une table de concordance devrait être publiée Journal officiel, ce qui aurait pour effet de faciliter et fiabiliser le travail des praticiens du droit.

Il a alors indiqué que, si les durées de l'habilitation, fixées à 18 mois pour le 4° de l'article 27 et à 12 mois pour les autres articles, pouvaient apparaître relativement longues au regard de la pratique habituelle, elles apparaissaient finalement raisonnables compte tenu des ambitions du texte.

Un large débat s'est alors instauré. **M. Yves Fréville** s'est interrogé sur l'étendue des modifications devant être apportées au code général des impôts dans le cadre de la présente habilitation. **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, a précisé que le projet de loi d'habilitation ne visait pas à la « recodification » du code général des impôts, dont il comptait invoquer par ailleurs l'utilité dans son rapport, mais visait, dans son article 5, essentiellement à la simplification des rapports entre les usagers et l'administration, et, accessoirement, à remédier à l'obsolescence de certaines dispositions du code général des impôts.

M. Yves Fréville a indiqué que, selon lui, le Parlement avait également contribué à la complexité du code général des impôts.

Mme Marie-Claude Beaudou a ensuite manifesté son hostilité au principe même d'une telle habilitation, qui dessaisit le Parlement. **M. Gérard Braun, rapporteur pour avis**, lui a, d'une part, précisé que la loi d'habilitation n'engendrait qu'une extension provisoire du domaine réglementaire, d'autre part, indiqué que le Gouvernement s'était engagé à ratifier explicitement les ordonnances, sur lesquelles un débat pourrait ainsi s'engager, débat qui serait suivi d'un vote à l'issue duquel elles acquerraient pleine et entière valeur législative.

Au terme de cet examen, **la commission a émis**, sous réserve de l'adoption de ses trois amendements, **un avis favorable sur les dispositions du projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit**.

M. Jean Arthuis, président, a ensuite évoqué le problème général posé par les centrales d'achat, regrettant qu'il n'en ait pas été prévu le règlement dans le cadre de l'article 18 du présent projet de loi d'habilitation.

Puis **M. Philippe Marini, rapporteur général**, est revenu sur l'article 21 du présent projet pour s'interroger sur les conséquences d'une succession trop rapide de textes concernant le droit des sociétés, qu'il s'agisse de la loi sur l'initiative économique, du présent projet de loi, ou d'un texte à venir, concernant, à nouveau, l'initiative économique, susceptible d'engendrer une instabilité du droit préjudiciable aux acteurs économiques.

AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION

Amendement n° 1

ARTICLE 5

Supprimer le dernier alinéa (6°) de cet article.

Amendement n° 2

ARTICLE 5

A.- Compléter *in fine* cet article par un paragraphe ainsi rédigé :

II.- Les ordonnances prises dans le cadre de cet article ne pourront donner lieu à des dépenses fiscales nouvelles.

B.- En conséquence, faire précéder le début de cet article de la mention :

I.-

Amendement n° 3

ARTICLE 27

Compléter *in fine* le 4° de cet article par une phrase ainsi rédigée :

Une table de concordance entre les articles de loi abrogés et les articles du code sera, en outre, publiée au Journal Officiel.