

N° 364

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2004-2005

Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 31 mai 2005
Enregistré à la Présidence du Sénat le 1^{er} juin 2005

AVIS

PRÉSENTÉ

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi en faveur des **petites et moyennes entreprises**,*

Par M. Christian CAMBON,
Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Jacques Hiest, *président* ; MM. Patrice Gélard, Bernard Saugey, Jean-Claude Peyronnet, François Zocchetto, Mme Nicole Borvo Cohen-Seat, M. Georges Othily, *vice-présidents* ; MM. Christian Cointat, Pierre Jarlier, Jacques Mahéas, Simon Sutour, *secrétaires* ; M. Nicolas Alfonsi, Mme Michèle André, M. Philippe Arnaud, Mme Eliane Assassi, MM. Robert Badinter, José Balareello, Laurent Béteille, Mme Alima Boumediene-Thiery, MM. François-Noël Buffet, Christian Cambon, Marcel-Pierre Cléach, Pierre-Yves Collombat, Raymond Courrière, Jean-Patrick Courtois, Yves Détraigne, Michel Dreyfus-Schmidt, Pierre Fauchon, Gaston Flosse, Bernard Frimat, René Garrec, Jean-Claude Gaudin, Charles Gautier, Philippe Goujon, Mme Jacqueline Gourault, MM. Charles Guené, Jean-René Lecerf, Mme Josiane Mathon, MM. Hugues Portelli, Henri de Richemont, Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Troendle, MM. Alex Türk, Jean-Paul Virapoullé, Richard Yung.

Voir les numéros :

Sénat : 297, 333, 362, 363 (2004-2005)

Entreprises

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LE CONTEXTE : LES PME, UN MOTEUR ÉCONOMIQUE ESSENTIEL DEVANT ÊTRE DÉVELOPPÉ ET PÉRENNISÉ	9
A. UN CONSTAT : LE POIDS IMPORTANT DES PME DANS LE TISSU ÉCONOMIQUE FRANÇAIS.....	9
B. L'ESSOR DES PME, AU COEUR DES PRÉOCCUPATIONS DU GOUVERNEMENT.....	13
II. LES ASPECTS JURIDIQUES DU PROJET DE LOI RELEVANT DE LA COMMISSION DES LOIS	16
A. SÉCURISER LE STATUT DU CONJOINT ET DES COLLABORATEURS DE L'ENTREPRENEUR.....	16
1. <i>L'obligation faite au conjoint de l'entrepreneur de choisir un statut lorsqu'il participe à l'activité de l'entreprise</i>	16
2. <i>L'instauration d'un contrat de collaborateur libéral pour l'ensemble des professions libérales</i>	17
B. ADAPTER LE STATUT JURIDIQUE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES À LEURS SPÉCIFICITÉS ÉCONOMIQUES.....	19
1. <i>La reconnaissance et l'encadrement législatifs de la gérance-mandat</i>	19
2. <i>Une nouvelle mesure destinée à faciliter la transmission de l'entreprise : la location d'actions ou de parts sociales</i>	20
3. <i>La création d'une nouvelle forme sociale dédiée aux activités artisanales</i>	20
4. <i>L'allègement de certaines règles de fonctionnement des sociétés à responsabilité limitée</i>	21
5. <i>La recherche d'une meilleure articulation entre l'indépendance des professions libérales réglementées et la nécessaire ouverture des capitaux des sociétés d'exercice libéral</i>	21
C. MIEUX PRÉVENIR LES INFRACTIONS À CARACTÈRE ÉCONOMIQUE PAR UN DISPOSITIF PLUS DISSUASIF.....	23
1. <i>Un constat : la faiblesse des réponses pénales aux pratiques restrictives de concurrence</i>	23
2. <i>La recherche d'un dispositif plus adapté</i>	24
III. LA POSITION DE LA COMMISSION DES LOIS	25
A. SUPPRIMER LA CRÉATION DE LA SCARL : UNE NOUVELLE FORME SOCIALE PARAISSANT INUTILE.....	25
B. AMÉLIORER CERTAINS DISPOSITIFS.....	26
1. <i>Impliquer le ministre chargé des PME dans la procédure applicable pour fixer les conditions devant être satisfaites par les contrats de gérance-mandat</i>	26
2. <i>Clarifier les conditions d'exercice de la location d'actions ou de parts sociales</i>	27
3. <i>Préciser les dispositifs visant à simplifier le fonctionnement de la société à responsabilité limitée</i>	27
4. <i>Préciser certaines dispositions relatives à la transaction pénale</i>	27
5. <i>Conforter, sous réserve d'améliorations, les aménagements relatifs à l'actionariat majoritaire des SEL</i>	28

EXAMEN DES ARTICLES	31
TITRE III LE CONJOINT COLLABORATEUR ET LES NOUVELLES FORMES D'ACTIVITÉ	31
• <i>Article 10</i> (section 2 du chapitre 1 ^{er} du titre II du livre Ier et art. L. 121-4 du code de commerce, art. 46 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002) Statut professionnel du conjoint du chef d'entreprise	31
• <i>Article 11</i> (art. L. 121-7 nouveau du code de commerce) Clarification de la responsabilité juridique du conjoint collaborateur	40
• <i>Article 15</i> (art. 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971) Statut de collaborateur libéral	41
• <i>Article 16</i> (chapitre VI nouveau du titre IV du livre Ier et art. L. 146-1 à L. 146-4 nouveaux du code de commerce) Statut du gérant-mandataire	47
TITRE IV TRANSMISSION ET REPRISE D'UNE ENTREPRISE	54
• <i>Article 20</i> (chapitre X nouveau du titre III du livre II du code de commerce, art. 8 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990) Location d'actions et de parts sociales	54
- Article L. 239-10-1 nouveau du code de commerce Champ d'application du dispositif de location d'actions et de parts sociales	55
- Article L. 239-10-2 nouveau du code de commerce Modalités de conclusion et d'opposabilité du contrat de bail – Formalités de délivrance des actions et parts sociales	58
- Article L. 239-10-3 nouveau du code de commerce Droits respectifs du bailleur et du locataire	61
- Article L. 239-10-4 nouveau du code de commerce Renouvellement ou non-renouvellement du contrat de bail	64
- Article L. 239-10-5 nouveau du code de commerce Injonction de procéder à la modification du registre de titres nominatifs ou des statuts de la société	65
TITRE V SIMPLIFICATIONS RELATIVES À LA VIE DE L'ENTREPRISE	67
• <i>Article 23</i> Société civile artisanale à responsabilité limitée	67
• <i>Article 24</i> (art. L. 223-31 du code de commerce) Approbation des comptes de la société à responsabilité limitée dont l'associé unique est gérant	75
• <i>Article 25</i> (art. L. 223-30 du code de commerce) Quorum et majorité exigés pour les modifications statutaires dans la société à responsabilité limitée	76
TITRE VI MODERNISATION DES RELATIONS COMMERCIALES	79
• <i>Article 29</i> (art. L. 470-4-1 nouveau du code de commerce) Attribution du pouvoir de transaction pénale au chef du service d'enquête pour les délits prévus au titre IV du livre IV	79
• <i>Articles 30 et 36</i> (art. L. 470-4-2 nouveau code de commerce, art. 495 du code de procédure pénale) Extension du champ d'application de la composition pénale et de l'ordonnance pénale	81
• <i>Article 37</i> (art. L. 470-4-3 nouveau du code de commerce) Extension aux agents de la DGCCRF du pouvoir de convocation du prévenu	84
TITRE VIII AUTRES DISPOSITIONS	85
• <i>Article 45</i> (art. 5-1, 6 et 9 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990) Encadrement des règles de détention du capital des sociétés d'exercice libéral – Coordinations avec le nouveau régime des valeurs mobilières	85
ANNEXE 1 - AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR LA COMMISSION DES LOIS	97
ANNEXE 2 - LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR	105

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

La commission des lois s'est réunie le mercredi 1^{er} juin 2005 sous la présidence de M. Jean-Jacques Hyest, président, afin d'examiner le **rapport pour avis de M. Christian Cambon, sur les dispositions entrant dans le champ de sa compétence du projet de loi n° 297 (2004-2005) en faveur des petites et moyennes entreprises.**

Après avoir présenté l'économie du projet de loi et indiqué que ce dernier avait été précédé d'un important travail de préparation, **M. Christian Cambon, rapporteur pour avis**, a insisté sur le **rôle essentiel des petites et moyennes entreprises (PME) dans le tissu économique français**, en rappelant qu'au 1^{er} janvier 2003, elles étaient au nombre de 2,4 millions, représentant ainsi 99,8 % du nombre total des entreprises - plus de 2,22 millions d'entre elles étant de très petites entreprises (TPE). Il a ajouté que les PME employaient près de 8,3 millions de salariés et que leur chiffre d'affaires s'élevait à 1.275 milliards d'euros.

Il a ensuite présenté les **treize articles** du projet de loi dont la commission s'était saisie, indiquant qu'elles tendaient, d'une part, à **améliorer et simplifier le fonctionnement et la pérennité des entreprises**, -en sécurisant les statuts du conjoint et des collaborateurs de l'entrepreneur (articles 10, 11 et 15), en améliorant et simplifiant certaines procédures (articles 16, 24 et 25) et en créant un statut pour le gérant-mandataire (article 16), une nouvelle forme sociale spécifiquement dédiée aux activités artisanales (article 23) ainsi qu'un dispositif de location d'actions et de parts sociales (article 20)- et, d'autre part, à **mieux prévenir les infractions à caractère économique par l'établissement d'un dispositif plus dissuasif** (articles 29, 30, 36 et 37).

La commission des lois a adopté **23 amendements tendant principalement à :**

- **prévoir l'intervention du ministre chargé des PME** dans la procédure applicable pour rendre obligatoires les accords collectifs fixant les conditions devant être respectées par les contrats de gérance-mandat ou, à défaut d'accord collectif, pour fixer ces conditions (article 16) ;

- **clarifier les conditions d'exercice de la location d'actions ou de parts sociales** (article 20) ;

- **supprimer la création de la société civile artisanale à responsabilité limitée (SCARL)**, nouvelle forme sociale n'apparaissant pas justifiée (article 23) ;

- **préciser les dispositifs visant à simplifier le fonctionnement de la société à responsabilité limitée** (articles 24 et 25) ;

- **préciser certaines dispositions relatives à la transaction pénale** (article 29) ;

- **encadrer plus rigoureusement les restrictions apportées aux règles de détention du capital des sociétés d'exercice libéral**, dans le souci de sécuriser le dispositif du projet de loi (article 45).

Sous le bénéfice de ces observations et des amendements qu'elle a adoptés, la commission a donné un avis favorable à l'adoption des dispositions du projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises dont elle s'est saisie.

Mesdames, Messieurs,

Présenté en conseil des ministres le mercredi 13 avril 2005 et examiné en premier lieu au Sénat, le projet de loi n° 297 (2004-2005) en faveur des petites et moyennes entreprises comporte **53 articles** répartis sous **huit titres** :

- Titre Ier : L'aide à la création (articles 1^{er} à 6) ;
- Titre II : Le développement de l'entreprise (articles 7 à 9) ;
- Titre III : Le conjoint collaborateur et les nouvelles formes d'activités (articles 10 à 17) ;
- Titre IV : Transmission et reprise d'une entreprise (articles 18 à 22) ;
- Titre V : Simplifications relatives à la vie de l'entreprise (articles 23 à 25) ;
- Titre VI : Modernisation de relations commerciales (articles 26 à 37) ;
- Titre VII : Des dispositions du code de commerce relatives aux chambres de commerce et d'industrie (articles 38 à 44) ;
- Titre VIII : Autres dispositions (articles 45 à 53).

Le présent projet de loi, sur lequel l'**urgence** a été **déclarée**, a fait l'objet d'un **important travail de préparation** organisé par M. Christian Jacob, ministre délégué aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation.

Ainsi, deux groupes de travail ont été mis en place, le premier, relatif au « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* », présidé par notre collègue M. Gérard Cornu, lequel a depuis été nommé rapporteur du présent projet de loi pour la commission des affaires économiques saisie au fond, et le second ayant trait au « *Financement, développement et transmission* », présidé par deux députés, MM. Emmanuel Hamelin et Serge Poignant.

Plusieurs des propositions formulées par ces deux groupes de travail sont reprises par le présent projet de loi. D'autres figurent dans le projet de loi

pour la confiance et la modernisation de l'économie, adopté en conseil des ministres le 13 avril 2005 et déposé en premier lieu à l'Assemblée nationale.

Selon les termes de l'exposé des motifs, le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprise (PME) vise à **assurer la pérennité des entreprises, améliorer les conditions de transmission, préserver les savoir-faire et l'emploi, conforter la croissance des PME et affirmer le rôle des chambres de commerce et d'industrie comme acteurs du développement économique.**

Il tend également à procéder à un **rééquilibrage des pratiques commerciales**, en modernisant et en renforçant la législation existante, issue de la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (dite « *loi Galland* »).

Enfin, plusieurs dispositions du présent projet de loi tendent à « *renforcer les moyens de la lutte contre le travail illégal qui s'affranchit des règles de protection du salarié et constitue une concurrence déloyale pour les entreprises respectueuses du droit* ».

Renvoyé, pour son **examen au fond**, à la **commission des affaires économiques**, le projet de loi a fait l'objet d'une **saisine pour avis de la commission des affaires sociales et de la commission des finances**.

Votre **commission des lois** a décidé de se saisir pour avis de **treize articles** ressortissant à son champ de compétence, à savoir :

- les **articles 10 et 11** relatifs au statut du conjoint du chef d'entreprise exerçant une activité professionnelle régulière au sein de cette entreprise ;

- **l'article 15**, qui institue un contrat de collaborateur libéral pour la quasi-totalité des professions libérales ;

- **l'article 16**, conférant une reconnaissance légale à la gérance-mandat au sein du code de commerce ;

- **l'article 20**, qui vise à faciliter le transfert de propriété de l'entreprise à un tiers par la location de ses actions ou de ses parts sociales ;

- **l'ensemble des dispositions du titre V**, qui a trait aux simplifications relatives à la vie de l'entreprise, **l'article 23** créant une nouvelle forme sociale avec la société civile artisanale à responsabilité limitée et les **articles 24 et 25** allégeant les obligations procédurales attachées à certains actes devant être effectués par les sociétés à responsabilité limitée (SARL) ;

- les **articles 29, 30, 36 et 37**, renforçant l'efficacité du dispositif pénal applicable dans le cadre de la législation sur les pratiques commerciales ;

- **l'article 45** qui tend à encadrer davantage les possibilités d'investissements financiers dans les sociétés d'exercice libéral, afin de tenir

compte des spécificités propres à certaines professions libérales réglementées. L'examen de cet article a été **délégué à votre commission des lois** par la commission des affaires économiques.

Après avoir présenté le contexte de l'élaboration du présent projet de loi, votre rapporteur pour avis vous présentera les différents articles dont la commission des lois s'est saisie, avant de vous exposer sa position sur l'ensemble de ces dispositions.

I. LE CONTEXTE : LES PME, UN MOTEUR ÉCONOMIQUE ESSENTIEL DEVANT ÊTRE DÉVELOPPÉ ET PÉRENNISÉ

A. UN CONSTAT : LE POIDS IMPORTANT DES PME DANS LE TISSU ÉCONOMIQUE FRANÇAIS

Les petites et moyennes entreprises (PME), entreprises de moins de 250 salariés, représentent l'essentiel des entreprises françaises. Elles jouent un **rôle primordial** sur le territoire national et **emploient plus de 58 % des salariés français**.

Au 1^{er} janvier 2003, les **entreprises de moins de 250 salariés** étaient en effet au nombre de 2.396.936, représentant ainsi **99,8 % du total**. Seules 5.017 entreprises employaient à cette date 250 salariés ou plus.

35 % des entreprises de moins de 250 salariés avaient une activité dans le secteur des services et un peu moins de 25 % dans le commerce.

Il convient de mettre en évidence le fait que, toujours au 1^{er} janvier 2003, **plus de 2,22 millions des entreprises de moins de 250 salariés, soit 92,5 % du total des entreprises françaises, étaient de très petites entreprises (TPE) employant moins de dix salariés, 56,6 % de ces TPE étant sans effectif salarié**.

Répartition du nombre d'entreprises par taille selon sirène au 1^{er} janvier 2003

Unité: milliers d'entreprises

	0 salarié	1 à 3	4 à 9	0 à 9	10 à 19	0 à 19	20 à 49	0 à 49	50 à 249	0 à 249	250 et plus	Ensemble
Ensemble	1.325.475	604.524	292.042	2.222.041	92.023	2.314.064	58.314	2.372.378	24.558	2.396.936	5.017	2.401.953
Ind. Agro-alimentaire	18.441	22.037	16.240	56.718	3.999	60.717	2.032	62.749	1.222	63.971	322	64.293
Ind. manufacture, énergie	73.925	38.135	28.637	140.697	15.198	155.895	13.329	169.224	7.281	176.505	1.851	178.356
Construction	147.424	98.149	47.121	292.694	14.766	307.460	7.886	315.346	2.061	317.407	238	317.645
Commerce	300.103	165.139	87.107	552.349	23.558	575.907	13.933	589.840	5.542	595.382	822	596.204
Transports	46.778	14.449	9.955	71.182	4.751	75.933	4.041	79.974	1.943	81.917	390	82.307
Services	493.526	207.819	93.552	794.897	26.967	821.864	15.152	837.016	5.528	842.544	1.259	843.803
Education, santé, action sociale	245.278	58.796	9.430	313.504	2.784	316.288	1.941	318.229	981	319.210	135	319.345
Ensemble	55,2 %	25,2 %	12,2 %	92,5 %	3,8 %	96,3 %	2,4 %	98,8 %	1,0 %	99,8 %	0,2 %	100 %
Ind. Agro-alimentaire	28,7 %	34,3 %	25,3 %	88,2 %	6,2 %	94,4 %	3,2 %	97,6 %	1,9 %	99,5 %	0,5 %	100 %
Ind. manufacture, énergie	41,4 %	21,4 %	16,1 %	78,9 %	8,5 %	87,4 %	7,5 %	94,9 %	4,1 %	99,0 %	1,0 %	100 %
Construction	46,4 %	30,9 %	14,8 %	92,1 %	4,6 %	96,8 %	2,5 %	99,3 %	0,6 %	99,9 %	0,1 %	100 %
Commerce	50,3 %	27,7 %	14,6 %	92,6 %	4,0 %	96,6 %	2,3 %	98,9 %	0,9 %	99,9 %	0,1 %	100 %
Transports	56,8 %	17,6 %	12,1 %	86,5 %	5,8 %	92,3 %	4,9 %	97,2 %	2,4 %	99,5 %	0,5 %	100 %
Services	58,5 %	24,6 %	11,1 %	94,2 %	3,2 %	97,4 %	1,8 %	99,2 %	0,7 %	99,9 %	0,1 %	100 %
Education, santé, action sociale	76,8 %	18,4 %	3,0 %	98,2 %	0,9 %	99,0 %	0,6 %	99,7 %	0,3 %	100,0 %	0,0 %	100 %
Ensemble	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %
Ind. Agro-alimentaire	1,4 %	3,6 %	5,6 %	2,6 %	4,3 %	2,6 %	3,5 %	2,6 %	5,0 %	2,7 %	6,4 %	2,7 %
Ind. manufacture, énergie	5,6 %	6,3 %	9,8 %	6,3 %	16,5 %	6,7 %	22,9 %	7,1 %	29,6 %	7,4 %	36,9 %	7,4 %
Construction	11,1 %	16,2 %	16,1 %	13,2 %	16,0 %	13,3 %	13,5 %	13,3 %	8,4 %	13,2 %	4,7 %	13,2 %
Commerce	22,6 %	27,3 %	29,8 %	24,9 %	25,6 %	24,9 %	23,9 %	24,9 %	22,6 %	24,8 %	16,4 %	24,8 %
Transports	3,5 %	2,4 %	3,4 %	3,2 %	5,2 %	3,3 %	6,9 %	3,4 %	7,9 %	3,4 %	7,8 %	3,4 %
Services	37,2 %	34,4 %	32,0 %	35,8 %	29,3 %	35,5 %	26,0 %	35,3 %	22,5 %	35,2 %	25,1 %	35,1 %
Education, santé, action sociale	18,5 %	9,7 %	3,2 %	14,1 %	3,0 %	13,7 %	3,3 %	13,4 %	4,0 %	13,3 %	2,7 %	13,3 %

Source : INSEE-SIRENE-DECAS - L'effectif salarié utilisé pour les classes de taille est l'effectif salarié observé dans la source DADS

Le poids des PME est d'autant plus important qu'elles comptaient en 2001 **près de 8,3 millions de salariés**, dont plus de 20 % au sein d'entreprises de moins de 10 salariés. En 2003, d'après une étude de l'INSEE, malgré la fermeture de la moitié de l'ensemble des entreprises créées en 1998, 80 % des emplois créés par elles subsistaient¹. En effet, « *les entreprises créées en 1998 et toujours en activité cinq ans plus tard, se sont développées et ont en moyenne embauché 1,2 personne au cours de cette période* ».

Répartition de l'effectif salarié par taille d'entreprise selon la source fiscale en 2001

en milliers de salariés

	Effectif salarié	
Ensemble PME de 0 à 249 salariés	8 299,1	58,6 %
Micro-entreprises de 0 à 9 salariés	2 895,2	20,4 %
10 à 19 salariés	1 160,8	8,2 %
20 à 49 salariés	1 877,7	13,3 %
Moyennes entreprises de 50 à 249 salariés	2 365,4	16,7 %
Grandes entreprises de 250 salariés et plus	5 868,1	41,4%
Total	14 167,2	100 %

Source : données DGI – INSEE – DECAS

L'importance du nombre de salariés employés par ces PME justifie que, dans un contexte de chômage important, ces entreprises soient pérennisées et leur transmission facilitée, en particulier lors du départ à la retraite du chef d'entreprise. Comme l'indique l'exposé des motifs du projet de loi, cette question est d'autant plus cruciale qu'au cours des dix prochaines années, 500.000 entrepreneurs partiront à la retraite, leurs entreprises employant environ 2,5 millions de salariés.

Du point de vue du **chiffre d'affaires**, sur un total de plus de 2,277 milliards d'euros pour l'ensemble des entreprises françaises, **46 %** était issu en 2001 de l'activité des entreprises de moins de 250 salariés, représentant ainsi à elles seules un chiffre d'affaires de plus de **1.275 milliards d'euros**. Le chiffre d'affaires total des TPE s'élevait quant à lui à un peu moins de 454 milliards d'euros.

¹ *Insee Résultats, Economie, n°19, décembre 2004, « Créations et créateurs d'entreprises – Enquête SINE de 2003, la génération 98 cinq ans après ».*

Répartition du chiffre d'affaires selon la taille des entreprises en 2001

en milliards d'euros

	Micro- entreprises de 0 à 9 salariés	10 à 19 salariés	Très petites entreprises de 0 à 19 salariés	20 à 49 salariés	Petites entreprises de 0 à 49 salariés	Moyennes entreprises de 50 à 249 salariés	PME de 0 à 249 salariés	Grandes entreprises de 250 salariés et plus	ENSEMBLE
ENSEMBLE	453,8	163,3	617,1	294,7	911,8	363,8	1.275,6	1.496,8	2.772,4
Industrie agro- alimentaires	12,5	5,7	18,2	14,3	32,5	27,6	60,1	93,6	153,8
Industries manufacturées, énergie	34,9	24,8	59,7	59,9	119,6	106,6	226,2	610,2	836,4
BTP	48	17,6	65,6	25,3	90,9	22,9	113,8	28,7	142,6
Commerce	198,6	75,8	274,4	133,2	407,6	131,8	539,4	449	988,4
Transports	14,4	7,2	21,5	14,8	36,4	20,8	57,2	77	134,2
Services	113,3	29	142,3	42,2	184,5	46,5	231	234	465
Education, santé, action sociale	32,2	3,2	35,4	4,9	40,3	7,6	48	4,1	52,1
ENSEMBLE	16,4 %	5,9 %	22,3 %	10,6 %	32,9 %	13,1 %	46 %	54 %	100 %

Source : DGI – INSEE - DECAS

D'après les informations fournies à votre rapporteur, en avril 2005 ont été enregistrées plus de 3.980.000 immatriculations au registre national du commerce et des sociétés ainsi réparties :

- près de **998.000 personnes physiques exerçant sous la forme d'une entreprise individuelle** :

- environ **1.719.000 sociétés commerciales** ;

- plus de **1.246.000 sociétés civiles** ;

- et près de **17.000 groupements d'intérêt économique**.

Parmi les sociétés commerciales, sont inscrites 1.413.000 SARL, 153.180 sociétés anonymes (SA), 56.443 sociétés en nom collectif (SNC), 2.265 sociétés en commandite simple (SCS) et 432 sociétés en commandite par actions (SCA).

Enfin, il convient de préciser que, s'agissant plus précisément des **professions libérales**, celles-ci représentaient en 2003 **plus de 600.000 entreprises, soit 25 % des entreprises françaises** et, pour la plupart, des PME voire des TPE.

Tous ces éléments démontrent le poids des PME dans le tissu économique français, tant au niveau de l'emploi que de la croissance et du dynamisme de l'économie française. Pour toutes ces raisons, le Gouvernement a fait de la création, du développement et de la pérennisation des petites et moyennes entreprises l'une des priorités de sa politique économique.

B. L'ESSOR DES PME, AU COEUR DES PRÉOCCUPATIONS DU GOUVERNEMENT

Depuis 2002, le Gouvernement a développé une politique dédiée à la création et au développement des entreprises.

Comme l'a rappelé M. Christian Jacob, ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation, lors de son audition par la commission des affaires économiques¹, le Président de la République avait, dès 2002, fixé à un million le nombre de créations d'entreprises nouvelles souhaité d'ici 2007.

Affichant à son tour un objectif de 200.000 entreprises nouvelles par an dans sa déclaration de politique générale, M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, s'est engagé dans le développement de la création d'entreprises « *pour qu'après cette période de croissance, nous puissions retrouver un rythme de créations d'entreprises positif* », estimant qu'il était « *une dynamique possible pour faire en sorte que nous retrouvions les libertés d'initiative et d'emploi* » et « *l'une des façons les plus efficaces de créer durablement des emplois.* »²

La relance de la création d'entreprises constituait l'objectif essentiel de la loi **n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique**.

Celle-ci commence à produire ses effets, notamment en matière de créations d'entreprises. Selon les éléments fournis par le ministère des PME, **près de 224.000 entreprises auraient ainsi été créées en 2004, ce qui constitue une hausse de 12,3 % en un an**. Il est estimé que ces créations d'entreprises auraient concerné 631.000 emplois, ce chiffre prenant en compte à la fois les chefs d'entreprise et les salariés. Comme l'indique l'exposé des motifs du projet de loi, « *ce renouveau s'observe dans l'ensemble des secteurs économiques et en particulier le commerce, la construction, les services aux entreprises, mais également dans les secteurs innovants.* »

Parmi les 212.000 créations d'entreprises « *ex-nihilo* », 102.000 ont pris la forme d'entreprises individuelles, 101.000 de SARL (dont 18.500 EURL), 5.000 de SAS et 400 de SA. Les créations d'EURL ont augmenté à elles seules de 42 % par rapport à 2003.

Parallèlement à la création de ces nouvelles entreprises, il est apparu nécessaire de faciliter leur fonctionnement, d'encourager leur développement et d'assurer leur pérennité.

Ainsi, de nombreuses **mesures de simplification dans le domaine de l'entreprise ont d'ores et déjà été prises dans les deux lois tendant à**

¹ *Bulletin des commissions n° 25 du 7 mai 2005, pp. 4782-4795.*

² *Déclaration de politique générale prononcée le 3 juillet 2002.*

simplifier le droit adoptées en 2003 et 2004¹ et les ordonnances publiées en vertu des habilitations législatives prévues par ces textes.

Ainsi, l'article 26 de la loi du 2 juillet 2003 a autorisé le Gouvernement à modifier par ordonnance les règles relatives à la location-gérance du fonds de commerce et du fonds artisanal, la législation relative aux sociétés coopératives de commerçants détaillants et sociétés coopératives d'artisans, la législation relative aux SARL, le régime des valeurs mobilières applicable aux sociétés commerciales ainsi que les dispositions sanctionnant pénalement les violations par les dirigeants sociaux de certaines de leurs obligations légales². Ces habilitations ont donné lieu à l'adoption de plusieurs ordonnances³.

L'article 27 de la même loi a également permis au Gouvernement de prendre l'ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004⁴ afin de simplifier les dispositions relatives à l'établissement et à l'exercice de certaines professions réglementées, à savoir les intermédiaires dans l'achat et la gestion des immeubles et fonds de commerce, les experts-comptables, les coiffeurs, les courtiers en marchandises assermentés, les exploitants forestiers, les voyageurs, représentants et placiers. Certaines mesures de simplification des conditions d'établissement et d'exercice ont également concerné les commerçants étrangers.

L'article 28 de la loi du 9 décembre 2004 a autorisé, quant à lui, le Gouvernement à adapter les dispositions relatives aux interdictions d'entreprendre dans le domaine commercial ou industriel, à améliorer les règles concernant la profession de commissaire aux comptes et à supprimer certaines contraintes déclaratives imposées aux commerçants⁵. Il a d'ores et déjà abouti à l'adoption de l'ordonnance n° 2005-428 du 6 mai 2005 relative aux incapacités en matière commerciale et à la publicité du régime matrimonial des commerçants.

La viabilité des entreprises doit également être assurée. Il apparaît en effet que **40 % des entreprises disparaissent pour des raisons économiques** au cours de leurs cinq premières années d'existence, les très petites entreprises étant sur ce point les plus vulnérables.

En 2003, d'après l'étude précitée de l'INSEE, 51 % des entreprises créées en 1998 étaient toujours actives. Il convient de noter que le « *taux de survie* » de cette « *génération* » d'entreprises est meilleur que celui de la précédente : seules 46 % des entreprises créées en 1994 existaient toujours cinq ans après.

¹ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

² Rapport n° 266 (Sénat, 2002-2003) de M. Bernard Saugey au nom de la commission des lois.

³ Rapport n° 5 (Sénat, 2004-2005) de M. Bernard Saugey au nom de la commission des lois.

⁴ Ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004 portant simplification et adaptation des conditions d'exercice de certaines activités professionnelles.

⁵ Rapport précité n° 5 (Sénat, 2004-2005) de M. Bernard Saugey au nom de la commission des lois.

Afin de favoriser la pérennité des entreprises, le Gouvernement a d'ailleurs déposé devant le Parlement un **projet de loi de sauvegarde des entreprises** réformant le droit des procédures collectives. Il vise en particulier à anticiper davantage les difficultés des entreprises afin d'éviter que la majorité des procédures engagées s'achève par une liquidation judiciaire. En effet, dans près de 90 % des cas, l'ouverture d'une procédure collective aboutit actuellement à la liquidation de l'entreprise concernée et, en conséquence, au licenciement de l'ensemble de ses salariés. Adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, le projet de loi est en cours d'examen au Sénat¹.

Le présent projet de loi vise quant à lui principalement à assurer le développement et la pérennité des petites et moyennes entreprises. Il facilite ainsi tout particulièrement la transmission et la reprise des entreprises, simplifie certaines procédures parfois exagérément lourdes pour de petites structures et poursuit les efforts déjà engagés en matière d'aide à la création.

En outre, le projet de loi s'accompagne de plusieurs mesures non législatives de soutien à l'activité des PME :

- l'augmentation des sommes versées au fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (FISAC) pour les opérations de soutien directe au commerce et à l'artisanat ;

- la mise en place d'un plan spécifiquement destiné à redynamiser le commerce en milieu urbain ;

- l'accompagnement des créateurs et des repreneurs d'entreprises dans le montage de leurs projets, une charte d'accueil devant être signée avec la Fédération bancaire française afin d'améliorer le dialogue entre les nouveaux entrepreneurs et les banques.

Enfin, il convient de **préciser que le Président de la République a également souhaité que la fiscalité de l'épargne soit mise au service de l'investissement et donc de l'emploi**. Il a ainsi chargé le Gouvernement « *d'étudier en particulier une modulation de la fiscalité, pour taxer davantage celui qui achète une action pour la revendre très vite, mais alléger l'impôt pour l'investisseur de long terme* », la fiscalité devant « *encourager systématiquement l'investissement dans les petites et moyennes entreprises* »².

En conséquence, **dans le cadre du projet de loi de finances pour 2006, un dispositif devrait être prévu pour exonérer les plus-values professionnelles, au même titre que les plus-values immobilières qui bénéficient d'une exonération au bout de quinze ans.**

¹ Voir le rapport n° 335 (Sénat, 2004-2005) de M. Jean-Jacques Hyest fait au nom de la commission des lois.

² Voir le discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, à l'occasion de ses vœux aux forces vives de la Nation le 4 janvier 2005.

II. LES ASPECTS JURIDIQUES DU PROJET DE LOI RELEVANT DE LA COMMISSION DES LOIS

L'essentiel des dispositions du projet de loi est issu de deux groupes de travail mis en place par M. Christian Jacob, ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation, présidés par des parlementaires et composés de représentants institutionnels, de professionnels et de personnalités qualifiées dans le secteur des entreprises. De nombreux experts ont également été entendus dans ce cadre.

Les dispositions de ce texte dont la commission des lois s'est saisie tendent à améliorer et simplifier le fonctionnement et la pérennité des entreprises, en sécurisant les statuts du conjoint de l'entrepreneur et de ses collaborateurs et, s'agissant plus spécifiquement de l'entreprise, en développant de nouvelles formes sociales ou modalités de gestion de l'entreprise, en simplifiant certaines procédures et en créant un dispositif de location d'actions et de parts sociales.

Elles visent également à mieux prévenir les infractions à caractère économique par l'établissement d'un dispositif plus dissuasif.

A. SÉCURISER LE STATUT DU CONJOINT ET DES COLLABORATEURS DE L'ENTREPRENEUR

1. L'obligation faite au conjoint de l'entrepreneur de choisir un statut lorsqu'il participe à l'activité de l'entreprise

En vertu du droit actuel (articles L. 121-4 à L. 121-6 du code de commerce, réunis dans la section 2 du chapitre Ier du titre II du livre Ier dudit code), le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale peut choisir l'un des trois statuts suivants : conjoint collaborateur, conjoint salarié ou conjoint associé. Ses droits et obligations professionnels et sociaux résultent de ce choix.

S'agissant des conjoints de professionnels libéraux, ils peuvent également être conjoints salariés ou, depuis l'entrée en vigueur de l'article 46 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, conjoints collaborateurs de l'entreprise libérale.

D'après l'enquête annuelle de la fédération des centres de gestion agréés (FCGA) réalisée d'après un panel représentatif d'entreprises en 2003, 49 % des entrepreneurs relevant des secteurs de l'industrie, du commerce et de l'artisanat, soit 582.000 d'entre eux, ont bénéficié du concours de leur conjoint, à 42 % pour une collaboration ponctuelle sans statut et, pour les autres, sous le statut de conjoint collaborateur (31 %), de salarié (25 %) ou d'associé (2 %).

Concernant les professions libérales, la caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales (CNAVPL) recensait 3.068 conjoints collaborateurs au titre de l'assurance volontaire au 30 juin 2004 et la caisse nationale des barreaux de France dénombrait 59 conjoints collaborateurs.

Toutefois, en pratique, de **nombreuses personnes exerçant pourtant régulièrement une activité professionnelle au sein de l'entreprise de leur conjoint ne choisissent aucun de ces trois statuts** et ne bénéficient par conséquent d'aucun des droits sociaux qui y sont associés. Face à cette réalité, nombre d'entre elles, essentiellement des femmes, sont confrontées à des **situations difficiles** lors du décès de leur conjoint ou du prononcé de leur divorce, voire en cas de difficulté de l'entreprise.

Conformément aux recommandations du groupe de travail précité « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* », l'article 10 du présent projet de loi propose de remédier à ces difficultés en **instaurant une obligation pour les conjoints d'un chef d'entreprise, exerçant régulièrement une activité professionnelle au sein de cette dernière, d'opter pour l'un des trois statuts** proposés à l'article L. 121-4 du code de commerce.

Cette obligation de choisir un statut serait **également imposée aux conjoints des professionnels libéraux**.

S'agissant des sociétés, seuls pourraient choisir le statut de conjoint collaborateur, les conjoints du gérant associé unique ou majoritaire d'une société civile artisanale à responsabilité limitée, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée et ne dépassant pas certains seuils fixés par décret.

Le projet de loi accompagne l'instauration de cette obligation de **garanties supplémentaires en matière de droits sociaux et professionnels pour les conjoints collaborateurs** (articles 11 à 14). Conformément à son champ de compétence, votre commission des lois s'est uniquement saisie de l'**article 11** qui prévoit que, **dans les rapports avec les tiers, les actes accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur seraient réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraîneraient aucune obligation personnelle à la charge du conjoint collaborateur**. Cette disposition vise à protéger le patrimoine familial du chef d'entreprise, **en évitant** en particulier, qu'en cas de difficultés de cette dernière, **des actions puissent être engagées par les créanciers de l'entrepreneur sur les biens propres de son conjoint collaborateur**.

2. L'instauration d'un contrat de collaborateur libéral pour l'ensemble des professions libérales

Seuls les avocats peuvent exercer leur activité en qualité de collaborateur libéral dans les conditions prévues à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions

judiciaires et juridiques. **Actuellement**, les **collaborateurs libéraux** comptent pour un peu plus **d'un quart de l'effectif global** de ces professionnels (28 % soit 12.071 sur 42.609). Ce mode d'exercice a progressé de 27,5 % entre 1997 et 2004, soit un taux supérieur à la croissance d'autres modes d'exercice tels que l'association ou le salariat.

Conçu à l'origine comme une étape avant l'installation - à titre individuel ou au sein d'un groupement - de l'avocat stagiaire, **ce statut s'est banalisé**. Il est choisi par des **jeunes diplômés** qui débutent leur vie professionnelle sans disposer des ressources financières suffisantes pour entrer dans le capital d'une société¹, comme par des **femmes** qui ont marqué une pause au cours de leur carrière pour élever leurs enfants et souhaitent, à nouveau, exercer leur activité dans le cadre libéral. Enfin, il constitue un moyen pour un professionnel de monter en puissance dans un cabinet d'avocats ou une société pour lui permettre à terme de reprendre les commandes de la structure.

D'autres professions (chirurgiens-dentistes, masseurs-kinésithérapeutes, architectes, médecins) ont créé des dispositifs inspirés du statut de l'avocat collaborateur n'offrant cependant pas les mêmes garanties².

Compte tenu des avantages que comporte ce statut - qui s'efforce de préserver la nécessaire indépendance du professionnel tout en lui offrant un cadre d'exercice dont les conditions sont précisées par un contrat -, sa généralisation à l'ensemble des membres des professions libérales réglementées a été unanimement souhaitée.

Afin de favoriser le développement de l'exercice libéral, le présent projet de loi propose **d'ouvrir la possibilité d'exercer leur activité dans le cadre d'un contrat de collaboration libérale à la plupart des membres des professions soumises à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé³ (article 15)**.

Des critères tels que **l'indépendance, l'interdiction de tout lien de subordination et la possibilité de se constituer une clientèle** seraient inscrits dans la loi, afin de faire ressortir distinctement les **caractéristiques du contrat de collaboration**. Ces précisions sont destinées à sécuriser les rapports entre le collaborateur et le professionnel qui l'emploie, en vue d'éviter des contentieux susceptibles d'aboutir à des requalifications de ce type de contrat en contrat de travail, lourdes de conséquences, notamment financières, pour le professionnel employeur.

¹ Près de 81 % des avocats stagiaires exercent en cette qualité.

² Ainsi, l'exercice en qualité de médecin remplaçant permet une certaine forme de collaboration qui trouve ses limites dans l'interdiction imposée par le code de déontologie médicale au médecin d'en employer un autre.

³ Y compris aux avocats choisissant d'exercer sous ce statut qui serait désormais soumis au régime défini au présent texte, complété par les règles propres à ces professionnels. En revanche seraient exclus de ce dispositif les commissaires aux comptes, les administrateurs judiciaires et les officiers publics et ministériels pour lesquels un tel mode d'exercice ne paraît pas approprié au regard des caractéristiques de leur statut.

B. ADAPTER LE STATUT JURIDIQUE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES À LEURS SPÉCIFICITÉS ÉCONOMIQUES

1. La reconnaissance et l'encadrement législatifs de la gérance-mandat

Le propriétaire d'un fonds de commerce n'est pas tenu d'en assurer l'exploitation. Il peut en effet la confier à un tiers selon plusieurs modes d'organisation : la location-gérance, la gérance salariée et la gérance-mandat.

Alors que la location-gérance est encadrée par des dispositions spécifiques prévues au chapitre IV du titre IV du livre Ier du code de commerce (art. L. 144-1 à L. 144-13) et que les gérants salariés sont employés conformément aux dispositions du code du travail, la gérance-mandat est uniquement régie par le droit commun des contrats. Un dispositif légal a toutefois été élaboré par la loi du 3 juillet 1944 pour les gérants non salariés des succursales de maisons de l'alimentation de détail et des coopératives de consommation (codifiée aux articles L. 782-1 à L. 782-7 du code du travail) du fait de l'importance dans ce secteur du recours à ce mode de gestion.

En pratique, la gérance-mandat est également largement employée dans les secteurs de l'hôtellerie et des stations-service.

L'article 16 du projet de loi propose en conséquence, de **créer, au niveau législatif, un contrat de gérance-mandat** permettant d'encadrer, comme l'indique l'exposé des motifs, « *la relation contractuelle existant entre le mandataire, souvent titulaire d'une enseigne commerciale dans le secteur de la distribution ou des services, et le gérant qui assume la responsabilité de l'exploitation d'une unité économique indépendante* ».

Le statut des gérants-mandataires serait ainsi légalement garanti, par la création d'un nouveau chapitre VI, qui regrouperait quatre nouveaux articles L. 146-1 à L. 146-4, au sein du titre IV du livre premier du code de commerce.

Seraient qualifiées de « *gérants-mandataires* » les personnes physiques ou morales obéissant à une double condition :

- l'exploitation d'un fonds de commerce moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires ;

- le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel elles exploitent ce fonds et qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission en leur laissant toute latitude de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité, à leurs frais et sous leur entière responsabilité.

2. Une nouvelle mesure destinée à faciliter la transmission de l'entreprise : la location d'actions ou de parts sociales

Trop souvent, l'activité des petites et moyennes entreprises s'arrête subitement par l'effet d'un changement de propriété. Or, le potentiel économique et humain d'une entreprise doit pouvoir être préservé, nonobstant son changement de propriétaire. Dans ce contexte, le présent projet de loi présente plusieurs dispositions tendant à **faciliter la transmission des petites et moyennes entreprises. L'institution d'un dispositif novateur de location d'actions et de parts sociales va en ce sens.**

L'article 20 du présent projet de loi permettrait en effet aux éventuels acquéreurs d'une société à responsabilité limitée ou d'une société par actions de devenir, dans un premier temps, locataires de ses parts ou actions. Cette position leur permettra de participer à certaines décisions collectives et à percevoir les dividendes générés par l'activité de la société, afin de mesurer l'intérêt que présenterait pour eux l'acquisition pure et simple de la société.

Le dispositif de location ainsi prévu serait toutefois strictement encadré puisqu'il ne bénéficierait qu'aux personnes physiques et serait soumis à un formalisme marqué. Cet encadrement permettra ainsi d'assurer une certaine transparence sur l'identité du locataire, en évitant d'éventuelles manipulations comptables que ce nouveau mécanisme pourrait générer.

3. La création d'une nouvelle forme sociale dédiée aux activités artisanales

L'article 23 du présent projet de loi tend à **créer une nouvelle forme sociale : la société civile artisanale à responsabilité limitée (SCARL).**

D'après l'exposé des motifs, elle viserait à « *offrir un cadre juridique plus adapté aux besoins des artisans et [...] inciter ces derniers, globalement attachés à l'entreprise individuelle, à faire le choix de créer une société qui permettra notamment la séparation du patrimoine personnel de l'entrepreneur de celui de l'entreprise.* »

Ayant pour objet l'exercice d'activités artisanales (au sens de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat), la société civile artisanale à responsabilité limitée pourrait être constituée d'un « *associé unique* » et ne pourrait réunir plus de dix associés. Elle n'aurait pas de capital social minimum et pourrait être dotée d'un capital variable. Les associés auraient la faculté d'effectuer des apports en numéraire et en nature dans des conditions déterminées. Les associés ne supporteraient les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

4. L'allègement de certaines règles de fonctionnement des sociétés à responsabilité limitée

La création d'une personne morale implique, par définition, le respect d'un certain nombre de règles contraignantes destinées à assurer tant la protection des tiers que celle des parties au contrat de société. Toutefois, ces règles doivent prendre en considération la nature et le format de l'activité économique qui s'exerce par son truchement.

La société à responsabilité limitée constitue sans doute la forme sociale la mieux adaptée aux petites ou moyennes entreprises. Certains allègements au régime actuel peuvent cependant utilement être apportés. Dans ce contexte, le projet de loi :

- **supprimerait l'obligation d'une approbation distincte des comptes annuels dans la société à responsabilité limitée constituée d'un associé unique ayant qualité de gérant (article 24) ;**

- **abaisserait la majorité exigée, par principe, pour les modifications des statuts de la société,** tout en instituant une règle de quorum lors de la première convocation de l'assemblée des associés ayant pour objet de modifier ces statuts **(article 25).**

5. La recherche d'une meilleure articulation entre l'indépendance des professions libérales réglementées et la nécessaire ouverture des capitaux des sociétés d'exercice libéral

a) Une situation actuelle préoccupante

Le législateur s'efforce depuis plus de vingt ans de mettre à la disposition des professions libérales réglementées les outils indispensables à leur modernisation notamment en leur offrant des modes d'exercice diversifiés. **La loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990¹** qui a permis aux professionnels d'exercer sous forme de sociétés commerciales dénommées sociétés d'exercice libéral (SEL) en atteste. Le régime des SEL se distingue de celui applicable aux sociétés commerciales de droit commun par les nombreux aménagements destinés à assurer le respect de l'indépendance des professionnels et de leurs règles déontologiques.

Le contrôle de la société par les professionnels qui exercent en son sein constitue un principe essentiel de la loi du 31 décembre 1990, énoncé à son article 5. Ainsi, la détention majoritaire du capital de la SEL et des droits de vote est réservée aux associés qui exercent leur activité dans la société.

Néanmoins, à l'initiative de notre collègue M. Philippe Marini, rapporteur général de la commission des finances, cette obligation a été

¹ Relative à l'exercice sous forme de sociétés de professions libérales soumises à un statut législatif et réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

assouplie par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier (MURCEF). Le contrôle du capital de la SEL a donc été ouvert à d'autres personnes (personnes physiques ou morales exerçant la profession et sociétés de participations financières des professions libérales¹) que les professionnels exerçant dans la société, permettant notamment la création de société de type holding. Cette disposition - qui figure à l'article 5-1 de la loi du 31 décembre 1990 - permet aux professionnels français de disposer des mêmes capacités de financement et de développement que leurs homologues étrangers, notamment anglo-saxons.

Les professions juridiques et judiciaires s'estiment satisfaites de ces avancées². En revanche, ce mouvement d'ouverture n'a pas été sans soulever des difficultés pour d'autres professions réglementées, en particulier celles exerçant dans le domaine de la santé (pharmaciens, directeurs de laboratoires d'analyses médicales, médecins) ainsi que dans des matières plus techniques (architectes, géomètres experts).

En effet, l'arrivée d'investisseurs extérieurs aux professionnels en exercice au sein de la société a accru la complexité des montages de capitaux qui permettent la constitution des SEL et, ce faisant, l'opacité des circuits de leur financement. Il en résulte que certaines instances ordinales parviennent difficilement à contrôler le statut des SEL au regard des obligations définies par la loi du 31 décembre 1990. Or, comme l'a indiqué le Gouvernement à votre rapporteur, « *des groupes diffus de SEL apparaissent au moyen de prises de participations croisées ou en cascade* » qui laissent craindre une atteinte à l'indépendance des professionnels libéraux. Ceux-ci pourraient en effet se voir imposer des logiques étrangères à leurs règles déontologiques et à l'exercice traditionnel de leur art.

b) Des réponses pragmatiques soucieuses de préserver la nécessaire diversification de l'origine du capital des SEL

Dans le souci d'éviter une dilution des capitaux des SEL préjudiciable aux intérêts des professions qui constituent leur objet social, le projet de loi vise à permettre un encadrement plus rigoureux des modalités de détention majoritaire du capital (**article 45**). A cet effet, il propose :

- **une dérogation en vue d'écarter certaines professions**, compte tenu de leurs caractéristiques propres, **du bénéfice des innovations introduites par la loi MURCEF**, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;

- **une limitation du nombre de SEL dans lesquelles une même société³ peut détenir des participations**. Serait renvoyée à des décrets en

¹ La loi MURCEF a consacré l'existence de sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL), première forme de société de type holding pour les professions libérales dont le statut figure à l'article 31-1 de la loi du 31 décembre 1990.

² On dénombre 16 SPFPL d'avocats à ce jour.

³ A savoir, une personne morale exerçant la profession ou une SPFPL.

Conseil d'Etat la détermination des professions susceptibles d'être concernées, compte tenu de leurs caractéristiques propres.

Selon les informations fournies à votre rapporteur par le Gouvernement, les dérogations ainsi prévues devraient uniquement concerner quelques professions et en aucun cas les professions juridiques et judiciaires.

C. MIEUX PRÉVENIR LES INFRACTIONS À CARACTÈRE ÉCONOMIQUE PAR UN DISPOSITIF PLUS DISSUASIF

Le présent projet de loi vise à apporter une réponse plus effective aux pratiques restrictives de concurrence visées par le titre IV du livre IV du code de commerce qui concernent éventuellement les relations entre professionnels.

1. Un constat : la faiblesse des réponses pénales aux pratiques restrictives de concurrence

Comme le souligne le tableau récapitulatif ci-dessous, ces pratiques restrictives de concurrence ne font pas l'objet, aujourd'hui, d'une réponse pénale rigoureuse.

Infractions aux dispositions suivantes	Sanctions encourues		Sanctions prononcées	
	Personnes physiques	Personnes morales	Personnes physiques (2002)	Personnes morales (depuis 1994)*
L. 441-3 Règles relatives à la facturation pour tout achat de produits ou toute prestation de service	L. 441-4 Amende de 75.000 € ou 50 % de la somme qui aurait dû être facturée	L. 441-5 - amende de 375.000 € - exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans maximum	97 condamnations - pour achat ou vente sans facture : • 8 mois d'emprisonnement ferme en moyenne • 1.250 € d'amende moyenne	36 condamnations
L. 441-6 Obligation de communiquer à l'acheteur le barème de prix et les conditions de vente – conditions relatives au délai de règlement.	Amende de 15.000 €	Amende de 75.000 €	2 condamnations (800 € d'amende en moyenne)	4 condamnations
L. 442-2 Interdiction de la revente à perte	Amende de 75.000 €	- amende de 375.000 € - affichage ou diffusion de la décision judiciaire	12 condamnations (2.375 € d'amende en moyenne)	12 condamnations
L. 442-5 Prohibition des prix minimum imposés	Amende de 15.000 €		2 condamnations (1.500 € d'amende en moyenne)	

Infractions aux dispositions suivantes	Sanctions encourues		Sanctions prononcées	
	Personnes physiques	Personnes morales	Personnes physiques (2002)	Personnes morales (depuis 1994)*
L. 443-1 Règles relatives au délai de paiement par tout producteur, revendeur ou prestataire de services	Amende de 75.000 €		10 condamnations (2.467 € d'amende en moyenne)	
L. 443-2 - Opérations frauduleuses destinées à favoriser la hausse ou la baisse artificielles des prix des biens et services - Hausse ou baisse artificielle des prix des produits alimentaires	L. 443-2 - 2 ans d'emprisonnement - 30.000 € d'amende - Interdiction droits civiques, civils et de famille - Affichage ou diffusion de la décision judiciaire - 3 ans d'emprisonnement - 45.000 € d'amende - Interdiction droits civiques, civils et de famille - Affichage ou diffusion de la décision judiciaire	L. 443-3 - amende de 150.000 € (• Interdiction d'exercice d'une activité professionnelle • Placement sous contrôle judiciaire pour une durée maximale de 5 ans • Exclusion de marchés publics pour une durée maximale de 5 ans ou à titre définitif • Interdiction de faire appel public à l'épargne pour une durée maximale de 5 ans ou à titre définitif - amende de 45.000 €	Aucune condamnation	6 condamnations

* Pour les personnes morales, les seules données disponibles concernent le nombre de condamnations prononcées depuis l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal.

Selon les informations recueillies par votre rapporteur auprès du ministère de la justice, les procès-verbaux dressés par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) n'aboutissent que rarement à des poursuites pénales. Une part importante de ce contentieux fait, en effet, l'objet de classements sans suite ou d'un **classement sous condition** (accomplissement d'un stage par l'auteur des faits, par exemple) –sans que, dans ce dernier cas, la mesure figure au casier judiciaire. Cette politique pénale s'inscrit, par ailleurs, dans un contexte marqué par l'encombrement des juridictions.

2. La recherche d'un dispositif plus adapté

Le projet de loi vise à favoriser un traitement à la fois plus effectif et plus rapide de ce contentieux. Il s'inspire pour une large part du rapport présenté par M. Guy Canivet, premier président de la cour de cassation, le 18 octobre dernier, consacré aux relations entre fournisseurs et distributeurs.

Ce document formulait, sur ce chapitre, trois recommandations :

- l'extension aux agents de la DGCCRF du **pouvoir de convocation** du prévenu conféré, sur instruction du procureur, aux officiers de police judiciaire ;

- l'application de l'**ordonnance pénale** mise en œuvre par le procureur de la République, aux infractions prévues par le livre IV du code de commerce, lorsque les faits paraissent établis ;

- le recours plus fréquent à la **composition pénale** pour ces infractions grâce à une double adaptation du régime juridique actuel de cette procédure : l'extension aux personnes morales et la possibilité pour un agent de la DGCCRF de porter à la connaissance du prévenu la proposition de composition pénale du procureur qui, si elle est acceptée et exécutée, met fin aux poursuites.

Les **articles 30, 36 et 37 du présent projet de loi** mettent en œuvre ces différentes recommandations. En outre, ce texte (**article 29**) tend à conférer aux chefs des services d'enquête de la DGCCRF, sous le contrôle du procureur de la République, un **pouvoir de transaction pénale** pour les délits du titre IV du livre IV du code pénal pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue.

III. LA POSITION DE LA COMMISSION DES LOIS

Outre des **amendements de coordination ou tendant à améliorer la cohérence rédactionnelle et formelle** du projet de loi, votre commission vous propose plusieurs amendements **tendant**, d'une part, à **supprimer la création de la société civile artisanale à responsabilité limitée** et, d'autre part, à **modifier certains dispositifs** afin de les **simplifier**, de les **rendre plus efficaces** ou de **mieux les encadrer**.

A. SUPPRIMER LA CRÉATION DE LA SCARL : UNE NOUVELLE FORME SOCIALE PARAISSANT INUTILE

Votre commission vous soumet un **amendement tendant à supprimer la création de la société civile artisanale à responsabilité limitée (SCARL)**. En effet, cette nouvelle société ne semble **pas justifiée**.

Tout d'abord, elle constitue **une nouvelle forme sociale alors qu'il existe déjà actuellement de nombreuses structures permettant l'exercice en société d'une activité artisanale**.

Or, la SCARL ne paraît **pas apporter de grandes innovations**. Si elle permet de séparer le patrimoine de l'entreprise du patrimoine propre du chef d'entreprise, elle ne permet pas pour autant la reconnaissance du patrimoine affecté des entrepreneurs individuels, souhaitée par certains, la

SCARL étant une société. En outre, en tant que société civile, elle n'est pas pour autant exclue de l'inscription au registre du commerce et des sociétés. La double immatriculation demeure donc. Enfin, les modalités de création et de fonctionnement de cette nouvelle société ne sont pas beaucoup plus simples. Certes, les artisans ne seraient pas soumis à la publicité de comptes annuels, mais votre commission considère que cette exigence est au contraire nécessaire pour toute société, dans la mesure où elle permet d'assurer une certaine transparence sur la situation financière de l'entreprise et de mieux anticiper les éventuelles difficultés qu'elle rencontre.

Par ailleurs, aux termes du projet de loi, **la SCARL devrait uniquement concerner des sociétés exerçant des activités artisanales**, en aucun cas commerciales. Seule la vente de leur propre production ou de prestations de service seraient possibles. En conséquence, d'une part cette nouvelle structure risque de ne concerner que peu d'artisans ; d'autre part, le chef d'entreprise devrait changer de forme sociale dès lors qu'il effectue une activité commerciale propre.

Si la création de la SCARL permettrait certes de reconnaître une nouvelle fois le caractère civil de l'activité artisanale, votre commission considère que cette nouvelle forme sociale n'apporterait **pas pour autant une réponse adaptée aux véritables attentes des artisans et ne se distinguerait pas très nettement de la SARL ou de l'EURL** en matière de fonctionnement.

B. AMÉLIORER CERTAINS DISPOSITIFS

1. Impliquer le ministre chargé des PME dans la procédure applicable pour fixer les conditions devant être satisfaites par les contrats de gérance-mandat

Dans le cadre de la gérance-mandat, l'article 16 du présent projet de loi prévoit que des **accords collectifs devront fixer les conditions dans lesquelles les contrats seront passés entre les mandants et les gérants-mandataires**, en particulier le minimum de rémunération garantie à ces derniers. Ces accords pourraient être rendus obligatoires par arrêté du ministre chargé du travail et dans les conditions fixées par l'article L. 782-4 du code du travail. A défaut d'accord collectif, le ministre chargé du travail pourrait également déterminer ces conditions selon la procédure définie au même article.

Au regard du nouveau statut de ces gérants-mandataires, régis par des dispositions du code de commerce et immatriculés au registre du commerce et des sociétés, votre commission estime souhaitable que le ministre chargé des petites et moyennes entreprises participe également à l'éventuel établissement des conditions auxquelles devront satisfaire les contrats de gérance-mandat. En conséquence, elle vous propose deux **amendements tendant à prévoir que le ministre chargé du travail et le ministre chargé des petites et**

moyennes entreprises devrait conjointement décider de rendre les dispositions des accords collectifs obligatoires pour l'ensemble des contrats entrant dans son champ d'application ou, à défaut d'accord collectif, de fixer les conditions devant être respectées par ces contrats de gérance-mandat.

2. Clarifier les conditions d'exercice de la location d'actions ou de parts sociales

Souscrivant à l'objet du dispositif de location d'actions et de parts sociales, institué par **l'article 20** du projet de loi, votre commission vous soumet plusieurs amendements tendant notamment à :

- **éviter le contournement**, au moyen d'un contrat de bail, de certaines dispositions relatives au blocage des actions et parts sociales au cours d'une procédure de redressement judiciaire ;

- **limiter l'intervention du commissaire aux comptes** lors de l'évaluation des actions et parts sociales louées à la seule certification de celle-ci ;

- **à préciser la répartition des droits de vote aux assemblées d'associés ou d'actionnaires entre le bailleur et le locataire ;**

- **à donner au gérant de la société à responsabilité limitée la faculté de mentionner dans les statuts l'existence d'un contrat de bail, sous réserve de ratification par les associés.**

3. Préciser les dispositifs visant à simplifier le fonctionnement de la société à responsabilité limitée

Afin de préciser les dispositifs du projet de loi visant à simplifier le fonctionnement de la société à responsabilité limitée, votre commission vous propose :

- de prévoir que la suppression de la mesure d'approbation distincte des comptes sociaux par l'associé unique d'une SARL n'est applicable que dans la mesure où il est **seul gérant** de la société (**article 24**) ;

- de **préciser les conditions de quorum exigibles en cas de seconde convocation de l'assemblée des associés ayant compétence pour modifier les statuts, tout en permettant à ces derniers de prévoir des règles de majorité et de quorum plus élevées (article 25).**

4. Préciser certaines dispositions relatives à la transaction pénale

Le projet de loi confie au « *chef du service d'enquête compétent* » de la direction générale de la concurrence, de la consommation et des fraudes

(DGCCRF) la responsabilité de proposer une transaction pénale à l'auteur de l'une des infractions visées au titre IV du livre IV du code de commerce. La formulation choisie pourrait donner lieu à des interprétations restrictives au risque de ne pas inclure le directeur général de la concurrence, de la consommation et des fraudes qui devrait, cependant, pour les affaires les plus importantes, disposer du pouvoir de transaction.

Votre commission vous propose en conséquence de viser **l'autorité administrative chargée des prix et de la concurrence**.

Par ailleurs, la référence générique à l'« *autorité administrative* » figure également dans plusieurs des dispositions de notre droit autorisant le recours à la transaction pénale.

En second lieu, votre commission vous soumet un amendement **interdisant de proposer une transaction pénale si des poursuites ont déjà été engagées**.

Cette règle, explicitement prévue pour la composition pénale, permet de garantir, en vertu du principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement, que l'autorité de jugement ne puisse être dessaisie sans son accord.

5. Conforter, sous réserve d'améliorations, les aménagements relatifs à l'actionnariat majoritaire des SEL

Votre commission souscrit pleinement aux objectifs du présent projet de loi d'encadrer plus strictement les conditions de détention majoritaire du capital des SEL. Il paraît primordial de préserver un équilibre constant entre la nécessaire indépendance des professionnels soumis à un statut réglementé - qui constitue la garantie d'un exercice libéral de qualité - et la modernisation des structures en groupe sans laquelle ces derniers seraient menacés de décliner.

Or, à l'heure actuelle, cet équilibre pourrait être remis en cause pour certaines professions réglementées. **Il paraît donc légitime de rechercher des solutions pour apaiser les craintes des professionnels fragilisés par une ouverture insuffisamment maîtrisée du capital des SEL dans lesquelles ils exercent.** En effet, les professions libérales ne sauraient être assimilées à des commerçants ou à des professionnels guidés par une logique purement industrielle.

Dans le souci de conforter la démarche proposée par le Gouvernement, votre commission vous propose de modifier l'économie de **l'article 45** dont la rédaction soulève des critiques de deux ordres.

D'une part, la délégation donnée au pouvoir réglementaire semble excessive, ce qui pourrait conduire le Conseil constitutionnel à censurer le législateur pour n'avoir pas épuisé sa compétence.

D'autre part, il paraît important que les restrictions à l'ouverture capitalistique des SEL prévues par le présent projet de loi n'aboutissent pas à vider de leur portée les innovations, opportunes, issues de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 proposées par notre collègue M. Philippe Marini tendant à créer des sociétés de type holding. De nombreux avantages sont à attendre des possibilités de diversification des capitaux des SEL qui permettront, notamment, de favoriser la mutualisation des compétences et des spécialités en évitant les opérations lourdes de fusion-acquisition, de donner aux professionnels libéraux français les moyens de lutter à armes égales avec leurs concurrents étrangers, particulièrement anglo-saxons, ou encore de faciliter l'accès à l'exercice libéral de jeunes diplômés aux capacités financières encore réduites.

Votre commission vous propose **un amendement** tendant à :

- encadrer plus rigoureusement la délégation accordée au pouvoir réglementaire pour permettre des dérogations aux nouvelles règles de détention majoritaire du capital issues de la loi MURCEF. A cet effet, **vostra commission vous propose, d'une part, de permettre l'intervention du pouvoir réglementaire dans la seule hypothèse où la détention porte atteinte à l'indépendance d'une profession et à ses règles déontologiques et, d'autre part, d'exclure expressément les professions juridiques et judiciaires du champ de la dérogation ;**

- renforcer l'effectivité des restrictions prévues par le projet de loi pour éviter que le contrôle d'une SEL par des personnes extérieures à cette structure, lorsqu'il est autorisé pour une profession, aboutisse à contourner les objectifs de la loi du 31 décembre 1990.

Plus généralement, les améliorations ponctuelles apportées en 2001 à la loi du 31 décembre 1990 et par le présent projet de loi ne sauraient suffire à doter les professionnels des moyens nécessaires à leur modernisation. Traditionnellement attentive au devenir des professions réglementées, **vostra commission souhaite qu'une refonte des règles applicables aux structures d'exercice en groupe intervienne rapidement et invite le Gouvernement à soumettre au Parlement des propositions en ce sens.**

*

* *

Sous le bénéfice de ces observations et des amendements qu'elle a adoptés, votre commission a donné un avis favorable à l'adoption des dispositions du projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises dont elle s'est saisie.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE III LE CONJOINT COLLABORATEUR ET LES NOUVELLES FORMES D'ACTIVITÉ

Article 10

(section 2 du chapitre 1^{er} du titre II du livre Ier et art. L. 121-4 du code de commerce, art. 46 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002)

Statut professionnel du conjoint du chef d'entreprise

Cet article a pour objet de **modifier les règles relatives au statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant au sein de l'entreprise familiale.**

I. Le droit actuel

Dans de nombreux cas, le conjoint d'un chef d'entreprise, par exemple d'un commerçant, participe à l'activité de l'entreprise familiale. Il dispose dès lors de la **possibilité de choisir parmi plusieurs statuts**, desquels découlent des droits professionnels et sociaux différents.

L'octroi d'un statut pour les conjoints de commerçants ou d'artisans est issu de plusieurs articles de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, désormais codifiés au sein du code de commerce.

Ainsi, l'actuel article L. 121-4 du code de commerce pose le principe selon lequel **le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale peut exercer une activité professionnelle au sein de cette entreprise.** Il peut dès lors choisir le statut de **conjoint collaborateur** « *mentionné au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle* », de **conjoint salarié** ou de **conjoint associé**. Le second paragraphe de cet article précise que **le conjoint bénéficie des droits professionnels et sociaux résultant du statut pour lequel il a opté.**

Le statut de conjoint collaborateur

• Conditions

Pour bénéficier de ce statut, le conjoint doit être inscrit en tant que collaborateur au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle.

Il doit également être marié avec le chef d'entreprise. Le régime matrimonial n'a pas d'incidence.

Le conjoint collaborateur ne doit recevoir aucune rémunération pour ses fonctions. Il doit collaborer effectivement à l'entreprise et n'exercer aucune autre activité professionnelle. Toutefois, une activité salariée à temps partiel est autorisée (article L. 742-6 du code de la sécurité sociale).

• Conséquences

- La présomption légale de représentation

Le conjoint collaborateur est réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir en son nom les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise (article L. 121-6 du code de commerce). Cette présomption de mandat est irréfragable, dès lors que la collaboration du conjoint est effective et que ce dernier est inscrit au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle.

Les actes effectués par le conjoint collaborateur sont censés l'avoir été par l'exploitant, lequel en assume les conséquences juridiques et pécuniaires.

- S'agissant de sa qualification professionnelle, le conjoint collaborateur peut obtenir la qualité d'artisan, d'artisan d'art ou le titre de « maître artisan » s'il répond aux conditions de diplômes ou de titres.

- Droits sociaux et professionnels

Jusqu'en 1982, le conjoint disposait uniquement de la possibilité d'être électeur et éligible aux élections pour les chambres de commerce et d'industrie ou les chambres des métiers.

Il pouvait également adhérer au régime d'assurance volontaire vieillesse du chef d'entreprise afin d'obtenir, moyennant une cotisation supplémentaire, une pension de retraite personnelle.

Depuis la loi du 10 juillet 1982, le conjoint collaborateur peut désormais obtenir une retraite vieillesse personnelle sans cotisation supplémentaire, en demandant que l'assiette de sa cotisation corresponde à une fraction du revenu professionnel de l'exploitant¹, dans la limite du plafond fixé par la sécurité sociale.

En outre, le conjoint collaborateur bénéficie également d'une assurance-maternité. La collaboratrice, épouse de l'exploitant, dispose ainsi, en vertu des articles L. 615-19 et L. 615-19-1 du code de la sécurité sociale :

- d'une allocation forfaitaire de repos maternel, destinée à compenser partiellement la diminution de son activité ;

- d'une indemnité de remplacement lorsqu'elle fait appel à du personnel salarié pour se faire remplacer dans les travaux, professionnels ou ménagers, qu'elle effectue habituellement.

¹ Cette fraction est déduite de l'assiette de cotisation du chef d'entreprise.

Le statut de conjoint salarié

• Conditions

Le statut de conjoint salarié peut être conféré au conjoint qui fournit un travail en ayant une participation effective à l'entreprise, à titre professionnel et habituel, et reçoit un salaire.

Un lien de subordination doit également exister entre le chef d'entreprise et son conjoint. Toutefois, il est présumé exister lorsque les conditions de travail effectif et de rémunération sont déjà remplies.

• Conséquences

- *sociales* : le conjoint salarié bénéficie à titre personnel des prestations du régime général de la sécurité sociale (article L. 311-6 du code de la sécurité sociale). Il dispose de la protection aménagée par le droit du travail au profit des salariés (article L. 784-1 du code du travail) et de la formation professionnelle continue. S'il devient demandeur d'emploi, il peut se voir accorder des allocations chômage et des indemnités complémentaires ainsi que participer aux stages et autres mesures de reconversion proposés.

Le divorce ou la rupture d'un lien conjugal ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

- *fiscales* : le salaire du conjoint est déductible des bénéfices imposables. Toutefois, la rémunération ne doit pas être excessive au regard du service rendu. En outre, cette déductibilité est plafonnée si les époux ne sont pas mariés sous le régime de la séparation de biens.

Le statut de conjoint associé

• Conditions

En vertu de l'article 1832-1 du code civil, « *même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale* ».

Lorsque les époux sont soumis au régime de la communauté de biens, la qualité d'associé est en principe reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition (premier alinéa de l'article L. 1832-2 du code civil).

Peut également avoir la qualité d'associé, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, le conjoint ayant notifié son intention d'être personnellement associé.

Une société créée de fait entre époux peut être démontrée et constatée par le juge (Cour de cassation, chambre commerciale, 16 décembre 1975).

L'un des époux peut également être associé par le biais d'un apport en industrie dans les SARL.

• Conséquences

Le conjoint associé d'un commerçant ou d'un artisan peut prétendre :

- à une protection sociale à titre d'ayant-droit du chef d'entreprise s'il ne participe pas à l'activité de l'entreprise ;

- au régime général de la sécurité sociale s'il travaille dans l'entreprise en qualité de salarié ou de gérant minoritaire de SARL ;

- au régime d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés des professions artisanales ou des professions industrielles et commerciales, au régime d'assurance maladie des travailleurs non salariés des professions non agricoles et au régime d'allocations familiales des employeurs et travailleurs indépendants lorsqu'il participe à l'activité de l'entreprise sans être ni salarié ni gérant d'une SARL.

Il peut également obtenir la qualité d'artisan, d'artisan d'art ou le titre de « *maître artisan* » s'il répond aux conditions de diplômes ou de titres.

Le conjoint n'est nullement obligé de choisir entre ces trois différents statuts, l'article L. 121-4 du code de commerce disposant qu'il peut exercer son activité professionnelle « *notamment en qualité de* » conjoint collaborateur, de conjoint salarié ou de conjoint associé.

Lorsqu'il n'a pas opté pour l'un de ces trois statuts, le conjoint du commerçant ou de l'artisan peut être qualifié de « conjoint assistant » ou « conjoint auxiliaire », ces deux notions renvoyant à la même situation : celle où le conjoint, sans être un conjoint collaborateur et **au nom de l'entraide familiale**¹, participe à l'exercice de l'activité de l'entreprise familiale. Sans recevoir la moindre rémunération, il agit dans le cadre d'un mandat, pouvant être tacite, du chef d'entreprise, c'est-à-dire selon les directives, pour le compte et sous le contrôle de ce dernier.

La qualité de mandataire du conjoint doit être prouvée et fait l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond.

S'agissant de ses droits sociaux, le « conjoint assistant » bénéficie des prestations du régime d'assurance maladie-maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles, en tant qu'ayant-droit d'un exploitant assujéti à ce régime. Il ne peut toutefois prétendre à aucune prestation en espèce.

En matière d'assurance vieillesse, il peut jouir d'une pension de réversion et son statut ouvre droit, en faveur du chef d'entreprise assuré, à une majoration pour conjoint. Il peut également s'affilier au régime d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés non agricoles, l'assiette des cotisations étant dès lors fondée sur le tiers du plafond des cotisations de la sécurité sociale. En revanche, à la différence du conjoint collaborateur, il ne peut acquérir un droit personnel à la retraite, sans cotisation complémentaire, fondé sur une fraction du revenu professionnel du chef d'entreprise.

Le conjoint n'ayant pas opté pour l'un des trois statuts définis à l'article L. 121-4 du code de commerce peut également avoir la qualité de coexploitant de l'entreprise. Dans ce cas, il a lui-même la qualité de commerçant ou d'artisan. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi considéré, dans un arrêt du 15 octobre 1991, que le conjoint d'un commerçant pouvait lui-même être qualifié de commerçant « *pour avoir, de manière indépendante, exercé des actes de commerce et en avoir fait sa profession habituelle* ».

Il arrive également que les tribunaux, lorsqu'ils sont saisis, considèrent que le conjoint est dans la situation d'un salarié. La reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail oblige alors l'entreprise à acquitter les charges non payées au cours des années concernées.

Les **conjointes de professionnels libéraux**, peuvent non seulement être salariés dans l'entreprise, mais également y travailler sous le statut de

¹ Le principe d'entraide familiale découle de l'article 212 du code civil en vertu duquel « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

conjoint collaborateur en vertu de l'article 46 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Cet article prévoit en effet qu'en choisissant d'être collaborateur, le conjoint ne perçoit pas de rémunération à ce titre, n'exerce par ailleurs aucune activité excédant un mi-temps et en a préalablement fait la déclaration personnelle et volontaire auprès de l'Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF). Il peut recevoir du professionnel libéral des mandats exprès et limitativement définis « *pour des actes relatifs à la gestion et au fonctionnement courants de l'entreprise* ». Il est alors soumis au secret professionnel. Il peut adhérer volontairement au régime d'assurance vieillesse des travailleurs non-salariés des professions non agricoles.

Le nombre de conjoints travaillant au sein de l'entreprise familiale est difficile à déterminer.

D'après l'enquête annuelle de la fédération des centres de gestion agréés, réalisée sur un panel représentatif, 49 % des entrepreneurs, soit environ 582.000, auraient eu recours à leur conjoint pour l'activité de leur entreprise. 42 % de ces conjoints auraient travaillé sans statut, dans le cadre d'une collaboration ponctuelle, 31 % en tant que conjoint collaborateur, 25 % comme salarié et 2 % sous statut d'associé.

Les centres de formalités des entreprises ont quant à eux enregistré 43.500 déclarations d'activité de conjoints collaborateurs de commerçants ou d'artisans, 9.500 d'entre eux cotisant à l'assurance volontaire.

Le rapport du groupe de travail « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* » précité, souligne que, « *dans de nombreux cas, aucun choix n'est effectué, laissant parfois le conjoint dans une situation difficile en cas d'évolution défavorable de la situation de l'entreprise, voire de la situation matrimoniale.* »

En effet, **sans statut, le conjoint du chef d'entreprise n'est pas suffisamment protégé**. Il ne bénéficie notamment d'aucun droit propre en matière d'assurance vieillesse. En cas de décès du chef d'entreprise, le conjoint doit souvent se contenter de la pension de réversion, malgré les nombreuses années au cours desquelles il a pu lui-même travailler au sein de l'entreprise familiale. Sa situation n'est pas plus aisée en cas de divorce.

Il arrive également que l'entreprise soit **condamnée pour travail illégal** en raison de l'activité professionnelle qu'y exerce le conjoint du chef d'entreprise.

II. Le projet de loi

Le premier paragraphe (I) du présent article tend à **réécrire l'intitulé de la section 2** du chapitre Ier (« *De la définition et du statut* ») du titre II (« *Des commerçants* ») du livre Ier (« *Du commerce en général* ») du code de commerce afin de tenir compte du fait que **les dispositions de cette section** ne seraient plus uniquement applicables aux conjoints de commerçants et

d'artisans mais **concerneraient désormais le « conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale ».**

Ce nouvel intitulé vise à **tenir compte de l'extension du champ d'application personnel de l'article L. 121-4 du code de commerce**, qui fixe les différents statuts professionnels pouvant être choisis par le conjoint d'un chef d'une entreprise artisanale ou commerciale lorsqu'il travaille au sein de cette dernière, opéré par le paragraphe suivant.

- Le deuxième paragraphe (II) a pour objet de modifier l'article L. 121-4 du code de commerce. Il propose de **rendre désormais obligatoire le choix de l'un des trois statuts juridiques pour le conjoint « exerçant de manière régulière une activité professionnelle » au sein de l'entreprise.**

Le **I** de l'article L. 121-4 du code de commerce prévoirait par conséquent la nécessité pour le conjoint de choisir entre le statut de collaborateur, de conjoint salarié ou de conjoint associé.

Il s'agit, **par cette obligation, de conférer des droits suffisants à toute personne exerçant de façon régulière une activité professionnelle** au sein de l'entreprise de son conjoint.

Cette nouvelle obligation faite au conjoint de choisir l'un des trois statuts proposés à l'article L. 121-4 du code de commerce **s'accompagne d'un important développement des droits accordés aux personnes ayant choisi le statut de « conjoint collaborateur »**, en vertu des articles 12, 13 et 14 du présent projet de loi¹.

En effet, s'il offre des droits professionnels et sociaux importants, le recours au statut de collaborateur salarié n'est pas souvent choisi par le chef d'entreprise et son conjoint, dans la mesure où l'entreprise concernée ne pourrait pas supporter le coût supplémentaire, principalement en matière de rémunérations et de charges sociales, qu'engendre ce statut.

En outre, le projet de loi prévoit que ces **trois statuts seraient désormais choisis par le conjoint du chef d'une entreprise « artisanale, commerciale ou libérale »**. Les conjoints des professionnels libéraux seraient par conséquent soumis aux mêmes dispositions que les conjoints des artisans ou commerçants.

Le **II** de l'article L. 121-4 du code de commerce préciserait que, s'agissant des sociétés, seuls pourraient opter pour le statut de conjoint collaborateur les conjoints de gérant associé unique ou majoritaire :

¹ Voir les commentaires de ces articles dans le rapport n° 333 (Sénat, 2004-2005) de notre collègue M. Gérard Cornu au nom de votre commission des affaires économiques ainsi que dans le rapport pour avis de notre collègue, Mme Catherine Procaccia, au nom de votre commission des affaires sociales.

- d'une société civile artisanale à responsabilité limitée (SCARL), nouvelle forme sociale créée par l'article 23 du présent projet de loi¹.

- d'une société à responsabilité limitée (SARL) ;

- d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée.

En outre, aux termes du V du même article, le conjoint ne pourrait opter pour le statut de conjoint collaborateur que **si la société ne dépassait pas certains seuils** fixés par décret en Conseil d'Etat.

Il convient, en effet, de réserver le statut de conjoint collaborateur aux plus petites entreprises ne disposant pas des moyens financiers nécessaires pour employer en tant que salarié le conjoint du chef d'entreprise, notamment au regard des charges sociales. En sont également exclus, d'une part, les conjoints d'associés minoritaires, ces derniers n'assurant pas effectivement la gestion de l'entreprise, et, d'autre part, les conjoints des entrepreneurs exerçant en société civile ou en société en nom collectif, ces formes sociales ne protégeant pas suffisamment le chef d'entreprise et ses associés dans la mesure où leur responsabilité n'y est pas limitée.

Le **III** de l'article L. 121-4 du code de commerce poserait le principe selon lequel **les droits et obligations professionnels et sociaux du conjoint découlent du statut pour lequel il a opté.**

En vertu du **IV**, le chef d'entreprise aurait pour **obligation de mentionner le statut choisi par son conjoint auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise**, par exemple les greffes des tribunaux de commerce pour le registre du commerce et des sociétés.

Par conséquent, alors qu'actuellement seuls les conjoints ayant opté pour le statut de conjoint collaborateur sont mentionnés au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers et au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle, tous les conjoints de commerçants, quelque soit leur statut, devraient désormais l'être.

La précision selon laquelle le chef d'entreprise doit mentionner « *le statut choisi par le conjoint* », met en évidence le choix qui doit être opéré par le conjoint. Le groupe de travail « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* » précité avait d'ailleurs prescrit, parmi ses propositions, que la « ***manifestation de la volonté du conjoint [soit] identifiée et matérialisée soit par une déclaration propre, soit par une co-signature*** ». Votre commission considère que de telles **mesures** sont **nécessaires** et doivent être précisées au niveau réglementaire. D'après les informations fournies par le Gouvernement, il est effectivement prévu que le conjoint manifeste sa volonté lors du choix de son statut.

Enfin, le **V** du texte proposé pour l'article L. 121-4 du code de commerce prévoit l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour fixer les

¹ Voir le commentaire de l'article 23 du projet de loi dans le présent rapport pour avis.

conditions d'application de cet article, en particulier la définition du conjoint collaborateur et des seuils ne devant pas être dépassés par les sociétés pour lesquelles les conjoints de leurs gérants associés uniques ou majoritaires pourraient bénéficier du statut de conjoint collaborateur, de conjoint salarié ou de conjoint associé.

Votre commission insiste sur le fait que cette importante évolution du droit applicable aux conjoints de chefs d'entreprise devra faire l'objet, une fois la loi adoptée, d'une **importante communication auprès des entreprises** afin que les personnes exerçant actuellement une activité régulière au sein de l'entreprise de leur conjoint **choisissent effectivement l'un de ces trois statuts et bénéficient des droits professionnels et sociaux qui y sont associés**. Déjà, le groupe de travail présidé par notre collègue M. Gérard Cornu avait indiqué dans son rapport précité que, pour être opérante, cette réforme « *devait s'accompagner d'une large campagne d'information, sans doute relayée par les organismes consulaires.* »

- En conséquence de l'extension du champ d'application personnel de l'article L. 121-4 du code de commerce aux conjoints de professionnels libéraux, le troisième paragraphe (III) du présent article vise à **abroger le premier paragraphe de l'article 46 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, qui définit le statut de conjoint collaborateur de professionnel libéral**.

En revanche, seraient maintenus les deux autres paragraphes de cet article qui posent des règles spécifiques aux professions libérales, en particulier le mandat express et la possibilité d'adhérer volontairement à l'assurance vieillesse des travailleurs non salariés.

Votre commission des affaires économiques a adopté un amendement tendant à améliorer la rédaction du V du texte proposé par le présent article pour l'article L. 121-4, ainsi qu'un amendement tendant à adapter la rédaction de l'article L. 121-6 du code de commerce aux nouvelles dispositions prévues par le projet de loi, en supprimant l'expression « *mentionné au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers et au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle* ». En effet chaque statut choisi par le conjoint d'un chef d'entreprise devrait être mentionné auprès de l'organisme habilité à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise, et non plus seulement celui de conjoint collaborateur.

Votre commission des lois vous propose un **amendement** ayant pour objet de préciser dès le deuxième paragraphe de l'article L. 121-4 du code de commerce que, pour que les conjoints des chefs d'entreprise puissent bénéficier du statut de conjoint collaborateur, les sociétés ne doivent pas dépasser certains seuils fixés par décret en Conseil d'Etat. Par **coordination**, elle vous soumet également un **amendement** tendant à réécrire le V du même article.

Elle vous propose enfin, comme la commission des affaires économiques saisie au fond, un **amendement tendant à supprimer la**

possibilité pour le conjoint d'un associé unique ou d'un gérant associé majoritaire d'une société civile artisanale à responsabilité limitée d'opter pour le statut de conjoint collaborateur, par coordination avec sa proposition de supprimer l'article 23 qui crée cette nouvelle forme sociale¹.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 10 **ainsi modifié**.

Article 11

(art. L. 121-7 nouveau du code de commerce)

Clarification de la responsabilité juridique du conjoint collaborateur

Cet article tend à **créer un nouvel article L. 121-7** au sein du code de commerce, ayant pour objet de **sécuriser le statut du conjoint collaborateur** du fait de ses actes et la responsabilité qui en découle.

En vertu de l'article L. 121-6 du code de commerce, le conjoint collaborateur est « *réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise* ». Il dispose ainsi d'un pouvoir légal de représentation en vertu duquel il peut participer à la gestion courante de l'entreprise.

Cette **présomption de mandat irréfragable** permet au conjoint collaborateur de participer à l'activité de l'entreprise familiale et d'effectuer tout acte d'administration, dans la mesure où ce dernier est nécessaire pour les besoins de l'entreprise. Le conjoint collaborateur peut ainsi prendre des commandes, acheter des marchandises, renouveler les stocks voire même gérer les encaissements courants. Conformément à la théorie du mandat, **tous ces actes sont réputés être faits au nom de l'exploitant**, lequel, en tant que mandant, doit en assumer les éventuelles conséquences juridiques et financières.

En revanche, s'il peut assurer la gestion normale de l'entreprise, le conjoint collaborateur ne peut en aucun cas se substituer au chef d'entreprise ou passer des actes de gestion engageant le développement de l'entreprise.

Le présent article du projet de loi propose de **renforcer la protection juridique du conjoint collaborateur vis à vis des tiers afin d'éviter que ce dernier puisse voir sa responsabilité engagée sur ses biens propres lorsqu'il passe des actes de façon régulière et pour les besoins de l'entreprise mais n'entrant pas dans le champ des actes d'administration concourant à la gestion courante de l'entreprise**.

En effet, comme le met en évidence le compte-rendu d'une réunion du groupe de travail précité, « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* », présidé par notre collègue M. Gérard Cornu, « *même si la jurisprudence accorde un large champ d'intervention au conjoint collaborateur, si les limites de ce mandat sont dépassées, le conjoint risque de*

¹ Voir le commentaire de l'article 23 du présent projet de loi.

voir ses actes, même accomplis de manière régulière, qualifiés d'actes de commerce et sa responsabilité mise en jeu, le cas échéant sur ses biens propres, notamment en cas de difficultés de l'entreprise ».

Au contraire, **le patrimoine familial du conjoint collaborateur doit être protégé et la responsabilité des conjoints limitée à leurs seuls biens communs**. C'est pourquoi, comme l'indique l'exposé des motifs, il convient de protéger davantage le conjoint collaborateur du risque de mise en cause de sa responsabilité, y compris lorsqu'il agit en dépassant, de façon non intentionnelle, son mandat de gestion.

A cet effet, le présent article pose, dans un nouvel article L. 121-7 du code de commerce, le principe selon lequel **dans les rapports avec les tiers, les actes accomplis par le conjoint collaborateur, pour les besoins de l'entreprise, seraient réputés l'être pour le compte du conjoint chef d'entreprise**. Ils n'entraîneraient en outre **aucune obligation personnelle** à la charge du conjoint collaborateur. Ce dernier ne peut en conséquence se voir poursuivi sur ses biens propres par un tiers. Il est à noter qu'il appartiendra toujours au chef d'entreprise de se retourner, s'il le désire, contre son conjoint en intentant une action en responsabilité. Le présent article ne concerne en effet que les rapports des conjoints avec les tiers.

Sous réserve d'un **amendement rédactionnel**, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 11 **ainsi modifié**.

Article 15

(art. 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971)

Statut de collaborateur libéral

Le présent article a pour objet d'étendre à l'ensemble des membres des professions libérales réglementées le bénéfice du statut de collaborateur libéral, limité actuellement aux seuls avocats et, sous des formes proches, à quelques professions. Il propose de définir un socle de règles communes applicables au contrat de collaboration libérale.

Actuellement, le statut de collaborateur libéral constitue un mode d'exercice peu répandu au sein des professions libérales.

- Un statut reconnu pour les avocats

L'exercice de la **profession d'avocat** en qualité de collaborateur libéral est reconnu par **l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques¹. Le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat apporte des précisions à cet égard². Le règlement intérieur unifié des barreaux de France définit ce statut comme un « *mode d'exercice professionnel exclusif de*

¹ Avant cette loi, ce mode d'exercice existait déjà en pratique et était reconnu par les règlements intérieurs de certains barreaux.

² Voir les articles 129 à 135.

tout lien de subordination par lequel un avocat consacre une partie de son activité au cabinet d'un autre avocat et peut développer sa clientèle personnelle » (article 14.1).

Ce dispositif se justifie principalement par le souci d'assurer la protection du professionnel dans ses relations avec l'avocat qui l'accueille.

Aussi prévoit-il l'établissement d'un contrat écrit entre les deux professionnels concernés. Doivent y figurer certains éléments tels que les **modalités de la rémunération**¹ et les **conditions** dans lesquelles il est possible de satisfaire aux besoins d'une **clientèle personnelle**². En revanche, certaines **clauses** sont **interdites**, en particulier celles qui limiteraient la **liberté d'établissement ultérieur** ou les obligations professionnelles en matière d'aide juridictionnelle et de commission d'office.

Ce statut n'a pas été remis en cause par l'introduction du salariat par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. En dépit de leurs points communs, ces deux statuts présentent des caractéristiques différentes, notamment la possibilité ou non d'avoir une clientèle personnelle, le mode de rémunération (salaire dans un cas, rétrocession d'honoraires dans l'autre) et la nature des rapports entre les deux professionnels (lien de subordination affirmé entre le salarié et son employeur, ce qui n'est pas le cas pour le collaborateur libéral).

Bien qu'inscrit dans la loi, le statut de collaborateur libéral n'est pas sans soulever des difficultés en raison de certaines imprécisions qui donnent lieu à un abondant contentieux tendant à la requalification du contrat de collaboration en contrat de travail, lourdes de conséquences - notamment financières³ - pour les employeurs contraints de régulariser la situation.

Ainsi que l'a souligné le Conseil national des barreaux, « *de toute évidence, l'article 7 et les dispositions ultérieures n'ont pas permis à ce jour de sécuriser le bon fonctionnement du contrat de collaboration non salariée en cas de litige devant les juridictions. En effet, on a très nettement constaté un glissement, en particulier sur le critère de la clientèle personnelle. [...] Il apparaît donc que de la possibilité d'avoir de la clientèle personnelle, on est passé à l'obligation d'en avoir une pour que la qualification de collaboration libérale résiste à l'examen des juges.* »⁴

En effet, il ressort de la jurisprudence récente que la possibilité de développer une clientèle personnelle constitue l'unique critère de qualification du contrat de collaboration libérale (Cour de cassation, 7 juillet 2004).

¹ *Qui prend le plus souvent la forme d'une rétrocession d'honoraires.*

² *Ainsi que, aux termes du décret du 27 novembre 1991 précité, la durée de la collaboration, les périodes d'activité et de congés, les conditions dans lesquelles il est mis un terme à la collaboration.*

³ *La requalification d'un contrat de collaborateur libéral en contrat de collaborateur salarié implique que le droit du travail s'applique, ce qui entraîne des conséquences quant au régime de cotisations sociales, à l'indemnité de licenciement, et aux dommages et intérêts.*

⁴ *Rapport sur le statut du collaborateur libéral non salarié adopté en assemblée générale le 19 septembre 2003, p. 13 et 16.*

Les représentants de la profession d'avocat ont donc souhaité un renforcement du cadre juridique du contrat de collaborateur libéral, appelant de leurs vœux « *une loi détaillant l'ensemble des présomptions susceptibles de qualifier un contrat de collaboration non salariée* », qui permettrait « *d'aller dans le sens de la sécurité juridique recherchée par la profession et de contraindre ainsi les juridictions à une application plus scrupuleuse de la lettre et de l'esprit de cette forme de contrat* »¹.

- Des modes d'exercice de certains professionnels inspirés du statut du collaborateur libéral mais peu formalisés

Des modes d'exercice proches du statut de collaborateur libéral se sont développés empiriquement dans d'autres professions. Les chirurgiens-dentistes peuvent ainsi exercer leur activité dans le cadre d'un contrat de convention d'exercice conjoint et les masseurs-kinésithérapeutes ont institué un contrat d'assistant collaborateur. Les architectes rétribuent leurs jeunes collaborateurs par des vacations. De même, le statut de médecin remplaçant permet une certaine forme de collaboration entre deux médecins. Toutefois, pour ce dernier cas, la souplesse offerte trouve ses limites dans le code de déontologie médicale², qui interdit expressément qu'un médecin soit employé par un autre, sous réserve d'hypothèses particulières (afflux exceptionnel de population, épidémie, état de santé dégradé du médecin).

- Le salariat, unique alternative pour les professionnels libéraux réglementés qui ne souhaitent pas s'installer

Hormis les professions précitées, le salariat constitue donc actuellement la seule alternative à l'installation qui s'offre aux professionnels libéraux. Or, depuis plusieurs années déjà, nombre d'entre eux souhaitent obtenir un statut qui leur permette de mieux concilier l'exercice indépendant et les responsabilités de gestion qui s'y attachent, avec l'impossibilité de disposer des investissements nécessaires à l'installation. Afin de répondre aux attentes fortes des professionnels, le Gouvernement a mis en place, en janvier 2003, une commission nationale de concertation des professions libérales, dont l'un des chantiers prioritaires était la généralisation de ce statut. Cette commission, aux travaux de laquelle le Conseil national des barreaux a été particulièrement associé, a élaboré un projet de contrat de collaboration libérale.

Dans le même esprit, le groupe de travail sur le « *statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* » précité, présidé par notre collègue M. Gérard Cornu, a également proposé, en octobre 2004, l'extension du contrat de collaborateur libéral prévu pour les avocats aux autres professions libérales et une meilleure protection du statut de l'avocat collaborateur.

¹ Rapport précité, p. 17.

² Voir les articles 87 et 88, repris aux articles R. 4127-87 et suivant.

Soucieux de répondre aux attentes des professions réglementées, le projet de loi reprend ces propositions.

● Le paragraphe I du présent article propose de définir les professions susceptibles d'exercer leur activité en qualité de collaborateur libéral.

Seraient concernés les **membres des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé**. Le tableau ci-après présente les principales professions visées, qui peuvent être regroupées dans trois ensembles recouvrant des activités différentes :

Professions juridiques et judiciaires	Professions techniques	Professions médicales
- avocat ; - avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation ; - avoué près une cour d'appel ; - notaire ; - huissier de justice ; - greffier de tribunal de commerce ; - administrateur judiciaire ; - mandataire judiciaire ; - commissaire-priseur ; - commissaire aux comptes	- architecte ; - géomètre expert ; - expert comptable ; - agent d'assurance ; - conseil en propriété industrielle ; - professeur de danse	- médecin ; - chirurgien dentiste ; - pharmacien ; - vétérinaire ; - infirmière ; - sage-femme ; - masseur-kinésithérapeute ; - orthopédiste ; - orthophoniste ; - pédicure-podologue ; - biologiste ; - diététicien ; - psychologue

Source : *ministère de la justice*

Cette liste s'étoffe régulièrement de professions dites « émergentes », telles que les agents privés de recherche.

Des exclusions seraient toutefois prévues afin de tenir compte de la spécificité de certaines professions, pour lesquelles le statut de collaborateur libéral ne paraît pas adapté :

- les **officiers publics ou ministériels** (avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, avoué près une cour d'appel, huissier de justice, notaire, commissaire-priseur judiciaire, greffier des tribunaux de commerce) en raison des prérogatives de puissance publique dont ils disposent ou de leur participation au service public de la justice ;

- les **administrateurs judiciaires** et les **mandataires judiciaires** pour lesquels ce mode d'exercice n'est pas approprié compte tenu de leur statut défini au livre VIII du code de commerce : ceux-ci pratiquent leurs

activités *intuitu personae* ; ils sont dépourvus d'une clientèle personnelle et leur rémunération prend la forme d'émoluments tarifés ;

- les **commissaires aux comptes**, du fait, d'une part, des exigences fixées par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, en particulier s'agissant de la règle de rotation des mandats prévue par l'article L. 822-14 du code de commerce, et d'autre part, de leur régime de nomination et de responsabilité.

• Le paragraphe II du présent article définit le **statut de collaborateur libéral** par opposition à celui de salarié, précisant que la personne pourrait exercer auprès d'un autre professionnel, personne physique ou personne morale, appartenant à la même profession.

Dans le souci de protéger les professionnels qui choisiraient ce statut, ceux-ci continueraient à jouir de leur **indépendance**, ce qui aurait pour corollaire **l'interdiction de tout lien de subordination** avec le professionnel employeur.

Par ailleurs, ce mode d'exercice autoriserait les intéressés à suivre **des formations**. Comme l'a indiqué le Gouvernement à votre rapporteur, cette référence vise à permettre au collaborateur de bénéficier d'une formation professionnelle, dans le cadre de la formation continue par exemple, comme d'une formation lui permettant de se familiariser à la gestion pratique d'un cabinet en abordant, au quotidien, les aspects fiscaux, comptables et organisationnels de l'exercice libéral, domaines peu abordés au cours des études.

Enfin, les intéressés disposeraient également de **la possibilité de se constituer une clientèle personnelle**.

Les représentants de la profession d'avocat se sont réjouis de la prochaine inscription dans la loi de plusieurs critères précis permettant de qualifier le contrat de collaboration libérale. Ils ont en particulier fait valoir que cette avancée permettrait d'apporter une plus grande sécurité juridique aux relations entre le collaborateur et le professionnel qui l'emploie et, en cas de contentieux, d'unifier la jurisprudence en distinguant plus nettement ce statut de celui de salarié.

• Le paragraphe III du présent article précise le **contenu du contrat de collaboration libérale**, tout en imposant le respect des règles professionnelles, c'est-à-dire les dispositions réglementaires et celles élaborées par les instances ordinales ou les autorités professionnelles. Les stipulations suivantes seraient donc obligatoires :

- la durée du contrat, indéterminée ou non, avec mention, le cas échéant, de son terme et des conditions de son renouvellement (1°) ;

- les modalités de rémunération (2°) ;

- les conditions d'exercice de l'activité (3°);
- les conditions et les modalités de la rupture du contrat avec mention d'un délai de préavis (4°).

En cas de **non-respect de ces règles**, ce contrat serait frappé de **nullité**.

• Le paragraphe IV du présent article prévoit que le **régime de responsabilité du collaborateur libéral** est déterminé par **les règles statutaires propres à chaque profession**. Ainsi, le décret du 27 novembre 1991 précité prévoit qu'un membre de la profession est civilement responsable des actes accomplis pour son compte par son ou ses collaborateurs. Chaque profession pourra de même déterminer les règles qui lui sont applicables.

• Le paragraphe V du présent article tend à faire bénéficier le collaborateur, qu'il exerce son activité dans un cabinet individuel ou une société, du **statut fiscal et social du professionnel indépendant** exerçant à titre individuel. Ainsi, le mode d'exercice du professionnel libéral qui accueille le collaborateur serait sans conséquence sur son statut.

• Le paragraphe VI du présent article opère des **coordinations** avec l'article 7 de la loi précitée du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Le projet de loi propose en effet de supprimer des références redondantes compte tenu de leur reproduction dans le présent projet de loi. Il s'agit notamment de :

- l'obligation d'établir le contrat de collaboration par écrit ;
- l'obligation d'y faire figurer les modalités de rémunération ;
- la possibilité de se constituer une clientèle personnelle.

En revanche, une disposition particulière à la loi de 1971 serait maintenue. Il s'agit de l'interdiction d'inscrire dans le contrat de collaboration une clause limitant la liberté d'établissement ultérieur du collaborateur, qui ne figurerait pas dans les règles générales définies aux termes du présent projet.

Cette absence de précision sur les restrictions possibles à la liberté d'entreprendre dans le présent projet de loi ne résulte pas d'un oubli. En effet, les professions réglementées expriment à cet égard des attentes différentes selon leurs caractéristiques propres. Ainsi, les avocats souhaitent le maintien de l'interdiction d'une clause de non concurrence, compte tenu de leur cadre d'exercice. Au contraire, d'autres professions, comme par exemple les architectes et les géomètres experts, pourraient trouver avantage à une telle clause. Il paraissait donc difficile de prévoir une règle unique, opportune pour toutes les professions.

Votre commission vous soumet **un amendement** de cohérence visant à permettre une **meilleure articulation entre les dispositions de la loi de 1971 applicable aux seuls avocats et celles du présent projet de loi**. Dès lors que subsiste une disposition particulière aux avocats dans la loi de 1971 (interdiction d'une clause de non-concurrence), il paraît logique de préciser que les règles générales applicables au contrat de collaboration libérale sont fixées dans les conditions définies par l'article 15 du présent projet de loi.

• Le paragraphe VII du présent article renvoie à des **décrets spécifiques à chaque profession** le soin de définir les **conditions et les modalités d'application du statut de collaborateur libéral**. Il est précisé que ces décrets devront respecter les règles déontologiques qui s'imposent à chaque profession et être élaborés après consultation des instances ordinales ou des organisations professionnelles représentatives. Ainsi, pourraient être plus particulièrement définies dans les décrets les règles applicables en cas de litige ou la soumission obligatoire des contrats aux ordres professionnels.

La consécration législative d'un statut de collaborateur libéral commun à l'ensemble des professions libérales a été unanimement saluée par les personnes entendues par votre rapporteur.

Ce mode d'exercice présente de nombreux avantages pour des professionnels présentant un profil très différent. Il constitue un instrument de développement de l'exercice libéral qui mérite d'être développé et, donc, approuvé.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 15 **ainsi modifié**.

Article 16

(chapitre VI nouveau du titre IV du livre Ier et art. L. 146-1 à L. 146-4 nouveaux du code de commerce)

Statut du gérant-mandataire

Cet article tend à créer un nouveau chapitre VI au sein du titre IV du livre premier du code de commerce, comprenant quatre nouveaux articles numérotés L. 146-1 à L. 146-4, **relatif aux gérants-mandataires**.

La reconnaissance juridique de la gérance-mandat par son inscription dans le code de commerce était préconisé par le groupe de travail « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* » précité.

I. Le droit actuel : la gérance-mandat, le développement d'une pratique régie par la jurisprudence et le droit commun des contrats

Le propriétaire d'un fonds de commerce peut décider de ne pas en assurer l'exploitation et de la confier à un gérant. Plusieurs modalités de gestion s'offrent alors à lui.

Il peut tout d'abord décider de procéder à une **location-gérance**, auquel cas il « *en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls* » (article L. 144-1 du code de commerce). Le locataire-gérant est uniquement tenu de payer une redevance au propriétaire auquel il n'a aucun compte à rendre. La location-gérance est régie par le chapitre IV du titre IV du livre Ier du code de commerce (articles L. 144-1 à L. 144-13), reprenant les dispositions de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956.

Le propriétaire peut également décider de **conserver un certain pouvoir de direction et de contrôle sur l'exploitation du fonds de commerce**. Suivant l'intensité des pouvoirs qu'il conserve, peut être instituée une **gérance salariée** ou une **gérance-mandat**.

La gérance salariée consiste à employer un gérant qui est tenu de suivre les instructions du propriétaire et soumis à son contrôle. Un véritable lien de subordination peut être démontré entre le gérant et le propriétaire du fonds de commerce. Ce dernier « *exerce un contrôle direct sur l'exploitation, donnant des instructions, ou tout au moins surveillant la gestion.* »¹

La gérance-mandat se distingue de la gérance salariée en ce qu'elle **laisse une plus grande indépendance au gérant**. Celui-ci est libre des moyens dont il dispose pour exploiter le fonds de commerce. Il doit toutefois rendre compte de ses actes au propriétaire qui conserve un pouvoir de contrôle sur la gestion et continue de supporter les risques y afférant.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne traite actuellement de la gérance-mandat qui est en conséquence soumise aux règles de droit commun du contrat prévues dans le code civil ainsi qu'à certaines dispositions du code de commerce.

Toutefois, du fait de l'importance de cette pratique de gestion dans le secteur de l'alimentation de détail, une loi du 3 juillet 1944 est venue réglementer la situation des gérants non salariés des succursales de maisons de l'alimentation de détail et des coopératives de consommation. Ces dispositions sont désormais codifiées aux articles L. 782-1 à L. 782-7 du code du travail.

¹ Fernand Derrida et Charley Hannoun, « Gérance de fonds de commerce » in Dalloz commercial.

Les gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail et des coopératives de consommation

Le développement important de la gérance-mandat au sein des succursales de maisons d'alimentation de détail a conduit à l'adoption de la loi du 3 juillet 1944, dont les dispositions ont été codifiées aux articles L. 782-1 à L. 782-7 du code du travail.

Sont qualifiés de « *gérants non salariés* » les personnes qui exploitent, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des maisons d'alimentation de détail ou des coopératives de consommation, lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de leur travail et leur laisse toute latitude d'embaucher du personnel ou de se substituer des remplaçants à leurs frais et sous leur entière responsabilité.

Les gérants non salariés sont considérés comme des chefs d'établissements à l'égard du personnel qu'ils emploient.

La réglementation des conditions de travail résultant du livre II du code de travail leur est applicable dès lors qu'elle l'est déjà pour les chefs d'établissements, à l'exception des dispositions relatives aux congés payés.

Des accords collectifs, régis par les dispositions du titre III du livre Ier du code du travail, fixent les conditions que doivent satisfaire les contrats individuels passés entre les entreprises et les gérants de succursales non salariés. Ils déterminent notamment le minimum de la rémunération garantie à ces derniers, en tenant compte de l'importance des modalités d'exploitation de la succursale.

Ces accords collectifs peuvent, sous certaines conditions, être rendus obligatoires par arrêté du ministre chargé du travail à l'ensemble des maisons d'alimentation de détail et des coopératives de consommation comprises dans leur champ d'application.

A défaut d'accords collectifs, le ministre chargé du travail peut également fixer les conditions devant être respectées par ces contrats, pour une région déterminée ou pour l'ensemble du territoire.

Les gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail et de coopératives de consommation bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale. Toutefois, en cas d'accord entre les parties, l'octroi d'un repos effectif dans le cadre des congés payés peut être remplacé par le versement d'une indemnité dont le montant est déterminé à 1/12^{ème} des rémunérations perçues pendant la période de référence.

Les tribunaux de commerce sont compétents pour statuer sur les litiges survenus entre une entreprise et un gérant non salarié sur les modalités commerciales d'exploitation des succursales.

Ceux concernant les conditions de travail des gérants non salariés relèvent en revanche des tribunaux habilités à connaître des litiges survenus à l'occasion de louages de services.

La gérance-mandat continue d'être très employée comme mode de gestion dans le secteur alimentaire, dans lequel seraient recensés, d'après les chiffres avancés par le Gouvernement, 5.000 contrats de ce type, dont 4.500 pour le seul groupe Casino. Lors de leur audition par le groupe de travail précité « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* », Mme Paule Saint-Léger, directrice du service juridique et social de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution et de M. Christian Gué, directeur des ressources humaines – branche proximité du Groupe Casino, ont indiqué qu'étaient actuellement recensés « *2.300 couples de gérants-mandataires non salariés, dans autant de magasins de proximité « Petit Casino » avec une présence importante en zones rurales.* » 600 salariés seraient en outre

employés dans ces magasins, parmi lesquels 350 apprentis. 100 à 150 points ventes sont ouverts par le groupe chaque année.

En dehors du secteur alimentaire régi par des dispositions du code du travail, la gérance-mandat s'est également fortement développée dans le secteur de l'hôtellerie¹, le secteur du textile et de la chaussure, la gestion de commerces ou encore les stations-service.

En dehors des dispositions spécifiquement établies dans le code du travail pour la gérance non salariée des succursales de maisons d'alimentation de détail et des coopératives de consommation, plusieurs règles se sont développées en pratique en matière de gérance-mandat.

Ainsi, les compétences du gérant-mandataire sont fixées par contrat. Tout acte accompli dans ce cadre par le gérant-mandataire est présumé l'être au nom et pour le compte du propriétaire.

Le gérant-mandataire n'est pas inscrit au registre du commerce et des sociétés. Par conséquent, il n'a pas la qualité de commerçant.

En matière de rémunération, le gérant-mandataire peut bénéficier d'un intéressement aux résultats. Il reçoit une commission proportionnelle au chiffre d'affaires généré par l'exploitation du fonds.

Selon les termes mêmes du rapport « *Statut de l'entreprise, de l'entrepreneur et du conjoint* », la gérance-mandat est un « **mode d'organisation souple permettant une indépendance du gérant par rapport à son mandant dans la gestion des moyens matériels et humains, étant précisé que le mandant fixe les résultats à obtenir et apporte le soutien logistique.** »

La gérance-mandat est intéressante tant pour le propriétaire, qui continue de contrôler l'exploitation de son fonds, que pour le gérant-mandataire qui dispose d'une certaine indépendance dans la gestion de l'établissement, dans la limite toutefois de son mandat, et peut exercer une activité commerciale sans avoir à investir préalablement et en prenant de très faibles risques financiers. Ce mode de gestion facilite en particulier l'entrée dans les secteurs concernés de personnes qui n'avaient pas les moyens financiers pour le faire. Comme l'indique également le rapport précité, il peut s'avérer être une étape vers la création d'entreprises².

Ce **mode d'organisation** de la gestion des fonds de commerce est **défendu par un nombre important d'acteurs économiques**. Toutefois, **aucun texte n'a jusqu'à présent consacré son existence juridique** et il

¹ Le groupe ACCOR a à lui seul signé environ 350 contrats de gérance-mandat.

² La gérance-mandat se distingue de la franchise qui constitue un contrat « en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisee, à le faire, jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisee s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur (avec en général de sa part pour cet approvisionnement un engagement d'exclusivité) » (définition in G. Cornu (dir.), « Vocabulaire juridique », Paris, 2001 - PUF).

arrive, paraît-il de plus en plus souvent, que **des contrats initialement conclus comme des contrats de gérance-mandat soient requalifiés par le juge en contrats de gérance salariée.**

Une forte demande s'est manifestée pour **consacrer légalement la gérance-mandat comme mode de gestion des fonds de commerce.** Elle a été relayée par le groupe de travail mis en place par le ministre chargé des petites et moyennes entreprises dans son rapport précité qui a prévu la reconnaissance légale de la gérance-mandat parmi ses propositions.

II. Le projet de loi : la reconnaissance légale de la gérance-mandat comme modalité de gestion d'une entreprise

L'**article 16** du projet de loi propose de consacrer, au niveau législatif, l'existence de la gérance-mandat et de préciser les conditions dans lesquelles de tels contrats pourront être conclus. Comme l'indique l'exposé des motifs, il s'agit ainsi d'encadrer « *la relation contractuelle existant entre le mandataire, souvent titulaire d'une enseigne commerciale dans le secteur de la distribution ou des services, et le gérant qui assume la responsabilité de l'exploitation d'une unité économique indépendante* ».

Le présent article propose par conséquent de **créer un nouveau chapitre VI** au sein du titre IV du livre premier du code de commerce relatif aux gérants-mandataires. Il regrouperait **quatre nouveaux articles L. 146-1 à L. 146-4.**

• L'article L. 146-1 du code de commerce : définition du gérant-mandataire

Le texte proposé pour l'article L. 141-6 du code de commerce donne une définition des gérants-mandataires. Seraient ainsi qualifiés de gérants-mandataires les personnes physiques ou morales exploitant un fonds de commerce moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires et ayant conclu un contrat avec le mandant, pour le compte duquel elles exploitent ce fonds, lequel en reste propriétaire, supporte les risques liés à son exploitation et leur fixe une mission en leur laissant toute latitude de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité, à leurs frais et sous leur entière responsabilité.

Le projet de loi prévoit que le gérant-mandataire devrait s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés. Il convient de noter que, dans la mesure où l'article L. 123-7 du code de commerce dispose que « *l'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant* », le gérant-mandataire, personne physique, devrait en conséquence être présumé commerçant.

Le contrat de gérance-mandat serait également mentionné dans ce registre et devrait faire l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Cet article **exclut les gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail** et des coopératives de consommation du présent dispositif. Ces derniers demeureraient en effet soumis aux règles qui leur sont spécifiquement destinées dans le code du travail. Il a été jugé préférable de maintenir en l'état cette forme de gérance non salariée.

Votre commission des affaires économiques a proposé d'étendre à la gestion d'un fonds artisanal la possibilité de recourir à la gérance-mandat.

- L'article L. 146-2 du code de commerce : informations préalables nécessairement fournies par le mandant au gérant-mandataire

Le texte proposé par l'article L. 146-2 du code de commerce tend à prévoir que le mandant devrait, avant la signature du contrat, fournir au gérant-mandataire toutes les « *informations nécessaires sur sa mission afin de lui permettre de s'engager en connaissance de cause* ».

Il s'agit, par cette disposition inspirée de l'article L. 330-3 du code de commerce applicable en matière de franchise, de permettre au gérant-mandataire d'avoir une parfaite connaissance de ce à quoi il s'engage et des conditions dans lesquelles il devrait assurer la gestion du fonds de commerce.

Ainsi, en matière de franchise, l'article L. 330-3 du code de commerce prévoit que le franchiseur est tenu de fournir à l'éventuel franchisé, avant la signature du contrat, un « *document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ». En vertu de cet article, ce document doit notamment préciser l'ancienneté, l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. Les informations devant être contenues dans ce document sont prévues par le décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1er de la loi no 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

D'après les informations fournies à votre rapporteur, un décret pourrait également être pris par le Gouvernement afin de déterminer, les éléments devant nécessairement être fournis aux candidats à la gérance-mandat avant qu'ils ne signent le contrat.

- L'article L. 146-3 du code de commerce : la fixation par des accords collectifs des conditions devant être satisfaites par les contrats des gérants-mandataires

Le présent article prévoit que des accords collectifs devraient être pris afin de fixer les conditions devant être satisfaites par les contrats de gérance-mandat. Ils devraient notamment déterminer le minimum de rémunération devant être garanti par le propriétaire au gérant-mandataire, compte-tenu de l'importance de l'établissement et des modalités de son exploitation.

De tels accords sont déjà prévus à l'article L. 782-3 du code du travail pour les gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail et des coopérations de consommation. Ces derniers sont respectivement régis par l'accord collectif national du 18 juillet 1963 modifié pour les succursales des maisons d'alimentation de détail et par l'accord collectif national du 12 novembre 1951 pour les coopératives de consommation.

Les accords collectifs prévus par le présent article seraient régis, par analogie avec les conventions ou accords collectifs de travail, par les dispositions du titre III du livre premier du code du travail.

Il s'agit par ces dispositions d'équilibrer les relations entre les mandants et les gérants-mandataires et d'assurer certaines garanties à ces derniers, en particulier en matière de rémunération.

Les dispositions de ces accords pourraient en outre être rendues obligatoires, dans les conditions fixées par l'article L. 782-4 du code du travail pour la gérance non salariée des succursales de maisons d'alimentation de détail et des coopératives de consommation. Ainsi, un arrêté du ministre chargé du travail pourrait, après consultation des organisations professionnelles intéressées, rendre ces accords collectifs obligatoires à l'ensemble des contrats de gérance-mandat entrant dans leur champ d'application.

Enfin, le texte proposé pour l'article L. 146-3 du code de commerce prévoit qu'à défaut d'accord collectif, le ministre chargé du travail pourrait fixer lui-même, après avoir consulté les organisations professionnelles intéressées, les conditions auxquelles devraient satisfaire les contrats de gérance-mandat, soit pour une région déterminée, soit pour l'ensemble du territoire national.

Votre commission considère que, si le ministre chargé du travail est en effet compétent pour étendre les dispositions des accords collectifs ou fixer les conditions devant être satisfaites pour passer les contrats de gérance-mandat, du fait de son expérience en matière de négociation d'accords collectifs et de droits sociaux, il semble **nécessaire que le ministre chargé des petites et moyennes entreprises puisse également intervenir dans la procédure**. Les gérants-mandataires sont en effet des travailleurs indépendants, en aucun cas des salariés, et exercent une activité commerciale. C'est pourquoi votre commission vous soumet **deux amendements** tendant à prévoir :

- pour l'un, que **l'extension du champ d'application des dispositions des accords collectifs devrait être effectuée par arrêté conjoint du ministre chargé du travail et du ministre chargé des petites et moyennes entreprises** ;

- pour l'autre, qu'**à défaut d'accord collectif, les conditions devant être satisfaites par les contrats de gérance-mandat seraient fixées**

conjointement par le ministre chargé du travail et le ministre chargé des petites et moyennes entreprises.

Elle vous propose également un **amendement rédactionnel**.

• L'article L. 146-4 du code de commerce : conditions dans lesquelles le contrat prend fin

Le texte proposé pour l'article L. 146-4 du code de commerce fixe les conditions dans lesquels le contrat de gérance-mandat pourrait prendre fin.

Il pose tout d'abord le principe selon lequel il pourrait être mis fin audit contrat à tout moment et dans les conditions fixées par les parties.

Il prévoit toutefois qu'en cas de résiliation du contrat par le mandant, celui-ci devrait obligatoirement verser au gérant-mandataire, sauf si ce dernier a commis une faute lourde, une indemnité égale au montant des commissions acquises, **ou du minimum de rémunération garanti**, pendant les six mois précédant la résiliation du contrat ou, si cette dernière est intervenue avant six mois, pendant la durée d'exécution dudit contrat.

Votre commission des affaires économiques a adopté un amendement rédactionnel tendant à remplacer le terme de faute lourde par celui de faute grave.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 16 **ainsi modifié**.

TITRE IV TRANSMISSION ET REPRISE D'UNE ENTREPRISE

Article 20

(chapitre X nouveau du titre III du livre II du code de commerce,
art. 8 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990)

Location d'actions et de parts sociales

Cet article tend à **créer un dispositif nouveau permettant la location d'actions de sociétés par actions et de parts sociales de sociétés à responsabilité limitée**. A cet effet, serait créé un chapitre X nouveau au sein du titre III du livre II du code de commerce. Une **exclusion viserait néanmoins spécifiquement les sociétés d'exercice libéral**.

I. Le dispositif de location d'actions et de parts sociales inscrit dans le code de commerce

Le premier paragraphe (I) de cet article créerait un chapitre X nouveau au sein du titre III du livre II du code de commerce, intitulé : « *De la location d'actions et de parts sociales* ». Il serait composé de cinq articles numérotés L. 239-10-1 à L. 239-10-5.

Selon l'exposé des motifs du projet de loi, ce nouveau dispositif est destiné à « ouvrir la voie à une simplification des montages existants en matière de cession ou de transmission d'entreprise ». Il limiterait notamment le recours aux garanties d'actif¹ ou de passif², tout en ouvrant des possibilités nouvelles par rapport aux schémas traditionnels de location-gérance de fonds de commerce. Grâce au mécanisme de location envisagé, le locataire pourra, en quelque sorte, bénéficier d'une « période d'essai » lui permettant de déterminer s'il est intéressant pour lui de devenir propriétaire des actions ou parts sociales qu'il loue.

Le contrat de bail pourra d'ailleurs être conclu, le cas échéant, avec une option d'achat au terme de la location. Juridiquement, ce mécanisme se concrétiserait par une promesse unilatérale de vente consentie au locataire par le bailleur, le I de l'article 21 du présent projet de loi consacrant cette possibilité en modifiant à cet effet l'article L. 313-7 du code monétaire et financier. Dans ce cas, les conditions de la cession à intervenir seraient soumises au régime prévu aux articles L. 313-7 à L. 313-11 du code monétaire et financier.

Ce nouveau régime viendrait donc compléter des dispositifs préexistants, tel le démembrement de propriété des titres sociaux³, la vente à réméré⁴, le crédit-bail⁵ ou le prêt de titres⁶, offrant ainsi un éventail élargi de modalités de transmission des sociétés commerciales.

Article L. 239-10-1 nouveau du code de commerce
**Champ d'application du dispositif de location d'actions
et de parts sociales**

L'article L. 239-10-1 nouvellement inséré dans le code de commerce définirait l'objet de la location d'actions ou de parts sociales par référence à l'article 1709 du code civil. Aux termes de cette disposition, « le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. »

Le dispositif de location prévu par la présente disposition consisterait donc en **l'octroi de l'usage des droits conférés à son titulaire par une action ou une part sociale, en contrepartie d'un prix**. Le dispositif proposé aurait cependant un **champ d'application limité**.

¹ Clause d'un contrat de vente d'actions ou de parts sociales protégeant le cessionnaire contre les conséquences de la diminution de l'actif social postérieurement à la cession.

² Clause d'un contrat de vente d'actions ou de parts sociales par laquelle le cédant s'engage à supporter les conséquences des dettes sociales afférentes à la période antérieure à la cession mais apparues après celle-ci.

³ Entre nue-propriété et usufruit.

⁴ Articles 1659 à 1673 du code civil.

⁵ Articles L. 313-7 à L. 313-11 du code monétaire et financier.

⁶ Articles L. 432-6 à L. 432-10 du code monétaire et financier.

- Les sociétés concernées

La conclusion de contrats de bail d'actions ou de parts sociales ne pourrait intervenir que dans certains types de sociétés :

- d'une part, **les sociétés par actions**, cette catégorie incluant les sociétés anonymes (SA), les sociétés par actions simplifiées (SAS), ainsi que les sociétés en commandite par actions (SCA) ;

- d'autre part, **les sociétés à responsabilité limitée (SARL)**. Encore convient-il que ces dernières soient soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option. Cette exigence exclut donc, en principe, les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL) dont l'associé unique est une personne physique, dans la mesure où celles-ci sont soumises à l'impôt sur le revenu. Toutefois, les parts sociales d'EURL seraient susceptibles de location dans l'hypothèse où la société aurait opté pour l'impôt sur les sociétés, comme l'y autorise le 3 de l'article 206 du code général des impôts.

L'impossibilité de faire bénéficier d'autres types de sociétés d'une telle location s'explique par la volonté d'éviter les conséquences qui pourraient résulter de l'utilisation de ce dispositif dans le cadre de sociétés dans lesquelles les associés sont indéfiniment responsables des dettes sociales (tel est le cas des sociétés civiles) ou solidairement et indéfiniment responsables de celles-ci (sociétés en commandite simple, sociétés en nom collectif). En effet, dans ce cas, les associés propriétaires de leurs parts sociales pourraient être tenus sur leur patrimoine propre à raison de décisions qui pourraient leur être imposées par de simples locataires.

Conformément à l'objet du projet de loi, le dispositif proposé s'adresse aux petites et moyennes entreprises dans le but d'en faciliter la transmission. **Aussi le texte proposé exclut-il toute possibilité de location dans le cadre des sociétés faisant appel public à l'épargne.** Ce choix de politique législative explique que **ne pourraient faire l'objet d'un contrat de bail :**

- les titres **nominatifs négociables sur un marché réglementé**. Cette rédaction impliquerait l'impossibilité de louer des titres au porteur ainsi que des titres susceptibles d'être négociés sur un marché réglementé, c'est-à-dire susceptibles d'une cotation boursière ;

- les titres **inscrits aux opérations d'un dépositaire central**. L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale a rendu possible l'émission de titres au porteur hors des marchés réglementés. Pour procéder à une telle émission, une société doit s'adresser à un dépositaire central. Celui-ci ouvre et tient, pour le compte de ses adhérents, des comptes courants de titres et assure la circulation de ces derniers par des virements de compte à compte ;

- ainsi que ceux qui « *ne sont pas soumis à une obligation de conservation prévue à l'article L. 225-197-1* » du code de commerce, c'est-à-dire les **actions distribuées gratuitement aux salariés de la société par le conseil d'administration ou le directoire, sur autorisation de l'assemblée générale extraordinaire, pour lesquelles l'obligation de conservation par leurs bénéficiaires -qui ne peut être inférieure à deux ans- s'est achevée**. Cette exclusion semble logique puisqu'à défaut, l'obligation de détention posée par la disposition susmentionnée pourrait être tournée.

- La qualité du locataire

Le preneur au contrat de bail ne pourrait être qu'une **personne physique**. L'exclusion des personnes morales du dispositif s'explique par le **souci d'éviter, en particulier, le contournement des règles relatives aux participations réciproques** dans les groupes incluant des sociétés par actions.

L'existence de participations -directes ou indirectes et éventuellement croisées- entre plusieurs sociétés peut en effet conduire à des abus, caractérisés en particulier par un verrouillage des organes de direction¹ et la limitation des possibilités d'exercer des offres publiques d'achat. Pour contrer ces pratiques, les articles L. 223-29 et suivants du code de commerce mettent ainsi en place des dispositifs interdisant les participations directes au-delà d'un pourcentage déterminé ou limitant les pouvoirs attachés aux actions d'auto-contrôle².

Or, ces règles pourraient être vidées de leur contenu si l'une des sociétés du groupe devenait locataire des actions d'une autre, ce montage lui permettant ainsi d'exercer les droits de vote lui assurant un contrôle effectif sur une autre société ou un auto-contrôle.

- L'interdiction de la sous-location ou du prêt des titres loués

L'article L. 239-10-1 interdirait le cumul des opérations de location sur un même titre, ainsi que le cumul entre une location et un prêt.

En premier lieu, un titre qui aurait fait l'objet d'une location en vertu d'un premier contrat de bail ne pourrait donner lieu à une nouvelle location tant que ce premier contrat n'est pas éteint. Ainsi, **toute sous-location serait interdite, la sanction étant alors la nullité du contrat de sous-location**.

En second lieu, **les titres loués** en vertu de la présente disposition **ne pourraient faire l'objet d'un prêt** au sens des articles L. 432-6 à L. 432-11 du code monétaire et financier. Ces dispositions permettent de prêter des actions dans le cadre d'une opération de prêt à la consommation, définie par les articles 1892 à 1904 du code civil, en contrepartie d'une rémunération

¹ *Les administrateurs communs des sociétés d'un même groupe peuvent profiter de ces participations réciproques pour assurer leur réélection dans chacune des sociétés grâce aux actions détenues par les autres sociétés du groupe.*

² *L'auto-contrôle est caractérisé lorsqu'une société assure son propre contrôle par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dont elle détient elle-même, directement ou indirectement, le contrôle.*

constitutive d'un revenu de créance au sens du I de l'article 38 *bis* du code général des impôts.

Ces interdictions se justifient par le souci d'assurer une réelle transparence sur l'identité de la personne qui pourra effectivement exercer les droits, en particulier politiques (participation aux décisions de l'assemblée des associés ou des actionnaires), attachés aux actions faisant l'objet de la location.

Si votre commission est favorable à ce nouveau dispositif, elle estime nécessaire d'en **restreindre l'utilisation lorsque la société dont les titres sont donnés à bail fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.**

En effet, à compter du jugement d'ouverture de cette procédure, les dirigeants de droit ou de fait de la société ne peuvent, à peine de nullité, céder les parts sociales, actions ou certificats d'investissement ou de droit de vote représentant leurs droits sociaux que dans les conditions fixées par le tribunal. Les actions et certificats d'investissement ou de droit de vote sont virés à un compte spécial bloqué, ouvert par l'administrateur au nom du titulaire et tenu par la société ou son intermédiaire financier. Aucun mouvement ne peut être effectué sur ce compte sans l'autorisation du juge-commissaire¹.

Or, un tel dispositif, qui tend à éviter que les dirigeants cèdent leurs titres pour échapper aux conséquences du redressement judiciaire, pourrait être facilement contourné par une mise en location des actions et parts sociales de la société faisant l'objet de la procédure de redressement. En conséquence, votre commission vous soumet un **amendement tendant à n'autoriser la mise en location de ces titres que dans les conditions fixées par le tribunal ayant ouvert la procédure de redressement.**

Article L. 239-10-2 nouveau du code de commerce
**Modalités de conclusion et d'opposabilité du contrat de bail –
Formalités de délivrance des actions et parts sociales**

Aux termes de l'article L. 239-10-2 du code de commerce, le contrat de bail portant sur des actions ou des parts sociales devra faire l'objet d'un **écrit qui pourra être un simple acte sous seing privé**. Toutefois, il devra être soumis à la formalité de l'**enregistrement**. L'exécution de cette formalité, mentionnée à l'article 849 du code général des impôts², permet de certifier l'existence d'un acte sous seing privé et de lui donner une date certaine.

¹ Article L. 621-19 du code de commerce. Aux termes du projet de loi de sauvegarde des entreprises en cours d'examen en première lecture par le Sénat, cet article serait repris, avec un objet plus étendu, à l'article L. 631-10 nouveau du même code. Voir le rapport n° 335 (Sénat, 2004-2005) de notre collègue Jean-Jacques Hyest, au nom de la commission des lois, p. 331-332.

² Article 849 du code général des impôts : « Les parties qui rédigent un acte sous seing privé soumis à l'enregistrement dans un délai déterminé doivent en établir un double revêtu des mêmes signatures que l'acte lui-même, et qui reste déposé au service des impôts lorsque la formalité est requise. »

• Cet acte devrait comporter des **mentions obligatoires**, qui seraient définies par décret en Conseil d'Etat. Selon les informations recueillies par votre rapporteur pour avis, ces mentions seraient relatives à :

- la **durée du contrat** de bail. Aux termes de l'article 1709 du code civil, le louage d'ouvrage a une durée nécessairement limitée. Il est donc indispensable que le contrat précise la durée de location ;

- la **nature, l'identification et le nombre des actions ou parts sociales** faisant l'objet du contrat de bail ;

- la **répartition des droits de vote**. Le caractère substantiel de cette mention s'explique par le fait que le contrat de location d'actions ou de parts sociales est destiné à faciliter la reprise d'une société commerciale en permettant au preneur à bail de participer, « *à l'essai* », à la vie de la société. La convention doit donc nécessairement définir la nature des droits qui seront conférés au locataire et ceux restant au bailleur. Toutefois, cette répartition devra nécessairement être déterminée dans les limites autorisées par les dispositions et la jurisprudence relatives aux droits respectifs du nu-propiétaire et de l'usufruitier en cas de démembrement de propriété de valeurs mobilières. Cette exigence résulterait du deuxième alinéa de l'article L. 239-10-3 tel qu'il résulterait du présent projet de loi ;

- la **répartition éventuelle du boni de liquidation**. Ainsi, en cas de dissolution de la société dont les actions ou parts sociales ont fait l'objet du contrat de bail, le produit de la réalisation des actifs de la société serait partagé entre le locataire et le bailleur selon les stipulations contractuelles ;

- les **modalités de cession éventuelle des actions et parts sociales par le bailleur**. Le contrat pourra permettre, sous certaines conditions, une telle cession, voire l'interdire purement et simplement tant que le contrat de location n'est pas parvenu à son terme.

Votre commission estime qu'il conviendrait que le décret rende également obligatoire la mention au sein du contrat de bail de la situation résultant d'une dissolution anticipée de la société avant le terme du contrat.

Le texte proposé ne définirait pas la sanction applicable en l'absence de telles mentions dans le contrat de bail. Votre commission considère qu'il s'agit de mentions substantielles et vous soumet un **amendement** destiné à **prévoir que l'absence de ces mentions sera sanctionnée par la nullité de l'acte.**

• **L'opposabilité de la location** d'actions ou de parts sociales à la **société s'effectuerait dans les formes** prévues par l'article 1690 du code civil, c'est-à-dire celles **applicables aux cessions de créances.**

Dans ces conditions, la situation juridique nouvelle créée par le contrat de bail ne produira ses effets vis-à-vis de la société dont les actions ou parts sociales font l'objet d'un contrat de bail qu'à la condition que celle-ci en ait reçu signification. Le cas échéant, l'opposabilité de la location pourra

également intervenir au moyen d'un acte authentique par lequel la société aura déclaré accepter la situation nouvelle.

Faute de l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités, en application de la présente disposition, la société ne pourrait se voir opposer la nouvelle répartition des droits entre le bailleur et le locataire, pas plus qu'elle ne pourrait s'en prévaloir.

Tout contrat de bail emportant pour le bailleur une obligation de délivrance au preneur de la chose louée, le troisième alinéa du texte proposé déterminerait les **modalités de délivrance** au locataire des parts sociales ou actions faisant l'objet du contrat.

Cette délivrance interviendrait, selon le texte proposé, **à la date de la mention du bail et du nom du locataire à côté du nom de l'associé ou de l'actionnaire :**

- dans le registre des titres nominatifs, lorsqu'il s'agit d'une société par actions. Ces sociétés doivent détenir un tel registre en application du sixième alinéa de l'article L. 228-1 du code de commerce¹. A la différence des associés d'une société à responsabilité limitée, les noms des actionnaires ne figurent en effet pas dans les statuts ;

- dans les statuts, lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée.

Ce n'est qu'à compter de la délivrance des titres et non à compter de l'opposabilité du contrat de bail que des obligations envers le locataire naîtront dans le chef de la société dont les parts ou actions sont l'objet du contrat. Selon la rédaction proposée, celle-ci devrait ainsi :

- adresser au locataire les informations dues aux actionnaires ou associés. Le preneur sera en conséquence informé dans les mêmes conditions que le bailleur ;

- prévoir sa participation et son vote aux assemblées conformément aux stipulations contractuelles.

Compte tenu des précisions qu'elle vous proposera d'apporter à l'article L. 229-10-3, votre commission vous soumet, par coordination, un **amendement supprimant le renvoi à des aménagements contractuels en matière de vote et précisant que celui-ci devra s'effectuer dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de cette disposition.**

¹ Cet article renvoyant lui-même à l'article L. 211-4 du code monétaire et financier qui dispose que « les titres des sociétés par actions qui ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé (...) doivent être inscrits à un compte tenu chez lui par l'émetteur au nom du propriétaire des titres. »

Aux termes du dernier alinéa du texte proposé, **les titres loués devraient faire l'objet d'une évaluation** en début ou en fin de contrat, ainsi qu'à la fin de chaque exercice comptable lorsque le bailleur est une personne morale. Selon le texte proposé, cette évaluation s'effectuerait :

- « *sur la base de critères tirés des comptes sociaux* ». Cette formulation implique que, lors de l'évaluation, il devra notamment être tenu compte de l'inscription des actions ou parts dans les comptes annuels de la société dont elles forment le capital social, de l'évolution éventuelle de l'évaluation des actions et parts concernées effectuée sous la responsabilité des organes sociaux, ainsi que, en cas de perte de valeur de ces titres, de l'existence éventuelle d'un provisionnement dans la société ;

- **par un commissaire aux comptes**. L'intervention de ce professionnel a pour but de garantir la sincérité de l'évaluation donnée aux actions ou parts sociales faisant l'objet du contrat. Toutefois, elle se distinguerait notablement de celle qui est en général impartie au commissaire aux comptes puisque celui-ci serait chargé de déterminer lui-même la valeur à donner aux actions ou parts louées.

Votre commission estime que le rôle du commissaire aux comptes devrait, dans ce cadre, se limiter à celui qui est traditionnellement le sien, c'est-à-dire à la certification des évaluations faites par la personne morale dans laquelle il exerce son contrôle. Elle vous soumet, en conséquence, un **amendement** tendant à **prévoir que la fonction du commissaire aux comptes se limite à certifier l'évaluation faite des actions ou parts louées**.

Article L. 239-10-3 nouveau du code de commerce

Droits respectifs du bailleur et du locataire

L'article L. 239-10-3 déterminerait les droits respectifs du bailleur et du locataire d'actions ou de parts sociales.

• Son premier alinéa préciserait que les **dispositions légales ou statutaires prévoyant l'agrément du cessionnaire de parts sociales ou d'actions sont applicables, dans les mêmes conditions, au locataire**.

Les sociétés à responsabilité limitée, qui comportent un *intuitus personae* marqué, sont soumises à un régime restrictif en matière de cession de parts sociales, récemment modifié par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises. Si les parts sociales sont librement cessibles entre les associés, la cession à des tiers est soumise à l'accord de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Toutefois, les statuts peuvent prévoir une majorité plus forte¹.

¹ Article L. 223-14 du code de commerce. Cependant, la situation du conjoint, des ascendants ou descendants d'un associé est inverse : la cession est en principe libre, sauf si les statuts imposent un agrément dans les conditions de majorité prévues par ce dernier article.

Dans une société par actions, des clauses d'agrément concernant la cession de titres nominatifs de la société peuvent être insérées dans les statuts, à la condition que ses titres ne soient pas admis aux négociations sur un marché réglementé¹. Cette clause n'est cependant pas applicable en cas de succession, de liquidation de régime matrimonial ou de cession au conjoint de l'actionnaire, à l'un de ses ascendants ou descendants².

L'application des dispositifs d'agrément au locataire d'actions ou de parts sociales se justifie pleinement par le fait qu'il sera en droit d'exercer certains des droits des actionnaires. A défaut d'une telle règle, la protection mise en place par les statuts vis-à-vis des tiers serait aisément réduite à néant. En conséquence, l'opposabilité à la société de la location ne sera réellement effective que si le locataire a fait l'objet de l'agrément prévu par les statuts.

• Le deuxième alinéa de cet article déterminerait les **droits respectifs du bailleur et du locataire par renvoi à ceux définis à l'égard du nu-propriétaire et de l'usufruitier d'actions ou parts sociales**. Plutôt que de définir un régime spécifique, il y aurait donc une assimilation juridique complète des deux hypothèses.

La propriété d'un bien peut en effet faire l'objet d'un démembrement entre l'usufruitier, qui jouit des fruits du bien, et le nu-propriétaire, qui est titulaire d'un droit de propriété excluant toute capacité à en percevoir les fruits. Ce démembrement de propriété peut être pratiqué sur « *toute espèce de biens meubles ou immeubles* »³ et, en particulier, sur les actions ou parts d'une société.

Certaines dispositions législatives déterminent les droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier d'actions ou de parts sociales, notamment en ce qui concerne les droits politiques attachés à celles-ci, et plus particulièrement **l'exercice du droit de vote**.

L'article 1844 du code civil dispose ainsi, pour l'ensemble des sociétés, que le droit de vote attaché à une valeur mobilière appartient, par principe, au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, qui ressortissent à l'usufruitier. De même, l'article L. 225-110 du code de commerce réserve dans les sociétés anonymes -et, par extension, dans les sociétés en commandite par actions- au nu-propriétaire le droit de vote dans les assemblées générales extraordinaires et à l'usufruitier le droit de vote dans les assemblées générales ordinaires. Toutefois, ces deux dispositions permettent aux statuts de déroger à ces règles, dans un sens plus ou moins favorable à l'usufruitier.

¹ Article L. 228-23 du code de commerce.

² Lorsque la société ne fait pas appel public à l'épargne et que ses statuts réservent des actions aux salariés, des clauses d'agrément visant ces personnes sont néanmoins autorisées si elles ont pour but d'éviter la cession des actions concernées à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société.

³ Article 581 du code civil.

Les **aménagements statutaires en matière de vote sont cependant soumis au contrôle du juge judiciaire**. La jurisprudence en cette matière laisse néanmoins place à certaines incertitudes. Ainsi, il est acquis que les statuts ne peuvent supprimer totalement le droit de vote reconnu à l'usufruitier, qui doit au moins voter sur l'affectation des bénéfices¹. Concernant la privation totale de droit de vote du nu-proprétaire, des débats demeurent après que certains arrêts eurent admis que celui-ci ne pouvait simplement pas être privé de son droit de « *participer aux décisions collectives* »².

D'autres dispositions règlent, hors la question du vote, la répartition des droits entre le nu-proprétaire et l'usufruitier. Dans les sociétés par actions, l'article L. 225-118 du code de commerce prévoit que le nu-proprétaire et l'usufruitier bénéficient d'un droit identique à la communication de documents³. L'article L. 225-140 du même code réserve quant à lui le droit préférentiel de souscription au nu-proprétaire mais prévoit, en cas de vente de ce droit, le reversement à l'usufruitier des sommes provenant de cette cession ou des biens acquis au moyen des sommes en résultant.

Votre commission estime que l'application du régime du démembrement de propriété a pour avantage de faire l'économie d'un statut spécifique et distinct à la location d'actions ou de parts sociales qui va dans le sens d'une simplification et d'une meilleure lisibilité. Toutefois, elle estime que, compte tenu des débats actuels sur l'attribution des droits de vote entre usufruitier et nu-proprétaire, il **apparaît plus opportun de fixer précisément la répartition entre le locataire et le bailleur sans que celle-ci puisse être remise en cause par les stipulations du contrat de bail**.

Votre commission vous soumet, en conséquence, un **amendement** tendant à prévoir :

- que **le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartient au bailleur dans les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société, et au locataire dans les autres assemblées**. En conséquence, le contrat de bail ne pourrait aménager cette répartition ;

- que, **pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme le nu-proprétaire et le locataire comme l'usufruitier**.

¹ Cour de cassation, ch. commerciale, 31 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 70.

² Cour de cassation, ch. commerciale, 4 janvier 1994, Bull. civ. IV, n° 10 ; 22 février 2005, n° 03-17421.

³ Il s'agit notamment des comptes annuels ou consolidés, des divers rapports soumis à l'approbation de l'assemblée des actionnaires, du montant des rémunérations (article L. 225-115 du code de commerce), et de la liste des actionnaires (article L. 225-116 du même code).

• Le dernier alinéa du texte proposé **assimilerait**, quant à lui, **le bailleur et le locataire au détenteur d'actions ou de parts sociales pour l'application des dispositions du livre IV du code de commerce.**

Cette subdivision du code de commerce sanctionne, à la fois sur le plan civil et pénal, les agissements susceptibles de porter atteinte à la concurrence et à la liberté des prix. Sont en particulier visés les ententes ou les abus de position dominante, ainsi que les concentrations d'entreprises, qui sont susceptibles d'entraver la concurrence en aboutissant à des phénomènes monopolistiques.

Or, dans un tel contexte, le dispositif de location d'actions ou de parts sociales institué par le présent projet de loi pourrait être employé aux fins de contourner les règles relatives au contrôle des concentrations économiques définies par les articles L. 431-1 et suivants du code de commerce. En effet, le contrat de bail pourrait être envisagé comme un moyen de diluer la participation de certains actionnaires dans le capital d'une société afin d'échapper à une éventuelle sanction au regard des règles de concentration économique. Il convient donc d'éviter de tels contournements.

Article L. 239-10-4 nouveau du code de commerce

Renouvellement ou non-renouvellement du contrat de bail

L'article L. 239-10-4 du code de commerce déterminerait les modalités du renouvellement du contrat de bail ainsi que les effets du non-renouvellement de ce dernier.

Le bail serait ainsi renouvelé dans des conditions identiques à celles applicables à sa conclusion initiale.

En cas de non-renouvellement du contrat de bail, ou s'il a fait l'objet d'une résiliation, il devrait être procédé à la radiation de la mention du bail et de l'identité du locataire soit dans le registre nominatif des titres, pour la société par actions, soit dans les statuts, pour la société à responsabilité limitée. Cette radiation serait effectuée à la demande de la partie la plus diligente.

Il y aurait donc un parallélisme marqué avec les dispositions figurant au troisième alinéa de l'article L. 239-10-2 relatives à la délivrance des parts et actions faisant l'objet du contrat. Votre commission vous soumet un **amendement rédactionnel.**

Le dernier alinéa du texte proposé permettrait au **gérant de la SARL** dont les parts font l'objet du contrat résilié ou non renouvelé de **procéder lui-même à la suppression de la mention du bail et de l'identité du locataire dans les statuts.** Pour être valable, cette intervention devrait néanmoins faire l'objet d'une ratification par les associés « *dans les conditions prévues à l'article L. 223-29* » du code de commerce, c'est-à-dire par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales.

Cette intervention directe du gérant dans ce qui ressortit pourtant à la compétence exclusive de l'assemblée des associés est inspirée de dispositions introduites par l'ordonnance précitée du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises. Modifiant l'article L. 223-18 du code de commerce, celle-ci a en effet autorisé le gérant à modifier lui-même les statuts afin de déplacer le siège social dans le même département ou dans un département limitrophe, ou de les mettre en harmonie avec les dispositions législatives ou réglementaires impératives. Ces modifications statutaires doivent cependant faire l'objet d'une ratification par les associés représentant les trois-quarts des parts sociales¹.

Votre commission est tout à fait favorable à cette prérogative confiée au dirigeant qui permet qu'il soit procédé immédiatement aux modifications statutaires liées à la résiliation ou au non-renouvellement du contrat de bail. Toutefois, elle estime **qu'il aurait été également judicieux de prévoir un dispositif similaire lors de l'inscription dans les statuts de l'existence du contrat et de l'identité du locataire.**

En outre, elle juge que, s'agissant des pouvoirs de la gérance de la SARL, la faculté ouverte par le présent projet de loi devrait plus logiquement figurer à l'article L. 223-18 du code de commerce qui détermine de manière générale les prérogatives de la gérance au cours de la vie sociale. La rédaction actuellement proposée différencierait d'ailleurs les modalités de la radiation de la mention de la location dans la société à responsabilité limitée, qui seraient expressément définies, de celles prévues dans la société anonyme, qui ne seraient pas précisées.

Votre commission vous soumet donc deux **amendements** tendant à **étendre le dispositif proposé à l'hypothèse de l'inscription de la mention après signification du contrat de bail à la société et à le transférer à l'article L. 223-18 du code de commerce.**

Par un troisième **amendement**, elle vous propose de **supprimer, par coordination, le troisième alinéa de l'article L. 239-10-3.**

Article L. 239-10-5 nouveau du code de commerce
**Injonction de procéder à la modification du registre
de titres nominatifs ou des statuts de la société**

L'article L. 239-10-5 du code de commerce instaurerait un mécanisme **d'injonction sous astreinte afin qu'il soit procédé à la modification du registre de titres nominatifs de la société par actions ou des statuts de la société à responsabilité limitée afin de prendre en compte l'existence du contrat de bail ou sa disparition.** Cette injonction serait prononcée par le président du tribunal statuant selon la procédure du référé.

¹ Par renvoi aux dispositions de l'article L. 223-30 du code de commerce. Toutefois, compte tenu de l'article 25 du présent projet de loi, cette majorité devrait être réduite aux deux-tiers des parts sociales. Voir infra, le commentaire de l'article 25 du projet de loi.

Ce dispositif s'inspire des dispositions figurant aux articles L. 238-1 et suivants du code de commerce qui prévoient diverses injonctions de faire en cas de manquement des organes sociaux à certaines de leurs obligations légales ou statutaires.

Grâce à cette disposition, la délivrance des actions pourra ainsi être réellement assurée, tandis que les documents ou statuts sociaux seront effectivement modifiés afin de prendre en compte la nouvelle situation juridique créée par le recours à un contrat de bail portant sur les actions ou parts sociales de la société.

II. L'exclusion des sociétés d'exercice libéral du dispositif de location d'actions ou de parts social proposé

Le second paragraphe (II) de cet article exclurait le dispositif de la location d'actions ou de parts sociales dans le cadre des sociétés d'exercice libéral créées en application de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

Ces sociétés de capitaux, de forme commerciale, sont dotées d'un statut destiné à assurer l'indépendance des professionnels qui exercent au sein de ces structures. Ce statut aménage, en particulier, les relations entre les professionnels membres de ces sociétés ainsi que les règles de détention du capital et de répartition des droits de vote. L'article 45 du projet de loi prévoit, à cet égard, des dispositifs nouveaux tendant à ce qu'il ne puisse pas être porté atteinte à l'indépendance des professionnels concernés par l'effet d'une dispersion des capitaux¹.

Or, cette indépendance pourrait être mise à mal du fait d'une location des actions ou des parts sociales de sociétés d'exercice libéral. En effet, compte tenu des droits qui seraient reconnus au locataire d'actions ou de parts sociales d'une telle société, en application de l'article L. 239-10-1 du code de commerce, l'exercice des droits de vote au sein de la société d'exercice libéral serait nécessairement affecté par la mise en location. Ainsi, la location d'actions ou de parts sociales pourrait conduire, en pratique, au non respect des règles de votes au sein des assemblées d'associés ou d'actionnaires.

Dans ce contexte, **l'impossibilité du recours à la location d'actions ou de parts sociales de sociétés à responsabilité limitée apparaît comme un dispositif protecteur** pour éviter la dilution du capital et des droits de vote.

Votre commission a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 20 **ainsi modifié**.

¹ Voir le commentaire de l'article 45 du projet de loi.

TITRE V SIMPLIFICATIONS RELATIVES À LA VIE DE L'ENTREPRISE

Article 23

Société civile artisanale à responsabilité limitée

Cet article tend à **créer une nouvelle forme sociale destinée à permettre l'exercice d'une activité de nature artisanale dans le cadre d'une société civile spécifique** : la « *société civile artisanale à responsabilité limitée* » (SCARL).

L'instauration d'une forme particulière de société civile serait justifiée, selon l'exposé des motifs du présent projet de loi, par le souci « *d'offrir un cadre juridique plus adapté aux besoins des artisans et d'inciter ces derniers, globalement attachés à l'entreprise individuelle, à faire le choix de créer une société qui permettra notamment la séparation du patrimoine personnel de l'entrepreneur de celui de l'entreprise.* »

1. Les conditions actuelles d'exercice de l'activité artisanale

Depuis la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, l'artisan est défini comme la personne physique ou morale, lorsque cette dernière n'emploie pas plus de dix salariés, qui exerce « *à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret après consultation de l'assemblée permanente des chambres de métiers, de l'assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et des organisations professionnelles représentatives.* »¹

A l'heure actuelle, **les artisans sont encore nombreux à exercer leur activité sous forme individuelle**. Selon les informations communiquées à votre rapporteur, en 2003 **les entreprises artisanales étaient ainsi, pour 58 % d'entre elles, des entreprises individuelles**.

Répartition des artisans (au 1^{er} janvier 2005) selon leur statut juridique

	Ensemble	Dont ceux exerçant une activité artisanale à titre principal	Dont ceux exerçant une activité artisanale à titre secondaire
Entreprises individuelles	501 293	442 070	59 223
Sociétés	369 481	281 659	87 822
France entière	870 774	723 729	147 045

Source : Répertoire Sirène des entreprises artisanales au 1^{er} janvier 2005 – DCSPL [A1]

¹ Article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996.

Ce mode traditionnel d'exercice n'est pas sans risque pour l'artisan. Compte tenu du principe de l'unicité du patrimoine des personnes juridiques, **l'artisan personne physique ne connaît pas de séparation de ses droits et obligations, qu'ils soient attachés à son activité privée ou à son activité artisanale.** Aussi, en l'absence de possibilité « *d'affecter* » une partie du patrimoine d'une personne physique exerçant une activité artisanale aux seuls besoins de son activité professionnelle, celle-ci peut être poursuivie sur la totalité de son patrimoine lorsque naissent des dettes contractées à titre professionnel.

La création d'une société peut, en revanche, permettre à l'artisan de protéger son patrimoine personnel. Dans ce cas, deux patrimoines distincts coexistent : le patrimoine de l'artisan personne physique et le patrimoine de la société dont il est l'un des associés, voire l'associé unique.

Le droit français présente aujourd'hui un éventail particulièrement large de formes sociales comportant des caractéristiques particulières liées notamment à l'engagement de responsabilité des associés au regard des actes accomplis par la société, ainsi que des modalités de fonctionnement, plus ou moins strictes, de cette dernière.

En fonction de l'objet de l'activité exercée, la société créée peut être une société civile ou une société commerciale.

La société civile, régie par les articles 1845 et suivants du code civil, permet l'exercice d'activités non commerciales. Elle convient donc tout à fait à l'activité artisanale, cette dernière n'ayant pas une nature commerciale, dans la mesure où l'artisan n'accomplit pas d'actes de commerce au sens de l'article L. 110-1 du code de commerce. Toutefois, **ses associés sont responsables personnellement et indéfiniment des dettes sociales sur leur patrimoine personnel, sans que leur responsabilité soit limitée à la hauteur de leur participation dans le capital social.** Si les patrimoines de l'artisan et de la société civile sont donc séparés, ils ne le sont pas pour autant de manière étanche, l'artisan pouvant être poursuivi sur son patrimoine propre parfois bien au-delà de son apport.

Le droit français présente une variété importante de **sociétés commerciales qui permettent, pour certaines d'entre elles, de limiter l'engagement de responsabilité de ses associés à la hauteur de leur apport.**¹ Tel est notamment le cas de la société à responsabilité limitée (SARL) et des sociétés par actions que sont la société anonyme (SA), la société en commandite par actions (SCA) et la société par actions simplifiée (SAS). Ces formes se distinguent les unes des autres par certains caractères propres :

¹ *La séparation des patrimoines peut cependant être mise à mal en pratique par l'exigence de certains créanciers d'obtenir des associés dirigeants de la société des garanties personnelles, telles que des cautions, dont la mise en jeu conduit à la poursuite de l'entrepreneur sur ses biens propres.*

- la SARL est marquée par un *intuitus personae* important et se prête plus particulièrement, par ses modalités de fonctionnement, à l'activité des petites et moyennes entreprises. Non soumise à un capital social minimum, elle peut notamment être constituée par une seule personne et est alors communément dénommée « *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » (EURL) ;

- la SA, dont les modalités d'organisation sont détaillées avec une grande précision au niveau législatif, permet notamment de faire appel public à l'épargne et est, de ce fait, plus adaptée pour les entreprises d'une certaine taille. Toutefois, elle peut également convenir à certaines PME, bien que les lourdeurs de son fonctionnement soient souvent dénoncées ;

- la SCA allie les avantages de la société de personnes et de capitaux. Elle institue deux catégories d'associés : les commandités, qui seuls peuvent être désignés associés gérants et qui sont responsables indéfiniment et solidairement du passif social ; et les commanditaires qui ne sont responsables qu'à hauteur du montant de leur apport. La coexistence de ces deux types d'associés, source d'une certaine lourdeur de fonctionnement, explique cependant le faible recours à cette forme sociale ;

- la SAS, dernière née des sociétés commerciales, est une forme extrêmement souple dans laquelle le contrat de société détermine l'essentiel de la vie sociale. Les actionnaires n'y répondent du passif que dans la limite de leur apport. La souplesse d'organisation de cette société explique qu'elle soit de plus en plus utilisée. Toutefois, sa constitution requiert un capital social minimum, ce qui peut constituer un frein à son utilisation par les petites entreprises.

Les artisans qui le souhaitent peuvent d'ores et déjà recourir à l'une quelconque de ces formes sociales, ce qui leur permet de protéger leur patrimoine personnel des conséquences que pourrait avoir l'exercice de leur activité. Toutefois, le choix de la société commerciale implique un certain nombre de contraintes, en particulier en matière de publicité des comptes sociaux. En outre, l'activité artisanale, civile par nature, est alors exercée par une personne morale commerciale par sa forme.

Le souhait de ne pas imposer aux artisans les contraintes inhérentes à la société commerciale tout en limitant la responsabilité de ces derniers à la hauteur de leur participation au capital social a donc conduit le Gouvernement à proposer de créer par le présent article une société civile à responsabilité limitée.

2. Les caractères de la société civile artisanale à responsabilité limitée

Le dispositif proposé par le projet de loi puise en réalité son inspiration dans les dispositions du code rural relatives aux sociétés civiles d'exploitation agricole (SCEARL)¹. La société civile artisanale à

¹ Articles L. 324-1 à L. 324-11 du code rural.

responsabilité limitée (SCARL) serait donc une société régie, pour l'essentiel, par le code civil, mais dans laquelle les associés ne seraient tenus au passif que dans les limites de leur apport.

- *Constitution de la société et engagements des associés*

En vertu du premier paragraphe (I) de cet article, le régime juridique de la SCARL serait, par principe, défini par renvoi aux dispositions des chapitres premier et II du titre IX du livre III du code civil. En conséquence, sous réserve des dispositions du présent article, **ses modalités de constitution et de fonctionnement**, et en particulier les pouvoirs de la gérance, les règles dans lesquelles sont prises les décisions collectives, les conditions d'information des créanciers, l'étendue de l'engagement de responsabilité des associés à l'égard des tiers, les conditions de cession des parts sociales ainsi que les effets du retrait ou du décès des associés, **seraient régis par les articles 1845 à 1870-1 du code civil**¹.

Par exception à ce principe, la SCARL présenterait **certaines caractéristiques la distinguant du droit commun des sociétés civiles**.

Ainsi, elle pourrait être constituée par **une ou plusieurs personnes physiques**.

Le souhait du Gouvernement étant que la SCARL puisse, le cas échéant, être dotée d'un seul associé a logiquement conduit à rendre inapplicables les dispositions de l'article 1844-5 du code civil prévoyant la dissolution judiciaire lorsque les parts de la société civile artisanale à responsabilité limitée sont réunies en une seule main.

Reprenant presque à l'identique la rédaction des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 223-1 du code de commerce, applicable à la société à responsabilité limitée, le texte proposé prévoirait en outre que, dans l'hypothèse où la société civile artisanale à responsabilité limitée serait constituée par une seule personne, cette dernière, dénommée « *associé unique* » exercerait les pouvoirs normalement dévolus à l'assemblée des associés. La société serait désignée par une dénomination à laquelle pourrait être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, et qui devrait être précédée ou suivie immédiatement des mots « *société civile artisanale à responsabilité limitée* » ou des initiales « *SCARL* », ainsi que de l'énonciation du capital social.

Toutefois, en vertu du deuxième paragraphe (II) de cet article, la SCARL **ne pourrait réunir plus de dix associés**. Cette limitation revêt une certaine cohérence avec les dispositions de l'article 19 de la loi précitée du 5 juillet 1996 qui définissent l'entreprise artisanale comme une entreprise employant moins de dix salariés. L'entreprise artisanale est, par nature, une petite entreprise constituée de peu de personnes physiques et employant un personnel salarié restreint. A ce titre, cette limitation très stricte du nombre

¹ *Articles 1845 à 1870-1 du code civil.*

d'associés constituerait l'une des principales différences avec la société à responsabilité limitée qui peut désormais accueillir jusqu'à cent associés¹.

Par dérogation aux règles applicables aux sociétés civiles, **les associés de la SCARL ne supporteraient les pertes de la société qu'à hauteur de leurs apports**. Cette rédaction est empruntée de celle figurant au premier alinéa de l'article L. 223-1 du code de commerce, applicable à la société à responsabilité limitée.

Selon le texte proposé, la personnalité juridique de la société ne serait reconnue qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Une telle précision ne s'imposait cependant sans doute pas dès lors que l'article 1842 du code civil, qui contient une règle similaire, serait pleinement applicable à la SCARL².

• *Objet exclusif de la société*

L'objet de la SCARL serait très strictement encadré par le II de cet article. **Il serait limité à l'exercice d'activités artisanales au sens de l'article 19 de la loi précitée du 5 juillet 1996**. Ces activités sont énumérées, de façon limitative, par l'annexe du décret n° 98-247 du 2 avril 1998 relatif à la qualification artisanale et au répertoire des métiers.

Aux termes de ce texte, sont considérées comme artisanales des activités de natures très diverses, appartenant à l'une des quatre catégories de métiers suivantes :

- **métiers de l'alimentation**. Il s'agit, entre autre, des activités de boulangerie-pâtisserie, de fabrication de produits laitiers, de conservation et de transformation de produits de la mer, de fruits et de légumes ;

- **métiers du bâtiment**. Sont notamment concernées les activités de maçonnerie, de couverture, plomberie et chauffage, de menuiserie et serrurerie, d'installation électrique et d'isolation ;

- **métiers de fabrication**. Sont en particulier visées les activités de fabrication d'articles textiles, de vêtements ou chaussures de cuir, de travail du bois, de fabrication de matériel agricole ;

- **métiers de service**. Il s'agit notamment des activités de coiffure, de soins de beauté, de cordonnerie, de taxi, d'ambulance et de déménagement.

En conséquence, l'objet unique de la SCARL serait d'exercer une ou plusieurs de ces activités.

La rédaction retenue **exclurait la possibilité d'exercer une activité de nature commerciale**, quelle qu'elle soit. Aussi **l'artisan qui se prêterait**

¹ Voir l'article L. 223-3 du code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités de l'entreprise.

² En outre, bien que le texte ne le précise pas, la SCARL serait soumise à une seconde formalité d'immatriculation. En effet, elle devrait être inscrite au registre des métiers et de l'artisanat en application de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996, précitée.

accessoirement à une activité commerciale à côté de son activité artisanale¹ ne pourrait-il pas se constituer sous la forme d'une SCARL. Il devrait obligatoirement recourir à une société commerciale.

- *Capital social*

Les troisième à huitième paragraphes (III à VIII) de cet article comprendraient des dispositions spécifiques relatives au capital social et aux apports des associés. Celles-ci reproduiraient plus ou moins à l'identique les dispositions des articles L. 223-2, L. 223-7 à L. 223-9 du code de commerce, relatives aux SARL, ainsi que celles des articles L. 324-4 et L. 324-10 du code rural, applicables aux SCEARL.

Divisé en parts égales, le **capital social ne serait pas soumis à un montant minimal**. Les statuts fixeraient en toute liberté ce montant, ce qui rapprocherait la SCARL du nouveau régime de la société à responsabilité limitée qui, depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2004 sur l'initiative économique, peut être constituée avec un capital d'un euro.

Toutefois, si la création d'entreprise doit être encouragée et si un capital social extrêmement réduit peut faciliter cette création, il faut être conscient qu'une société dotée de capitaux quasi-inexistants n'a, lorsque surviennent des difficultés, que peu de chances de résister, comme l'a souligné notre collègue Jean-Jacques Hyst dans son récent rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises². Aussi les dispositions du présent projet de loi définissent-elles précisément les conditions dans lesquelles ce capital est constitué.

Le capital de la SCARL pourrait être constitué par des **apports en numéraire** et par des **apports en nature**. Dans ce dernier cas, le texte proposé définit précisément les conditions d'évaluation de ces derniers.

Ainsi, l'évaluation de chaque apport en nature devrait figurer dans les statuts. Celle-ci se ferait au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés, ou, à défaut, par une décision de justice à la demande du futur associé le plus diligent. Toutefois, les futurs associés pourraient décider, à l'unanimité, que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire lorsqu'aucun apport en nature n'excède 7 500 € et que la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.

Lorsque la société est constituée par un associé unique, il reviendrait à ce dernier de désigner le commissaire aux apports.

¹ Il s'agit d'une hypothèse couramment rencontrée en pratique : par exemple, le boulanger-pâtissier vendant des boissons dans sa boutique.

² Rapport n° 335 (Sénat, 2004-2005), p. 29-30.

Les associés solidairement, ou l'associé unique, seraient responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société.

Une fois constitué, le capital social donnerait lieu à **l'attribution de parts sociales selon une répartition établie par les statuts.**

Ces parts devraient être souscrites en totalité par les associés. En revanche, les conditions de leur libération seraient variables selon la nature de l'apport qu'elles représentent :

- les parts représentant des apports en nature devraient être intégralement libérées ;

- les parts représentant les apports en numéraire n'auraient, en revanche, à être libérées que pour le cinquième de leur montant. La libération du surplus pourrait intervenir par la suite, en une ou plusieurs fois, sur décision du gérant, dans un délai ne pouvant excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société. Toutefois, le capital social devrait être intégralement libéré avant toute souscription de nouvelles parts sociales à libérer en numéraire. Le non respect de cette règle entraînerait la nullité de l'opération de souscription.

Il reviendrait par ailleurs aux statuts de déterminer les modalités selon lesquelles pourraient être souscrites des parts sociales en industrie.

Les fonds provenant de la libération des parts sociales devraient alors être déposés dans des conditions et délais déterminés par décret en Conseil d'État.

Le texte préciserait les **règles applicables en l'absence d'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés.**

Ainsi, les fonds provenant de la libération des parts sociales ne pourraient être retirés par le mandataire de la société avant l'immatriculation.

Dans l'hypothèse où la société ne serait pas constituée dans un délai de six mois à compter du premier dépôt de fonds ou n'aurait pas été immatriculée dans ce même délai, les apporteurs pourraient individuellement demander en justice l'autorisation de retirer le montant de leurs apports. Dans les mêmes cas, un mandataire représentant tous les apporteurs pourrait également demander directement au dépositaire le retrait des fonds.

Si, après l'expiration du délai susmentionné, les apporteurs décidaient malgré tout de constituer la société, il devrait être procédé à nouveau au dépôt des fonds.

● *Droits de vote*

En vertu du dernier paragraphe (IX) de cet article, les associés disposeraient de droits de vote proportionnels au nombre de parts sociales qu'ils détiennent.

3. La position de la commission

Tout en comprenant les objectifs ayant guidé le Gouvernement dans la création de la société civile artisanale à responsabilité limitée, votre commission n'est pour autant **pas convaincue que cette nouvelle forme sociale se justifie.**

En effet, elle considère qu'il **existe déjà de nombreuses structures permettant actuellement l'exercice en société d'une activité artisanale.**

En outre, cette société ne paraît **pas apporter de grandes innovations** dans la mesure où :

- si elle permet de séparer le patrimoine de l'entreprise du patrimoine propre du chef d'entreprise, elle ne répond pas aux attentes de certains artisans qui souhaiteraient voir reconnu l'affectation du patrimoine lorsqu'ils exercent en entreprises individuelles. Pour bénéficier des dispositions de la SCARL, il convient de se constituer en société ;

- s'il s'agit d'une société civile, elle n'est pas pour autant exclue de l'inscription au registre du commerce et des sociétés. La double immatriculation demeure donc ;

- les modalités de création et de fonctionnement ne sont pas beaucoup plus simples. Certes les artisans ne seraient pas soumis à la publicité des comptes annuels, mais votre commission considère que cette exigence doit demeurer une nécessité pour toute société. En effet, elle contribue à assurer une certaine transparence sur la situation financière de l'entreprise, ce qui peut permettre de mieux anticiper les éventuelles difficultés qu'elle rencontre.

En outre, conformément aux intentions affirmées par le Gouvernement et aux informations recueillies par votre rapporteur, la SCARL devrait **uniquement concerner des sociétés exerçant des activités artisanales**, en aucun cas commerciales. Seule la vente de leur propre production ou de prestations de service seraient possibles. Il existe en conséquence un risque que cette nouvelle forme sociale ne concerne que peu d'artisans. De plus, le chef d'entreprise serait tenu de changer la forme sociale de son entreprise dès lors qu'il déciderait d'exercer une activité commerciale propre.

Enfin, il n'est **pas du tout assuré que cette nouvelle structure attire les artisans exerçant actuellement leur activité en entreprises individuelles, n'ayant pas choisi de se constituer en société commerciale.**

A supposer que l'objectif soit uniquement de consacrer dans une nouvelle société le caractère civil de l'activité artisanale, tout en comprenant l'importance de cette revendication, votre commission considère qu'elle ne constitue pas pour autant une justification suffisante pour la création d'une forme sociale. Elle estime que, derrière l'apparence novatrice de la SCARL, la création de cette société ne répondrait pas aux véritables attentes des artisans et ne se distinguerait pas suffisamment de la SARL et de l'EURL.

Pour toutes ces raisons, votre commission, comme l'a fait votre commission des affaires économiques saisie au fond, vous soumet un **amendement de suppression de l'article 23.**

Article 24

(art. L. 223-31 du code de commerce)

**Approbation des comptes de la société à responsabilité limitée
dont l'associé unique est gérant**

Cet article tend à **supprimer l'obligation distincte d'approbation des comptes dans les sociétés à responsabilité limitée dotées d'un associé unique ayant la qualité de gérant.** A cette fin, il modifierait l'article L. 223-31 du code de commerce.

L'article L. 223-31 du code de commerce prévoit des règles particulières de fonctionnement lorsque la société à responsabilité limitée ne comporte qu'un seul associé, c'est-à-dire apparaît comme une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL).

Dans ce cas, en effet, il n'est pas tenu d'assemblée, l'associé unique approuvant les comptes de la société et le gérant étant chargé d'établir ces derniers ainsi que le rapport de gestion et l'inventaire. Les décisions prises par l'associé unique au lieu et place de l'assemblée doivent être répertoriées dans un registre. Le non respect de ces obligations peut donner lieu à une annulation à la demande de tout intéressé.

Le présent article a pour but d'alléger le fonctionnement de l'EURL en supprimant la procédure de l'approbation des comptes lorsque l'associé unique est lui-même le gérant de la société.

Ainsi, **la seule formalité du dépôt au registre du commerce et des sociétés tenu par le greffe du tribunal de commerce du rapport de gestion, de l'inventaire et des comptes annuels vaudrait approbation des comptes, à condition** toutefois :

- d'une part, que ces documents soient revêtus de la **signature du gérant-associé unique ;**

- d'autre part, que ce **dépôt intervienne dans les six mois de la clôture de l'exercice social.**

Votre commission est favorable à cette mesure de simplification, dès lors que la même personne revêt les deux qualités d'associé unique et de gérant.

Elle vous soumet cependant un **amendement afin de préciser que cette simplification est limitée au cas où l'associé unique est seul gérant de la société.** En effet, aux termes de l'article L. 223-18 du code de commerce, plusieurs gérants peuvent être désignés. Dans l'hypothèse où l'EURL aurait plusieurs gérants, votre commission estime nécessaire de maintenir l'obligation d'approbation des comptes.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 24 ainsi **modifié.**

Article 25

(art. L. 223-30 du code de commerce)

Quorum et majorité exigés pour les modifications statutaires dans la société à responsabilité limitée

Cet article tend à **instituer un quorum pour les assemblées de sociétés à responsabilité limitée ayant pour objet de modifier les statuts, tout en abaissant la règle de majorité à laquelle une telle modification peut être adoptée.** A cet effet, il modifierait les dispositions de l'article L. 223-30 du code de commerce.

Déterminant les conditions dans lesquelles peut intervenir une modification statutaire dans la société à responsabilité limitée, l'article L. 223-30 du code de commerce prévoit trois situations distinctes :

- l'exigence d'une unanimité des associés pour changer la nationalité de la société ;
- la nécessité d'un vote représentant plus de la moitié des parts sociales pour décider de l'augmentation du capital par incorporation de bénéfices ou de réserves ;
- une décision à la majorité des trois quarts des parts sociales pour toute autre modification statutaire.

La modification proposée par la présente disposition ne concernerait que ce dernier cas.

● En vertu du 1^o de cet article, **les modifications statutaires pourraient désormais intervenir, par principe, à la majorité des deux tiers au moins des parts sociales détenues par les associés présents ou représentés à l'assemblée.**

Cet abaissement de la règle de majorité requise peut sembler, de prime abord, aller à l'encontre du caractère *intuitu personae* de la société à responsabilité limitée. Toutefois, il est justifié par le relèvement du nombre maximal d'associés de cette forme sociale, opéré par l'ordonnance précitée du 24 mars 2004.

Désormais, les sociétés à responsabilité limitée peuvent accueillir jusqu'à cent associés, alors qu'auparavant, la limite maximale était fixée à cinquante. Cette extension a nécessairement des conséquences sur la prise des décisions au sein de ces sociétés, la majorité des trois quarts étant plus difficilement atteinte lorsque le nombre d'associés est important.

En outre, la pratique a montré que la règle de majorité actuelle constituait une source de rigidité trop importante dans les SARL.

Or, il convient d'éviter les situations de blocage, les statuts de la société devant souvent être modifiés pour tenir compte de l'environnement économique et juridique de l'entreprise, par nature fluctuant. L'abaissement de la majorité nécessaire pour la modification des statuts aux deux tiers des parts

des associés présents ou représentés devrait donc être de nature à réduire les risques de blocage.

En contrepartie, la nouvelle rédaction retenue supprimerait la disposition actuelle selon laquelle les modifications statutaires prévoyant une règle de majorité plus élevée que la majorité légale sont réputées non écrites. En conséquence, il faudrait en déduire, dans le silence du texte, que **les statuts pourraient dorénavant durcir la règle de majorité imposée par l'article L. 223-30 dans sa nouvelle rédaction.**

Le présent article prévoirait, en outre, l'introduction de règles de quorum pour que les assemblées des associés chargées de modifier les statuts puissent se prononcer valablement.

Le quorum est le nombre d'associés qui doivent être présents ou représentés lors d'une assemblée afin que celle-ci prenne des décisions valables. A défaut d'un tel quorum, l'assemblée ne délibère pas valablement et ses décisions sont soumises à un régime d'annulation ou de nullité.

L'institution d'une règle de quorum se justifie également par l'accroissement du nombre maximal d'associés et surtout par l'abaissement envisagé de la majorité qualifiée nécessaire pour procéder à des modifications statutaires. Dès lors que la majorité requise devient celle des associés **présents ou représentés**, et non plus l'ensemble des associés de la société, il convient que les décisions prises par l'assemblée des associés reflètent réellement la volonté d'une majorité d'entre eux. Le dispositif proposé s'inspirerait des règles applicables dans les sociétés anonymes, et qui devraient d'ailleurs être aménagées par le projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, qui sera prochainement examiné en première lecture par l'Assemblée nationale¹.

Ainsi, **sur première convocation**, l'assemblée des associés ne pourrait valablement se prononcer sur une modification statutaire que si **les associés présents ou représentés possèdent au moins le quart des parts sociales**. Le projet de loi propose un seuil bas pour limiter les risques de blocage dans la prise de décision.

A défaut d'atteindre un tel quorum, l'assemblée serait alors prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été initialement convoquée. Elle se prononcera alors sans condition de quorum.

Votre commission est favorable à l'abaissement de la règle de majorité et à l'institution d'un quorum, ces solutions allant dans le sens d'un allègement des contraintes pesant sur les assemblées d'associés. Le dispositif proposé comporte une lacune puisque la prorogation de la seconde assemblée serait prévue alors qu'elle n'a pas été convoquée. En outre, **une règle de**

¹ Voir l'article 2 du projet de loi n° 2249 (A.N. – XIIème lég.) pour la confiance et la modernisation de l'économie.

quorum devrait être instituée pour la seconde convocation de l'assemblée des associés.

Votre commission souligne également que **la société à responsabilité limitée doit pouvoir rester caractérisée par un *intuitus personae* marqué si les associés le souhaitent.** Cette considération conduit à permettre d'adapter les règles de majorité et de quorum prévus par la présente disposition afin de les renforcer.

La commission des affaires économiques ayant adopté un amendement de réécriture globale du présent article, votre commission vous soumet deux **sous-amendements tendant :**

- pour l'un, à prévoir que, sur seconde convocation, le quorum est fixé au cinquième des parts sociales. Le régime des quorums serait ainsi aligné sur celui qui serait prévu dans la société anonyme par l'article 2 du projet de loi sur la confiance et la modernisation de l'économie ;

- pour l'autre, à préciser que les statuts peuvent prévoir un quorum ou une majorité plus élevés, sans toutefois pouvoir, pour cette dernière, exiger l'unanimité des associés.

• En vertu du 2° de cet article, **l'application des modifications proposées par le 1° serait limitée, en principe, aux sociétés à responsabilité limitée constituées après la publication de la présente loi.**

Cette disposition d'application dans le temps est destinée à protéger les sociétés à responsabilité limitée préexistantes des conséquences que pourrait produire l'abaissement de la règle de la majorité. En effet, lorsque le contrat de société a été conclu, les associés ont pris en considération les conditions légales de majorité existantes au sein de la structure sociale nouvelle. Or, la modification des règles de majorité pourrait déstabiliser les équilibres ainsi créés.

En revanche, les associés peuvent souhaiter appliquer les nouvelles règles de quorum et de majorité introduites par le présent article. Aussi le présent paragraphe prévoit-il opportunément que les **associés pourront, à l'unanimité, décider que la société se verra appliquer les règles prévues par le présent article.** Votre commission juge ce dispositif équilibré et respectueux de la volonté des parties au contrat de société.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 25 **ainsi modifié.**

TITRE VI MODERNISATION DES RELATIONS COMMERCIALES

Article 29

(art. L 470-4-1 nouveau du code de commerce)

Attribution du pouvoir de transaction pénale au chef du service d'enquête pour les délits prévus au titre IV du livre IV

Cet article tend à conférer au chef du service d'enquête, au sein de la direction générale de la concurrence, de la consommation et des fraudes (DGCCRF), un pouvoir de **transaction pénale** pour les délits prévus au titre IV du livre IV du code de commerce¹.

Dans notre droit, le ministère public, représentant la société et ses intérêts généraux exerce l'action publique sans en disposer. Il n'a donc pas, en principe, la faculté de **transiger** avec l'auteur des faits incriminés pour lui éviter les poursuites. Cette règle connaît cependant certaines exceptions –outre la composition pénale dont il sera question à l'article suivant– la transaction pénale est également admise. En effet, aux termes de l'article 6 du code de procédure pénale, l'action publique peut « s'éteindre par **transaction** lorsque la **loi en dispose expressément** ». Ainsi, la transaction pénale est possible dans certains contentieux spécifiques².

Dans ces différentes hypothèses prévues par la loi, l'administration a le droit d'abandonner les poursuites en contrepartie, d'une part, de la reconnaissance de l'infraction par l'intéressé et, d'autre part, du versement d'une somme d'argent au profit du Trésor public ou de l'accomplissement d'une prestation déterminée.

La jurisprudence a permis de préciser les effets de la transaction. Ainsi, dans la mesure où la transaction vaut reconnaissance de l'infraction, l'éventuelle **action de la partie civile est recevable**³.

En outre, si la transaction est intervenue avec une personne morale, elle met également **fin aux poursuites exercées contre le préposé**.

Le règlement transactionnel du délit présente un triple avantage. En premier lieu, il permet d'apporter une solution définitive au conflit pénal dans **un délai rapide**. Ensuite, le versement d'une somme d'argent, qui constitue, le plus souvent, la condition de la transaction représente à la fois une sanction dissuasive pour l'auteur des faits et plus efficace que certaines amendes

¹ Voir le tableau récapitulatif de ces infractions dans l'exposé général.

² Délits et contraventions commis dans les bois et forêts soumis au code forestier (art. L. 153-2 du code forestier) ; infractions relatives à la législation relative au transport aérien (art L. 330-9 du code de l'aviation civile) ; infractions aux dispositions sur la pêche en eau douce (art. L. 437-14 du code de l'environnement) ; contentieux fiscal ou douanier (art. L. 248 à L. 251 du livre des procédures fiscales et 350 du code des douanes).

³ Chambre criminelle de la Cour de cassation, 22 janvier 1970.

pénales dont le taux de recouvrement demeure traditionnellement faible. Enfin, certaines infractions dont la gravité reste limitée ne justifient pas toujours la publicité de l'audience correctionnelle : la transaction peut alors constituer une réponse appropriée.

Cette procédure semble bien adaptée au traitement de certaines infractions économiques même si la commission présidée par M. Guy Canivet ne l'avait pas envisagée expressément. Le nouvel article L. 470-4-1 que le présent projet de loi tend à insérer dans le code de commerce ouvrirait une telle possibilité.

Le pouvoir de transaction serait confié au « **chef du service d'enquête compétent** ». D'après les informations fournies par le Gouvernement, le chef du service d'enquête ne saurait être l'enquêteur qui a constaté l'infraction. Il pourrait s'agir du directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Cependant, pour certaines affaires d'importance, cette responsabilité pourrait également incomber au directeur général ou à ses adjoints -qu'il ne semble pas possible d'assimiler à un chef de services d'enquête. Ainsi, afin de ménager la souplesse nécessaire et par analogie avec les dispositions du code forestier (art. L. 153-1), du code de l'aviation civile (art. L. 150-16-1) et du code de l'environnement (art. L. 437-14), il semblerait préférable de viser l'« **autorité administrative** » **chargée des prix et de la concurrence**.

Votre commission vous propose un **amendement** dans ce sens.

Par ailleurs, aux termes du premier alinéa du nouvel article L. 470-4-1 du code de commerce, la transaction ne pourrait être engagée par le service d'enquête qu'avec l'**accord du parquet**. Tel est du reste le cas pour les infractions au code forestier, au code de l'aviation civile et au code de l'environnement¹.

Le ministère public exercerait donc un contrôle effectif sur le pouvoir de transaction de l'administration.

En outre, la proposition de transaction, elle-même, devrait recueillir l'accord du parquet. Le deuxième alinéa du nouvel article L. 470-4-1 prévoit que l'acte par lequel le procureur donne son accord **interrompt la prescription de l'action publique**.

En effet, la transaction ne présente pas le caractère d'un jugement exécutoire : si l'auteur de l'infraction se dérobe aux termes de la transaction, il ne peut être contraint de les exécuter. Les poursuites doivent donc pouvoir reprendre par une citation devant le tribunal par exemple.

Or, selon l'article 7 du code de procédure pénale, le délai de prescription ne peut être interrompu que par un « *acte d'instruction ou de poursuite* ». Sans doute, la Cour de cassation, par un arrêt du

¹ En revanche, l'administration des douanes et l'administration fiscale peuvent transiger sans l'accord préalable du parquet.

10 décembre 1984, a reconnu à l'accord du parquet à la proposition de transaction des **effets identiques** à ceux d'un acte de poursuite au regard de l'interruption de la prescription. Il apparaît cependant utile, comme le prévoit le texte du projet de loi, de consacrer cette jurisprudence dans la loi¹.

Enfin, selon le troisième alinéa du nouvel article L. 470-4-1 du code de commerce, l'action publique serait éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exercé « *dans le délai imparti les obligations* » assignées par la transaction. Cette précision est nécessaire : en effet, en vertu de l'article 6, troisième alinéa, du code de procédure pénale, l'action publique peut s'éteindre à condition que **la loi le prévoit expressément**.

Une transaction pénale pourrait-elle être envisagée alors même que des poursuites auraient déjà été engagées ? Dans cette hypothèse, le parquet devrait refuser de donner son accord à une transaction, soit qu'il ait lui-même engagé des poursuites (par citation devant une juridiction répressive ou par saisine d'un juge d'instruction), soit que l'action publique ait été déclenchée par une victime (citation directe devant le tribunal ou plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction). En effet, le principe de séparation des autorités de jugement et de poursuites implique que l'autorité de poursuite ne peut mettre fin à une procédure dont l'autorité de jugement est saisie sans l'accord de celle-ci. Cependant, afin d'éviter toute atteinte potentielle à ce principe, votre commission vous soumet un amendement précisant que la transaction peut être proposée **tant que l'action publique n'a pas été engagée**.

La composition pénale est d'ailleurs soumise à une disposition comparable (art. 41-2 du code de procédure pénale).

Votre commission vous propose de donner un avis favorable à l'article 29 **ainsi modifié**.

Articles 30 et 36

(art. L. 470-4-2 nouveau code de commerce,
art. 495 du code de procédure pénale)

Extension du champ d'application de la composition pénale et de l'ordonnance pénale

La commission présidée par M. Guy Canivet avait préconisé, dans le souci d'accélérer et de simplifier les procédures pénales applicables aux infractions économiques prévues par le livre IV du titre IV du code de commerce, de développer le recours à la **composition pénale** et de permettre l'utilisation de l'**ordonnance pénale**.

Tel est l'objet des deux présents articles.

¹ Cette consécration législative apparaît d'autant plus utile que l'arrêt de la Cour de cassation est resté unique et portait sur une procédure transactionnelle abrogée par ordonnance, le 1^{er} janvier 1986.

L'article 30 tend à élargir les possibilités de recourir à la composition pénale pour certains des délits prévus par le titre IV du livre IV.

La composition pénale, instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, constitue une **alternative aux poursuites pénales**.

Elle peut actuellement être proposée par le ministère public à une **personne physique** qui reconnaît avoir commis une contravention ou un délit punissable d'une peine de cinq ans d'emprisonnement maximum. Elle consiste en une large palette de mesures, à l'exclusion de l'emprisonnement, détaillées à l'article 41-2 du code de procédure pénale (versement d'une amende de composition au Trésor public, remise au profit de l'Etat de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou en est le produit).

La proposition doit faire l'objet d'un **accord** de l'auteur des faits avant d'être soumise à un magistrat du siège (le président du tribunal correctionnel ou, pour les contraventions, le juge d'instance ou le juge de proximité sur délégation du président du tribunal de grande instance). Celui-ci rend une ordonnance de validation ; dans le cas contraire, la proposition devient caduque.

L'exécution de la composition pénale conduit à l'extinction de l'action publique –bien qu'elle ne constitue pas une condamnation pénale et ne peut, à ce titre, constituer le premier terme de la récidive– elle est en principe inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire.

La composition pénale a connu un développement significatif au cours de la période récente : ainsi le nombre de compositions pénales prononcées est passé de 1.511 mesures en 2001 à 21.600 mesures en 2004 (soit 5,2 % des affaires poursuivies devant le tribunal correctionnel).

L'exclusion des personnes morales du champ d'application de la composition pénale limitait nécessairement le recours à cette procédure pour les infractions à caractère économique.

L'article 30 du présent projet de loi vise à développer le recours à la composition pénale pour cette catégorie d'infractions. En conséquence, il prévoit deux séries d'aménagement au régime juridique de cette procédure **lorsque celle-ci s'applique aux délits visés par le titre IV du livre IV**.

En premier lieu, la composition pénale pourrait concerner non seulement les personnes physiques, comme tel est actuellement le cas, mais aussi les **personnes morales**. Une double restriction serait néanmoins apportée au champ des infractions concernées et à l'éventail des sanctions susceptibles d'être proposées. D'une part, alors que la composition pénale peut actuellement être proposée pour des délits passibles de cinq ans d'emprisonnement, elle ne serait applicable, s'agissant des personnes morales, que pour les délits pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue ainsi que pour les contraventions connexes.

D'autre part, seule l'amende de **composition pénale versée au Trésor public** prévue par le 1° de l'article 41-2 du code de procédure pénale serait applicable –les autres mesures énumérées par l'article 41-2 (accomplissement d'un travail non rémunéré au profit de la collectivité, suivi d'un stage, interdiction de contact avec la victime ou le complice de l'infraction...) ne sont en effet pertinentes que pour une personne physique. Aux termes de l'article 41-8 du même code, il convient de le rappeler, le montant de l'amende ne peut dépasser le montant maximum de l'amende encourue ; il est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de l'intéressé.

Le second aménagement apporté au régime de la composition pénale vise à permettre au procureur de la République de proposer la composition pénale à l'auteur des faits **par l'intermédiaire des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie** visés à l'article L. 450-1 du code de commerce qui ont été spécialement habilités par le garde des sceaux afin de recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.

En l'état du droit, la proposition de composition pénale peut déjà être présentée par un officier de police judiciaire.

En tout état de cause, comme le rappelle l'article 41-2 du code de procédure pénale, la proposition de composition pénale émane toujours du procureur de la République.

L'agent de la DGCCRF disposerait seulement de la faculté de la notifier. Les responsabilités ainsi reconnues apparaissent plus limitées que dans le cadre de la transaction pénale -dont l'usage est d'ailleurs exclusivement réservé aux chefs du service compétents.

L'**article 36** tend à compléter le champ d'application de l'**ordonnance pénale**. Cette procédure, mise en œuvre de longue date pour le jugement des contraventions¹, a été étendue aux délits depuis la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002. Prévue par l'article 495 du code de procédure pénale, elle est actuellement réservée, en matière correctionnelle, aux **délits du code de la route** ainsi qu'aux **délits en matière de réglementations relatives aux transports terrestres**.

L'ordonnance pénale est une **procédure simplifiée** à laquelle le procureur peut recourir s'il résulte de l'enquête que les **faits sont établis**. Elle n'implique pas la comparution du prévenu : le dossier est transmis au président du tribunal qui statue, sans débat préalable, par une ordonnance pénale motivée portant relaxe ou condamnation à une **amende** et éventuellement à des **peines complémentaires**. Le ministère public peut faire opposition dans les dix jours et le prévenu dans les quarante-cinq jours.

En cas d'opposition, l'affaire est alors portée devant le tribunal correctionnel -qui pourra prononcer une peine d'emprisonnement si celle-ci est encourue pour le délit (art. 495-3 du code de procédure pénale).

¹ 60 % du contentieux du tribunal de police est traité selon cette voie.

La procédure présente une efficacité certaine. Ainsi, bien qu'elle ne s'applique aux délits que depuis 2002, elle représente désormais plus de 9 % des poursuites devant le tribunal correctionnel.

L'objectif d'effectivité de la réponse pénale gagnera certainement à l'extension de l'ordonnance pénale aux délits à caractère économique.

Votre commission vous propose de donner un **avis favorable** aux articles 30 et 36.

Article 37

(art. L. 470-4-3 nouveau du code de commerce)

Extension aux agents de la DGCCRF du pouvoir de convocation du prévenu

Le présent article tend à permettre à certains agents de la DGCCRF de notifier directement au prévenu la convocation en justice.

Cette convocation vaut citation à personne : elle assigne directement le prévenu devant le tribunal correctionnel. Cette faculté est triplement encadrée :

- d'une part, elle ne pourrait intervenir que sur instruction du procureur de la République : elle ne présente donc que le caractère d'une **notification** ;

- d'autre part, elle serait réservée aux fonctionnaires de catégorie A du ministère de l'économie **habilités** par le garde des sceaux auxquels l'article 30 du présent projet de loi tend également à donner la possibilité de présenter une composition pénale ;

- enfin, elle ne pourrait s'appliquer que pour les délits du titre IV du livre IV du code de commerce **pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue**.

Cette disposition, inspirée d'une recommandation de la mission présidée par M. Guy Canivet, accélérerait la procédure actuelle. En effet, aujourd'hui, la saisine du tribunal se déroule en principe en trois phases successives : l'information du parquet par l'agent de la DGCCRF, la **citation directe** par exploit d'huissier délivré à la requête du ministère public, la comparution devant le tribunal au jour et à l'heure mentionnés dans la citation. Le dispositif prévu par le présent article permettrait de faire l'économie de l'assignation par huissier.

Une telle faculté a été ouverte par la loi du 30 décembre 1985 portant dispositions de procédure pénale et de droit pénal aux officiers de police judiciaire ou aux greffiers qui, sur instructions du procureur de la République, peuvent convoquer le prévenu en justice.

Aux termes de l'article 390-1 du code de procédure pénale, la convocation doit énoncer le fait poursuivi, viser le texte de loi le réprimant et indiquer le tribunal saisi, le lieu, la date et l'heure de l'audience. Elle précise

également que le prévenu peut se faire assister d'un avocat. La convocation est constatée par un procès-verbal signé par le prévenu qui en reçoit copie.

Votre commission vous propose de donner un **avis favorable** à l'article 37.

TITRE VIII AUTRES DISPOSITIONS

Article 45

(art. 5-1, 6 et 9 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990)

Encadrement des règles de détention du capital des sociétés d'exercice libéral – Coordinations avec le nouveau régime des valeurs mobilières

Le présent article a pour objet, d'une part, **de permettre un encadrement plus strict des règles de détention du capital des sociétés d'exercice libéral** dans un souci de protection de l'indépendance de certaines professions libérales réglementées et, d'autre part, de prendre en compte les modifications apportées par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 aux catégories de valeurs mobilières susceptibles d'être émises par les sociétés commerciales.

1. Le droit en vigueur

Depuis toujours, l'exercice à titre individuel constitue le mode d'exercice traditionnel des professions libérales réglementées. Cette évolution n'a pas pour autant constitué un frein au développement de l'exercice en groupe qui - dans un contexte international de plus en plus concurrentiel - prend une importance croissante depuis la première moitié du XX^{ème} siècle¹.

• Définition des sociétés d'exercice libéral

Parallèlement aux sociétés de moyens² qui se limitent à la mise en commun des charges matérielles, des **regroupements pour l'exercice en commun d'une même profession** se sont développés par empilements successifs.

Outre l'association reconnue en 1954 et la société civile professionnelle (SCP) instituée en 1966³, les membres des professions libérales réglementées peuvent, depuis la loi n° 90-1258 du

¹ Les premières sociétés de médecins sont apparues vers 1930.

² Telles que les sociétés coopératives entre médecins, les sociétés civiles de moyens respectivement instituées en 1965 et 1966 ou encore, de création plus récente (1989), les groupements d'intérêt économique.

³ Voir la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

31 décembre 1990¹, recourir à quatre formes de sociétés de type commercial. Ces structures qui sont des sociétés de capitaux dénommées **sociétés d'exercice libéral (SEL)** sont les suivantes :

- **la société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL)**² inspirée de la société à responsabilité limitée (SARL) ;

- **la société d'exercice libéral à forme anonyme (SELAFA)** qui reprend, sous des modalités particulières, les caractéristiques de la société anonyme ;

- **la société d'exercice libéral en commandite par actions (SELCA)** qui découle de la société par actions ;

- **la société d'exercice libéral par actions simplifiée (SELAS)**³ créée par **la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001** relative aux **nouvelles réglementations économiques** à l'initiative du Sénat, et plus particulièrement de M. Jean-Jacques Hyst, alors rapporteur du texte au nom de votre commission⁴. L'institution d'une quatrième forme de société commerciale s'explique par le souci de laisser aux associés une grande liberté de choix quant à l'organisation des liens de partenariat au sein de la structure.

Le développement de l'exercice sous forme de société, en particulier de SEL, est aujourd'hui avancé. Selon les informations recueillies par votre rapporteur auprès du Conseil national des barreaux, on a pu observer, entre 1997 et 2004, une progression de 144 % du nombre de SEL d'avocats, en particulier de SELARL dont le nombre s'est accru de 175 %⁵. De même, le nombre de SELAS d'avocats, encore inexistantes en 2003, augmente fortement (+ 73,5%)⁶. Le graphique ci-après indique la répartition des sociétés d'avocats au 1^{er} janvier 2004. On observe que 30 % des regroupements sont des SEL.

¹ Relative à l'exercice sous forme de sociétés de professions libérales soumises à un statut législatif et réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

² Qui peut être constituée sous la forme d'une entreprise unipersonnelle (ELURL).

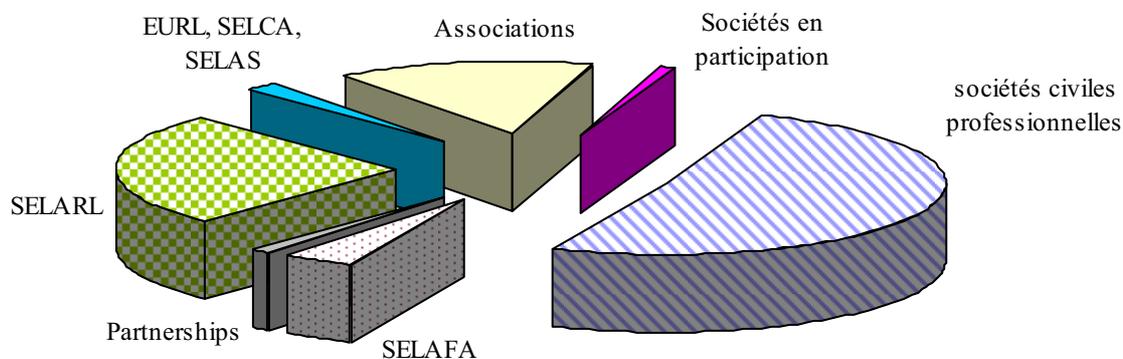
³ Qui peut également être une société unipersonnelle (SELASU).

⁴ Voir avis n°10 (Sénat, 2000-2001).

⁵ Les SELARL représentent plus de 85 % des SEL.

⁶ Les SELAS représentent 4,4 % des SEL.

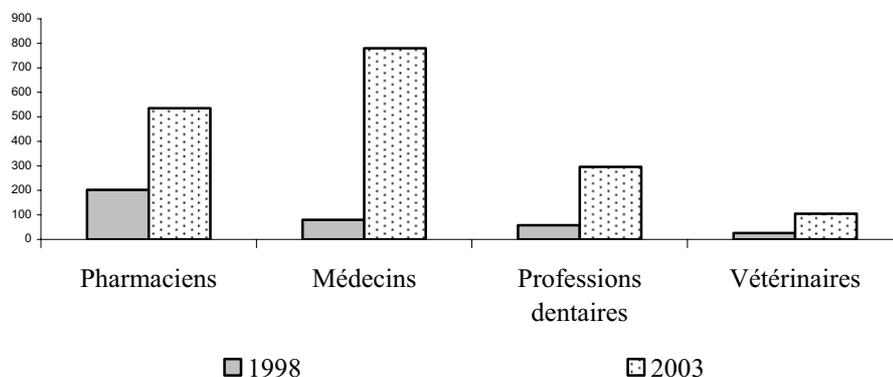
Répartition des structures d'exercice en groupe au sein de la profession d'avocat



Source : données du ministère de la justice.

Le nombre de SELARL créées par les professions libérales de santé s'est également considérablement accru entre 1998 et 2003.

Evolution du nombre de SELARL - professions de santé -



Source : données du ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation

• **Les règles qui régissent l'actionnariat majoritaire des SEL : un équilibre entre le souci de préserver l'indépendance des professionnels et la nécessaire diversification de l'origine des capitaux pour mieux faire face à la concurrence internationale**

La création des SEL par la loi du 31 décembre 1990 est le **fruit d'un compromis entre deux impératifs contradictoires** : favoriser les apports de capitaux extérieurs d'origine diversifiée pour assurer le développement des

cabinets libéraux et garantir leur compétitivité, tout en veillant à préserver l'indépendance inhérente à la déontologie des professionnels concernés.

Certains aspects du régime applicable aux SEL reposent sur des principes dérogatoires au droit commun des sociétés commerciales défini par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966¹ désormais codifiée au livre II du code de commerce. Il en va notamment ainsi des modalités de détention du capital.

L'actionnariat majoritaire des SEL obéit à des règles particulières destinées à protéger les professions libérales réglementées. Cette disposition vise à mettre les professionnels à l'abri d'une logique purement capitalistique, voire spéculative, susceptible de porter atteinte à leur indépendance et à leurs règles déontologiques. Il importe selon cette même logique que **les ordres professionnels soient en mesure de contrôler et de retracer l'origine du capital de leurs membres.**

L'article 5 de la loi du 31 décembre 1990 réserve le **contrôle de la société aux seuls professionnels, qui sont nécessairement des personnes physiques, en exercice au sein de celle-ci.** En application de ce principe ces **personnes** doivent détenir :

- la majorité du capital ;
- la majorité des droits de vote.

Les conditions de détention de la fraction minoritaire du capital, c'est-à-dire au maximum 49 %, ouverte à quelques personnes limitativement énumérées², sont également strictement encadrées, dans les conditions prévues au même article 5, ainsi qu'à l'article 6.

Dans un souci de modernisation des professions libérales réglementées, l'article 32 de la **loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier (MURCEF)**, a **assoupli le régime de la détention majoritaire du capital des SEL**, au risque d'en accroître la complexité.

Elle a introduit dans la loi du 31 décembre 1990 un **article 5-1** pour ouvrir à des personnes extérieures à la SEL la détention majoritaire de son capital jusqu'alors très fermée.

¹ Sur les sociétés commerciales.

² Ce même article 5 restreint à cinq catégories de personnes ayant un lien avec les professionnels en exercice au sein de la société la possibilité de détenir la fraction minoritaire des parts sociales d'une SEL. Sont mentionnés les membres de la même profession exerçant hors de la société (les concurrents) (1°), les anciens associés pendant dix ans après le cessation d'activité (2°), les ayants droits des associés, des anciens associés exerçant au sein de la société et des associés en exercice hors de la société, dans un délai de cinq ans suivant leur décès (3°), la société de type holding ayant procédé au rachat d'entreprise par les salariés (RES) sur la SEL (4°) et les membres exerçant l'une des professions libérales apparentées au même secteur d'activité que celui de la SEL (d'une part, les professions juridiques et judiciaires, d'autre part, les professions de santé et, enfin, les professions techniques) (5°).

Cette dérogation a été introduite par le Sénat, sur la proposition de notre collègue M. Philippe Marini, rapporteur général de la commission des finances, qui avait fait valoir que les règles énoncées par la loi de 1990 ne permettaient pas « *un développement aisé, notamment par apports financiers extérieurs, des cabinets d'avocats français, à la différence des cabinets anglo-saxons qui disposent bien souvent d'une puissance financière, commerciale, logistique bien supérieure* »¹.

L'actionnariat majoritaire des SEL a donc été élargi, pour toutes les professions réglementées², à deux catégories de personnes :

- **les personnes physiques ou les personnes morales** telles qu'une SEL ou une SCP exerçant la profession constituant l'objet social³. Cette disposition est déjà utilisée par certains professionnels libéraux ;

- **les sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL)**⁴. Ce type de société ne peut aujourd'hui être constitué que par cinq professions juridiques et judiciaires⁵, à savoir, les avocats et certains officiers publics et ministériels⁶. En outre, une profession technique - les conseils en propriété industrielle - peut également créer des SPFPL⁷.

● **Les professions pouvant recourir à la forme des SEL**

Le recours à la forme des SEL est ouvert aux **professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé**. La loi du 31 décembre 1990 prévoit que ses dispositions peuvent faire l'objet d'adaptations aux spécificités de chaque profession intéressée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

21 décrets ont permis aux professions mentionnées dans le tableau ci-après de constituer des SEL. Chacun de ces textes a fait usage de la liberté laissée par le législateur de prévoir des règles adaptées aux caractéristiques de la profession qu'il concerne. Ainsi, par exemple, les décrets relatifs aux sociétés d'exercice libéral de médecins, pharmaciens et directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale ont fait usage de la liberté laissée par la loi du 31 décembre 1990 de limiter le nombre des SEL dans lesquelles

¹ Rapport n° 336 (Sénat, 2000-2001).

² Dans sa version initiale, adoptée par le Sénat en première lecture, cette disposition avait vocation à s'appliquer aux seuls avocats. En nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, son champ d'application a été étendu à l'ensemble des professions libérales réglementées.

³ Avant 2001, seule la détention du complément du capital leur était ouverte.

⁴ Les SPFPL constituent une nouvelle forme sociale à la disposition des professions libérales réglementées ayant pour objet la détention de parts ou d'actions de SEL.

⁵ Voir les décrets n°s 2004-852 à 2004-856 en date du 23 août 2004. Les principales dispositions figurant dans ces textes sont exposées dans une réponse du ministère de la justice à une question écrite de M. Philippe Marini, JO Sénat, Questions écrites, 30 septembre 2004, p. 2235 et suivante, question n° 11471.

⁶ Notaire, avoué près les cours d'appel, commissaire-priseur judiciaire et huissier de justice, à l'exclusion des greffiers des tribunaux de commerce en raison des règles propres à l'organisation judiciaire.

⁷ En application du décret n° 2004-199 du 25 février 2004.

une même personne physique ou morale peut prendre des participations minoritaires en interdisant la détention de participations dans plus de deux de ces sociétés¹. Il s'agit d'éviter les participations croisées de nature à rendre difficile l'identification de l'origine des capitaux.

Professions de santé	Professions juridiques	Professions techniques
Médecin décret n° 94-680 du 3 août 1994	Avocat décret n° 93-492 du 25 mars 1993	Architecte décret n° 92-619 du 6 juillet 1992
Chirurgien-dentiste décret n° 92-740 du 29 juillet 1992	Avoué à la Cour décret n° 93-362 du 16 mars 1993	Géomètre-expert décret n° 92-618 du 6 juillet 1992
Pharmacien d'officine décret n° 92-909 du 28 août 1992	Notaire décret n° 93-78 du 13 janvier 1993	Expert-comptable et comptable agréé décret n° 92-1124 du 2 octobre 1992
Directeur et directeur adjoint de laboratoires d'analyses de biologie médicale décret n° 92-545 du 17 juin 1992	Huissier de justice Décret n° 92-1448 du 30 décembre 1992	Commissaire aux comptes décret n° 92-764 du 3 août 1992
Vétérinaire décret n° 92-788 du 4 août 1992	Greffier de Tribunal de commerce Décret n° 93-86 du 21 janvier 1993	Conseil en propriété industrielle décret n° 93-1105 du 17 septembre 1993
Sage-femme décret n° 92-739 du 29 juillet 1992	Administrateur judiciaire Décret n° 93-892 du 6 juillet 1993	Expert agricole et foncier et expert forestier décret n° 92-789 du 4 août 1992
Professions paramédicales décret n° 92-741 du 29 juillet 1992	Mandataire judiciaire Décret n° 93-1112 du 20 septembre 1993	
	Commissaire-priseur Décret n° 92-1449 du 30 décembre 1992	

2. Le projet de loi : de nouvelles possibilités pour encadrer plus strictement les modalités de détention du capital majoritaire des SEL

• Des modifications justifiées par une situation préoccupante pour l'indépendance de certaines professions

L'ouverture des modalités d'organisation et de financement des professions libérales réglementées n'est pas sans soulever d'importantes questions.

Depuis près de vingt ans, le législateur est guidé par le souci d'éviter que l'ouverture excessive du capital des SEL nuise à la qualité des prestations des professionnels sans qu'il soit question pour autant de refuser toute modernisation.

Or, l'entrée en vigueur de l'article 5-1 de la loi du 31 décembre 1990 fait craindre à certains professionnels libéraux, notamment ceux exerçant dans

¹ Voir par exemple, pour les pharmaciens, l'article R. 5125-18 du code de la santé publique.

le domaine de la santé, des dérives susceptibles de porter atteinte à leur indépendance.

Comme l'ont fait valoir les représentants de l'Union nationale des professions libérales (UNAPL) et du Comité de liaison inter-ordres (CLIO) entendus par votre rapporteur, **l'indépendance** de certaines professions, en particulier des pharmaciens d'officine et des directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale, semble être mise à mal par la prise de contrôle à des fins purement capitalistiques de SEL par des actionnaires extérieurs aux professionnels en exercice dans les sociétés concernées. Les professionnels entendus craignent, dès lors, d'être soumis à une logique purement commerciale et d'être privés de leur liberté d'exercice.

A la différence des professions juridiques et judiciaires, certaines professions de santé et certaines professions « *techniques* » (architectes ou géomètres experts) ont des besoins de financement très importants en raison du matériel fort onéreux qu'ils doivent acquérir. Cette évolution est de nature à attirer plus particulièrement des investisseurs guidés par des objectifs susceptibles de heurter l'indépendance et la déontologie des professionnels.

Cette situation est à ce jour imputable aux sociétés constituées pour l'exercice de la profession - désormais autorisées à prendre des participations majoritaires dans le capital des SEL¹ - et non aux SPFPL qui ne peuvent être créées par les professions précitées, faute de publication des décrets d'application.

L'origine des capitaux qui financent des SEL devient de plus en plus difficile à retracer en raison de l'arrivée de nouveaux investisseurs extérieurs à la société. Ainsi que le souligne l'exposé des motifs du projet de loi, « *les montages que permet [la loi MURCEF] complexifient et nuisent à la transparence financière* » des sociétés. Les ordres professionnels ont d'ailleurs confirmé cette analyse, après avoir expliqué qu'ils étaient confrontés à des difficultés pour contrôler la conformité des statuts des SEL aux obligations inscrites dans la loi du 31 décembre 1990. Les représentants de l'UNAPL et du CLIO se sont en particulier inquiétés de la prise de contrôle de certains secteurs d'activité par quelques grands opérateurs financiers.

Pour toutes les raisons précédemment évoquées, le présent article **propose d'encadrer plus rigoureusement les modalités de détention majoritaire du capital dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.**

• Des solutions pour préserver l'indépendance des professionnels proposées par le projet de loi

Le projet de loi apporte deux aménagements à l'article 5-1, l'un pour y déroger, l'autre pour l'encadrer davantage.

¹ En pratique, il s'agit d'ailleurs principalement de SEL elles-mêmes.

Le 1° du présent article tend à compléter l'article 5-1 par deux nouveaux alinéas tendant à :

- écarter l'application de ce même article à certaines professions. A cet effet, il serait renvoyé à des décrets en Conseil d'Etat le soin de préciser les professions susceptibles d'être exclues de son bénéfice et, donc, pour lesquelles le contrôle d'une SEL serait exclusivement réservé aux professionnels en exercice dans cette structure.

Selon les informations recueillies par votre rapporteur auprès du Gouvernement, certains professionnels de santé et quelques professions techniques seraient plus particulièrement visés. **Cet ajout n'aurait, en aucun cas, vocation à concerner les professions juridiques et judiciaires, qui s'estiment d'ailleurs pleinement satisfaites des avancées permises par la loi MURCEF**, comme l'ont d'ailleurs confirmé à votre rapporteur certains de leurs représentants ;

- prévoir un **dispositif transitoire** tendant à permettre aux sociétés constituées avant l'entrée en vigueur des décrets précités de se mettre en conformité avec les nouvelles règles de détention majoritaire du capital. Ces sociétés disposeraient d'un **délai de deux ans** à compter de la publication desdits décrets. Au terme de ce délai, tout intéressé pourrait introduire une action en justice pour demander la dissolution de la société. Le tribunal pourrait accorder un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il s'agit d'une procédure classique reprise de la loi du 31 décembre 1990¹.

Le 2° du présent article propose d'insérer un nouvel alinéa à l'article 6 de la loi du 31 décembre 1990 pour autoriser, dans l'hypothèse où le contrôle majoritaire d'une SEL par des personnes extérieures à cette société serait autorisé, une limitation des prises de participations croisées ou en cascade entre plusieurs associés.

Il permettrait de limiter le nombre de SEL constituées pour l'exercice d'une même profession dans lesquelles une même personne morale exerçant celle-ci ou une même SPFPL pourrait détenir directement ou indirectement des parts sociales. Le contenu de ces restrictions et les professions susceptibles d'être concernées seraient renvoyés à un décret en Conseil d'Etat. Ce dispositif constitue le décalque d'une règle applicable à la détention de la fraction minoritaire du capital prévue à l'article 5 de la loi de 1990 dans sa rédaction actuelle. Ces dispositions ne viseraient pas les professions juridiques et judiciaires exclues du bénéfice de l'actuel article 6 de la loi de 1990 par son dernier alinéa.

A l'instar du 1° du présent article, un dispositif transitoire serait défini pour permettre aux sociétés constituées antérieurement aux futurs décrets précités de se mettre en conformité avec les nouvelles règles de détention majoritaire du capital.

¹ Voir les articles 5 et 18.

• **La prise en compte du nouveau régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales**

Le 3° du présent article réécrirait entièrement l'article 9 de la loi du 31 décembre 1990 afin de **prendre en compte les modifications apportées au régime des valeurs mobilières par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004** portant réforme du régime des valeurs mobilières et extension à l'outre-mer des dispositions ayant modifié la législation commerciale.

En premier lieu, le texte proposé modifierait les dispositions relatives aux **actions à dividende prioritaire sans droit de vote**.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 9 interdit aux professionnels exerçant au sein d'une SEL de détenir des actions à dividende prioritaire sans droit de vote. Cette mesure d'interdiction tend à préserver l'influence des personnes exerçant leur activité professionnelle au sein de la société.

Or, l'ordonnance précitée a supprimé la catégorie des actions à dividende prioritaire sans droit de vote, pour la fondre, avec d'autres catégories d'actions, dans une catégorie unique rassemblant des « *actions de préférence* »¹. L'article L. 228-29-8 du code de commerce laisse cependant subsister les actions à dividende prioritaire déjà créées ou dont la création a été décidée par les assemblées d'actionnaires avant la publication de cette ordonnance.

De ce point de vue, le premier alinéa du texte proposé par le 3° du présent article ne ferait qu'adapter la rédaction actuelle à la nouvelle situation juridique créée. Ainsi, dans les SEL :

- la création de nouvelles actions à dividende prioritaire sans droit de vote serait désormais interdite ;

- dans l'hypothèse où de telles actions auraient été créées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée du 24 juin 2004 ou émises après cette date en vertu de décisions d'assemblées générales antérieures à l'entrée en vigueur de ce texte², les professionnels exerçant leur activité au sein de la société ne pourraient en détenir aucune.

En second lieu, le texte proposé encadrerait **l'usage des droits particuliers conférés aux actions de préférence**.

L'article L. 228-11 du code de commerce permet l'émission par les sociétés commerciales d'actions « *avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* ». La société émettrice peut donc désormais décliner ses titres selon ses propres besoins, au cas par cas.

¹ Ces actions sont définies par l'article L. 228-11 du code de commerce comme des actions « *avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* ». La société émettrice peut donc désormais décliner ses titres selon ses propres besoins, au cas par cas.

² Situation résultant du renvoi par le texte proposé à l'article L. 228-29-8 du code de commerce.

Or, les **droits particuliers attachés aux actions de préférence ne doivent pas servir à contourner les règles destinées à garantir l'indépendance des professionnels exerçant au sein des SEL**. C'est pourquoi le dernier alinéa du texte proposé préciserait que **les droits conférés à ces actions ne pourraient faire obstacle** :

- **ni à l'application « des règles de répartition du capital et des droits de vote »**. Cette formule générale renvoie en réalité, pour l'essentiel, aux articles 5 à 7 de la loi du 31 décembre 1990, qui encadrent la détention du capital et le droit de vote dans les SEL ;

- **ni aux « dispositions de l'article 12 » de la loi du 31 décembre 1990, qui imposent notamment que certaines fonctions de dirigeants sociaux soient réservées aux seuls professionnels exerçant dans la société**. Cet article prévoit notamment que les gérants, le président et les dirigeants de la société par actions simplifiée, le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux ainsi que les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance dans la société anonyme doivent être des associés exerçant leur profession au sein de la société. Il dispose également que seuls les professionnels exerçant au sein de la société peuvent prendre part aux délibérations prévues par ces textes lorsque les conventions en cause portent sur les conditions dans lesquelles ils y exercent leur profession.

3. La position de votre commission

Il paraît particulièrement préoccupant que les instances ordinales ne soient plus en mesure d'exercer leur rôle capital de régulateur de la profession. En effet, les conditions dans lesquelles les agréments des sociétés sont instruits ne sont pas satisfaisantes car les ordres ne disposent pas de capacités d'expertise à la hauteur de la complexité des nouveaux instruments d'ingénierie juridico-financière mis à la disposition des professionnels. Or, il convient de leur donner les moyens d'assurer un contrôle effectif sur les pratiques professionnelles afin d'éviter des dérives préjudiciables à la clientèle, voire à l'ordre public s'agissant des professions de santé.

Il convient également de définir des garde-fous suffisamment efficaces pour éviter que des logiques trop éloignées des règles déontologiques qui s'imposent aux professionnels libéraux ne prennent le pas.

Au surplus, cette démarche ne paraît nullement contradictoire avec les avancées accomplies par le législateur en 2001. Votre commission est convaincue qu'au contraire, le présent projet de loi apporte une réponse appropriée de nature à apaiser les inquiétudes de certains professionnels. Il convient d'éviter que la loi du 31 décembre 1990 soit considérée seulement comme une arme redoutable contre l'exercice libéral.

Tout en approuvant les principes proposés par le projet de loi, votre commission vous propose d'améliorer le dispositif sur plusieurs points. A cet

effet, elle vous soumet **un amendement de réécriture** du 1° et 2° de l'article 45 et vous propose :

- **d'apporter des précisions au regard de la délégation, trop large, accordée au pouvoir réglementaire.** En permettant au décret de déroger - sans autre précision - à la loi, le présent projet de loi tend à placer sur un pied d'égalité le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Cette rédaction ne paraît donc pas conforme à la hiérarchie des normes. Une telle dérogation ne serait envisageable que sous réserve de conditions fixées par la loi. A défaut, le Conseil constitutionnel, gardien des domaines respectifs de la loi et du règlement, pourrait censurer le législateur. **Il semble donc nécessaire d'encadrer le dispositif avec une plus grande rigueur en définissant les critères sur lesquels le pouvoir réglementaire pourrait s'appuyer pour exclure certaines professions du bénéfice de l'article 5-1.**

Votre commission vous propose de viser les hypothèses dans lesquelles la détention majoritaire du capital porterait « *atteinte à l'exercice de la profession concernée, au respect de l'indépendance de ses membres et de ses règles déontologiques propres* ». En outre, il semble nécessaire de faire référence « *aux professions juridiques et judiciaires* », afin de marquer clairement qu'elles seraient **exclus du bénéfice de la dérogation**. Il paraît en effet important de cibler davantage les professionnels auxquels le dispositif aurait vocation à s'appliquer pour ne pas vider l'article 5-1 de sa portée.

- **d'encadrer plus strictement l'ouverture du capital majoritaire à des personnes extérieures** aux professionnels en exercice au sein de la SEL en étendant « *aux personnes physiques* » la limitation du nombre de SEL – constituées pour l'exercice d'une même profession - dans lesquelles une même personne est autorisée à détenir des participations ; cet ajout constitue une garantie supplémentaire pour éviter tout dévoiement de la loi du 31 décembre 1990 et rendre plus transparent le statut des SEL.

Votre commission vous soumet en outre des modifications de pure forme afin de :

- transférer les dispositions transitoires, qui ont vocation à disparaître, sous un article distinct au sein des dispositions diverses de la loi du 31 décembre 1990 ;

- déplacer l'encadrement prévu au 2° pour le faire figurer au sein de l'article 5-1 relatif aux règles de détention majoritaire du capital des SEL auquel il se rapporte et non à l'article 6 dont l'objet concerne les modalités de détention de la fraction minoritaire du capital des SEL.

Saisi, par délégation de la commission des affaires économiques, de l'examen au fond de cet article, votre commission des lois vous propose d'adopter l'article 45 **ainsi modifié**.

ANNEXE 1

-

AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR LA COMMISSION DES LOIS

Article 10

Dans le II du texte proposé par le II de cet article pour l'article L. 121-4 du code de commerce, supprimer les mots :

d'une société civile artisanale à responsabilité limitée,

Article 10

Compléter le II du texte proposé par le II de cet article pour l'article L. 121-4 du code de commerce par les mots :

répondant à des conditions de seuils fixés par décret en Conseil d'Etat.

Article 10

Rédiger comme suit le V du texte proposé par le II de cet article pour l'article L. 121-4 du code de commerce :

V.- La définition du conjoint collaborateur et les autres conditions d'application du présent article sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Article 11

Dans le texte proposé par cet article pour l'article L. 121-7 dans le code de commerce, remplacer les mots :

accomplis pour le compte du conjoint chef d'entreprise, et

par les mots :

l'être pour le compte du chef d'entreprise et

Article 15

Après le deuxième alinéa (1°) du VI de cet article, insérer deux alinéas ainsi rédigés :

...° Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Sans préjudice des dispositions du présent article, l'avocat peut exercer sa profession en qualité de collaborateur non salarié d'un avocat selon les modalités prévues par l'article 15 de la loi n°..... -..... du en faveur des petites et moyennes entreprises. »

Article 16

(art. L. 146-3 du code de commerce)

Dans la deuxième phrase du premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 146-3 du code de commerce, supprimer le mot :

notamment

Article 16

(art. L. 146-3 du code de commerce)

Dans la dernière phrase du premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 146-3 du code de commerce, après les mots :

peuvent être rendues obligatoires

insérer les mots :

par arrêté conjoint du ministre chargé du travail et du ministre chargé des petites et moyennes entreprises,

Article 16

(art. L. 146-3 du code de commerce)

Dans le second alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 146-3 du code de commerce, remplacer les mots :

le ministre du travail peut fixer

par les mots :

le ministre chargé du travail et le ministre chargé des petites et moyennes entreprises peuvent fixer conjointement

Article 20

(art. L. 239-10-1 du code de commerce)

Compléter le texte proposé par le I de cet article pour l'article L. 239-10-1 du code de commerce par un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application du titre III du livre VI du présent code, la location de ses actions ou parts sociales ne peut intervenir que dans les conditions fixées par le tribunal ayant ouvert cette procédure.

Article 20

(art. L. 239-10-2 du code de commerce)

Dans la seconde phrase du premier alinéa du texte proposé par le I de cet article pour l'article L. 239-10-2 du code de commerce, remplacer le mot :

obligatoirement

par les mots :

, à peine de nullité,

Article 20

(art. L. 239-10-2 du code de commerce)

A la fin de la seconde phrase du troisième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour l'article L. 239-10-2 du code de commerce, remplacer les mots :

aux stipulations contractuelles

par les mots :

aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 239-10-3

Article 20

(art. L. 239-10-2 du code de commerce)

I.- Compléter le dernier alinéa du texte proposé par le I de cet article pour l'article L. 239-10-2 du code de commerce par deux phrases ainsi rédigées :

Cette évaluation est effectuée sur la base de critères tirés des comptes sociaux. Elle est certifiée par un commissaire aux comptes.

II.- En conséquence, dans cet alinéa, supprimer les mots :

, sur la base de critères tirés des comptes sociaux, par un commissaire aux comptes

Article 20

(art. L. 239-10-3 du code de commerce)

Rédiger comme suit le deuxième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour l'article L. 239-10-3 du code de commerce :

« Le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartient au bailleur dans les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société et au locataire dans les autres assemblées. Pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme le nu-propriétaire et le locataire comme l'usufruitier.

Article 20

(art. L. 239-10-4 du code de commerce)

Dans le deuxième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour l'article L. 239-10-4 du code de commerce, supprimer les mots :

à son terme prévu

Article 20

(art. L. 239-10-4 du code de commerce)

Supprimer le dernier alinéa du texte proposé par le I de cet article pour l'article L. 239-10-4 du code de commerce.

Article 20

Après le I de cet article, insérer un paragraphe ainsi rédigé :

....- L'article L. 223-18 du code de commerce est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque des parts sociales ont fait l'objet d'un contrat de bail en application de l'article L. 239-10-1, le gérant peut inscrire dans les statuts la mention du bail et du nom du locataire à côté du nom de l'associé concerné, sous réserve de la ratification de cette décision par les associés dans les conditions prévues à l'article L. 223-29. Il peut, dans les mêmes conditions, supprimer cette mention en cas de non-renouvellement ou de résiliation du bail. »

Article 23

Supprimer cet article.

Article 24

Dans le texte proposé par cet article pour compléter le deuxième alinéa de l'article L. 223-31 du code de commerce, remplacer les mots :

est gérant

par les mots :

est seul gérant

Article 25

Compléter la première phrase du premier alinéa du texte proposé par le 2° de l'amendement n° 51 pour insérer trois alinéas dans l'article L. 223-30 du code de commerce par les mots:

et, sur deuxième convocation, le cinquième des parts

Article 25

Compléter le premier alinéa du texte proposé par le 2° de l'amendement n°51 pour insérer trois alinéas dans l'article L. 223-30 du code de commerce par une phrase ainsi rédigée :

Les statuts peuvent prévoir un quorum ou une majorité plus élevés, sans pouvoir, pour cette dernière, exiger l'unanimité des associés.

Article 29

Dans le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 470-4-1 du code de commerce, remplacer les mots :

le chef du service d'enquête compétent

par les mots :

l'autorité administrative chargée des prix et de la concurrence

Article 29

Dans le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 470-4-1 du code de commerce, après les mots :

a droit,

insérer les mots :

, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement,

Article 45

Rédiger comme suit le 1° et le 2° de cet article :

1°- L'article 5-1 est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« Des décrets en Conseil d'Etat pourront prévoir, compte tenu des nécessités propres à chaque profession autre que les professions juridiques et judiciaires, que le premier alinéa ne s'applique pas, lorsque cette dérogation serait de nature à porter atteinte à l'exercice de la profession concernée, au respect de l'indépendance de ses membres ou de ses règles déontologiques propres.

« Sauf pour les professions juridiques et judiciaires, le nombre de sociétés d'exercice libéral constituées pour l'exercice d'une même profession dans lesquelles une même personne physique ou morale exerçant cette profession ou une même société de participations financières de professions libérales peut détenir des participations directes ou indirectes peut être limité dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat selon les nécessités propres de chaque profession. »

2° Après l'article 33, il est ajouté un article 34 ainsi rédigé :

« Art. 34 - Les sociétés constituées avant l'entrée en vigueur des décrets prévus aux deuxième et troisième alinéas de l'article 5-1 doivent, dans un délai de deux ans à compter de cette date, se mettre en conformité avec les dispositions de ces décrets. A l'expiration de ce délai, si un ou plusieurs associés ne satisfaisant pas aux conditions fixées par ces décrets n'ont pas cédé les parts ou actions qu'ils détiennent, la société peut, nonobstant leur opposition, décider de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts ou actions de ceux-ci et de les racheter à un prix fixé, sauf accord entre les parties, dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil. A défaut, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. La dissolution ne peut être prononcée si, au jour où il est statué sur le fond, cette régularisation a eu lieu. »

ANNEXE 2

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR

Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME)

- M. Jean-François Roubaud, président
- M. Pascal Labet, directeur des affaires économiques

Union nationale des professions libérales (UNAPL)

- M. Jacques Reignault, vice-président délégué
- M. Dominique Picard, directeur général

Assemblée permanente des chambres de métiers (APCM)

- M. François Moutot, directeur général

Comité de liaison inter-ordres (CLIO)

- Dr Gérard Zeiger, vice-président du Conseil national de l'ordre des médecins
- M. Jean Parrot, président du Conseil national de l'ordre des pharmaciens

GIE Conseil national des barreaux - Barreau de Paris - Conférence des bâtonniers

- M. Jean-Jacques Caussain, avocat
- M. Hervé Chemouli, avocat