

N° 5

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2000-2001

Annexe au procès-verbal de la séance du 4 octobre 2000

RAPPORT

PRÉSENTÉ

*au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, relatif aux **nouvelles régulations économiques**,*

Par M. Philippe MARINI,

Sénateur.

(1) *Cette commission est composée de* : MM. Alain Lambert, *président* ; Jacques Oudin, Claude Belot, Mme Marie-Claude Beaudeau, MM. Roland du Luart, Bernard Angels, André Vallet, *vice-présidents* ; Jacques-Richard Delong, Marc Massion, Michel Sergent, François Trucy, *secrétaires* ; Philippe Marini, *rapporteur général* ; Philippe Adnot, Denis Badré, René Ballayer, Jacques Baudot, Mme Maryse Bergé-Lavigne, MM. Roger Besse, Maurice Blin, Joël Bourdin, Gérard Braun, Auguste Cazalet, Michel Charasse, Marcel Charmant, Jacques Chaumont, Jean Clouet, Yvon Collin, Jean-Pierre Demerliat, Thierry Foucaud, Yann Gaillard, Hubert Haenel, Claude Haut, Alain Joyandet, Jean-Philippe Lachenaud, Paul Loridant, Michel Mercier, Gérard Miquel, Michel Moreigne, Joseph Ostermann, Jacques Pelletier, Louis-Ferdinand de Rocca Serra, Henri Torre, René Trégouët.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (11^{ème} législ.) : 2250, 2309, 2319, 2327 et T.A. 501.

Sénat : 321, 343 (1999-2000), 4 (2000-2001).

Politique économique.

SOMMAIRE

Pages

INTRODUCTION GÉNÉRALE	11
PRÉSENTATION DES ARTICLES	14
PREMIÈRE PARTIE : RÉGULATION FINANCIÈRE.....	14
DEUXIÈME PARTIE : RÉGULATION DE LA CONCURRENCE.....	21
TROISIÈME PARTIE : RÉGULATION DE L'ENTREPRISE.....	26
AVERTISSEMENT.....	33

EXAMEN DES ARTICLES

PREMIÈRE PARTIE : RÉGULATION FINANCIÈRE	35
TITRE PREMIER : DÉROULEMENT DES OFFRES PUBLIQUES D'ACHAT OU D'ÉCHANGE.....	35
• ARTICLE PREMIER Transmission des pactes d'actionnaires au Conseil des marchés financiers.....	35
• ARTICLE 2 Obligation d'effectuer sur un marché réglementé les transactions portant sur des titres visés par une offre publique.....	41
• ARTICLE 3 Rectification des informations financières.....	46
• ARTICLE 4 Information du comité d'entreprise en cas d'offre publique.....	50
• ARTICLE 5 Limitation dans le temps des procédures d'offre publique.....	60
TITRE II : POUVOIRS DES AUTORITÉS DE RÉGULATION.....	63
CHAPITRE PREMIER : DISPOSITIONS RELATIVES AUX ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET AUX ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT	63
• ARTICLE 6 A (nouveau) Présidence du collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier par le ministre chargé de l'économie.....	63
• ARTICLE 6 Agréments et autorisations du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et de la Commission des opérations de bourse (COB).....	65
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 6 Obtention de la qualité d'entreprise d'investissement.....	71
• ARTICLE 7 Information du gouverneur de la Banque de France des projets d'offre publique visant un établissement de crédit.....	73
• ARTICLE 8 Conditions requises pour diriger un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement.....	76

CHAPITRE II : DISPOSITIONS RELATIVES AUX ENTREPRISES D'ASSURANCES	78
• ARTICLE 9 Agrément des sociétés d'assurance	78
• ARTICLE 10 Qualification des dirigeants d'entreprises d'assurance	79
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 10 Présence du président du conseil de surveillance du fonds de garantie-vie au Conseil national des assurances	81
• ARTICLE 11 Information du ministre chargé de l'économie des projets d'offres publiques visant une entreprise d'assurance	82
CHAPITRE III : DISPOSITIONS COMMUNES	83
• ARTICLE 12 Saisine du tribunal de grande instance de Paris	83
• ARTICLE 13 Contrôle parlementaire	85
• ARTICLE 13 bis (nouveau) Inopposabilité du secret professionnel aux rapporteurs des commissions d'enquête parlementaires	87
• ARTICLE 13 ter (nouveau) Inopposabilité du secret de la Commission bancaire aux rapporteurs des commissions d'enquête parlementaires	91
• ARTICLE 13 quater (nouveau) Levée de l'interdiction d'effectuer des opérations de crédit pour les associations dites de « micro-crédit »	93
TITRE III : COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT DES AUTORITÉS DE RÉGULATION	95
CHAPITRE PREMIER : DISPOSITIONS RELATIVES AU COMITÉ DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DES ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT	95
• ARTICLE 14 Composition du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement	95
• ARTICLE 15 Transmission de documents par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement	100
• ARTICLE 16 Règlement intérieur du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement	102
• ARTICLE 16 bis (nouveau) Réduction à cinq ans de la durée de l'interdit bancaire	104
• ARTICLE 16 ter (nouveau) Composition de la Commission bancaire	106
CHAPITRE II : DISPOSITIONS RELATIVES À LA COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE	107
• ARTICLE 17 Collège de la Commission des opérations de bourse	107
• ARTICLES ADDITIONNELS APRES L'ARTICLE 17 Fusion de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers	109
• ARTICLE 18 Délégation de signature au sein de la Commission des opérations de bourse	115
• DIVISION ADDITIONNELLE AVANT L'ARTICLE 18 bis	116
• ARTICLE 18 bis (nouveau) Réforme des structures nationales du Groupe des banques populaires	117
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 18 bis Finalité des règlements	118
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 18 bis Mécanisme de résiliation et compensation généralisées des créances	120

• ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 18 BIS Assouplissement du plafond d'émission de certificats coopératifs d'investissement et de certificats coopératifs d'associés dans les établissements de crédit coopératifs	122
• ARTICLES ADDITIONNELS APRES L'ARTICLE 18 bis Eligibilité des salariés des groupes bancaires coopératifs et mutualistes aux options d'achat et de souscription d'actions	124

TITRE IV : AMÉLIORATION DE LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT PROVENANT D'ACTIVITÉS CRIMINELLES ORGANISÉES..... 126

• ARTICLE 19 Extension de la liste des professions soumises aux dispositions de la loi « anti-blanchiment »	126
• ARTICLE 20 Extension du champ de la déclaration de soupçon	133
• ARTICLE 20 bis (nouveau) Création d'un comité de liaison	141
• ARTICLE 21 Sanctions à l'encontre des centres financiers extra-territoriaux	143
• ARTICLE 21 bis (nouveau) Rapport sur les mesures de déclaration automatique ou de restriction des opérations	146
• ARTICLE 21 ter (nouveau) Communication des pièces liées à une opération ayant fait l'objet d'une information transmise par les services de l'État ou par les collectivités publiques	147
• ARTICLE 22 Moyens d'information de TRACFIN	148
• ARTICLE 22 bis (nouveau) Informations sur les décisions de justice définitivement prononcées	150
• ARTICLE 22 ter (nouveau) Informations sur les suites données aux déclarations de soupçon	152
• ARTICLE 23 Adaptation du code des assurances aux dispositions de lutte contre le blanchiment	153
• ARTICLE 23 bis (nouveau) Extension du champ des sanctions administratives	156
• ARTICLE 24 Obligation d'immatriculation au registre du commerce pour les sociétés créées avant 1978	158
• ARTICLE 25 Participation à une association de malfaiteurs	160
• ARTICLE 25 bis (nouveau) Création d'une nouvelle infraction	162
• ARTICLE 26 Sanction complémentaire en cas de condamnation pour blanchiment	164

DEUXIÈME PARTIE : RÉGULATION DE LA CONCURRENCE..... 167

TITRE PREMIER : MORALISATION DES PRATIQUES COMMERCIALES..... 167

• ARTICLE 27 A (nouveau) Dérogation à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles	167
• ARTICLE 27 B (nouveau) Dérogation aux autorisations nécessaires aux ventes réalisées par des associations caritatives ou des fondations	169
• ARTICLE 27 Encadrement des annonces de prix promotionnels sur les fruits et légumes frais	171
• ARTICLE 27 bis (nouveau) Fixation de prix minimum d'achat aux producteurs de fruits et légumes	173
• ARTICLE 27 ter (nouveau) Exigence d'un contrat écrit pour la rémunération de services spécifiques rendus par les fournisseurs	174
• ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 27 TER Modification de l'intitulé du titre IV du livre IV du code de commerce	176
• ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 27 TER Modification de l'intitulé d'un chapitre du code de commerce	177

•ARTICLE 28 Commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles.....	178
•ARTICLE 28 bis (nouveau) Prohibition des ententes réalisées par l'intermédiaire d'une société implantée hors de France.....	189
•ARTICLE 28 ter (nouveau) Obligation d'une lettre de change en cas de paiement à plus de 45 jours.....	190
•ARTICLE 29 Pratiques commerciales abusives : définition et sanctions par le juge.....	194
•ARTICLE 30 Etiquetage et présentation des produits.....	198
•ARTICLE 30 bis (nouveau) Modes de production de l'agriculture raisonnée.....	199
•ARTICLE 31 Conditions d'utilisation simultanée d'une marque commerciale et d'un signe d'identification de la qualité ou de l'origine.....	200
•ARTICLE 31 bis (nouveau) Etiquetage des produits vendus sous marque de distributeur.....	202
•ARTICLE 31 ter (nouveau) Protection de certaines dénominations de chocolat.....	203
•ARTICLE 31 quater (nouveau) Conditions d'utilisation du qualificatif « fermier » pour les produits agricoles et alimentaires.....	204
•ARTICLE 31 quinquies (nouveau) Modification des règles applicables aux sociétés coopératives de commerçants.....	206
•ARTICLE 31 sexies (nouveau) Définition du prix de revente à perte.....	208
TITRE II : LUTTE CONTRE LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES.....	210
CHAPITRE PREMIER : PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE.....	210
•INTITULÉ DE LA DIVISION ADDITIONNELLE AVANT L'ARTICLE 32.....	210
•ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 32 Désignation des membres du Conseil de la Concurrence.....	207
•ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 32 Nomination des rapporteurs du Conseil de la concurrence.....	219
•ARTICLE 32 Attributions du ou des rapporteurs généraux adjoints.....	220
•ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 32 Autosaisine du Conseil de la concurrence sur les questions de principe.....	221
•ARTICLE 32 bis (nouveau) Notion d'abus de dépendance économique.....	222
•ARTICLE 32 ter (nouveau) Actes interruptifs de la prescription.....	224
•ARTICLE 33 Notification des griefs et délais de consultation.....	225
•ARTICLE 34 Procédure simplifiée.....	227
•ARTICLE 35 Protection du secret des affaires.....	229
•ARTICLE 36 Recours à l'expertise.....	230
CHAPITRE II : AVIS ET DÉCISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE.....	231
•ARTICLE 37 Mesures conservatoires.....	231
•ARTICLE 38 Durcissement et atténuation des sanctions de pratiques anticoncurrentielles.....	233
•ARTICLE 39 Conditions de recevabilité des saisines et de continuation des procédures.....	237
•ARTICLE 40 Non-lieu et classement sans suite.....	239
•ARTICLE 40 bis (nouveau) Actes ou contrats administratifs anticoncurrentiels.....	241

CHAPITRE III : POUVOIRS ET MOYENS D'ENQUÊTE	243
• ARTICLE 41 Pouvoirs des enquêteurs lors des enquêtes simples	243
• ARTICLE 42 Renforcement des pouvoirs d'enquête en matière de visites et saisies	244
• ARTICLE 42 bis (nouveau) Communication des informations relatives au déclenchement et à l'issue des investigations diligentées par le ministre chargé de l'économie	246
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 42 bis Exclusion du rapporteur général et du rapporteur du délibéré de décisions du conseil	248
• ARTICLE 42 ter (nouveau) Destruction des pièces et documents non réclamés	250
• ARTICLE 43 Mise à disposition du Conseil de la concurrence d'enquêteurs	252
• ARTICLE 44 Compétence territoriale des fonctionnaires habilités à effectuer des visites	254
CHAPITRE IV : DISPOSITIONS DIVERSES	257
• ARTICLE 45 Spécialisation des tribunaux en matière de litiges relatifs au droit de la concurrence	257
• ARTICLE 46 Coopération entre le Conseil de la concurrence et les autorités de la concurrence étrangères	259
• ARTICLE 47 Pouvoirs d'enquête de l'administration en droit communautaire de la concurrence	262
• ARTICLE 47 bis (nouveau) Extension aux atteintes à la concurrence de la non-déductibilité fiscale des pénalités	264
TITRE III : CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS	266
• ARTICLE 48 Définition des opérations de concentrations	266
• ARTICLE 49 Opérations de concentration soumises à contrôle ministériel	268
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 49 Procédure simplifiée de notification des concentrations	271
• ARTICLE 50 Notification obligatoire des concentrations et autosaisine du Conseil de la concurrence	272
• ARTICLE 51 Autorisation par le ministre d'une opération notifiée	274
• ARTICLE 52 Délais et conditions d'autorisation de concentrations	275
• ARTICLE 53 Avis du Conseil et sanction du non-respect des règles d'autorisation des concentrations	278
• ARTICLE 54 Conciliation du secret des affaires avec l'audition de tiers et la publicité des décisions	281
• ARTICLE 54 bis (nouveau) Non-rétroactivité des règles de procédure de la présente loi	282
• ARTICLE 54 ter (nouveau) Obligation d'information du comité d'entreprise en cas de concentration	283
TROISIÈME PARTIE : RÉGULATION DE L'ENTREPRISE	284
TITRE PREMIER : DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	284
• ARTICLE 55 A (nouveau) Droits des comités d'entreprise	284
• ARTICLE 55 Objet des articles du titre premier	287
• ARTICLE 55 bis (nouveau) Clarification des formalités de transformation des sociétés existantes en sociétés par actions	288

• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 55 BIS Allégement des modalités de transformation d'une société par actions simplifiées en une société d'une autre forme	290
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 55 BIS Allégement des modalités d'émission d'obligations par une société auprès d'investisseurs privés	291
CHAPITRE PREMIER : ÉQUILIBRE DES POUVOIRS ET FONCTIONNEMENT DES ORGANES DIRIGEANTS	292
• ARTICLE 56 A (nouveau) Réduction du nombre maximal des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance	292
• ARTICLE 56 B (nouveau) Modification de l'intitulé de la sous-section I relative au conseil d'administration	294
• ARTICLE 56 Rôles du conseil d'administration et de son président	295
• ARTICLE 57 Rôles et statuts du directeur général et des directeurs généraux délégués	305
• ARTICLE 58 Conditions de révocation des membres du directoire ou du directeur général unique	313
• ARTICLE 59 Possibilité pour le conseil d'administration et le conseil de surveillance de prendre certaines décisions par « visioconférence »	315
CHAPITRE II : LIMITATION DU CUMUL DES MANDATS	318
• ARTICLE 60 Limitation du cumul des mandats sociaux	318
CHAPITRE III : PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS	327
• ARTICLE 61 Extension du régime d'autorisation des conventions entre les sociétés et leurs dirigeants	327
• ARTICLE 61 bis (nouveau) Création d'une procédure de contrôle <i>a posteriori</i> des conventions contractées par les associations et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique	336
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 61 bis Unification du statut des commissaires aux comptes	339
CHAPITRE IV DROITS DES ACTIONNAIRES	343
• ARTICLE 62 Extension des droits des actionnaires minoritaires	343
• ARTICLE 63 Participation aux assemblées générales	348
• ARTICLE 64 Information des actionnaires sur les rémunérations, avantages, mandats et fonctions des mandataires sociaux	351
• ARTICLE 64 bis (nouveau) Répartition de la somme allouée aux administrateurs en rémunération de leur activité par le conseil d'administration	357
• ARTICLE 64 ter (nouveau) Approbation par l'assemblée générale des comptes consolidés	358
CHAPITRE V : IDENTIFICATION DES ACTIONNAIRES	361
• ARTICLE 65 Représentation et identification des actionnaires non résidents	361
CHAPITRE VI : DISPOSITIONS RELATIVES AU CONTRÔLE	368
• ARTICLE 66 Notion de contrôle conjoint exercé dans le cadre d'une action de concert	368
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 66 Définition de l'action de concert	374

CHAPITRE VII : DISPOSITIONS RELATIVES AUX INJONCTIONS DE FAIRE	377
• ARTICLE 67 Recours aux injonctions de faire et demandes en référé	377
• ARTICLE 68 Injonctions de faire	380
• ARTICLE 68 bis (nouveau) Aménagement des règles d'apport lors de la constitution d'une société	383
CHAPITRE VIII : DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES	388
• ARTICLE 69 Sanction des comportements fautifs des dirigeants d'une société par actions simplifiée	388
• ARTICLE 69 bis (nouveau) Délai accordé aux conseils d'administration et aux conseils de surveillance pour diminuer le nombre de leurs membres	390
• ARTICLE 70 Délai d'application des dispositions relatives aux cumuls de mandats et au mandat de directeur général délégué	391
• ARTICLE 70 bis (nouveau) Renforcement des règles de transparence visant les plans de souscription et d'achat d'actions par les salariés	393
• ARTICLE 70 ter (nouveau) Modification du régime fiscal des stock options	399
• ARTICLE 70 quater (nouveau) Mesures en faveur des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise	407
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 70 QUATER Extension des modifications de la présente loi à la Nouvelle-Calédonie, aux territoires d'outre-mer et à Mayotte	414
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 70 QUATER Relèvement des plafonds de déductibilité fiscale des jetons de présence	415
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 70 QUATER Renforcement du contrôle de l'Etat sur les entreprises de réassurance	417
TITRE II : DISPOSITIONS RELATIVES AU SECTEUR PUBLIC	421
• ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 71 A Offres publiques d'échange menées par les entreprises dont le capital est détenu à plus de 20 % par l'Etat	421
• ARTICLE 71 A (nouveau) Représentation des usagers au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises assurant une mission de service public	423
• ARTICLE 71 Elargissement de la représentation de l'Etat aux entreprises privées dont il est indirectement actionnaire	425
• ARTICLE 72 Instauration des contrats d'entreprise entre l'Etat et les entreprises du secteur public	426
• ARTICLE 73 Modifications apportées à la loi relative à la démocratisation du secteur public	431
• ARTICLE 74 Information du Parlement sur la situation économique et financière du secteur public et sur le transfert au secteur privé d'entreprises publiques	432
• ARTICLE 75 (nouveau) Mise à disposition de fonctionnaires de la Caisse des dépôts et consignations à la société CDC Finance	434
EXAMEN EN COMMISSION	435

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Délibéré en Conseil des ministres le mercredi 15 mars 2000, le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques sur lequel le gouvernement a déclaré l'urgence, a été adopté par l'Assemblée nationale le mardi 2 mai 2000 au terme d'un examen en séance publique qui aura vu, aux 74 articles initiaux, se greffer 48 articles supplémentaires. Et cela, au détriment tant de la qualité juridique que de la cohérence d'ensemble de ce texte.

Votre commission des finances avait donc dû à l'origine se prononcer en l'espace de quinze jours seulement sur 122 articles d'un projet auquel le gouvernement et notamment en son sein, le nouveau ministre de l'économie, M. Laurent Fabius, continue de feindre vouloir trouver une unité de conception et de pensée.

En effet, prévu initialement en commission le mercredi 17 mai 2000, son examen a dû être reporté à une date ultérieure alors non précisée après que, à l'initiative du gouvernement, la conférence des présidents qui s'était réunie la veille au soir en ait décidé ainsi.

Lors de son allocution de fin de session 1999-2000, le Président Christian Poncelet avait ainsi fort justement dénoncé un tel « *processus de banalisation de l'urgence [qui] s'est enrichi, si j'ose dire, d'un élément nouveau, les déclarations d'urgence à l'aveugle, sans aucune certitude ni visibilité sur le calendrier d'adoption définitive des textes* ». Puisse la dénonciation vigoureuse de telles dérives avoir enfin un caractère curatif !

Au travers de cette dégradation, malheureusement récurrente, des conditions d'examen d'un texte, qu'il soit en effet permis à votre rapporteur de relever, pour la déplorer, la méthode consistant donc à déposer un projet de loi six mois après son annonce publique par le Premier ministre, le tout pour contraindre dans un premier temps les deux chambres du Parlement à se prononcer en première lecture sur celui-ci dans un délai de moins de deux mois, avant d'en décaler « au dernier moment » l'examen par le Sénat de près de cinq mois !

En réalité en ce domaine, le fond rejoint la forme : la précipitation avec laquelle ce projet a été discuté à l'Assemblée nationale tout autant que les attermoissements gouvernementaux quant à sa date d'inscription à l'ordre du jour du Sénat ne sont certainement pas fortuits.

Annoncé solennellement par le Premier ministre il y a déjà près d'une année après des déclarations télévisuelles diversement appréciées au sein de la majorité gouvernementale, ce texte, à défaut d'être porteur d'un projet de société, n'est qu'un texte de circonstance, au contenu épars et décevant, qui s'apparente à un « DDOEJCF »¹. S'y côtoient principalement en effet, dans un curieux inventaire, des mesures d'aménagement ponctuel du droit boursier, du droit de la concurrence ou du droit des sociétés, qu'elles soient privées ou publiques, cotées ou non cotées, auxquelles a été ajouté à la hâte, après la transmission du reste du texte au Conseil d'Etat, un volet destiné à lutter contre le blanchiment des capitaux.

Au-delà, c'est l'absence de projet global et de vision d'ensemble² qui sous couvert de « nouvelle régulation » entend souvent procéder à quelques rénovations de façade mais également à une « re-réglementation » larvée. Par delà, c'est le rôle et, partant, la place respective du pouvoir politique et des autorités administratives indépendantes sur lesquels il serait nécessaire de se pencher afin de lui conférer plus de cohérence, de stabilité et donc de lisibilité.

En effet, la régulation économique doit se définir comme la présence de mécanismes de stabilisation destinés à assurer le bon fonctionnement d'un système donné, qu'il soit local, national ou mondial. Le but de la régulation est bien d'assurer le fonctionnement le plus harmonieux possible d'une économie de marché dont on sait, depuis Adam Smith et l'échec des théories concurrentes, et dont on sent, avec la libéralisation croissante des économies et les progrès économiques induits, qu'elle conduit aux solutions les plus profitables pour la société et le plus grand nombre de ses membres, mais dont on perçoit également qu'en l'absence de régulateur, elle peut tomber dans des excès contraires à ses fins³.

Or une telle préoccupation ne semble cependant être présente au sein de ce texte que de façon diffuse et diluée. Certes la régulation se justifie par la nécessité de remédier aux dysfonctionnements des marchés tels qu'ils se présentent aujourd'hui. Elle est ainsi préférable au choix du laisser-faire intégral, générateur de nombreux effets pervers, mais aussi et surtout à celui de la contrainte étatique globale qui ne peut qu'étouffer les initiatives individuelles et, ainsi, nuire au bien de tous⁴.

¹ *Projet de loi portant « diverses dispositions d'ordre économique, juridique, comptable et financier ».*

² *Il est ainsi significatif que l'exposé des motifs du projet de loi initial déposé par le gouvernement ne soit précédé, contrairement à l'usage, d'aucun exposé global !*

³ *Ainsi que le groupe de travail de votre commission des finances sur la régulation financière internationale l'a rappelé dans son récent rapport (n° 284, 1999-2000).*

⁴ *Lors de la discussion générale à l'Assemblée nationale, le rapporteur de la commission des finances se félicitait ainsi de la consécration de l'intervention étatique, faisant notamment du budget de l'Etat « la forme la plus achevée de régulation de l'économie de marché ».*

A l'évidence, cette régulation doit s'appuyer sur des principes. Ceux auxquels se réfère votre commission se nomment liberté, propriété et responsabilité. Notre économie doit en effet s'inscrire dans un cadre où l'Etat joue un rôle central mais limité par le respect intangible du droit et des libertés individuelles.

La régulation doit également s'inscrire dans une époque, la nôtre. Elle doit accompagner, anticiper, encadrer l'avenir de la France d'aujourd'hui, dans le monde ouvert d'aujourd'hui. Elle doit aider nos entreprises à affronter l'enjeu majeur du nouveau siècle, qui sera marqué par l'aboutissement du processus de mondialisation.

Les réponses à ces préoccupations, fondamentales pour l'avenir de l'économie mais aussi pour le partage optimal des fruits de la croissance, ne peuvent bien sûr venir d'une enceinte unique et chaque catégorie d'acteurs - Etat, entreprises et citoyens- doit contribuer à l'élaboration des bonnes solutions.

Malheureusement, de telles réponses ne se retrouvent pas dans le présent projet de loi. Celui-ci se présente de manière ambiguë, puisque, sous l'intitulé des « régulations », il faudrait faire prévaloir de nombreuses réglementations purement franco-françaises.

La vraie régulation économique est en réalité celle qui respecte les piliers de l'économie de marché dans laquelle nous vivons - liberté d'action, respect de la propriété d'autrui, confiance dans l'esprit de responsabilité - et qui assure la compétitivité de notre pays et par là-même la défense de ses intérêts et de ses emplois.

Cette défense est, à la vérité, une anticipation. Elle n'est pas une contrainte mais un facteur de confiance. Elle n'est pas la somme des réglementations hétéroclites que comporte ce texte, mais un cadre harmonieux, réaliste, adapté à son temps.

En examinant au fond ce texte, malgré les atermoiements et changements de calendrier imposés par le gouvernement, et en étroite liaison avec les trois autres commissions saisies pour avis, respectivement les commissions des Lois, des Affaires économiques et des Affaires sociales, votre commission des Finances a souhaité œuvrer en ce sens.

PRÉSENTATION DES ARTICLES

PREMIÈRE PARTIE : RÉGULATION FINANCIÈRE

La première partie du présent projet de loi comprend quatre titres consacrés successivement au déroulement des offres publiques d'achat ou d'échange (titre premier), aux pouvoirs des autorités de régulation (titre II), à la composition et au fonctionnement des autorités de régulation (titre III) ainsi qu'à l'amélioration de la lutte contre le blanchiment d'argent provenant d'activités criminelles organisées (titre IV).

Il convient de relever que si les trois premiers titres de cette première partie figuraient effectivement dans l'avant-projet de loi qui a été transmis par le gouvernement au Conseil d'Etat, le dernier titre, celui concernant la lutte contre le blanchiment, a été introduit après cet examen. **Cela ne manque pas de nuire à la qualité et à la précision juridiques de ces dispositions.** De ce fait, si votre rapporteur ne peut qu'être favorable dans leur principe à ces dernières dispositions, il doit néanmoins regretter les lacunes juridiques et les nombreuses imprécisions contenues dans les quinze articles qui y sont désormais consacrés. Elles contribueront inévitablement à affaiblir la portée du dispositif préconisé par le gouvernement.

Pour une part le titre premier de ce projet de loi est issu des réflexions sur le déroulement des offres publiques qui se sont passées au cours de l'été 1999, et certains des aménagements proposés par le gouvernement apparaissent à ce titre aller dans la bonne direction.

Il s'agit ainsi de renforcer la transparence des opérations financières. Pour cela, il est désormais fait obligation de transmettre au Conseil des marchés financiers (CMF) qui les publie, toutes les clauses des pactes comportant des conditions préférentielles d'achat ou de vente (article premier). A défaut, ces clauses seront privées d'effet et cela afin d'assurer l'information et la transparence pour tous les acteurs. Votre commission vous propose d'en prévoir la transmission immédiate au CMF. L'ensemble des transactions sur un titre faisant l'objet d'une offre publique devra être réalisé sur un marché réglementé ou sur un marché reconnu (article 2) afin que les investisseurs bénéficient des mêmes conditions et des mêmes prix, sous peine de privation des droits de vote pendant deux ans. Les dispositions de l'article 3 prévoient que la Commission des opérations de bourse (COB) pourra publier elle-même un rectificatif à une publicité aux frais de la société. Il est également prévu que le CMF pourra fixer, lorsque trois mois se sont écoulés depuis le dépôt d'une offre publique, une date de clôture définitive de toutes les offres portant sur la société cible (article 5).

Une des dispositions proposées consiste à associer les salariés au déroulement des offres publiques (article 4). Il y aurait désormais obligation pour le dirigeant d'une société ayant déposé une offre publique d'expliquer son projet industriel et social au comité d'entreprise de la société cible si celui-ci le souhaite, sous peine d'une privation des droits de vote. Une telle mesure qui traduit « l'irruption » du droit social dans le droit boursier semble ne pas obéir qu'à des seules considérations juridiques et a été, à ce titre, présentée comme l'une des « mesures phares » voire emblématiques du présent projet. **Compte tenu de l'imprécision au plan juridique des dispositions proposées par le gouvernement (et des risques de débordement jurisprudentiels, notamment de cumul des sanctions), votre commission vous propose de l'encadrer plus rigoureusement.**

Le titre II vise à accroître la transparence des régulateurs financiers. L'article 6 A fait du ministre chargé de l'économie le président du collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier. Votre commission vous propose de revenir sur ce **contresens**. S'agissant de l'article 6 qui permet au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) de subordonner les agréments et les autorisations qu'il délivre à des conditions particulières et à des engagements des demandeurs, votre commission vous propose de compléter le dispositif proposé pour remédier aux « **oublis** » **du gouvernement** et de supprimer des dispositions ajoutées à l'Assemblée nationale pour lesquelles le CECEI n'a ni compétence ni légitimité. Après l'article 6, votre commission a introduit un article additionnel mettant en conformité la loi de modernisation des activités financières de 1996 avec la directive sur les services d'investissement de 1993. L'article 7 dispose que l'initiateur d'une offre publique portant sur un établissement de crédit devra en avertir le gouverneur de la Banque de France, et cela deux jours avant le dépôt de l'offre. Il s'agit de l'une des suites des épisodes boursiers de l'été 1999. L'Assemblée nationale avait fait passer le délai à huit jours et prévu l'information du ministre chargé de l'économie : votre commission, certes **dubitative sur l'utilité de l'article initial mais convaincue des risques** - notamment en matière de confidentialité - **engendrés par les modifications apportées par l'Assemblée nationale**, vous propose de revenir au texte du gouvernement.

Les dispositions suivantes sont relatives aux entreprises d'assurance qu'il s'agisse de l'agrément des sociétés d'assurance (article 9), des règles concernant la qualification des dirigeants d'entreprises (article 10), de l'information du ministre en cas d'offre portant sur une entreprise d'assurance (article 11). Après l'article 10, votre commission a introduit un article additionnel prévoyant la présence au conseil national des assurances du président du conseil de surveillance du fonds de garantie-vie. Au nombre des dispositions communes figurant au sein du chapitre suivant, l'article 12 permet au président du CMF, par analogie avec les pouvoirs du président de la COB,

de saisir le président du tribunal de grande instance (TGI) de Paris statuant dans la forme des référés : la commission des finances du Sénat a proposé de supprimer cette possibilité. Par ailleurs, l'article 13 prévoit que le gouverneur de la Banque de France en sa qualité de président du CECEI ou de la commission bancaire, le président de la Commission de contrôle des assurances (CCA) ou le président du CMF pourront être entendus par les commissions des finances des deux assemblées. Quelle que soit la bonne intention reflétée par une telle disposition, elle apparaît **superfétatoire** au vu des pouvoirs très larges et généraux d'investigation et d'audition détenus par les commissions des finances. Votre commission vous propose donc de maintenir la **suppression de cet article** déjà préconisée par l'Assemblée nationale.

Les articles 13 *bis* et 13 *ter* font évoluer les règles d'opposabilité du secret professionnel aux rapporteurs des commissions d'enquête : sur ces deux articles, votre commission a décidé de réserver sa position. L'article 13 *quater* introduit par l'Assemblée nationale vise à lever l'interdiction pour les associations dites de « micro-crédit » de réaliser des opérations de crédit.

Les dispositions du titre III ont trait à la composition et au fonctionnement des autorités de régulation. L'article 14 a trait aux règles de composition du CECEI. Par ailleurs, les règles de délégation et de consultation écrite au sein de la COB sont précisées (articles 17 et 18) tandis que, parallèlement, le CECEI sera doté d'un règlement intérieur publié au Journal officiel alors que ses règles de fonctionnement résultent actuellement essentiellement de la pratique (article 16).

Après l'article 17, votre commission a introduit trois articles additionnels visant à **fusionner la COB et le CMF** pour donner naissance à l'Autorité de régulation des marchés financiers, composée majoritairement de professionnels et qui reprendrait les compétences actuelles de deux organismes auxquels elle se substitue. Votre commission estime en effet que l'annonce par le ministre de cette réforme en juillet 2000 doit trouver sa concrétisation, conformément à ses propres engagements, dans le présent projet de loi. Le report de cette réforme ne semble pas souhaitable pour la crédibilité de la France et la compétitivité de la place de Paris.

La **durée de l'interdiction bancaire** est réduite à 5 ans par l'article 16 *bis* : **afin de protéger les commerçants qui sont les principales victimes des impayés**, votre commission souhaite toutefois qu'elle soit **maintenue à 10 ans**. L'article 18 *bis* procède à la réforme des structures nationales du groupe des Banques populaires : votre commission soutient cette initiative.

Après l'article 18 *bis*, votre commission vous propose diverses améliorations du droit existant :

- **transposer une directive communautaire** en souffrance depuis plus d'un an, dite « finalité des règlements » ;

- permettre la résiliation et la compensation généralisée des créances par unification de trois régimes existant selon le mécanisme dit du « **global netting** » ;

- lever les obstacles juridiques à la création d'une entité cotée en bourse par le Crédit agricole et à l'avenir par d'autres groupes bancaires coopératifs ou mutualistes ;

- permettre aux **salariés des groupes bancaires coopératifs et mutualistes** de bénéficier d'émissions d'options d'achat ou de souscription d'actions.

Le titre IV a pour objet de renforcer le dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux. Introduites tardivement dans le présent projet, de telles mesures ne peuvent bien évidemment qu'être approuvées dans leur principe. Votre commission des finances dans un récent rapport a ainsi rappelé l'impérieuse nécessité de combattre la délinquance financière et de réduire pour cela notamment les « trous noirs » que sont « les zones off shore ».

**Les conclusions du groupe de travail de la commission des finances sur la
régulation financière et monétaire internationale¹ pour un nouvel ordre financier
mondial :
responsabilité, éthique, efficacité**

Maîtriser la mondialisation financière, faire en sorte que ses bienfaits excèdent ses inconvénients, la mettre au service des hommes et femmes de la planète : tel est l'enjeu de la régulation financière internationale.

Prévenir les crises, mais aussi les gérer et en sortir au mieux : tel est le but de toute action en ce domaine. Très complexe par ses attendus techniques, ce débat est politique au premier chef, c'est pourquoi la commission des Finances du Sénat a souhaité y contribuer.

Le groupe de travail qu'elle a mandaté a retenu cinq grands axes de réforme du système financier international pour mettre fin aux incohérences et aux insuffisances des dispositifs actuels :

¹ « Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité » rapport n° 284 (1999-2000) du groupe de travail sur la régulation financière et monétaire internationale.

- réformer les organisations internationales, renforcer leur légitimité, mieux les coordonner, favoriser les organisations régionales plutôt que de gigantesques institutions planétaires, lutter contre la pauvreté et la corruption qui s'étendent dans le monde ;

- conduire les acteurs financiers privés à mieux maîtriser les risques qu'ils prennent et font prendre à l'ensemble du monde ;

- moderniser le contrôle prudentiel externe des institutions financières, en assurant une meilleure coordination des organes nationaux et internationaux de contrôle et faire du FMI un « superviseur des superviseurs »;

- combattre la délinquance financière, réduire les « trous noirs » que sont les « zones off shore », en plaçant ces objectifs au cœur des engagements de la communauté internationale et des dispositifs de régulation ;

- réduire le risque d'irresponsabilité des acteurs publics et privés, grâce à l'action de prêteurs en dernier ressort, dont les interventions seraient coûteuses et dissuasives.

L'examen approfondi de ces dispositions par votre rapporteur le conduit néanmoins à être circonspect quant à la portée et, partant quant à l'efficacité réelle d'un dispositif qui ne peut être, en effet, conçu de façon unilatérale. Qu'il s'agisse d'étendre le système de prévention du blanchiment des capitaux à de nouvelles professions ou de renforcer les obligations de déclaration de certaines sommes tout en développant la possibilité pour TRACFIN de recevoir des pouvoirs publics toutes informations utiles à l'accomplissement de sa mission, de telles dispositions ne produiront en effet pleinement leur effet que si elles s'exercent véritablement dans un cadre multilatéral.

L'article 19 propose d'étendre la liste des professions soumises aux dispositions de la loi « anti-blanchiment » notamment aux représentants légaux et aux directeurs responsable des casinos.

L'efficacité du dispositif de déclaration de soupçon est renforcée (article 20) et il est instauré une communication systématique des opérations pour lesquelles l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire n'est pas clairement établie. Par ailleurs, le pouvoir réglementaire pourra étendre l'obligation de déclaration systématique aux opérations réalisées par des organismes financiers situés dans l'ensemble des Etats ou territoires figurant sur la liste des « juridictions non coopératives » élaborée par le Groupe d'action financière internationale des capitaux (GAFI). Votre commission vous proposera de redéfinir le champ d'application des déclarations automatiques. Elle vous proposera également d'exclure la référence au GAFI, qui n'est pas juridiquement acceptable, et de faire édicter de manière souveraine par le gouvernement la liste des Etats ou territoires non coopératifs,

même si cette dernière doit s'inspirer de celle issue des négociations entre les membres du GAFI.

L'article 20 *bis* vise à créer un comité de liaison réunissant les autorités de contrôle, les services de l'Etat impliqués dans la lutte contre le blanchiment et les professionnels soumis à l'obligation de déclaration de soupçon et les dispositions de l'article 21 autorisent le gouvernement, pour des raisons d'ordre public, à soumettre à des conditions spécifiques, à restreindre ou à interdire tout ou partie des opérations réalisées par des organismes financiers établis en France avec des personnes situées dans des Etats ou territoires non coopératifs, afin d'assurer l'application des recommandations émises par le GAFI. Par cohérence avec la position précisée ci-dessus, votre commission vous proposera de supprimer la référence à cette instance internationale qui n'a pas de personnalité juridique.

L'article 21 *bis* prévoit le dépôt d'un rapport au Parlement sur les mesures de déclaration automatique ou de restriction des opérations réalisées avec des personnes établies dans un Etat ou territoire non coopératif et l'article 21 *ter* étend l'obligation pour les banques de communiquer les pièces liées à une opération ayant fait l'objet d'une information transmise par les officiers de police judiciaire, les autorités de contrôle, les administrations de l'Etat, les établissements publics et les collectivités publiques.

L'article 22 autorise les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics à transmettre des informations nécessaires à l'accomplissement de la mission de TRACFIN tandis que l'article 22 *bis* vise à inciter le Procureur de la République à transmettre aux agents de TRACFIN les décisions définitives prononcées dans les affaires ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon. De même, à l'article 22 *ter*, les agents de TRACFIN sont autorisés à indiquer aux organismes financiers ou aux personnes soumises aux obligations de déclaration qui en font la demande, si la déclaration de soupçon qu'ils ont effectuée a donné lieu à une saisine du juge.

Il est par ailleurs réaffirmé explicitement les compétences de la commission de contrôle des assurances pour faire respecter les dispositions de la loi du 12 juillet 1990 contre le blanchiment de capitaux, tandis que l'article 23 *bis* étend le champ des sanctions administratives encourues en cas de manquement aux obligations imposées par la loi de 1990 précitée aux organismes financiers soumis à l'obligation de déclaration. Votre commission vous proposera un amendement de suppression de cet article dont le dispositif lui apparaît inutile.

Les sociétés civiles créées avant 1978 doivent procéder à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés dans un délai de dix-huit mois (article 24) et le seuil des peines permettant l'incrimination

d'association de malfaiteurs afin de permettre de sanctionner pénalement la participation à des activités financières criminelles, est abaissé de dix à cinq (article 25).

L'article 25 *bis* crée une nouvelle infraction consistant à ne pouvoir justifier ses ressources tout en étant en relations habituelles avec une personne participant à une association de malfaiteurs. Les sanctions prévues en cas de délit de blanchiment sont complétées par l'ajout à l'article 26 de la possibilité de recourir à la saisie et à la confiscation des biens des personnes condamnées pour ce délit.

Un rapport du gouvernement sur le blanchiment puisé aux meilleures sources

Un rapport sur la taxation des opérations de change, la régulation des mouvements de capitaux et les conséquences de la concurrence fiscale entre les Etats, examinant en particulier les questions soulevées par la taxe Tobin, a été transmis au Parlement par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie au mois d'août 2000, conformément à l'engagement pris dans le projet de loi de finances pour 2000.

Votre rapporteur a constaté avec intérêt que les conclusions dégagées par ce rapport coïncident largement avec les propositions du groupe de travail de la commission des finances du Sénat sur la régulation financière et monétaire internationale qu'il a eu l'honneur de présider, et contenues dans le rapport « Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité », paru au mois d'avril 2000. Un des axes de réforme du système financier international retenu par le groupe de travail portait sur la lutte contre la délinquance financière et la réduction des « trous noirs » que sont les « zones *offshore* », en demandant que ces objectifs figurent au cœur des engagements de la communauté internationale et des dispositifs de régulation.

Votre rapporteur s'étonne donc que cet intéressant rapprochement n'ait pas été relevé par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, s'agissant d'un sujet engageant la France sur la scène internationale.

DEUXIÈME PARTIE :

RÉGULATION DE LA CONCURRENCE

Votre commission souhaite adapter la législation en vigueur aux nouvelles réalités économiques. Il est en effet nécessaire de légiférer dans chacun des domaines qui correspondent aux trois titres respectifs de cette partie, c'est-à-dire les **relations commerciales** d'une part, entre la grande distribution et ses fournisseurs ; la lutte, d'autre part, contre les **pratiques anticoncurrentielles** ; enfin, le **contrôle des concentrations**.

Le principal texte applicable en ces matières, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, date de plus de treize ans : il est devenu nécessaire, dans ces conditions, de se donner les moyens :

- de combattre de nouvelles formes d'abus de dépendance apparues depuis la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Ces abus parfois commis par la grande distribution aux dépens de ses fournisseurs (producteurs et revendeurs) consistent, par exemple, en des demandes disproportionnées ou sans contreparties réelles, de participation à des dépenses promotionnelles,

- de lutter plus efficacement contre les autres pratiques anticoncurrentielles par des mesures tendant à durcir les sanctions, à faciliter les enquêtes et la recherche de preuves tout en se conformant aux exigences juridiques européennes de séparation de l'instruction et du jugement,

- enfin, d'harmoniser le système national avec le dispositif communautaire de contrôle des concentrations tout en s'efforçant de rendre celui-ci plus transparent, plus simple et d'application plus rapide.

Mais le droit de la concurrence est une matière complexe à la fois par les affaires, souvent occultes, qu'il traite et aussi par la multiplicité, d'une part, de ses sources (droit communautaire, droit civil, droit pénal, dispositions spécifiques), d'autre part, des instances chargées de son application (Conseil de la concurrence et autres autorités indépendantes de régulation, tribunaux des ordres administratif et judiciaire...). Il est donc difficile d'y délimiter les rôles respectifs de l'Etat, garant de l'ordre public économique, de l'autorité

chargée de la régulation de la concurrence et du juge, et de concilier la liberté du commerce et des relations contractuelles avec l'intervention de l'Etat contre certaines pratiques répréhensibles.

Il faut, enfin, garder à l'esprit que les mesures prises pour « moraliser » les relations entre la grande distribution et ses partenaires vont s'appliquer aussi à l'ensemble des relations clients-fournisseurs dans tous les autres secteurs, dans des contextes qui peuvent être très différents. Dès lors, ne faut-il pas déplorer que sous la pression d'une crise conjoncturelle sectorielle (la surproduction de fruits et légumes de l'été 1999) et des engagements qui s'en sont suivis (pris lors des assises de la distribution de janvier 2000), le gouvernement ait contraint le Parlement à délibérer dans l'urgence (moyennant, donc, une seule lecture devant chaque assemblée) de problèmes aussi délicats et importants ?

Cette précipitation est d'autant moins compréhensible que viennent d'être publiées, **d'une part une directive** européenne sur les délais de paiement qui risque, faute de temps, de ne pas pouvoir être transposée dans la nouvelle loi, **d'autre part, un nouveau code de commerce** qui abroge l'ordonnance de 1986 modifiée par le projet¹.

Sur le fond, votre commission reproche principalement à ce texte de procéder à une « reréglementation rampante ». Il renforce les prérogatives de l'administration et de l'exécutif mais pas les moyens, ni l'indépendance, ni les pouvoirs du Conseil de la concurrence dont le statut est devenu obsolète : la commission de la concurrence créée par la loi du 19 juillet 1977 a été transformée en Conseil par la loi du 30 décembre 1985, elle-même modifiée par l'ordonnance, précitée du 1^{er} décembre 1986.

Des résurgences de dirigisme se manifestent dans le projet à travers des propositions de recourir à des arrêtés interministériels afin, par exemple, de rendre obligatoires des recommandations de la commission d'examen des pratiques commerciales (article 28) ou, à défaut d'accord interprofessionnel, pour fixer les prix des fruits et légumes frais en période de crise (article 27 bis) ou les durées minimales de préavis applicables aux ruptures de relations commerciales (article 29). **Il est difficile de prétendre qu'il s'agit là de « nouvelle régulation économique » !**

Par ailleurs, ce type de mesures ne s'attaque nullement à certaines des principales causes des troubles constatés (défaut d'organisation des

¹ *Il en résulte un véritable imbroglio juridique : le texte transmis au Sénat par l'Assemblée nationale modifie des dispositions législatives elles mêmes supprimées par une ordonnance qui, n'ayant pas encore été ratifiée, n'a pas, pour le moment, force de loi mais constitue malgré tout le droit en vigueur. Toutes les références à l'ordonnance de 1986 ont dû, à la hâte, être remplacées par des renvois au nouveau code du commerce. En outre, la codification considérée n'a pas toujours été effectuée à droit constant !*

producteurs et de certains marchés agricoles, utilisation de moyens publicitaires –les catalogues dans les boîtes aux lettres- franchement désuets...).

D'autre part, certaines des mesures adoptées par nos collègues députés semblent parfois difficiles à mettre en œuvre : exigence d'un contrat écrit pour toute prestation demandée à un fournisseur par un simple client, obligation d'une lettre de change en cas de délai de paiement supérieur à 45 jours, inclusion de tous les avantages offerts au client dans le prix de revente, transfert au conseil de la concurrence du contentieux des contrats et actes administratifs anti-concurrentiels etc.

D'autres dispositions, par ailleurs, semblent incompatibles avec certains principes de notre droit : lorsque, par exemple, la commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article 28 aura à connaître de litiges individuels, les droits de la défense et l'identification des parties devront être assurés ; d'autre part, l'action du ministre autorisé par l'article 29 à se substituer aux victimes pour demander la réparation des préjudices subis est contraire à notre tradition selon laquelle « nul ne plaide par procureur ».

Sous ces réserves, la commission des finances n'est opposée ni à ce que le rôle de la commission susvisée aille plus loin que celui d'un simple observatoire, ni à ce que l'abus de dépendance puisse être sanctionné civilement même s'il n'affecte pas le jeu de la concurrence sur un marché.

Or, ce sont là les deux principales innovations de la partie relative à la moralisation des pratiques commerciales du texte transmis au Sénat par l'Assemblée nationale.

Dans ce contexte, les objectifs de votre commission s'agissant de cette partie sont les suivants :

- éliminer de ce texte celles de ses dispositions qui paraissent impraticables,

- rectifier d'un point de vue juridique et tenter de clarifier les mesures qui tendent à mieux identifier, définir et sanctionner les abus de dépendance,

- renforcer l'indépendance et le rôle du Conseil de la concurrence faute, pour des raisons constitutionnelles¹, de pouvoir obtenir une augmentation de ses moyens,

- atténuer le durcissement de certaines dispositions relatives à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (le plafond des sanctions

¹ L'article 40 de la Constitution interdit au Parlement de proposer toute mesure qui aurait pour conséquence une augmentation des charges publiques.

notamment...) et améliorer techniquement les propositions de modification de la procédure suivie, en ce domaine, devant le Conseil de la concurrence,

- simplifier davantage encore les procédures de contrôle des concentrations.

Dans ce cadre, votre commission, concernant la moralisation des pratiques commerciales (titre I) estime qu'il faut :

① Distinguer au sein de la commission d'examen des pratiques commerciales (article 28) un collège spécial de magistrats chargé de l'examen des litiges individuels dans le respect des droits de la défense,

② Réécrire l'article 29 qui doit tendre principalement :

a) A distinguer clairement des pratiques discriminatoires qui affectent la concurrence sur un marché et des autres pratiques prohibées, les abus de dépendance, auxquels seraient désormais rattachés les abus de puissance de vente de produits destinés à la consommation courante des ménages (notamment les accords de gamme), jusqu'ici considérés exclusivement comme des abus de position dominante ;

b) A en fournir au juge des illustrations (y compris de nouvelles formes d'abus liés au référencement électronique),

c) A empêcher que le ministre puisse demander au juge civil des dommages et intérêts au nom des victimes,

③ Remplacer l'exigence d'une lettre de change à l'article 28 *ter* par un système de pénalités de retard conforme à la nouvelle directive européenne en matière de délais de paiement,

④ Supprimer les articles 27 *ter* (obligation d'un contrat écrit pour tout service rendu par un fournisseur à n'importe quel client) et 31 *sexies* (inclusion dans le calcul du prix de revente de toutes les sortes d'avantages accordés par les distributeurs à leurs clients).

S'agissant de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (titre II), elle est favorable aux principes suivants :

① Mettre en place un nouveau mode –indépendant de l'exécutif- de désignation des membres et des rapporteurs du Conseil de la concurrence,

② Prévoir l'autosaisine du Conseil sur les questions de principe du droit de la concurrence,

③ Supprimer l'article 32 *bis* et revenir, en conséquence, à la rédaction initiale de l'article 8 de l'ordonnance qui concerne les abus de position dominante ou de dépendance **anticoncurrentiels** et leur sanction par le Conseil de la concurrence,

④ Afin de faciliter le fonctionnement courant du Conseil, permettre à la commission permanente de connaître d'affaires qui ne relèvent pas seulement de la procédure simplifiée,

⑤ A l'article 38, atténuer le durcissement des sanctions et améliorer la rédaction des dispositions relatives aux entreprises qui reconnaissent les faits qui leur sont reprochés et à la procédure de clémence,

⑥ Supprimer le transfert au Conseil de la concurrence du contentieux des actes ou contrats administratifs anticoncurrentiels (article 40 *bis*),

⑦ Revenir aux possibilités offertes au Conseil par le projet gouvernemental consistant à classer sans suite des affaires concernant des pratiques qui ne portent pas atteinte à la concurrence de façon substantielle (article 40),

⑧ Redéfinir de façon claire les indices permettant de présumer des pratiques susceptibles de déclencher une enquête (article 42),

⑨ Supprimer l'article 47 *bis* qui étend « subrepticement » aux atteintes à la concurrence la non-déductibilité fiscale des pénalités jusqu'ici limitée aux auteurs d'infractions à la législation sur les prix.

Au sujet du contrôle des concentrations (titre III), il importe de :

① Simplifier la procédure de notification pour les opérations qui ne soulèvent pas de problème ;

② Permettre l'autosaisine ou la saisine du Conseil de la concurrence par une partie ;

③ Faire en sorte que les décisions du ministre s'inscrivent dans les limites de l'avis donné, le cas échéant, par le Conseil (article 53) ;

④ Supprimer de l'article 54 *ter* relatif à l'information du comité d'entreprise qui peut être obtenue sur le fondement d'autres articles du code du travail.

TROISIÈME PARTIE :

RÉGULATION DE L'ENTREPRISE

Cette troisième partie du projet de loi est pour partie issue d'un avant-projet de loi sur le droit des sociétés, en chantier à la Chancellerie depuis plusieurs années et qui n'était jamais passé en Conseil des ministres. **Elle comprend deux titres : le titre premier relatif au droit des sociétés commerciales et le second comprenant les dispositions relatives au secteur public.**

Le titre premier a pour ambition d'apporter des améliorations dans le sens d'une meilleure prise en compte de la problématique dite du « gouvernement des entreprises » dans le droit des sociétés. Il s'agissait de procéder à la démocratisation des entreprises et de rendre le fonctionnement de leurs organes dirigeants plus transparent. Ce titre pêche néanmoins par excès de prudence en ne proposant pas de conception globale du droit des sociétés.

En effet, votre rapporteur ne peut que rappeler les termes et le contenu du rapport qu'il avait remis en 1996 au Premier ministre¹ et qui visait à procéder à une modernisation du droit des sociétés et en l'espèce à celle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

On peut en effet regretter que, à défaut de reprendre l'ensemble des préconisations qui y figuraient et sur lesquelles s'était dégagé un assez large consensus, le gouvernement n'ait pas retenu la méthode qui sous-tendait ce rapport et consistait à avoir une vision d'ensemble de ce sujet, en se référant à quelques orientations essentielles, de nature à promouvoir le développement des entreprises. A l'évidence, le chantier de la réforme du droit des sociétés, dont les « entrepreneurs » et donc l'économie française ont besoin, n'est pas prêt d'être achevé.

¹ « La modernisation du droit des sociétés », rapport remis au Premier ministre (*La Documentation française, juillet 1996*).

La modernisation du droit des sociétés

Rapport remis par M. Philippe MARINI au Premier Ministre en juillet 1996

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a trente ans. Elle privilégie une approche institutionnelle dans laquelle la société est porteuse d'un intérêt social distinct de celui des associés. Elle comporte de ce fait une forte proportion de règles d'ordre public sanctionnées par un arsenal répressif très développé. Le cadre qui en résulte est certes garant de la sécurité juridique, mais il est également particulièrement rigide.

Aujourd'hui, les impératifs de l'ouverture internationale et la nécessité pour nos entreprises d'évoluer dans un cadre juridique compétitif appellent à une remise en question de ce modèle afin de laisser plus de place à la liberté contractuelle. Une telle démarche apparaît d'autant plus nécessaire que l'on peut se demander si l'intérêt social, censé transcender les intérêts des actionnaires, n'est pas devenu l'alibi d'un nouveau « despotisme éclairé ».

C'est dans ce contexte qu'est intervenue cette mission portant sur la modernisation du droit des sociétés.

Le rapport, élaboré après de nombreux entretiens avec des professionnels, des praticiens et des représentants des autorités publiques, propose un ensemble de réformes pragmatiques, entre refonte globale et évolution spontanée, qui s'articulent autour de trois thèmes :

- favoriser la liberté d'entreprendre ;
- améliorer le fonctionnement des sociétés ;
- promouvoir un meilleur équilibre des pouvoirs et des responsabilités au sein de l'entreprise.

Introduit par l'Assemblée nationale contre l'avis du gouvernement, l'article 55 A vise à attribuer une action au comité d'entreprise afin de lui accorder l'ensemble des prérogatives et des procédures ouvertes aux actionnaires minoritaires. Votre commission vous proposera de le supprimer. Votre commission vous propose également deux articles additionnels après l'article 55 *bis* pour alléger les modalités d'une part de transformation d'une SAS en société anonyme et, d'autre part, d'émission d'obligations. Les principaux axes retenus par le chapitre premier visent à assurer un meilleur équilibre des pouvoirs entre les organes dirigeants. S'agissant de l'article 56 A qui limite à dix huit contre vingt-quatre actuellement le nombre maximal de membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, il convient de ne pas le maintenir. L'article 56 procède à une clarification de la mission du conseil d'administration et de son président dont votre commission vous proposera d'améliorer la rédaction, tandis que l'article 57 pose le principe de la dissociation dans les sociétés anonymes des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. Leurs statuts pourront y

déroger en prévoyant la nomination d'un Président directeur général (PDG) et en tout état de cause, les sociétés anonymes auront 18 mois après la publication de la présente loi pour se mettre en conformité avec celle-ci. Votre commission vous proposera de modifier la rédaction de cet article afin de faire de la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général une faculté offerte aux entreprises. Il reviendra aux statuts d'habiliter le conseil d'administration à choisir entre les deux modalités d'exercice de la direction générale. La démission d'office du PDG de ses fonctions de président du conseil d'administration prévue à l'article 70 est supprimée et remplacée par une injonction de faire, auprès du conseil d'administration, si ce dernier n'a pas convoqué l'assemblée générale extraordinaire dans les délais.

L'article 58 prévoit par ailleurs la possibilité pour l'assemblée générale comme pour le conseil de surveillance de révoquer le directoire. Votre commission vous proposera la suppression de cette disposition. Il est également prévu à l'article 59 d'adapter les règles pour le calcul du quorum et de la majorité afin d'autoriser le conseil d'administration et le conseil de surveillance à prendre certaines décisions par « visioconférence ». Votre commission vous proposera d'assouplir davantage le dispositif en permettant l'utilisation des moyens de « visioconférence » même si les statuts n'ont pas été modifiés afin de prévoir cette faculté.

Le chapitre II regroupe les mesures destinées à limiter le cumul des mandats. Ainsi les dispositions de l'article 60 limitent le cumul des mandats d'administrateur ou de membre d'un conseil de surveillance : le chiffre de huit mandats figurant dans le texte initial a cependant été réduit à l'issue de l'examen par l'Assemblée nationale à cinq. Cette règle s'appliquait également aux représentants permanents d'une personne morale. Votre commission vous proposera de garder ce chiffre tout en introduisant une dérogation aux règles de limitation du cumul des mandats au sein des groupes, dont la liberté d'organisation interne doit être garantie. Votre commission a également légèrement assoupli le dispositif relatif au cumul des mandats de président du conseil d'administration, de membre du directoire et de directeur général unique. Ces derniers peuvent cumuler deux mandats, et une dérogation est prévue lorsque lesdits mandats sont exercés au sein d'un groupe.

Il est par ailleurs envisagé de doter les sociétés d'un fonctionnement plus transparent. **Le chapitre III concerne ainsi la prévention des conflits d'intérêt** et son article 61 prévoit d'étendre le champ d'application des conventions réglementées soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou, le cas échéant, au conseil de surveillance. Votre commission vous proposera un dispositif qui évitera que les discussions sur les conventions « normales » ne perturbent le fonctionnement des assemblées générales tout en garantissant le droit à la communication aux actionnaires de

ces dernières. Votre commission vous proposera d'améliorer la rédaction de l'article 61 *bis* qui vise à transmettre les conventions passées par les associations et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique avec l'un de leurs administrateurs ou leurs dirigeants, au représentant légal ou au commissaire aux comptes de ces dernières. Un rapport de ces conventions doit être établi sur lequel statuera l'organe délibérant.

Le chapitre IV regroupe les mesures touchant aux droits des actionnaires.

Ainsi l'article 62 vise à renforcer les pouvoirs des actionnaires minoritaires. Pour cela, les seuils permettant d'accéder à certains droits sont abaissés de 10 % à 5 %, qu'il s'agisse de l'intérêt à agir, d'une demande d'inscription d'un sujet à l'ordre du jour de l'assemblée générale, d'une demande de convocation d'une assemblée générale, etc... Par ailleurs, il modifie d'une part les modalités d'exercice de ces droits, en introduisant au préalable une procédure de question écrite. Il en étend, d'autre part, le champ d'application en autorisant les actionnaires d'une société mère à poser des questions sur des opérations de gestion de ses filiales.

L'article 63 autorise la participation des actionnaires aux assemblées générales par « visioconférence » ou par support électronique et supprime la faculté donnée aux statuts d'exiger la détention d'un nombre minimum d'actions pour participer aux assemblées générales. Cet article, ainsi que l'article 59 précité, visent à faciliter l'utilisation de nouvelles technologies dans les sociétés, en autorisant l'introduction du vote électronique et le développement de la « visio-communication » pour les décisions du conseil d'administration. On peut néanmoins se demander si de telles mesures ne relèvent pas plus de « l'effet d'affichage » que d'une véritable réforme du droit des sociétés que le gouvernement n'ose pas mettre en œuvre. Votre commission vous proposera un amendement précisant que les moyens de télécommunication utilisés pour participer à distance aux assemblées générales doivent permettre d'identifier l'actionnaire.

Enfin, il est désormais fait obligation (article 64) de publier dans le rapport annuel le montant des rémunérations versées à chaque mandataire social par la société ou l'une des sociétés du groupe et de joindre la liste des mandats et fonctions exercées par les mandataires sociaux. Cette disposition vise effectivement à accroître la transparence dans le fonctionnement des entreprises, par une meilleure information des actionnaires sur les rémunérations et les fonctions exercées par les mandataires sociaux. C'est la raison pour laquelle votre commission a exclu du champ de cette obligation les rémunérations individuelles des 10 salariés les mieux rémunérés.

L'article 64 *bis* donne valeur législative au principe qui figure déjà à l'article 93 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 selon lequel le conseil d'administration répartit entre ses membres la somme fixée annuellement par l'assemblée générale pour rémunérer les administrateurs de leur activité et l'article 64 *ter* consiste à faire présenter les comptes consolidés à l'assemblée générale par le conseil d'administration ou le directoire.

Le chapitre V comprend les mesures relatives à l'identification des actionnaires. L'article 65 autorise ainsi les actionnaires non résidents à se faire représenter aux assemblées générales par un intermédiaire inscrit. En outre, il renforce les moyens d'identification des actionnaires par les sociétés. La commission vous proposera deux amendements visant à supprimer la référence à l'arrêté du ministre chargé de l'économie pour la fixation de la rémunération de la SICOVAM et à permettre aux sociétés d'identifier les détenteurs de titres financiers autres que les titres aux porteurs identifiables qu'elles émettent.

L'article 66 qui compose à lui seul le chapitre VI sur les dispositions relatives au contrôle permet de prendre en compte l'action de concert pour déterminer le contrôle conjoint d'une société. Votre commission vous proposera un amendement visant à préciser les conditions dans lesquelles deux concertistes sont reconnus comme déterminant le contrôle conjoint d'une société. Votre commission vous présentera également un article additionnel après l'article 66 visant à clarifier la notion d'action de concert.

Au chapitre VII figurent les mesures concernant les injonctions de faire. Il autorise les actionnaires, les associés et les obligataires à recourir à la procédure des injonctions de faire pour obtenir les documents qui auraient dû leur être communiqués (article 67) et pour procéder aux appels de fonds nécessaires afin de réaliser la libération intégrale du capital et de déposer certaines pièces obligatoires au registre du commerce et des sociétés (article 68). Les dispositions de l'article 68 *bis* visent à favoriser la création d'entreprises en autorisant la libération du capital sur cinq ans. Tout en jugeant cette disposition inopportune, en raison de la sous-capitalisation fréquente des sociétés nouvellement créées, votre commission a réservé sa position.

Le chapitre VIII, concernant les dispositions diverses et transitoires comprend paradoxalement des articles qui ne figuraient pas dans le projet de loi initial mais sur lesquels il a été, que ce soit dans l'enceinte de l'Assemblée nationale ou dans d'autres cénacles, abondamment discuté mettant, à cette occasion en relief les contradictions qui existent au sein de la majorité plurielle.

En effet, les articles 70 *bis* et 70 *ter* issus de laborieux compromis visent à remettre sur le métier, une fois encore et pour des motifs étrangers à l'intérêt économique de notre pays la question des « stock-options ». En ce

domaine, la position de votre commission est claire et a fait l'objet déjà de nombreux débats qui ont recueilli une très large approbation sur les bancs du Sénat. Il s'agit tout à la fois, de renforcer la transparence de ce dispositif et d'assurer son efficacité économique en le rendant attractif fiscalement. Dans ce cadre, votre commission vous fera des propositions qu'elle estime conformes à l'intérêt des bénéficiaires, des entreprises, et partant, à celui de l'économie française. Ainsi, elle a estimé inopportune la publication des options nominatives consenties aux dix plus importants bénéficiaires salariés et des options levées par ces derniers.

L'article 69 vise à sanctionner les comportements fautifs des dirigeants d'une société par actions simplifiée. L'article 69 *bis* définit le délai d'application de la réduction du nombre maximal des membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance et l'article 70 celui applicable aux dispositions relatives aux cumuls de mandats et au mandat de directeur général délégué (voir supra).

L'article 70 *quater* vise à étendre le régime des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise (BSPCE) à l'ensemble des jeunes entreprises de croissance, quelle que soit la nature de leur activité, et d'autre part, à pérenniser ledit régime. Cette disposition avait déjà été proposée par le gouvernement lors de la discussion du projet de loi de finances pour 2000, mais elle avait été rejetée par l'Assemblée nationale, contre l'avis du Sénat qui en avait mesuré toute l'importance économique.

Votre commission vous proposera un amendement qui précise que le seuil minimal de 25 % de détention du capital par une personne physique nécessaire pour l'attribution desdits bons de souscription doit être appréciée la date d'attribution des bons. Votre commission vous proposera également trois articles additionnels après l'article 70 *quater* visant à étendre les modifications de la présente loi à l'outre mer, à relever les plafonds de déductibilité fiscale des jetons de présence et à renforcer le contrôle de l'Etat sur les entreprises de réassurance.

Le titre II concerne les dispositions relatives au secteur public qui ont pour objet en principe de transposer à ce secteur les règles adoptées pour les sociétés commerciales. Il semble en réalité s'agir à l'image de l'ensemble de ce texte d'un « patchwork » de mesures disparates, sans vision globale et d'un intérêt limité. En particulier, votre commission vous proposera de supprimer deux articles (articles 72 et 73) relatifs aux contrats d'entreprise pluriannuels signés entre l'Etat et les entreprises publiques.

Il convient néanmoins de relever la disposition introduite par voie d'amendement gouvernemental à l'Assemblée nationale concernant les activités et le statut de la Caisse des Dépôts et Consignations (article 75). La création de CDC - Finance permettra ainsi de regrouper les activités concurrentielles de la Caisse tout en reprecisant par ailleurs les missions d'intérêt général qui sont les siennes.

AVERTISSEMENT

Le Journal Officiel du 21 septembre 2000 a publié une ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce prise en application de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

Le code annexé à ladite ordonnance se compose de neuf livres consacrés au commerce en général : ainsi le livre II rassemble désormais en cinq titres les dispositions législatives applicables aux sociétés commerciales, aux groupements d'intérêt économique. Il codifie désormais notamment la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et devient donc le « droit en vigueur ». Néanmoins, pour des raisons de clarté, les commentaires d'articles du présent rapport font référence, le cas échéant, aux dispositions en vigueur au moment de la transmission du présent projet de loi. Un tableau de concordance reproduit avec le tableau comparatif (tome II du présent rapport) permet toutefois de tenir compte de cette nouvelle codification intervenue 10 jours seulement avant l'examen de ce texte en commission.

PREMIÈRE PARTIE :
RÉGULATION FINANCIÈRE

TITRE PREMIER :

**DÉROULEMENT DES OFFRES PUBLIQUES D'ACHAT
OU D'ÉCHANGE**

ARTICLE PREMIER

Transmission des pactes d'actionnaires au Conseil des marchés financiers

Commentaire : le présent article impose la transmission au Conseil des marchés financiers (CMF) et la publicité des clauses des pactes qui prévoient des conditions préférentielles d'acquisition ou de cession d'actions négociées sur un marché réglementé et qui portent sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote. En cas de non-respect de cette obligation, les effets de ces clauses seront suspendus en période d'offre publique.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT : UNE OBLIGATION SANS SANCTION

A. LE DISPOSITIF ACTUEL

L'actuel article 356-1-4 de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales¹ prévoit que « toute convention conclue entre les actionnaires d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé comportant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions doit être transmise au Conseil des bourses de valeurs (Conseil des marchés financiers) qui en assure la publicité ».

¹ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Cette disposition est issue de la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

Ce dispositif ne prévoit **aucune sanction spécifique en cas de défaut de transmission au CMF¹**. Il ne prévoit en outre **aucune obligation pour les conventions conclues avant son entrée en vigueur, en 1989²**.

Ce dispositif de niveau législatif est conforté par des dispositions du règlement n° 89-03 de la Commission des opérations de bourse (COB). L'article 4 de ce règlement prévoit que : « *Dès l'avis du dépôt de l'offre, ou pendant toute sa durée dès leur conclusion, les accords susceptibles d'avoir une incidence sur l'appréciation de l'offre publique ou sur son issue, conclus par les actionnaires de la société visée ou des personnes agissant de concert avec elle, sous réserve de l'appréciation de leur validité par les tribunaux, doivent être notifiés par leurs signataires au conseil d'administration ou au directoire des sociétés concernées ainsi qu'au Conseil des bourses de valeurs (Conseil des marchés financiers) et à la Commission des opérations de bourse. Ces accords sont simultanément portés par ceux qui les ont conclus à la connaissance du public par publication dans au moins un quotidien d'information financière de diffusion nationale* ». Ce dispositif n'est pas sanctionné pénalement mais par une injonction ou une sanction prononcées par la COB pour violation de son règlement. Il peut également donner matière à une action en responsabilité civile.

En outre, l'article 7 du même règlement impose de mentionner dans la note d'information les accords relatifs à l'offre auxquels l'offrant est partie : « (...) *l'initiateur de l'offre établit une note d'information qui précise : (...) les accords relatifs à l'offre, auxquels il est partie ou dont il a eu connaissance* ».

B. LES DIFFICULTÉS APPARUES

L'existence de tels pactes peut influencer de façon considérable sur l'issue et donc la décision de lancement d'une offre publique. Leur caractère confidentiel (en l'absence d'une sanction à leur défaut de transmission) ne paraît donc pas véritablement compatible avec le **libre jeu des offres** ni surtout avec le principe de **transparence du marché**.

A l'occasion **des offres publiques bancaires de l'été 1999**, certaines parties ont tenté de se prévaloir de pactes inconnus des autorités de contrôle et *a fortiori* du public. La COB en a neutralisé les effets, recueillant l'accord tacite des parties concernées de ne pas faire application de leur pacte.

¹ A l'exception d'une action en responsabilité, toujours possible.

² Tribunal de commerce Nîmes, 18 février 1992.

Communiqué en date du 4 mai 1999 de la COB

« Les 15 et 16 avril 1999, Paribas, objet de deux offres publiques d'échange (OPE), et Société Générale, objet d'une OPE, ont informé la Commission des opérations de bourse (COB) d'accords les engageant respectivement avec AXA, d'une part, et Pernod Ricard et Peugeot, d'autre part.

La COB :

- a décidé, en tant que garante de la bonne information du public, de demander que ces accords soient mentionnés et décrits dans les notes d'information soumises à son visa ;
- a considéré qu'il n'entrerait pas dans sa mission de se prononcer, comme pourrait seul le faire un arbitre ou un juge, sur la validité et la portée de tels accords ;
- a estimé, en tant que garante de l'égalité des compétiteurs en période d'offres et de la transparence du marché, qu'en ne procédant pas, comme cela était prévu par la réglementation, à la publication des pactes dès le lancement de l'OPE de la Société Générale sur Paribas, fût-elle amicale, ou à tout le moins dès le lancement des offres non sollicitées de la BNP, tant la Société Générale que Paribas avaient renoncé à se prévaloir du contenu de ces accords pendant toute la durée des offres en cours.

Dans le cas contraire, la mise en œuvre de ces pactes pourrait être qualifiée de manoeuvre portant atteinte au bon déroulement des offres publiques ».

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Suite aux difficultés d'application du droit existant apparues au cours de l'été 1999, le gouvernement propose donc de modifier l'article 356-1-4 de la loi de 1966 sur le droit des sociétés commerciales pour préciser le dispositif et surtout prévoir une sanction au défaut de transmission au CMF.

A. UN DISPOSITIF PLUS PRÉCIS

Le principe d'une **obligation de transmission au CMF qui assure la publicité** demeure le même.

Toutefois, désormais, cette transmission sera encadrée dans un délai fixé par décret. En outre, le CMF devra être informé de **la date à laquelle la clause prend fin**, par dénonciation ou par échéance du terme. Il assurera également la publicité de cette information.

Il s'agit donc de prévoir une sorte de procédure obligatoire d'enregistrement des pactes préférentiels en vigueur, par le CMF qui en assure la publicité permanente. Cette publicité consiste en un résumé des principales

caractéristiques de la clause au Bulletin du CMF et non pas en une publication intégrale, pour des raisons de confidentialité.

Ce dispositif permettra de connaître à tout instant le stock des conventions qui lient une société à d'autres personnes. Ces informations seront particulièrement utiles à l'initiateur d'une offre publique car l'existence de tels pactes peut conditionner la réussite de l'offre.

Le champ d'application de l'obligation de transmission sera délimité avec plus de soin que dans le droit actuel : **l'obligation de transmission pèsera non plus sur le pacte dans son ensemble mais seulement sur certaines de ses clauses**. Celles-ci devront être transmises au CMF dès lors qu'elles remplissent deux conditions :

1 - prévoir des **conditions préférentielles de cession ou d'acquisition** d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé ;

2 - porter sur **au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote**.

Cette dernière condition doit permettre d'inclure dans le champ de l'obligation les clauses susceptibles d'avoir une incidence réelle sur le contrôle des sociétés et en particulier de faire échouer ou réussir une offre publique, sans toutefois aboutir à la transmission de tous les pactes, ce qui constituerait une charge de travail disproportionnée pour le CMF. Le seuil retenu de 0,5 % semble à cet égard légitime : il permettra de rendre public un nombre très significatif de clauses. C'est, par ailleurs, le seuil minimal retenu dans l'article 356-1 de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales relatif aux franchissements de seuil.

En outre, l'obligation de transmission est étendue à l'ensemble des pactes conclus indifféremment entre des actionnaires, la société elle-même ou un tiers sans aucun lien avec celle-ci. Le droit actuel ne vise que les pactes conclus entre actionnaires d'une même société.

B. UNE SANCTION EFFICACE

A défaut de transmission, en période d'offre publique, les effets de la clause seront suspendus et les parties déliées de leurs engagements.

Cette sanction ne fait donc que suspendre les effets juridiques d'une clause d'un pacte : en période d'offre publique, les parties sont libres de la respecter de façon volontaire et dès que l'offre publique est clôturée, la clause redevient obligatoire pour les parties.

C. LE TRAITEMENT DU « STOCK »

Le présent article propose en outre que les clauses des conventions qui n'ont pas été transmises au CMF car antérieures à la date de promulgation de la présente loi, lui soient transmises **dans les six mois** suivant cette promulgation. A défaut, leurs effets seraient également suspendus en période d'offre.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission est tout à fait favorable à un tel dispositif de transparence des pactes. L'instauration d'une sanction efficace et d'une disposition visant le stock des pactes existants lui paraît utile, par rapport à l'expérience du dispositif de 1989.

Votre rapporteur rappelle que dès 1996, il avait affirmé son attachement à la publicité des pactes.

**Extrait de « *La modernisation du droit des sociétés* »,
rapport au Premier ministre de M. Philippe Marini, juillet 1996,
*La Documentation française.***

« Encore faudrait-il bien entendu que **les tiers aient les moyens de connaître l'existence et, le cas échéant, le contenu** du pacte extra-statutaire, à défaut de quoi son éventuelle méconnaissance devrait rester sans effet à leur égard. En conséquence, **il appartiendra à la loi d'imposer la publicité de ces conventions**, même lorsqu'elles s'appliquent aux titres de sociétés non cotées. Les modalités de cette publicité devraient être fixées par décret. Celui-ci pourrait prévoir que l'existence du pacte d'associés sera mentionnée dans un journal d'annonces légales tandis que son contenu serait consultable au siège de la société ou au greffe du tribunal de commerce ».

Toutefois, il semble utile de prévoir que les clauses visées doivent être **transmises immédiatement au CMF** et non dans un délai fixé par décret. Cette modification présenterait deux avantages :

- elle permettrait l'application immédiate de cet article dès la promulgation de la loi (sans attendre la parution du décret) ;

- en outre, elle permettrait d'éviter une incertitude au cas où une offre publique serait déclenchée entre le moment de la signature d'un pacte et la fin

du délai de transmission au CMF. L'absence de délai signifierait qu'en l'absence de transmission au CMF, le pacte ne peut avoir d'effet en période d'offre publique sur les titres concernés.

Votre commission tient toutefois à souligner **l'une des faiblesses du dispositif** qui tient aux **délais de publication des pactes par le CMF, parfois excessivement longs** : une clause transmise au CMF peut n'être pas publiée immédiatement (en raison du travail de qualification opéré par le Conseil) ; en cas de déclenchement d'une offre, la clause pourra avoir des effets alors que le marché n'en aura pas eu connaissance préalablement.

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

ARTICLE 2

Obligation d'effectuer sur un marché réglementé les transactions portant sur des titres visés par une offre publique

Commentaire : le présent article prévoit qu'en période d'offre publique toutes les transactions portant sur des titres concernés par cette offre sont effectuées sur un marché réglementé de l'Espace économique européen.

I. LE PRINCIPE DE CONCENTRATION DES ORDRES ET SES DIFFICULTES D'APPLICATION

A. LE PRINCIPE DE CONCENTRATION DES ORDRES SUR UN MARCHÉ RÉGLEMENTÉ

Alors que la directive sur les services d'investissement de 1993¹ prévoit que le marché de gré à gré constitue la norme, la loi de modernisation des activités financières de 1996 prévoit au contraire la prééminence du marché réglementé ; le marché de gré à gré constitue l'exception.

Dans la même logique, la directive de 1993 ne prévoit qu'une simple faculté de concentration des ordres : la directive laisse la possibilité aux Etats membres d'obliger les intervenants à passer leurs ordres sur un marché réglementé. Ainsi, en droit français², **l'article 45 de la loi de modernisation des activités financières** prévoit un principe d'obligation de concentration des ordres sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE)³.

Cette obligation s'applique aux transactions réalisées au profit d'un investisseur « *résidant habituellement ou établi en France* », par un prestataire de services d'investissement « *agréé ou exerçant en France par voie de libre prestation de services ou de libre établissement* ».

¹ Directive européenne n° 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dont la loi de transposition en droit interne est la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières.

² Cette option a été retenue par de nombreux autres Etats : Belgique, Italie, Finlande, Norvège, Espagne, Allemagne, Pays-Bas.

³ Il s'agit des pays de l'Union européenne, de la Norvège, du Liechtenstein et de l'Islande.

Le règlement général du CMF prévoit également à son **article 5-1-11** que, « à dater du début de la période d'offre et jusqu'à la clôture de l'offre, l'ensemble des ordres portant sur les titres visés par l'offre sont exécutés sur le ou les marchés réglementés sur le(s)quel(s) les titres sont admis (...) ».

Des dérogations sont toutefois prévues (par exemple, pour les conventions complexes mais aussi sur demande lorsque les conditions posées par le Conseil des marchés financiers (CMF) sont remplies).

B. LES LIMITES DU DISPOSITIF ACTUEL

A l'occasion des **offres publiques bancaires de l'été 1999**, un investisseur non-résident a procédé à des achats de titres de la Société Générale, qui faisaient l'objet d'une offre publique d'achat initiée par la BNP, en dehors du marché et à un prix supérieur au cours de bourse.

Cette pratique a été jugée contraire aux principes de transparence du marché et d'égal traitement des actionnaires (notamment au regard des conditions dont a bénéficié le « vendeur » des titres) : tous les actionnaires, « les petits comme les gros », doivent bénéficier des mêmes conditions de prix. Ce **principe d'égalité des actionnaires**, inscrit à l'article 33 de la loi de modernisation des activités financières mais aussi dans le projet de directive sur les offres publiques d'achat, est l'un des principes directeurs du droit des offres publiques.

Cet investisseur ayant fait appel à un prestataire de services d'investissement bénéficiant du passeport européen (soumis à la tutelle du CMF), ses titres ont pu être mis sous séquestre après saisine du Tribunal de grande instance de Paris par la Commission des opérations de bourse (COB) à la demande du CMF.

Or, si cet investisseur étranger n'avait d'aucune manière été soumis à la tutelle du CMF, la transaction intervenue aurait été difficilement contestée par les autorités françaises.

**Extrait du rapport annuel 1999
de la Commission des opérations de bourse**

« La Commission, conjointement avec le CMF, est intervenue sur le sujet à la suite des achats de titres Société Générale réalisés par CGU Plc, General Accident Fire et Life Assurance Corporation Plc, le 29 juillet 1999, en dehors d'un marché réglementé et à un prix nettement supérieur à celui du marché de Paris. Elle a publié deux communiqués annonçant successivement, le 29 juillet 1999, l'ouverture d'une enquête sur le marché des titres BNP, Paribas et Société Générale, puis, le 3 août 1999, l'engagement d'une procédure fondée sur l'ordonnance du 28 septembre 1967 tenant à l'annulation des achats effectués par CGU Plc, General Accident Fire et Life Assurance Corporation Plc, devant le Tribunal de grande instance de Paris, et la décision prise par ce dernier de mettre sous séquestre les titres. Dans ce deuxième communiqué, la Commission a rappelé l'interdiction de réaliser toute transaction en dehors d'un marché réglementé, comme il est précisé à l'article 5-1-11 du règlement général du CMF ».

A la demande de CGU, une transaction a été conclue, puis homologuée par le Président du Tribunal de grande instance.

Enfin, dans un communiqué du 31 août 1999, la Commission a annoncé que : *« Conventiennellement, l'échéance du séquestre a été fixée au 29 novembre 1999. A compter du 30 septembre 1999, les sociétés du groupe étaient autorisées, sous le contrôle de la Commission, à céder ces actions sur un marché réglementé à des tiers non-liés à ces sociétés par un accord ou par un lien en capital ».*

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

A. UNE OBLIGATION RENFORCÉE EN PÉRIODE D'OFFRE PUBLIQUE

Le gouvernement propose, qu'en période d'offre publique, toutes les transactions portant sur les titres concernés par cette offre soient effectuées sur un marché réglementé de l'EEE ou sur un marché reconnu au sens de l'article 18 de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, sur lequel lesdits titres sont admis aux négociations.

En France, la qualité de **marché réglementé** est reconnue par le CMF. Dans l'Union européenne, la Commission européenne publie une liste des marchés reconnus comme réglementés par les autorités compétentes de leurs Etats d'origine. Pour la France sont ainsi dits réglementés les premier et second marchés de la SBF-Bourse de Paris, le nouveau marché, le MATIF et le MONEP.

Les **marchés reconnus** au sens de l'article 18 de la loi de 1885 sont des marchés étrangers de produits financiers reconnus, sous réserve de réciprocité, par arrêté du ministre chargé de l'économie. La liste actuelle comporte une vingtaine de marchés parmi lesquels le Chicago Board of Trade, le New York Mercantile Exchange, la Deutsch Termin Börse (DTB), le London International Financial Futures and Options (LIFFE), etc. Il s'agit essentiellement de marchés de contrats à terme.

L'exposé des motifs du présent projet de loi indique qu'en période d'offre publique *« tous les investisseurs, qu'ils soient ou non résidents français et qu'ils passent ou non par un prestataire de services d'investissement agréé ou exerçant en France, sauront ainsi qu'en période d'offre, il leur est fait obligation d'effectuer sur un marché réglementé ou reconnu toutes les transactions portant sur les titres concernés par l'offre »*.

Cette interdiction pèsera en effet sur tous les acteurs du marché, quel que soit leur lieu de résidence : tous les investisseurs bénéficieront des mêmes conditions et des mêmes prix. Il s'agit donc de prévoir l'application du **principe d'égalité des actionnaires** dans le cadre des offres publiques, conformément au projet de directive.

B. UNE SANCTION CLASSIQUE

La sanction des personnes qui acquièrent ces titres, en dehors d'un marché réglementé ou reconnu, consistera en la **privation des droits de vote** associés aux titres ainsi acquis, **pendant une période de deux ans** suivant la date d'acquisition. Il s'agit d'une sanction **« classique »** en matière boursière¹.

Elle sera **d'application facile** à tous les actionnaires puisque les assemblées générales des sociétés cibles françaises, ont lieu en France.

Cette sanction est **d'application limitée** : le délai de deux ans retenu permet d'empêcher l'investisseur de bénéficier du résultat de sa transaction s'il a contrevenu à cette obligation de concentration des ordres et la sanction ne porte que sur les titres achetés en infraction à la loi.

En outre, si l'investisseur est en infraction avec l'article 45 de la loi de modernisation des activités financières, **une deuxième sanction s'appliquera : la nullité de la transaction**, réputée n'avoir jamais eu lieu.

¹ C'est la sanction que l'on retrouve par exemple en cas de non dépôt d'un projet d'offre publique lors d'un franchissement de seuil.

C. LA FIN DU « HORS COTE »

Cet article s'insère, en l'abrogeant, à la place de l'actuel article 34 de la loi de modernisation des activités financières de 1996 qui prévoyait les modalités de suppression du relevé quotidien du hors-cote.

Le décret n° 97-1050 du 14 novembre 1997 a supprimé le relevé quotidien du « hors cote » et a prévu l'établissement par le CMF de la liste des sociétés figurant au relevé quotidien et pour lesquelles une offre de retrait demeure possible malgré la suppression du hors cote. Dans un communiqué du 26 novembre 1997, la COB a recommandé aux dirigeants des sociétés du « hors cote » de faire connaître leurs intentions quant au mode futur de négociation des titres : demande d'admission sur un marché réglementé et à défaut, information des actionnaires qu'à compter du 2 juillet 1998 les transactions s'effectuent de gré à gré.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.

Votre commission estime que cette mesure est favorable à la transparence et au bon déroulement des offres publiques sur les sociétés françaises cotées à Paris.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 3

Rectification des informations financières

Commentaire : le présent article permet à la Commission des opérations de bourse de procéder à la rectification des publicités diffusées au cours d'une offre publique, en mettant les frais à la charge des auteurs de la publicité.

I. UN ENCADREMENT DE LA PUBLICITÉ EN PÉRIODE D'OFFRE PUBLIQUE JUGÉ INSUFFISANT

A. LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE DE L'INFORMATION FINANCIÈRE PAR LA COB

1. Un cadre général

L'article 3 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse prévoit que la Commission « *vérifie les informations que fournissent aux actionnaires ou publient* » les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

Elle peut également « *ordonner à ces sociétés de procéder à des publications rectificatives dans le cas où des inexactitudes ou des omissions auraient été relevées dans les documents publiés* ». En particulier, la Commission est parfois amenée à demander la publication de prospectus additionnels ou rectificatifs.

Enfin, « *la Commission peut porter à la connaissance du public les observations qu'elle a été amenée à faire à une société ou les informations qu'elle estime nécessaires.* » Elle le fait en règle générale par la voie du communiqué.

L'article 9 du règlement n° 98-07 relatif à l'obligation d'information du public prévoit que « *la Commission peut demander aux émetteurs (...) la publication, dans les délais appropriés, des informations qu'elle juge utiles à*

la protection des investisseurs et au bon fonctionnement du marché, et à défaut, procéder elle-même à la publication de ces informations ».

2. Des règles spécifiques en période d'offre publique

L'article 6 du règlement COB n° 89-03 relatif aux offres publiques et aux acquisitions de blocs de contrôle précise le droit applicable en période d'offre : « sauf accord de la Commission, les sociétés concernées limitent les informations qu'elles diffusent aux éléments contenus dans les publications du Conseil des marchés financiers ou dans les notes d'information visées par la Commission des opérations de bourse ». En pratique, les sociétés demandent à la COB une autorisation *a priori* de diffusion.

B. L'EXPÉRIENCE DES OFFRES PUBLIQUES RÉCENTES

Ce dispositif fondé essentiellement sur un contrôle *a priori* par la Commission des publicités diffusées a été mis à rude épreuve lors des offres publiques de l'été 1999 : la COB a alors été confrontée à un flux très considérable de messages publicitaires dont les auteurs demandaient la vérification du contenu dans des délais très courts.

Elle s'est trouvée dans des conditions matérielles inconfortables et a été amenée à diffuser plusieurs communiqués destinés à rappeler aux compétiteurs les principes essentiels en matière de publicité au cours d'une offre publique.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT : MORALISER LA PUBLICITÉ DIFFUSÉE EN PÉRIODE D'OFFRE

Suite à ces difficultés, le gouvernement propose dans le présent article le renforcement du dispositif mis à la disposition de la Commission.

D'une part, **il permet à la COB de procéder aux publications rectificatives** si les sociétés n'ont pas déféré à son injonction de faire, prévue à l'article 3 de l'ordonnance de 1967.

De plus, dans les cas où la COB est amenée à effectuer de telles publications rectificatives ou à porter à la connaissance du public des observations ou des informations nécessaires, **la Commission peut mettre les frais engagés à la charge de la société concernée.**

Ces dispositifs seront d'application générale et non limitée à la seule publicité diffusée en période d'offre publique. En pratique, ils pourront donc également être utilisés par la COB en matière de publicité sur les résultats.

Ce renforcement du **contrôle *a posteriori*** de la Commission devrait lui permettre d'alléger son contrôle *a priori* et lui donner les moyens de rectifier, au-delà de simples communiqués de presse, les informations erronées diffusées par les sociétés : la COB pourra se permettre de diffuser des publicités sur les mêmes médias que les sociétés intéressées, quel qu'en soit le coût. L'exposé des motifs de l'article précise en particulier que *« une société ayant publié un encart d'une page dans un grand quotidien national pourra être amenée à financer, quelques jours plus tard, la publication d'un rectificatif d'une page dans le même quotidien qui soulignera le caractère irrégulier, imprécis, polémique ou erroné de sa précédente publicité »*.

Ce dispositif sera complété par une modification de l'article 6 du règlement n° 89-03 qui précisera les règles applicables à l'utilisation de la publicité en période d'offre publique. En particulier, il devrait prévoir que les publicités ne doivent ni induire le public en erreur, ni jeter le discrédit sur les concurrents, ni comparer les offres en concurrence, ni présenter un caractère manifestement polémique.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission se félicite que le gouvernement n'ait pas choisi d'interdire la publicité en période d'offre publique¹. Celle-ci permet en effet « d'acclimater » le public au marché et à ses mécanismes ; elle est l'un des éléments constitutifs de la transparence du marché, de l'égalité de traitement des actionnaires et de l'information des salariés des entreprises concernées.

Le dispositif proposé devrait permettre aux auteurs de publicités de **s'auto-discipliner** par l'accroissement du risque qu'ils prennent dans des publicités se situant aux marges des exigences de la COB. La COB bénéficiera ainsi d'un fort pouvoir de dissuasion de nature à tempérer les velléités de ceux qui pourraient être tentés de contourner ses règlements.

¹ Les Etats-Unis qui avaient interdit la publicité en période d'offre l'autorisent à nouveau, depuis le 1^{er} janvier 2000.

L'article 3 de l'ordonnance modifié par cet article comporte une **référence obsolète** au hors cote de l'article 34 de la loi de modernisation des activités financières¹ (remplacé dans l'article 2 du présent projet de loi par un nouvel article 34 relatif à la concentration des ordres en période d'offre publique) : votre commission vous propose donc un amendement visant à supprimer cette « coquille ».

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

¹ Loi n°96-597 du 2 juillet 1996.

ARTICLE 4

Information du comité d'entreprise en cas d'offre publique

Commentaire : le présent article tend à instituer une sanction à l'égard du dirigeant de la société initiatrice d'une offre publique qui ne se rendrait pas à la convocation du comité d'entreprise de la société cible pour lui présenter son projet industriel et social et répondre à toute question.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT : LE COMITÉ D'ENTREPRISE PEUT « INVITER » LE DIRIGEANT DE LA SOCIÉTÉ INITIATRICE DE L'OFFRE

A. LES POUVOIRS DU COMITÉ D'ENTREPRISE DE LA SOCIÉTÉ CIBLE

Aux termes de l'actuel quatrième alinéa de l'article L. 432-1 du code du travail¹, « *dès que le chef d'entreprise a connaissance du dépôt d'une offre publique d'achat ou d'une offre publique d'échange dont son entreprise fait l'objet, il en informe le comité d'entreprise. Le comité invite, s'il l'estime nécessaire, l'auteur de l'offre pour qu'il expose son projet devant lui* ».

Il est donc d'ores et déjà prévu dans le droit en vigueur une information du comité d'entreprise par :

1- son information immédiate par le chef d'entreprise² ;

2- la possibilité pour le comité d'inviter l'auteur de l'offre à lui exposer son projet ; on remarquera qu'il n'est prévu aucun avis ou observation du comité sur cette présentation et qu'aucun contenu minimal de la présentation n'est défini dans le code du travail ; en outre, le refus par l'auteur de l'offre de répondre à l'invitation n'est pas sanctionné.

Dans le cadre d'une offre publique sur l'entreprise dominante d'un groupe, le chef de cette entreprise doit en informer le comité de groupe. Le

¹ Issu de l'article 40 de la loi n° 89-531 du 2 août 1989.

² Le projet de directive européenne sur le droit des OPA prévoit une règle comparable dans son esprit : les dirigeants de la société cible doivent transmettre le document d'offre une fois que celui-ci est public aux représentants des salariés, ou à défaut, directement aux salariés.

comité de groupe peut ensuite inviter, s'il l'estime nécessaire, l'auteur de l'offre à l'exposer devant lui. Cette procédure est exclusive de celle auprès du comité d'entreprise.

B. LA PRATIQUE

En pratique, si l'information du comité a toujours lieu, le dispositif d'invitation de l'auteur de l'offre **n'a servi**, à la connaissance de votre rapporteur, **qu'une seule fois**.

Il arrive plus souvent que l'auteur de l'offre propose spontanément de rencontrer le comité d'entreprise et que celui-ci présente une fin de non-recevoir. C'est notamment ce que l'on a pu observer lors de l'offre de la BNP sur la Société générale durant l'été 1999.

La modification du dispositif existant dans le sens d'une plus grande contrainte de l'auteur de l'offre n'est donc issue **d'aucune demande spécifique** et **ne résulte pas de l'expérience des offres publiques de l'été 1999** qui ont plutôt montré le peu d'intérêt des comités d'entreprise pour la présentation par l'auteur de l'offre de son projet.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT : LE RENFORCEMENT DU DEGRÉ DE CONTRAINTE PAR L'INSTAURATION D'UNE SANCTION

A. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

1. Un dispositif d'information étendu

Le gouvernement propose dans le présent article de remplacer le dispositif actuel (information du comité et invitation de l'auteur de l'offre) par un dispositif plus étendu.

L'information du comité d'entreprise sur une offre publique serait désormais assurée par deux, voire trois, moyens :

1- le chef de l'entreprise cible devrait procéder à **la réunion immédiate et obligatoire du comité**¹ ; au cours de la réunion prévue ci-dessus, le comité déciderait s'il souhaite ou non entendre l'auteur de l'offre ;

2- l'auteur de l'offre devrait **adresser** au comité d'entreprise **la note d'information visée par la Commission des opérations de bourse (COB)** dans les trois jours suivant sa publication ;

3- une **nouvelle réunion** du comité serait prévue dans les dix jours² suivant la publication de la note pour **examiner** celle-ci et, le cas échéant, **auditionner l'auteur de l'offre**.

a) Une information écrite obligatoire : la note d'information

La note d'information visée par la COB étant normalement adressée au marché, elle ne comporte aujourd'hui que peu d'informations de nature sociale, susceptibles d'intéresser le comité d'entreprise de la société cible : le règlement COB n° 89-03 précité relatif aux offres publiques prévoit dans son article 7 que la note d'information précise notamment les « *intentions (de l'initiateur) pour les douze mois à venir relatives à la politique (...) sociale des sociétés concernées* ».

Il est donc prévu, dans le prolongement du présent dispositif, de modifier le règlement n° 89-03 pour que soient précisées dans la note d'information les conséquences sociales de l'offre publique.

b) La convocation de l'auteur de l'offre

La date de la réunion du comité consacrée à l'examen de la note d'information et à l'audition de l'auteur de l'offre serait communiquée au moins trois jours à l'avance à celui-ci. Au cours de cette réunion, le comité pourrait « *faire part à l'auteur de l'offre de toutes les observations qu'il estime utiles* ».

¹ Pour mémoire, en vertu des articles L. 434-2 et L. 434-3 du code du travail, le comité d'entreprise est présidé par le chef d'entreprise ou son représentant ; il se réunit, dans les entreprises de plus de 150 salariés, au moins une fois par mois sur convocation du chef d'entreprise ou de son représentant ; il peut, en outre, tenir une seconde réunion à la demande de la majorité de ses membres ; l'ordre du jour est arrêté par le chef d'entreprise.

² Ce délai a été porté à quinze jours à la suite d'une modification votée par l'Assemblée nationale.

L'obligation de se rendre à la convocation du comité d'entreprise pèse sur **le chef d'entreprise de la société** ayant déposé l'offre publique, **ou son représentant, désigné par lui parmi les mandataires sociaux ou les salariés de l'entreprise.**

2. Une sanction très forte : l'interdiction d'exercice des droits de vote

Si le chef d'entreprise (ou son représentant) ne se rendent pas à la réunion du comité d'entreprise, la société qui a déposé l'offre « *ne peut exercer les droits de vote attachés aux titres de la société faisant l'objet de l'offre qu'elle détient ou viendrait à détenir* ».

Cette sanction appelle quelques remarques :

① **C'est une sanction classique du droit boursier.** Mais elle est appliquée ici **dans le code du travail.**

② Il s'agit d'une **sanction d'application très large.** En effet,

1- elle immobilise tous les titres détenus précédemment ou acquis ultérieurement par la société initiatrice de l'offre ;

2- elle s'étend aux sociétés qui la contrôlent ainsi qu'à celles qu'elle contrôle.

③ Elle est limitée dans le temps puisqu'elle est automatiquement levée dans deux cas de figure :

1- le lendemain du jour où l'auteur de l'offre est entendu par le comité ;

2- si l'auteur de l'offre n'est pas convoqué à une nouvelle réunion du comité dans les quinze jours qui suivent.

④ Cette sanction est **d'application territoriale facile** puisqu'elle peut viser toute société initiatrice, de droit français comme de droit étranger, puisqu'elle s'applique dès la prochaine assemblée générale de la société cible. **Concrètement, elle prive l'initiateur du bénéfice de son offre.**

3. Application de cet article dans les groupes

S'agissant d'une entreprise dominante d'un groupe visée par une offre publique, le présent article propose :

1- que le chef de l'entreprise dominante en informe immédiatement le **comité de groupe** ;

2- que les dispositions prévues ci-dessus soient applicables non plus au comité d'entreprise mais au comité de groupe.

B. LES MODIFICATIONS INTERVENUES À L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Outre une modification rédactionnelle utile¹, l'Assemblée nationale a adopté trois amendements à cet article.

1. L'accroissement du délai de convocation du comité d'entreprise

Constatant que les délais de convocation des comités d'entreprise sont parfois supérieurs à dix jours, l'Assemblée nationale, à l'initiative notamment de notre collègue député Eric Besson, rapporteur, a préféré fixer à **quinze jours** et non pas dix comme prévu dans le texte initial du gouvernement, le délai de convocation du comité d'entreprise suivant la publication de la note d'information.

2. L'assistance du comité d'entreprise par un expert

L'Assemblée nationale a voté, à l'initiative de nos collègues députés Eric Besson, rapporteur et Philippe Auberger, un amendement prévoyant que le comité d'entreprise « *peut se faire assister préalablement et lors de la réunion* » (celle au cours de laquelle il examine la note d'information et auditionne, le cas échéant, l'auteur de l'offre) d'un expert de son choix.

L'article L. 434-6 du code du travail prévoit déjà la possibilité pour le comité d'entreprise de « *faire appel à tout expert rémunéré par ses soins pour*

¹ *Votée à l'initiative de notre collègue député Eric Besson, rapporteur, et visant à remplacer les mots « annonce d'une offre publique » par les mots « dépôt d'une offre publique » qui renvoient précisément au dépôt de l'offre au Conseil des marchés financiers (CMF).*

la préparation de ses travaux »¹. Il s'agit donc par cet amendement de donner une base juridique incontestable à cette faculté dans le cadre de l'examen de la note d'information et de l'audition de l'auteur de l'offre.

3. Le contenu de la note d'information visée par la COB

Par un amendement de notre collègue député Eric Besson, rapporteur, l'Assemblée nationale a prévu, dans un paragraphe III du présent article, que « *la note sur laquelle la (COB) appose un visa préalable contient les orientations en matière d'emploi de la personne physique ou morale qui effectue l'offre publique* ».

Il s'agit bien des « *orientations* » et non d'engagements. Il est en effet peu réaliste de demander à l'auteur de l'offre de préciser ses intentions en matière d'emploi alors qu'il connaît encore peu ou mal la société qu'il vise.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION : UNE BONNE INTENTION AUX CONSÉQUENCES GRAVES

A. UNE BONNE INTENTION : L'INFORMATION DES SALARIÉS DE LA SOCIÉTÉ CIBLE

L'objectif de cet article est d'associer davantage les salariés aux opérations de rapprochement entre entreprises. En effet, de telles opérations ont bien souvent des conséquences sur l'organisation interne des entreprises, sur les conditions de travail et sur l'emploi ; il est donc naturel que le comité d'entreprise, représentant la collectivité des salariés, s'intéresse à ces opérations².

¹ Par ailleurs, « le recours à un expert donne lieu à délibération du comité d'entreprise. L'expert choisi par le comité dispose des documents détenus par le comité d'entreprise (...). Les experts (...) sont tenus aux obligations de secret et de discrétion telles que définies à l'article L. 432-7 ».

² Le comité d'entreprise a en effet pour mission de « prendre en compte de façon permanente les intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution financière et économique de l'entreprise » et ses attributions ont été étendues en 1982 à toutes les questions « qui intéressent l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ».

Toutefois, si l'association des salariés est légitime, celle-ci ne doit pas pour autant perturber le déroulement de l'offre et s'avérer contraire à la liberté des mouvements de capitaux qui est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne. **La meilleure information possible des salariés ne saurait se confondre avec un quelconque pouvoir d'opposition qui leur serait ainsi octroyé.**

B. DES CONSÉQUENCES POTENTIELLEMENT GRAVES

1. Entre délit d'initié et délit d'entrave

a) La question de la confidentialité des informations données

Le rapport de Mme Chantal Cumunel, membre du collège de la COB, rappelle que « *en droit boursier, les membres du comité d'entreprise qui, ayant eu connaissance dans le cadre de leur mandat, d'informations sensibles, susceptibles d'avoir un impact sur le cours du titre de la société et qualifiées de confidentielles, les exploitent pour eux-mêmes ou les communiquent à des tiers, peuvent être poursuivis pour délit d'initié, sur la base de l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 et/ou pour manquement d'initié, sur la base du règlement de la COB n° 90-08 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée* »¹.

b) Le risque d'une dérive vers une qualification en délit d'entrave

En vertu de l'article L. 483-1 du code du travail, « *toute entrave apportée (au) fonctionnement régulier* » du comité d'entreprise est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 25.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement. C'est le **délit d'entrave**.

Celui-ci est applicable à certaines dispositions du présent article qui mettent en jeu le chef de l'entreprise cible et son comité d'entreprise. La jurisprudence actuelle prévoit que le délit d'entrave ne peut être commis que par le chef d'entreprise ou une personne investie par délégation d'une parcelle de l'autorité patronale.

¹ Rapport sur « *La communication financière des sociétés cotées vis-à-vis des salariés* », mission de réflexion présidée par Mme Chantal Cumunel, COB, mars 1998.

Or, l'auteur de l'offre qui, lors de la réunion du comité d'entreprise, ne satisfait pas celui-ci par la qualité des informations fournies ne sera-t-il pas conduit par le comité devant le juge du droit du travail pour entrave au bon fonctionnement du comité d'entreprise ? De même pour celui qui fournit avec retard la note d'information visée par la COB ? Le risque d'une dérive jurisprudentielle qui conduirait à rendre punissable de ce délit d'entrave le chef de l'entreprise initiatrice de l'offre n'est pas à exclure¹.

En outre, l'intervention du juge du droit du travail en matière boursière pose la question d'un **conflit de juridiction** entre celui-ci et le juge du droit boursier, avec la possibilité d'un **cumul des sanctions** (droit du travail, droit boursier). On peut enfin s'interroger sur la propension qu'auraient certains magistrats à substituer leurs appréciations d'opportunité à celles des dirigeants des entreprises concernées, comme c'est le cas en matière de plans sociaux.

Le droit du travail est un des lieux privilégiés de la **création prétorienne du droit**. Il paraît donc important que le législateur affirme clairement sa volonté dans cet article, et cela afin d'écartier tout danger d'une interprétation erronée.

2. Le risque d'un blocage des offres : la reconnaissance d'un droit d'opposition aux salariés ?

Dans la plupart des cas où le comité d'entreprise est saisi sur une opération financière, il peut émettre un avis motivé. Il peut également saisir le tribunal sur les délais accordés et/ou sur les informations remises. Dans ce cas, il peut demander que l'opération soit suspendue dans l'attente de la formulation de son avis motivé. Mme Cumunel indique, dans son rapport précité que « *la possibilité d'une nullité d'une opération sociétaire pour défaut de consultation du comité d'entreprise reste entière pour certains juristes* ».

Il est à craindre qu'une dérive jurisprudentielle ne vienne assimiler la procédure prévue à une **consultation du comité d'entreprise** et qu'il puisse s'ensuivre un report du calendrier de l'offre, voire l'annulation de l'offre dans des cas extrêmes. Certes, si le texte proposé ne prévoit aucun avis du comité, des « *observations* » sont prévues.

Le risque que ce dispositif ne devienne un « *poison pill* », une mesure de défense supplémentaire aux mains de l'équipe dirigeante de la société cible

¹ En particulier, l'article L. 483-1-1 du code du travail prévoit que « quiconque » aura apporté une entrave au fonctionnement régulier du comité sera puni des peines prévues à l'article L. 483-1.

n'est pas à négliger et doit absolument être écarté, d'autant plus que de telles dispositions seraient de toute évidence contraires à la directive européenne en cours d'adoption sur les offres publiques.

C. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION

Au vu des risques présentés par ce dispositif, et sachant qu'il ne répond pas à une demande (le dispositif existant, plus souple, n'est même pas utilisé par les comités d'entreprise), **votre commission n'est pas favorable au présent article.**

Toutefois, **soucieuse de mieux associer les salariés, par l'intermédiaire de leurs représentants, au déroulement des offres les concernant, elle suggère plusieurs amendements de clarification et d'amélioration du texte proposé :**

1- étendre les obligations prévues aux initiateurs d'offre publique, **personnes physiques** (qui avaient été « oubliées » dans la rédaction proposée) ; même si les cas d'offres publiques initiées par des personnes physiques sont relativement rares, il convient de prévoir explicitement l'application de cet article à ces personnes ;

2- offrir une « **session de rattrapage** » **au comité d'entreprise** qui n'aurait pas jugé bon de convoquer l'auteur de l'offre lors de la première réunion et qui changerait d'avis en recevant la note d'information ; toutefois, afin de ne pas décaler le cours de l'offre, il a paru nécessaire de préciser dans la loi que les délais prévus ne seraient pas modifiés par cette décision « tardive » ;

3- prévoir explicitement **qu'il ne peut y avoir d'autre sanction** applicable à l'auteur de l'offre que la suspension des droits de vote prévue ; en particulier, il convient d'éviter toute application du délit d'entrave ; il s'agit simplement d'être explicite : **il n'est pas dans l'esprit de cette loi de prévoir un cumul des sanctions** ;

4- il convient également d'indiquer de façon explicite **qu'aucun recours ne pourra être interruptif du cours de l'offre** ; il s'agit ici encore, ni plus ni moins, de clarifier la volonté du législateur et de renforcer l'esprit de l'article pour qu'il ne soit pas « mal appliqué ».

Il aurait pu être proposé un dispositif symétrique : **l'obligation pour le comité d'entreprise d'entendre l'auteur de l'offre si celui-ci le souhaite.** Cette configuration répond de bien meilleure façon aux demandes des acteurs. Toutefois, votre commission ne souhaite pas accroître les occasions de recours d'une entreprise contre une autre. Elle souhaite surtout éviter toute « prise en otage » des salariés par les directions des entreprises. C'est pourquoi elle souhaite, autant que possible laisser les acteurs libres de se rencontrer, de s'informer et de négocier.

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

ARTICLE 5

Limitation dans le temps des procédures d'offre publique

Commentaire : le présent article donne au Conseil des marchés financiers la possibilité, sous certaines conditions, de fixer une date de clôture définitive d'une offre publique.

I. LA DURÉE DES OFFRES PUBLIQUES EN FRANCE

Le règlement général du Conseil des marchés financiers (CMF) fixe les principales règles relatives à la durée des offres publiques en France. Celui-ci a été modifié en 1997 afin d'allonger la période d'offre et de faciliter la mise en place de défenses appropriées par la société cible.

Conformément à l'article 5-1-12 du règlement général du CMF, « *la durée d'une offre s'entend de sa date d'ouverture à sa date de clôture* ».

L'offre est ouverte après publication de la note d'information visée par la Commission des opérations de bourse (COB) et après réception par le CMF des autorisations préalables nécessaires : cette date d'ouverture est publiée par le CMF. Le délai entre cette date et la date de clôture est de **25 jours de bourse sans que la durée de l'offre puisse excéder 35 jours de bourse** : le CMF publie la date de clôture et la date des résultats.

Toutefois, ce « bel ordonnancement » peut être modifié par l'intervention de facteurs extérieurs : le dépôt d'une offre concurrente ou l'intervention du juge.

- **En cas d'offre concurrente**, le CMF aligne les date de clôture des offres en présence à la date la plus lointaine. En cas de surenchère, le CMF apprécie s'il y a lieu de proroger la date de clôture. Remarquons qu'aucune limite n'est fixée au nombre d'offres concurrentes et de surenchères, en vertu du **principe de libre jeu des offres et des surenchères**. Toutefois l'article 5-2-10 du règlement général précité prévoit un mécanisme d'accélération du dépôt des surenchères : lorsque plus de dix semaines se sont écoulées depuis la publication de l'ouverture d'une offre, le CMF peut, afin d'accélérer la confrontation des offres, fixer un **délai limite** pour le dépôt de chacune des surenchères successives.

- **En cas de recours judiciaire**, le CMF peut également proroger la date de clôture et en pratique il adapte toujours le calendrier de l'offre aux nécessités judiciaires.

La plupart des offres publiques en France (environ 120 par an) se déroulent dans les 25 à 35 jours prévus. Certaines, plus médiatiques, peuvent durer plus longtemps en raison de surenchères, d'offres concurrentes et de recours devant les tribunaux.

II. LA MODIFICATION PROPOSÉE PAR LE GOUVERNEMENT

Au vu de la durée jugée par lui excessive des offres publiques bancaires de l'été 1999 (près de sept mois)¹, le gouvernement propose dans le présent article de créer **une procédure de « dernière enchère »**.

Lorsque plus de **trois mois** se seront écoulés depuis le dépôt d'un projet d'offre publique d'achat ou d'échange sur une société, **le CMF pourra**, selon des modalités fixées par son règlement général, **fixer une date de clôture définitive** de toutes les offres portant sur les titres de cette société. Ce dispositif lui permettra de raccourcir la durée des offres qu'il jugerait trop longues, notamment pour le bon fonctionnement de la société cible.

Dans le cadre de cette délégation de compétence du législateur au CMF, le règlement général du Conseil devrait prévoir que les parties en concurrence pour prendre le contrôle de la société devront alors déposer une ultime offre (ou reprendre les termes de leur dernière enchère) visant la société cible. Une fois ces « dernières enchères » déclarées ouvertes, le calendrier sera définitivement fixé par le Conseil : plus aucune autre enchère ne sera permise.

Cette décision du CMF sera susceptible de recours comme toute autre de ses décisions dans les dix jours suivant sa publication au Bulletin officiel du CMF. Elle devra en outre être motivée.

Le gouvernement a précisé que, dans le prolongement de cette disposition, il envisageait d'adopter les mesures réglementaires suivantes :

- réduction à dix jours du délai d'un mois fixé entre le dépôt d'un recours contre une offre publique et celui des moyens développés à l'appui de ce recours ; cette modification de niveau réglementaire devrait être réalisée avant la promulgation de la présente loi ;

¹ Du 1^{er} février 1999, dépôt du projet d'OPE de la Société Générale, au 30 août 1999, date de publication des résultats définitifs.

- possibilité pour l'initiateur de deux offres portant sur des sociétés différentes de lier le maintien de l'une au succès de l'autre ;

- obligation pour l'initiateur qui aurait fixé un seuil minimal de réussite à son offre de renoncer à celle-ci si ce seuil n'est pas atteint (actuellement, l'initiateur peut choisir entre maintenir et retirer son offre) ; l'homologation des modifications du règlement général du CMF portant les deux dernières dispositions devrait intervenir au moment de la promulgation de la loi.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement de nos collègues députés Eric Besson, rapporteur, au nom de la Commission des finances, Gilbert Gantier et Marc Laffineur, prévoyant que le CMF ne prend sa décision qu'après avoir demandé aux parties à l'offre de présenter leurs observations. Cet amendement n'obère en rien la liberté d'appréciation du CMF, il lui permet simplement de recueillir les observations des parties quant à l'opportunité de fixer une ultime enchère.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Tout d'abord, votre commission tient à souligner que, contrairement aux affirmations du gouvernement, **les offres publiques en France ne sont pas excessivement longues**. En tout état de cause, elles sont d'une durée inférieure à celles qui se déroulent en Grande-Bretagne (110 jours en dehors de tout recours) ou aux Etats-Unis.

Il faut également remarquer qu'il n'est pas dans l'intérêt des sociétés concurrentes de « faire traîner en longueur » les offres et de surenchérir « à qui mieux mieux » : le libre jeu des offres régule naturellement la durée des offres.

L'intérêt du dispositif présenté ici est donc tout relatif, il relève essentiellement de **l'affichage politique**.

Toutefois il faut reconnaître qu'il convient d'éviter des offres d'une durée excessive qui peuvent déstabiliser profondément les entreprises concernées.

En outre, votre commission apprécie la souplesse du dispositif proposé : le CMF appréciera, au cas par cas, l'opportunité de demander cette « dernière enchère ». Il pourra également la prévoir après un délai supérieur à trois mois, qui paraît être une durée courte : c'est à peine la durée d'un recours devant la Cour d'appel de Paris contre une offre en cours.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

TITRE II :

POUVOIRS DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

CHAPITRE PREMIER :

DISPOSITIONS RELATIVES AUX ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET AUX ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT

ARTICLE 6 A (nouveau)

Présidence du collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier par le ministre chargé de l'économie

Commentaire : le présent article, introduit par voie d'amendement à l'Assemblée nationale, supprime la présidence tournante au sein du collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier et fait du ministre chargé de l'économie, ou de son représentant, le président du collège.

L'article 60 de la loi de 1999 dite épargne et sécurité financière¹ a formalisé et officialisé une pratique existante en créant le collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier.

La composition et les missions de celui-ci sont inscrites à l'article 45-1 de la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992².

En particulier, « *ce collège est composé du gouverneur de la Banque de France, président de la Commission bancaire, du président de la Commission de contrôle des assurances, du président de la Commission des opérations de bourse et du président du Conseil des marchés financiers ou de leurs représentants. Assiste également aux séances du collège le ministre chargé de l'économie ou son représentant ».*

Il est prévu que **la présidence du collège est tournante chaque année.**

¹ Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

² Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit.

Par amendement de nos collègues députés Michel Suchod, Pierre Carassus, Jacques Desallangre, Gilberte Marin-Moskovitz, Jean-Pierre Michel, Georges Sarre et Gérard Saumade, **l'Assemblée nationale** a modifié cet ordonnancement pour donner de plein droit la présidence du collège au ministre chargé de l'économie.

Votre commission estime que cet amendement est **contraire à l'esprit qui avait présidé à l'installation du collège**, une instance de simple coordination entre des autorités elles-mêmes largement indépendantes et éloignées des contingences politiques. Par ailleurs, la présidence du collège par le ministre ne serait-elle pas contraire au principe de l'indépendance des autorités de contrôle, principe adopté par le Comité de Bâle en 1997 ?

En outre, la présence au sein du collège du ministre chargé de l'économie se justifiait notamment par ses responsabilités en matière d'agrément des entreprises d'assurance ; **cette qualité ne vaut pas présidence de plein droit du collège.**

Enfin, votre commission est **attachée au principe d'une présidence tournante** qui donne à chaque membre du collège à tour de rôle une responsabilité à l'égard de l'ensemble du secteur financier et crée une solidarité de fait entre ses différents membres.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 6

Agréments et autorisations du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et de la Commission des opérations de bourse (COB)

Commentaire : le présent article permet au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement de subordonner les agréments et les autorisations qu'il délivre à des conditions particulières et à des engagements des demandeurs. Il donne le même pouvoir à la Commission des opérations de bourse lorsqu'elle se prononce sur l'agrément des sociétés de gestion de portefeuille.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

A. LES DISPOSITIONS DE LA LOI BANCAIRE DE 1984

L'article 15 de la loi bancaire de 1984¹ donne compétence au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) pour **délivrer les agréments que doivent obtenir les établissements de crédit** avant d'exercer leur activité

Les articles 15 à 17 développent toute une série de critères que l'établissement doit respecter pour obtenir cet agrément. A l'heure actuelle, le CECEI peut limiter son agrément « à l'exercice de certaines opérations définies par l'objet social du demandeur » ou prendre acte d'engagements volontaires du demandeur, mais **il n'est pas explicitement prévu qu'il puisse assortir son agrément de conditions particulières qu'il aurait lui-même définies**².

La loi bancaire donne également compétence au CECEI pour **autoriser certaines modifications importantes de la situation des**

¹ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

² On retrouve toutefois la notion de « conditions auxquelles l'agrément est subordonné » dans les articles 19 des lois bancaire (n°84-46 du 24 janvier 1984) et de modernisation des activités financières (n° 96-597 du 2 juillet 1996) relatifs au retrait d'agrément ; ainsi que celle d' « engagements pris » (article 45 de la loi bancaire).

établissements de crédit, telles que les changements de contrôle ou de forme juridique, qui sont susceptibles d'affecter les conditions de leur agrément. Pas plus que pour l'agrément, il n'est prévu de disposition juridique autorisant expressément le CECEI à assortir son autorisation de conditions posées par lui ou d'engagements pris par l'établissement.

B. LES DISPOSITIONS DE LA LOI FINANCIÈRE DE 1996

C'est également le CECEI qui, aux termes de l'article 12 de la loi de 1996 de modernisation des activités financières, a compétence pour délivrer les **agréments que doivent obtenir les entreprises d'investissement** autres que les sociétés de gestion de portefeuille **et les établissements de crédit** qui fournissent des services d'investissement.

En revanche, l'article 15 prévoit que c'est **la COB** et non le CECEI qui a compétence pour délivrer **l'agrément des sociétés de gestion de portefeuille**.

La loi de modernisation des activités financières ne prévoit pas non plus explicitement que le CECEI ou la COB peuvent assortir leurs agréments de conditions particulières ou d'engagements volontaires de l'entreprise concernée.

Or, en pratique et sans base légale certaine, ces deux autorités de contrôle posent de telles conditions à leurs agréments ou autorisations ultérieures.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT : DONNER UNE BASE LÉGALE A DES PRATIQUES EXISTANTES

Le gouvernement propose de **prévoir explicitement la possibilité pour le CECEI et la COB d'assortir leurs agréments et autorisations de conditions particulières ou d'engagements volontaires.**

Il prévoit en outre la **sanction de leur non respect.**

A. LES AGRÉMENTS ET LES AUTORISATIONS DU CECEI ET DE LA COB POURRONT ÊTRE ASSORTIS DE CONDITIONS OU D'ENGAGEMENTS

1. Les modifications de la loi bancaire

Le gouvernement propose donc¹ que le CECEI puisse également « assortir l'agrément délivré à des conditions particulières visant à préserver l'équilibre de la structure financière de l'établissement et le bon fonctionnement du système bancaire ». Il est également prévu que le CECEI puisse « subordonner l'octroi de l'agrément au respect d'engagements souscrits par l'établissement requérant ».

Les conditions qu'il pourra poser de manière unilatérale devront toutefois se fonder :

- sur la situation financière particulière de l'établissement ;
- ou sur le positionnement de cet établissement dans l'ensemble du secteur bancaire.

Le présent article crée² un nouvel article 15-2 de la loi bancaire : « toute modification des conditions auxquelles était subordonné l'agrément (...) doit faire l'objet, selon les cas, d'une autorisation préalable du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, d'une déclaration ou d'une notification dans les conditions fixées par un règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière. Dans le cas où une autorisation doit être délivrée, elle peut elle-même être assortie de conditions particulières (...) ou subordonnée au respect d'engagements pris par l'établissement ». Cette disposition devrait notamment trouver à s'appliquer dans les cas d'offre publique et de fusion entre établissements de crédit.

2. Les modifications de la loi financière

Des dispositifs symétriques sont prévus pour l'agrément des prestataires de services d'investissement (par le CECEI ou la COB)³.

¹ Au 1° du I du présent article.

² Au 2° du I.

³ Les rédactions retenues sont comparables pour les établissements de crédit (loi de 1984) et les entreprises d'investissement (loi de 1996) à la différence près qu'il n'est pas fait mention pour ces derniers du « bon fonctionnement du système bancaire ».

B. LES SANCTIONS PRÉVUES AU NON-RESPECT DE CES CONDITIONS OU ENGAGEMENTS

1. Le retrait d'agrément par le CECEI

Le présent article prévoit¹ que le retrait d'agrément peut être prononcé d'office par le CECEI « *si l'établissement ne remplit plus les conditions ou les engagements auxquels était subordonné son agrément ou une autorisation ultérieure* »².

2. La sanction disciplinaire par la Commission bancaire

Enfin, il est prévu³ de modifier l'article 45 de la loi bancaire relatif aux **sanctions disciplinaires** de la Commission bancaire pour prévoir que le non respect des conditions particulières posées ou des engagements pris par l'établissement entraîne le prononcé d'une sanction disciplinaire par la Commission⁴.

III. LES MODIFICATIONS INTERVENUES À L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Outre trois amendements rédactionnels⁵, **l'Assemblée nationale a adopté un amendement présenté par nos collègues députés Yves Cochet, André Aschieri, Marie-Hélène Aubert, Noël Mamère et Jean-Michel Marchand et qui a été rectifié à l'initiative du gouvernement.**

¹ Au 3° du I.

² Pour mémoire, l'article 19 de la loi bancaire donne compétence au CECEI pour prononcer le retrait d'agrément d'un établissement de crédit, dans des cas très précis : - soit à la demande de l'établissement de crédit ; - soit d'office dans trois cas : lorsque l'établissement ne remplit plus les conditions auxquelles l'agrément est subordonné, lorsqu'il n'a pas fait usage de son agrément dans un délai de douze mois, ou lorsqu'il n'exerce plus son activité depuis au moins six mois.

³ Au 4° I.

⁴ Pour mémoire, l'article 45 prévoit actuellement le prononcé d'une sanction disciplinaire notamment si l'établissement « n'a pas respecté les engagements pris ».

⁵ Deux d'entre eux présentés par nos collègues députés Eric Besson, rapporteur et un conjointement par Eric Besson, rapporteur et Dominique Baert.

Il prévoit que le CECEI peut prendre¹ en compte, pour fixer les conditions de son agrément, *« la spécificité de certains établissements de crédit appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire. Il apprécie notamment l'intérêt de leur action au regard des missions d'intérêt général relevant de la lutte contre les exclusions ou de la reconnaissance effective d'un droit au crédit »*.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

A. S'AGISSANT DU TEXTE INITIAL DU GOUVERNEMENT

Votre commission est favorable à la validation de ces pratiques anciennes car elle améliore la **transparence** du fonctionnement de ces autorités. Certes, ni le CECEI, la COB ou la Commission bancaire n'en verront leur fonctionnement modifié mais cette explicitation de leurs pratiques leur assure une meilleure **sécurité juridique face à la multiplication des recours**.

Votre commission s'étonne toutefois que le gouvernement n'ait pas poussé sa logique jusqu'au bout.

En particulier, des **dispositions identiques** s'agissant du retrait d'agrément d'une entreprise d'investissement par le CECEI (article 18 de la loi de modernisation des activités financières) et le retrait d'agrément d'une société de gestion de portefeuille par la COB (article 19 de la même loi) **ont été oubliées**. Votre commission vous proposera deux amendements en ce sens.

B. S'AGISSANT DES MODIFICATIONS INTERVENUES À L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Votre commission est défavorable à l'amendement voté à l'Assemblée nationale à l'initiative de notre collègue député Yves Cochet.

Elle estime en effet **qu'il n'est pas de la compétence du CECEI d'apprécier la qualité d'appartenance au secteur social et solidaire** (dont aucune définition n'existe) d'un établissement de crédit et encore moins d'apprécier *« l'intérêt de (son) action au regard des missions d'intérêt général*

¹ C'est sur ce point qu'a porté la rectification du gouvernement : le texte initial de l'amendement prévoyait que le CECEI « prend en compte » et non pas « peut prendre en compte ».

relevant de la lutte contre les exclusions ou de la reconnaissance effective d'un droit au crédit ».

Les critères d'appréciation du CECEI sont fixés dans la loi bancaire de 1984 et renvoient à des données essentiellement prudentielles, pertinentes au regard du contrôle du CECEI. En outre, il convient de noter que le présent article limite le champ des conditions qui pourront être posées par le CECEI à la structure financière de l'établissement et au bon fonctionnement du système bancaire. Le CECEI n'a donc, à l'évidence, **aucune compétence**, ni surtout **aucune légitimité** pour apprécier les « *missions d'intérêt général relevant de la lutte contre les exclusions* » ou la « *reconnaissance effective d'un droit au crédit* ». Votre commission souligne à cet égard qu'il n'existe et n'a jamais existé de « droit au crédit » ; les auteurs de l'amendement visaient-ils le droit au compte ?

L'imprécision de l'ensemble de ce dispositif ne peut que renforcer votre commission dans sa décision d'en demander le rejet.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 6

Obtention de la qualité d'entreprise d'investissement

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de permettre aux entreprises fournissant des services connexes à titre principal de bénéficier de la qualité d'entreprise d'investissement.

La loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières distingue deux catégories de services : les services d'investissement dont la liste est fixée à l'article 4 et les services connexes aux services d'investissement dont la liste est fixée à l'article 5.

L'article 7 prévoit que « *les personnes morales, autres que des établissements de crédit, qui ont pour profession habituelle et principale¹ de fournir des services d'investissement* » ont la qualité d'entreprises d'investissement et doivent obtenir un agrément auprès du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

En vertu du deuxième alinéa de l'article 6, la prestation de services connexes ne permet pas à elle seule de prétendre à la qualité d'entreprise d'investissement. En outre, elle ne nécessite aucun agrément du CECEI.

Or, une **entreprise qui fournit à titre principal des services connexes aux services d'investissement et à titre subsidiaire des services d'investissement** ne peut prétendre à la qualité d'entreprise d'investissement et aux conséquences qui y sont attachées (en particulier le passeport européen). En outre, la lecture littérale de la loi semble exclure l'agrément par le CECEI d'une telle entreprise puisque la procédure de l'agrément est réservée aux entreprises d'investissement et aux établissements de crédit. Ce n'était pas là la volonté du législateur de 1996. En outre, sachant que les prestataires de services d'investissement sont les entreprises d'investissement et les établissements de crédit ayant reçu un agrément pour fournir des services d'investissement (article 6 premier alinéa), l'entreprise décrite ci-dessus est dans une position étrange au regard de l'article 21 qui prévoit qu'il « *est interdit à toute personne autre qu'un prestataire de services d'investissement de fournir à des tiers des services d'investissement, à titre de profession*

¹ La notion de « principale » s'entend en pourcentage du chiffre d'affaires consacré à une telle activité.

habituelle », sans mention cette fois-ci du caractère « *principal* » de la profession.

Afin de remédier à ces difficultés d'application, il est proposé de **modifier l'article 7 pour le rapprocher de la rédaction de la directive sur les services d'investissement de 1993**¹ dont la loi de modernisation des activités financières est la transposition en droit français. La directive vise : « *toute personne morale qui exerce habituellement une profession ou une activité consistant à fournir à des tiers un service d'investissement à titre professionnel* » ; la notion d'activité « *principale* » qui prête à confusion dans la loi française est donc absente du texte de la directive.

La rédaction de l'article 7 deviendrait donc : « *Les entreprises d'investissement sont des personnes morales, autres que des établissements de crédit, qui fournissent des services d'investissement à titre de profession habituelle* ». L'entreprise fournissant à titre principal des services connexes et à titre subsidiaire des services d'investissement pourrait alors bénéficier de la qualité d'entreprise d'investissement et être agréée par le CECEI pour les services d'investissement qu'elle fournit (la prestation des services connexes demeurant libre). Une entreprise d'investissement étant un prestataire de services d'investissement, elle ne tomberait plus sous l'interdiction de l'article 21.

Afin de bien encadrer les cas où une entreprise pourrait fournir à titre principal un service connexe et à titre accessoire un service d'investissement, il est proposé de modifier l'article 9 pour que le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) fixe les conditions dans lesquelles les entreprises d'investissement peuvent exercer à titre professionnel une activité autre que la prestation de services connexes. Le dispositif actuel donne compétence au CECEI² pour fixer les conditions dans lesquelles les entreprises d'investissement peuvent exercer une activité autre que la prestation de services d'investissement ou de services connexes. La modification étend donc le champ réglementé.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

¹ Directive européenne n° 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement.

² La substitution du CRBF au CECEI se justifie par le fait que c'est le CRBF qui est investi d'une fonction réglementaire.

ARTICLE 7

Information du gouverneur de la Banque de France des projets d'offre publique visant un établissement de crédit

Commentaire : le présent article prévoit que le dépôt au Conseil des marchés financiers d'un projet d'offre publique visant un établissement de crédit est obligatoirement précédé d'une information du gouverneur de la Banque de France, président du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

I. L'INFORMATION PRÉALABLE DU GOUVERNEUR DE LA BANQUE DE FRANCE

A la suite des offres publiques bancaires de l'été 1999, le gouverneur de la Banque de France, président du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), a regretté de n'avoir pas été informé des projets d'offres publiques portant sur des établissements de crédit, préalablement à leur annonce publique.

Dans quelques pays, de tels mécanismes existent mais ils résultent le plus souvent de règles tacites comme au Royaume-Uni, où avant toute annonce publique d'offre publique, des discussions confidentielles sont menées avec la Bank of England. L'Italie dispose d'une règle explicite : « *le sujet qui veut acheter une participation bancaire dans le but de prise de contrôle doit informer préalablement la Banque d'Italie dès qu'il prend contact avec la contrepartie* »¹.

Le gouvernement propose dans le présent article que « *toute personne physique ou morale envisageant de déposer un projet d'offre publique au Conseil des marchés financiers (...) en vue d'acquérir une quantité déterminée de titres d'un établissement de crédit agréé en France, est tenue d'informer le gouverneur de la Banque de France, président du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement deux jours ouvrés² avant le dépôt de ce projet d'offre ou son annonce publique si elle est antérieure* ».

¹ Extrait du règlement de surveillance de la Banque d'Italie.

² Les jours ouvrés comprennent les lundis à vendredi inclus, non compris les jours fériés.

Il s'agirait d'une procédure confidentielle (seul le gouverneur est informé) et rapide (simple information, sans décision du gouverneur, dans le délai de deux jours ouvrés. **Aucune sanction juridique** ne sera applicable au défaut d'information du gouverneur ou à son information hors-délais.

Une procédure similaire est prévu à l'article 11 du présent projet de loi s'agissant des entreprises d'assurance : l'information est alors due au ministre chargé de l'économie. La situation particulière de ces deux secteurs est justifiée, selon le gouvernement, par les risques particuliers que des rapprochements entre entreprises dans ce secteur peuvent faire courir à l'ensemble de l'économie.

II. LES MODIFICATIONS INTRODUITES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a apporté à ce texte des modifications importantes, par deux amendements de notre collègue député Eric Besson, rapporteur :

- d'une part, l'Assemblée nationale a souhaité que **le ministre chargé de l'économie, puis le gouverneur de la Banque de France, président du CECEI**, soient informés afin de « *réaffirmer la prééminence du politique, et donc du ministre chargé de l'économie dans sa responsabilité globale sur le bon fonctionnement du système économique et financier* »¹ ;

- d'autre part, l'Assemblée nationale a **allongé le délai d'information prévu de deux à huit jours**, contre l'avis du gouvernement (qui a essayé de transiger à quatre jours), afin de permettre « *de trouver une solution de place en cas d'OPA inamicale d'origine étrangère* » (sic ; extrait de l'exposé des motifs de l'amendement).

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission ne peut souscrire à l'ensemble de ces propositions.

Tout d'abord, **le projet initial du gouvernement ne lui semble pas d'une utilité flagrante**. Il permettra au gouverneur de la Banque de France, s'il estime que l'offre publique n'est pas souhaitable, de « faire pression » sur

¹ In *JO Débats, Assemblée nationale*, n° 34, 2^{ème} séance du 26 avril 2000, p. 3372.

ses initiateurs, avec comme sanction indirecte la détérioration des relations de ceux-ci avec les autorités de contrôle et en particulier le risque pour la société d'obtenir un agrément du CECEI assorti de conditions draconiennes¹. Il s'agit tout au plus d'instaurer une procédure officieuse avant le dépôt d'une offre publique : est-ce bien à la loi de le prévoir ? En outre, l'absence de sanction de ce dispositif en fait une simple affirmation de l'autorité morale du gouverneur sur l'ensemble du secteur bancaire français.

Ensuite, **les modifications intervenues à l'Assemblée nationale semblent tout à fait inacceptables :**

- s'agissant de l'information du ministre chargé de l'économie, votre commission estime inutile de régler dans la loi les « préséances » entre les autorités morales respectives du ministre et du gouverneur : le gouverneur, informé d'un projet d'importante offre publique, ne manquera pas d'en informer également le ministre ; cette modification semble donc bien inutile et rappelle le temps (avant 1986) où le ministre pouvait s'opposer à toute offre publique dans le trois jours de l'approbation de celle-ci par la chambre syndicale des agents de change ...

- l'allongement du délai d'information lui semble poser de très **graves problèmes de confidentialité de l'opération** ; il va multiplier les risques de délits d'initié.

Votre commission vous propose donc d'en revenir au texte initial du gouvernement.

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

¹ Remarquons à ce titre que le présent dispositif est introduit à l'article 15 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, relatif à la procédure d'agrément des établissements de crédit par le CECEI.

ARTICLE 8

Conditions requises pour diriger un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement

Commentaire : le présent article unifie les exigences requises par les autorités de régulation financière de la part des dirigeants des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : ceux-ci devront disposer de l'honorabilité, de la compétence et de l'expérience requises par leurs fonctions.

Les exigences requises pour les dirigeants des établissements de crédit et des entreprises d'investissement diffèrent :

- s'agissant des établissements de crédit, aux termes de l'article 15 de la loi bancaire de 1984¹, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) peut « *refuser l'agrément si les (dirigeants de l'établissement de crédit) ne possèdent pas l'honorabilité nécessaire et l'expérience adéquate à leur fonction* » ;

- s'agissant des entreprises d'investissement, aux termes de l'article 14 de la loi de modernisation des activités financières de 1996², le Conseil des marchés financiers, CMF (ou la Commission des opérations de bourse, COB, pour les sociétés de gestion de portefeuille), apprécie la qualité du programme d'activité soumis à leur approbation « *au regard de la compétence et de l'honorabilité des dirigeants* » ; en outre, à l'article 15 de cette même loi, il est prévu que la COB vérifie, pour octroyer son agrément à une société de gestion de portefeuille, que celle-ci « *est dirigée effectivement par des personnes possédant l'honorabilité nécessaire et l'expérience adéquate à leurs fonctions* ».

Il apparaît que les exigences requises consacrent d'une façon générale le **trio** **honorabilité - expérience - compétence** mais que chaque dispositif ne retient que deux de ces trois critères. En pratique, les autorités ne donnent pas de suite favorable à un dossier relatif à une entreprise dont un des dirigeants ne remplirait pas ces trois conditions simultanément, quand bien

¹ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

² Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières.

même les textes sur lesquels elle s'appuie ne mentionnent que deux des critères.

Afin d'éviter qu'un juge, à l'occasion d'un recours contre une décision de refus de l'une de ces autorités, ne puisse tirer parti de ces dissymétries pour écarter l'application du critère « manquant », le gouvernement propose d'harmoniser les rédactions et d'inclure systématiquement les trois critères dans chacun des cas.

Il prévoit en outre, dans l'article 17 de la loi bancaire de 1984 relatif aux dirigeants, que ces conditions doivent être remplies à tout moment.

Des dispositions similaires sont prévues en matière d'assurance à l'article 10 du présent projet de loi.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.
Votre commission est **favorable à cette homogénéisation des rédactions.**

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

CHAPITRE II :
DISPOSITIONS RELATIVES AUX ENTREPRISES D'ASSURANCES

ARTICLE 9

Agrément des sociétés d'assurance

Commentaire : le présent article donne la possibilité au ministre chargé de l'économie de conditionner ses décisions d'agrément ou de franchissement de seuils à des engagements souscrits par l'entreprise d'assurance requérante.

A l'instar de ce que le gouvernement propose en matière bancaire et financière à l'article 6 du présent projet de loi, le présent article prévoit que *« l'octroi de l'agrément (d'une entreprise d'assurance) peut être subordonné au respect d'engagements souscrits par l'entreprise requérante »*¹.

De même en matière **d'autorisations de franchissement de seuils**, il est proposé que celles-ci puissent être subordonnées *« au respect d'engagements souscrits par une ou plusieurs des personnes ayant présenté une demande d'autorisation »*².

Il s'agit essentiellement, comme en matière bancaire, de **légitimer une pratique existante**.

Le gouvernement n'a pas jugé souhaitable comme en matière bancaire et financière d'assortir ces agréments et autorisations de « conditions » posées unilatéralement par le ministre, estimant que le code des assurances constituait un encadrement suffisamment détaillé.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ Modification de l'article L. 321-10 du code des assurances relatif à l'agrément administratif donné aux entreprises d'assurance par le ministre chargé de l'économie, après avis de la Commission de contrôle des assurances. Cet article concerne l'ensemble des entreprises d'assurance régies par le code des assurances.

² Article L. 322-4 du même code. Cet article ne s'applique qu'aux sociétés anonymes d'assurance.

ARTICLE 10

Qualification des dirigeants d'entreprises d'assurance

Commentaire : le présent article renforce les règles applicables au contrôle permanent de la qualification des dirigeants d'entreprises d'assurance.

L'article L. 322-2 du code des assurances édicte les incompatibilités qui touchent les dirigeants d'entreprise d'assurance. Il s'agit de conditions relatives à leur honorabilité. Il n'est pas fait mention dans cet article de leur qualification.

L'article L. 321-10 du même code, relatif aux critères de l'agrément administratif, mentionne toutefois que **le ministre prend en compte pour accorder son agrément « l'honorabilité et la qualification des personnes chargées »** de conduire l'entreprise d'assurance.

Dans le présent article, le gouvernement propose trois modifications du droit existant :

1- il sera précisé à l'article L. 322-2 que les « **personnes appelées à fonder, diriger ou administrer une entreprise ou une société (...) doivent posséder la qualification nécessaire à leur fonction** » ; cette précision paraît en partie redondante avec la mention faite à l'article L. 321-10 ; elle permettra toutefois de prévoir que la qualification constitue une condition permanente nécessaire pour diriger une entreprise d'assurance : la Commission de contrôle des assurances (CCA) pourra s'appuyer sur cet article pour effectuer son contrôle permanent des entreprises ;

2- par cohérence, l'article L. 321-10 relatif aux critères de l'agrément du ministre précise que l'honorabilité et la qualification des personnes chargées de conduire l'entreprise d'assurance doit s'apprécier dans les conditions définies à l'article L. 322-2 ; si cette mention n'a pas grand sens pour ce qui concerne le critère de la qualification puisque ses « conditions d'appréciation » ne sont pas plus définies à l'article L. 322-2 qu'à l'article

L. 321-10¹, elle se justifie pour l'honorabilité dont les critères objectifs sont définis à l'article L. 322-2 ;

3- enfin, le présent article **complète les pouvoirs de sanction de la CCA² en instituant**, à côté des sanctions pécuniaires ou de la suspension temporaire des dirigeants, une **mesure de démission d'office** de ceux-ci ; ce pouvoir, calqué sur celui qui existe au profit de la Commission bancaire³, permettra à la CCA de renforcer son pouvoir de dissuasion à l'égard des dirigeants d'entreprises d'assurance soumis à son contrôle, sans à avoir forcément à recourir au retrait d'agrément dans les cas les plus graves.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.

Votre commission est favorable à ces modifications. Elle s'étonne toutefois que le gouvernement, qui a entrepris d'harmoniser les critères relatifs de « *fit and proper* » des dirigeants, ait choisi en matière bancaire et financière la trilogie honorabilité - compétence - expérience et en matière d'assurance le duo honorabilité - qualification. **C'est pourquoi elle vous propose d'harmoniser les rédactions en alignant les critères retenus pour l'assurance sur ceux choisis en matière bancaire et financière.**

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

¹ En effet, le gouvernement a renoncé à prévoir un texte de niveau réglementaire définissant la qualification : il appartiendra au ministre et à la CCA, sous le contrôle du juge, de l'apprécier.

² Prévus à l'article L. 310-18 du même code dans le cas où une entreprise d'assurance soumise au contrôle de la CCA a enfreint une disposition législative ou réglementaire. La sanction doit être proportionnée à la « gravité du manquement », sous le contrôle du juge.

³ Article 45 de la loi bancaire de 1984.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 10

**Présence du président du conseil de surveillance du fonds de garantie-vie
au Conseil national des assurances**

Commentaire : le présent article additionnel prévoit que le président du conseil de surveillance du fonds de garantie-vie créé en 1999 est membre de droit du Conseil national des assurances.

Le Conseil national des assurances est présidé par le ministre chargé de l'économie et des finances. Il comprend en outre un député, un sénateur, un membre du Conseil d'Etat, cinq représentants de l'Etat, trois personnalités choisies en raison de leurs compétences (dont un professeur des facultés de droit), douze représentants des professions de l'assurance, cinq représentants du personnel des entreprises d'assurance, huit représentants des assurés dont un représentant élu des collectivités locales.

A la suite de la création du fonds de garantie-vie par la loi dite épargne et sécurité financière de 1999¹, le président du conseil de surveillance du fonds siège au Conseil national des assurances mais, faute de modification législative adéquate, en tant que représentant des assurés.

Il est souhaitable qu'il soit membre à part entière du Conseil. En effet la représentation du fonds de garantie-vie au sein du Conseil est pleinement justifiée par le rôle éminent du Conseil, qui est consulté sur toutes les questions relatives aux assurances, à la réassurance, à la capitalisation et à l'assistance. Il est saisi pour avis par le ministre de tout projet de loi avant son examen par le Conseil d'Etat, de tout projet de directive européenne avant son examen par le Conseil de l'Union européenne, ainsi que de tous les projets de décrets entrant dans son champ de compétence. Il peut soumettre au ministre toutes propositions relatives à l'activité et à la législation de l'assurance ainsi qu'à la prévention.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

¹ Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

ARTICLE 11

Information du ministre chargé de l'économie des projets d'offres publiques visant une entreprise d'assurance

Commentaire : le présent article prévoit que le ministre chargé de l'économie est informé, au minimum deux jours à l'avance, du dépôt d'un projet d'offre publique portant sur une entreprise d'assurance.

Dans le présent article, le gouvernement propose de transposer du domaine bancaire au domaine de l'assurance le dispositif prévu à l'article 7.

Deux jours ouvrés avant le dépôt d'un projet d'offre publique visant une entreprise d'assurance agréée en France ou son annonce publique, l'initiateur devra **en informer le ministre chargé de l'économie**.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification. On remarque en particulier qu'elle n'a pas transposé à cet article son amendement qui allonge le délai de deux jours en huit jours.

Votre commission émet les mêmes réserves qu'à l'égard de l'article 7 : l'utilité de cet article est faible. En outre, il n'est assorti d'aucune sanction. S'il estime que l'offre publique n'est pas souhaitable, le ministre pourra toujours faire pression sur les initiateurs de l'offre : la détérioration des relations de ceux-ci avec l'autorité d'agrément sera la sanction indirecte de ce dispositif.

Il s'agit tout au plus d'instaurer une procédure officieuse avant le dépôt d'une offre publique : est-ce néanmoins bien à la loi de le prévoir ?

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

CHAPITRE III :
DISPOSITIONS COMMUNES

ARTICLE 12

Saisine du tribunal de grande instance de Paris

Commentaire : le présent article permet au président du Conseil des marchés financiers, par analogie avec les pouvoirs du président de la Commission des opérations de bourse, de saisir le président du tribunal de grande instance de Paris statuant dans la forme des référés.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

L'article 12-2 de l'ordonnance de 1967¹ donne le pouvoir au président de la Commission des opérations de bourse (COB) de demander au président du tribunal de grande instance (TGI) de Paris qu'il soit ordonné à la personne responsable d'une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets.

Or, si le président de la COB peut saisir en urgence le président du TGI de Paris, il n'en va pas de même pour le président du Conseil des marchés financiers (CMF). Celui-ci peut adresser des mises en garde, saisir une formation disciplinaire en son sein ou l'autorité de tutelle, transmettre le dossier à la COB ou au Parquet mais il n'a pas d'accès direct et rapide au président du TGI de Paris.

En pratique, il est donc contraint, lorsqu'il constate une infraction et qu'il souhaite y mettre rapidement fin et en supprimer les effets, de demander au président de la COB de saisir le président du TGI. Le cas s'est présenté lors des offres publiques bancaires de l'été 1999.

¹ Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse.

Cette « manoeuvre » n'est pas juridiquement contestable dans la mesure où la COB est chargée du contrôle de l'application de l'ensemble de la législation boursière ; elle a néanmoins semblé peu confortable pour le CMF.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article permet au président du CMF, par analogie avec les pouvoirs du président de la COB, de **saisir en urgence le président du TGI de Paris** statuant dans la forme des référés. C'est en quelque sorte un « **pouvoir d'injonction indirecte** » qui sera donné au président du CMF.

Le président du CMF pourra user de ce pouvoir dès qu'il constatera une infraction aux dispositions prises en application de l'article 33 de la loi de modernisation des activités financières et notamment une infraction à son règlement général.

Le président du TGI de Paris statuera sous la forme des référés, sa décision sera immédiatement applicable même en cas d'appel. Il sera également compétent pour les litiges qui relèveraient normalement d'autres juridictions. La peine prononcée sera immédiatement applicable et le président du TGI pourra l'assortir d'astreintes pour renforcer son caractère immédiatement exécutoire.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission estime qu'il n'appartient pas au CMF, autorité professionnelle, de saisir le président du TGI. **C'est bien à la COB, autorité administrative indépendante publique, qu'il revient la mission générale de veiller « au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers » comme le prévoit l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1967.** L'expérience montre en outre que le droit en vigueur n'a pas été un obstacle aux actions nécessaires en 1999.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 13

Contrôle parlementaire

Commentaire : le présent article permet aux présidents du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, de la Commission bancaire, du Conseil des marchés financiers et de la Commission de contrôle des assurances d'être entendus par les commissions des finances des deux assemblées.

L'article 4 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse prévoit que le président de la Commission des opérations de bourse (COB) peut être entendu par les commissions des finances du Sénat et de l'Assemblée nationale.

Par analogie, le gouvernement a proposé de prévoir que le gouverneur de la Banque de France, en sa qualité de président du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et, de façon distincte, en sa qualité de président de la Commission bancaire, le président de la Commission de contrôle des assurances (CCA) et le président du Conseil des marchés financiers (CMF) puissent être entendus par les commissions des finances des assemblées parlementaires, à la demande de ces dernières.

En adoptant un amendement de notre collègue Eric Besson, rapporteur, l'Assemblée nationale a supprimé cet article.

Votre commission ne souhaite pas non plus que ces dispositions soient prévues explicitement dans la loi. Le gouvernement se trompe : croyant améliorer le contrôle parlementaire, il y apporte au contraire des restrictions ! Si l'on prévoit la possible audition de personnes bien

déterminées, est-ce à dire *a contrario* que toutes les autres n'ont pas à être entendues par les commissions ?

Il faut rappeler ici qu'en vertu de l'article 5 *bis* de l'ordonnance de 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires¹, « ***une commission spéciale ou permanente peut convoquer toute personne dont elle estime l'audition nécessaire*** ». Ce texte, qui se suffit à lui-même, est donc d'application bien plus large que les dispositifs proposés dans le présent article qu'il convient donc de rejeter².

Votre commission tient toutefois à rappeler son attachement à des relations de confiance et de connaissance mutuelle entre les autorités mentionnées dans le présent article et les commissions parlementaires, et en particulier les commissions des finances. Le Parlement a en effet, par la loi, conféré un certain nombre de missions et de pouvoirs à ces autorités, il doit s'assurer périodiquement de la bonne utilisation qui en est faite, sans préjudice du contrôle opéré par le juge : le contrôle et la reddition de comptes sont au cœur d'un système démocratique de régulation économique auquel votre commission est attachée.

Votre commission vous propose donc de maintenir la suppression de cet article.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958.

² Le cas particulier du gouverneur de la Banque de France, en raison du principe d'indépendance de la banque centrale, est prévu à l'article 19 de la loi n° 93-980 du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et issu de l'article 10 de la loi n° 98-357 du 12 mai 1998 modifiant le statut de la Banque de France en vue de sa participation au Système européen de banques centrales : « dans le respect des dispositions de l'article 107 du traité instituant la Communauté européenne et des règles de confidentialité de la Banque centrale européenne, le gouverneur de la Banque de France ou le Conseil de la politique monétaire sont entendus par les commissions des finances des deux assemblées, à l'initiative de celles-ci, et peuvent demander à être entendus par elles ».

ARTICLE 13 bis (nouveau)

Inopposabilité du secret professionnel aux rapporteurs des commissions d'enquête parlementaires

Commentaire : le présent article vise à délier les agents des services financiers ou de contrôle du secteur bancaire et financier à l'égard des rapporteurs des commissions d'enquête parlementaires.

L'Assemblée nationale a adopté, **contre l'avis du gouvernement**, un amendement présenté par notre collègue député Eric Besson, rapporteur, qui complète l'article 6 de l'ordonnance de 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires¹ relatif aux commissions d'enquête pour prévoir que : *« les agents des services financiers ainsi que des autorités de contrôle ou de régulation du secteur bancaire et financier sont déliés du secret professionnel à l'égard des rapporteurs des commissions d'enquête ».*

I. LE DROIT EXISTANT EN MATIÈRE DE SECRET DEVANT LES COMMISSIONS D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRES

A. EN MATIÈRE DE TRANSMISSION DE DOCUMENTS

Les rapporteurs des commissions d'enquête sont habilités, en vertu du deuxième alinéa du II de l'article 6 de l'ordonnance de 1958, à se faire communiquer *« tous documents de service, à l'exception de ceux revêtant un caractère secret et concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, et sous réserve du respect du principe de la séparation de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs ».*

Les rapporteurs des commissions d'enquête ne peuvent donc, en principe, se voir opposer, dans leurs demandes de transmission de documents, un quelconque secret « bancaire et financier » qui ne figure pas dans la liste des exceptions.

¹ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

B. EN MATIÈRE D'AUDITIONS DEVANT LA COMMISSION D'ENQUÊTE

Il est explicitement prévu, dans la dernière phrase du troisième alinéa du II de l'article 6 de l'ordonnance de 1958, que la personne dont la commission d'enquête a jugé l'audition utile est « *tenue de déposer, sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal* ». Ces deux articles sont relatifs à la protection du secret professionnel : l'article 226-13 prévoit que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100.000 francs d'amende* » et l'article 226-14 prévoit notamment que « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ».

Les personnes obligées au secret professionnel sont donc tenues de comparaître et de prêter serment devant une commission d'enquête, sauf leur droit, au moment où des questions leur seront posées, de déclarer s'il leur est, ou non, possible de répondre. Chaque professionnel apprécie lui-même l'étendue de son obligation et l'appréciation du bien-fondé du refus de témoigner est alors opérée par le juge.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

A. UNE INTENTION LOUABLE

Votre commission est attachée au « **droit de savoir** » de la souveraineté nationale. Elle a encore récemment eu l'occasion de le prouver lors de l'examen du projet de loi de finances rectificative pour 2000¹ en rappelant qu'il est « *entièrement légitime de doter les parlementaires des moyens les plus castes d'exercer leur mission de contrôle* ».

B. EN PRATIQUE UN DISPOSITIF PEU SATISFAISANT

Plusieurs difficultés juridiques doivent être signalées.

¹ Rapport n° 371, 1999-2000, p. 63 et suivantes.

1. L'énumération des personnes déliées du secret professionnel pose des problèmes d'interprétation

Deux catégories de personnes sont déliées du secret professionnel :

1- les agents « *des autorités de contrôle ou de régulation du secteur bancaire et financier* » sont plus ou moins identifiables (Commission des opérations de bourse, Conseil des marchés financiers, Commission bancaire, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Commission des contrôle des assurances) ;

2- l'identification des « *agents des services financiers* » est moins assurée ; on peut toutefois penser que cette formule concerne les agents du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie astreints au secret fiscal.

On peut regretter qu'un tel dispositif aboutisse à distinguer **à l'avenir deux régimes juridiques différents en matière de levée de secret professionnel** : l'un pour les agents des services financiers et autorités précitées et l'autre pour les autres personnes tenues au secret.

2. La question des personnes à l'égard desquelles le secret professionnel est levé

Le texte proposé ne mentionne que les « *rapporteurs des commissions d'enquête* ». Comme indiqué plus haut, la transmission des documents aux rapporteurs est obligatoire. L'article semble donc étendre la levée du secret professionnel aux propos recueillis par les rapporteurs et par eux seuls. En particulier, la levée du secret professionnel ne pourra se faire en audition de la commission d'enquête car les membres de la commission autres que les rapporteurs sont exclus du bénéfice de la levée du secret.

3. Des questions d'opportunité se posent

L'adoption de ce dispositif n'est pas sans **risques pour l'efficacité du système de contrôle et de régulation du secteur financier en France**.

A titre d'exemple, cette adoption pourrait :

a) rendre les entreprises (et notamment les banques et les assurances) plus réticentes à fournir des renseignements aux organismes qui les contrôlent ;

b) dissuader la clientèle des banques soucieuse de préserver la confidentialité de ses opérations de banque, de s'adresser aux établissements soumis au contrôle des autorités françaises ;

c) dissuader les autorités de contrôle étrangères d'échanger des informations avec les autorités françaises (comme cela a été permis par la loi relative à l'épargne et à la sécurité financière de 1999¹) de peur que ces informations se retrouvent publiées dans un rapport de commission d'enquête.

Décision de votre commission : votre commission a décidé de réserver sa position sur cet article.

¹ Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

ARTICLE 13 ter (nouveau)

Inopposabilité du secret de la Commission bancaire aux rapporteurs des commissions d'enquête parlementaires

Commentaire : le présent article vise à délier du secret professionnel les personnes qui participent ou ont participé au contrôle des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement dans le cadre de la Commission bancaire à l'égard des rapporteurs des commissions d'enquête parlementaires.

L'Assemblée nationale a adopté, **contre l'avis du gouvernement**, un amendement de nos collègues députés Arnaud Montebourg, Vincent Peillon et Jacky Darne qui vise à prévoir que le secret professionnel auquel est soumise « toute personne qui participe ou a participé au contrôle des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement » dans le cadre des travaux de la Commission bancaire n'est pas opposable aux rapporteurs de commissions d'enquête parlementaire.

L'article 49 de la loi bancaire de 1984¹ prévoit en effet le principe de ce secret. Toutefois **trois dérogations** sont d'ores et déjà prévues. Elles concernent la transmission d'informations ou de documents dans des cas précis, sous conditions et à des personnes elles-mêmes soumises au secret professionnel.

① Le secret professionnel n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre soit d'une liquidation judiciaire soit d'une procédure pénale.

② Il n'est pas non plus opposable aux juridictions administratives saisies d'une contentieux relatif à l'activité de la Commission bancaire.

③ Enfin, la Commission bancaire peut transmettre des informations à ses homologues étrangers sous réserve de réciprocité et à condition que ces autorités soient soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

¹ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

En outre, **l'article 45 de la loi du 16 juillet 1992¹** prévoit que la Commission bancaire peut échanger avec la Banque de France, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), la Commission de contrôle des assurances, la Commission des opérations de bourse (COB), le Conseil des marchés financiers (CMF) et le Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (CDOPCVM), les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions respectives. Ces renseignements sont soumis aux règles du secret professionnel en vigueur dans l'organisme qui les a communiqués.

L'objectif de notre collègue député Arnaud Montebourg est, semble-t-il, de faire pièce aux refus de la Commission bancaire de transmettre des documents aux rapporteurs des commissions d'enquête parlementaires.

En vertu de **l'article 6 de l'ordonnance de 1958²**, les rapporteurs de telles commissions sont habilités à se faire transmettre tous documents de service à l'exception de ceux qui sont secrets **et** qui ont trait à la défense nationale, aux affaires étrangères, à la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat. Les documents internes de la Commission bancaire ne rentrent pas dans ces catégories et devraient donc être transmis aux rapporteurs.

Toutefois, la Commission bancaire s'appuie sur la rédaction de l'article 49 de la loi bancaire qui prévoit que ses agents sont soumis au secret professionnel « *sous les peines* » des articles 226-13 et 226-14 du code pénal et non pas, comme fréquemment dans d'autres textes³, « *dans les conditions et sous les peines* » prévues à ces articles. La différence de rédaction est importante car elle a permis à la Commission bancaire d'affirmer que le législateur n'a pas entendu la soumettre à l'une des conditions prévues à l'article 226-14 qui prévoit que le secret professionnel n'est pas invocable si la loi prévoit sa levée. Elle met donc ainsi, de fait, en échec l'article 6 de l'ordonnance précitée de 1958.

Décision de la commission : votre commission a décidé de réserver sa position sur cet article.

¹ Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit.

² Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées.

³ Cf. notamment à l'article 57 de la loi bancaire.

ARTICLE 13 quater (nouveau)

Levée de l'interdiction d'effectuer des opérations de crédit pour les associations dites de « micro-crédit »

Commentaire : le présent article, introduit par voie d'amendement à l'Assemblée nationale, vise à lever l'interdiction de réaliser des opérations de crédit pour les associations dites de « micro-crédit ».

L'Assemblée nationale a voté un amendement¹ de nos collègues députés Eric Besson, rapporteur, Jean-Pierre Balligand et Jean-Jacques Jégou, sous-amendé par le gouvernement, visant à **permettre aux associations sans but lucratif qui accordent des prêts d'honneur aux chômeurs et aux bénéficiaires de minima sociaux de réaliser des opérations de crédit.**

En effet, en l'absence de disposition législative, de tels organismes de peuvent pas réaliser des opérations de crédit dans des conditions juridiques satisfaisantes.

L'article 10 de la loi bancaire de 1984² interdit en effet « à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel ». L'opération de crédit est une des composantes des opérations de banque qui se définit comme « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie »³.

Toutefois, l'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas à certaines catégories d'organismes :

1° les organismes sans but lucratif qui, dans le cadre de leur mission et pour des motifs d'ordre social, accordent, sur leurs ressources propres, des prêts à des conditions préférentielles à certains de leurs ressortissants ;

2° les organismes qui, pour des opérations d'habitation à loyer modéré, et exclusivement à titre accessoire à leur activité de construction ou

¹ *Voté à l'unanimité en commission des finances.*

² *Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.*

³ *Article 3 de la loi bancaire de 1984.*

de prestataire de service, consentent aux personnes physiques accédant à la propriété le paiement différé du prix des logements acquis ou souscrits par elles ;

3° les entreprises qui consentent des avances sur salaires ou des prêts de caractère exceptionnel consentis pour des motifs d'ordre social à leurs salariés ;

4° les fonds communs de placement à risques qui, dans certaines conditions, consentent des avances en compte courant aux sociétés dans lesquelles ils détiennent une participation.

Il s'agit donc de dérogations à caractère social (à l'exception du 4° favorable à la création et au développement des entreprises), auxquelles le présent article nous propose d'ajouter un 5° en faveur des « *associations sans but lucratif faisant des prêts pour la création et le développement d'entreprises par des chômeurs ou titulaires des minima sociaux sur ressources propres ou sur emprunts contractés auprès d'établissements de crédit ou des institutions ou services mentionnés à l'article 8¹, habilitées et contrôlées dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat* ».

Ces organismes sont communément appelés « associations de micro-crédit » et constituent une partie du « *secteur solidaire* » de l'économie.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ Trésor public, Banque de France, services financiers de La Poste, Institut d'émission des départements d'outre-mer, Institut d'émission d'outre-mer, Caisse des dépôts et consignations.

TITRE III :
COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT
DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

CHAPITRE PREMIER :
**DISPOSITIONS RELATIVES AU COMITÉ DES ÉTABLISSEMENTS DE
CRÉDIT ET DES ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT**

ARTICLE 14

**Composition du Comité des établissements de crédit et des entreprises
d'investissement**

Commentaire : le présent article propose des ajustements relatifs à la composition du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Il prévoit que le président de la Commission des opérations de bourse et celui du Conseil des marchés financiers sont membres permanents du Comité ; que deux nouveaux membres viennent compléter le Comité : un conseiller à la Cour de cassation et un second représentant des organisations syndicales représentatives du personnel ; que tous les membres du Comité sont membres de droit du Conseil national du crédit et du titre.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 31¹ de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, **le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)** est « présidé par le **gouverneur de la Banque de France**, président de la Commission bancaire, ou son représentant à cette commission ».

¹ *Tel que modifié par l'article 36 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.*

Il comprend, en outre¹ :

- le **directeur du Trésor** ou son représentant,

- le ou les **présidents des autorités qui ont approuvé le programme d'activité** de la personne dont le comité examine la demande d'agrément, ou leur représentant ; ces autorités, avec lesquelles, le cas échéant, le CECEI délivre les agréments et les autorisations, sont le **Conseil des marchés financiers (CMF)** pour l'ensemble des services d'investissement et la **Commission des opérations de bourse (COB)** si le programme d'activité comporte également la gestion de portefeuille pour compte de tiers² ;

- le **président du directoire du fonds de garantie des dépôts**, ou un membre du directoire le représentant,

- ainsi que **six autres membres** ou leurs suppléants, nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances pour une durée de trois ans, à savoir :

. un conseiller d'Etat,

. un dirigeant d'établissement de crédit et un dirigeant d'entreprise d'investissement, représentant l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (AFECEI),

. un représentant des organisations syndicales représentatives du personnel des entreprises ou établissements soumis à l'agrément du comité,

. et deux personnalités choisies en raison de leur compétence.

Par ailleurs, l'article 29 de la loi bancaire de 1984 prévoit que les membres titulaires du CECEI sont choisis au sein du **Conseil national du crédit et du titre (CNCT)**. Celui-ci³ est présidé par le ministre chargé de l'économie et des finances. Le gouverneur de la Banque de France en est le vice-président.

¹ Il comprend aussi, pour les affaires monégasques, avec voix délibérative, un représentant du gouvernement monégasque.

² Article 11 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières. En cas d'exercice à titre principal de la gestion de portefeuille pour compte de tiers, c'est la COB et non le CECEI qui a compétence pour délivrer l'agrément.

³ Article 25 de la loi bancaire de 1984.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le gouvernement propose dans cet article trois modifications relatives à la composition du CECEI :

① **que le président de la COB et celui du CMF soient membres permanents du CECEI.** En principe, ces deux présidents ne peuvent délibérer que si l'approbation du programme d'activités de l'entreprise ou de l'établissement est concernée. Si la délibération du comité ne met pas en cause le programme (par exemple en cas d'offre publique), le CECEI ne peut donc pas bénéficier des « lumières » de ces deux autorités. Au plan de la bonne régulation de notre système financier, le CECEI a une fonction de coordination et de coopération entre autorités financières, il est souhaitable que les présidents de deux autorités majeures soient associés de façon permanente à ses travaux. Au plan juridique, ces deux présidents étant en pratique associés à la quasi-totalité des travaux du CECEI, il a semblé plus confortable de prévoir qu'ils soient membres permanents du comité : ce dispositif permet la validation de la pratique actuelle.

② **que deux nouveaux membres** viennent compléter le CECEI :

- un **conseiller à la Cour de cassation** pour apporter une expertise juridique en matière de droit boursier et de droit des sociétés. En effet, les opérations boursières de l'été dernier ont posé au CECEI de délicates et complexes questions de droit boursier. Or, il ne comprend en son sein **aucun véritable spécialiste de droit commercial.** Le seul véritable « juriste » est un conseiller d'Etat et les « personnalités qualifiées » sont bien souvent des professionnels du monde économique et bancaire sans être des juristes.

- un **second représentant des organisations syndicales représentatives du personnel** afin de renforcer l'association des salariés aux décisions du CECEI.

Ces nouveaux membres seraient donc nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie pour une durée de trois ans et désormais, le CECEI serait donc composé de treize membres permanents.

③ **que tous les membres du CECEI (mais aussi du Comité de la réglementation bancaire et financière, CRBF) soient membres de droit du CNCT.** Cette modification de l'article 29 de la loi bancaire inverserait le mécanisme actuel qui est d'application délicate et se rapprocherait de la pratique (on choisit d'abord le membre du CECEI et on le fait ensuite membre du CNCT). Cette modification devrait permettre un raccourcissement des délais de nomination des membres du CECEI et du CRBF.

L'Assemblée nationale a adopté cet article modifié par un amendement de notre collègue député François Colcombet prévoyant que, plutôt qu'un « *conseiller à la Cour de cassation* », c'est un « *magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation proposé par le premier président de la Cour de cassation* » qui est nommé. L'intention de l'auteur de l'amendement est de permettre à un conseiller à la Cour de cassation qui deviendrait président de chambre (et donc perdrait sa qualité stricte de « conseiller ») de rester membre du CECEI.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre Commission est **globalement favorable** à ces dispositifs d'amélioration du fonctionnement du CECEI.

Toutefois, si elle approuve la présence d'un magistrat de la Cour de cassation au sein du CECEI, elle estime indispensable, dès lors que cette présence est justifiée par des besoins du Comité en matière d'expertise en droit commercial, que le magistrat proposé soit choisi parmi les membres de la **chambre commerciale de la Cour**, ou, à tout le moins, parmi d'anciens membres de cette chambre.

Le renforcement de la représentation des salariés (deux représentants au lieu d'un seul) peut se justifier par la présence, depuis 1996, de deux représentants de l'AFECEI. Néanmoins, il faut noter que si un représentant peut utilement représenter la « communauté des salariés », la présence de deux représentants les amènera vraisemblablement à représenter plus directement leurs organisations syndicales.

La loi dite épargne et sécurité financière précitée votée en juin 1999 avait déjà retouché et amélioré le même texte en prévoyant que les présidents des autorités chargées d'approuver les programmes d'activités pouvaient se faire représenter et en donnant qualité de membre du CECEI au président du directoire du fonds de garantie des dépôts. Il peut donc paraître étonnant, quelques mois plus tard, de devoir rectifier à nouveau ce même article 31 de la loi bancaire.

Votre commission vous proposera de voter **deux amendements** dont le premier est rédactionnel. Le second vise à revenir sur la suppression faite dans la loi relative à l'épargne et à la sécurité financière de la **présence au sein du CECEI d'un représentant de l'organisme professionnel ou de l'organe central** auquel est affilié ou susceptible d'être affilié l'entreprise requérante dont le comité examine la situation.

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

ARTICLE 15

Transmission de documents par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

Commentaire : le présent article organise la communication à une personne extérieure de documents que le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement a reçus d'une personne dont il instruit une demande, à condition de recueillir l'accord de cette dernière.

L'article 31-1 de la loi bancaire de 1984¹ traite du secret professionnel auquel sont astreintes les personnes participant aux délibérations du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

Quatre dérogations sont d'ores et déjà prévues. Elles concernent la transmission d'informations ou de documents dans des cas précis, sous conditions et à des personnes elles-mêmes soumises au secret professionnel.

① Le secret professionnel n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre soit d'une liquidation judiciaire soit d'une procédure pénale.

② Il n'est pas non plus opposable à la juridiction administrative saisie d'une contentieux relatif à l'activité du CECEI.

③ Le CECEI peut transmettre des informations à ses homologues étrangers sous réserve de réciprocité et à condition que ces autorités soient soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

④ Enfin, le CECEI peut transmettre ces mêmes informations à la Commission de l'Union européenne dans la limite de ce qui est nécessaire à l'exercice de ses missions et à condition que les personnes destinataires soient soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

En outre, **l'article 45 de la loi du 16 juillet 1992²** prévoit que le CECEI peut échanger avec la Banque de France, la Commission bancaire, la Commission de contrôle des assurances, la Commission des opérations de

¹ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

² Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit.

bourse (COB), le Conseil des marchés financiers (CMF) et le Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (CDOPCVM), les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions respectives. Ces renseignements sont soumis aux règles du secret professionnel en vigueur dans l'organisme qui les a communiqués.

Au cours des **opérations publiques bancaires de l'été 1999**, le CECEI a été confronté à des demandes de transmission de documents d'une banque par l'autre banque, soucieuse de pouvoir répondre point par point aux affirmations de la première.

Le gouvernement propose dans cet article de **donner une base légale à cette transmission de documents** qui permettrait d'instaurer une procédure contradictoire lors de l'instruction par le CECEI.

Il prévoit donc une cinquième dérogation au principe du secret professionnel posé à l'article 31-1 de la loi bancaire de 1984 : le CECEI pourra communiquer certains des documents transmis par une personne en vue de l'instruction du dossier la concernant à une autre personne intéressée. **Cette possibilité réservée au CECEI** (qui conserve l'appréciation de l'opportunité de cette communication, de « l'intérêt » de la personne demanderesse ainsi que du choix des documents transmis) sera soumise à une condition : **l'accord préalable** de la personne qui a transmis les documents.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement de notre collègue député Eric Besson, rapporteur, visant à préciser que les personnes en cause peuvent être tant des personnes physiques que des personnes morales.

Si votre commission ne saurait se montrer défavorable à un dispositif susceptible d'améliorer la procédure d'instruction du CECEI, elle estime toutefois que **l'utilité de cet article n'est pas aveuglante** : en effet, dès lors que les deux personnes concernées sont d'accord, pourquoi ne se transmettent-elles pas directement les documents en question, sans l'intermédiaire du CECEI ?

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 16

Règlement intérieur du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

Commentaire : le présent article permet de clarifier les règles de fonctionnement du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement par renvoi à un décret en Conseil d'Etat et à un règlement intérieur publié au Journal Officiel.

Depuis une quinzaine d'années, les modalités de fonctionnement du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) ont résulté pour l'essentiel de la pratique et n'ont connu que très peu de formulation écrite :

- **l'article 31 de la loi bancaire 1984¹** fixe quelques règles relatives notamment à la prépondérance de la voix du Président en cas de partage égal des voix, à la procédure de consultation écrite en cas d'urgence, aux délégations de pouvoirs et à la seconde délibération qui peut être demandée par le directeur du Trésor ;

- ce même article renvoie, mais uniquement pour la procédure écrite², à **un décret en Conseil d'Etat** ;

- le CECEI ne possède **pas de règlement intérieur**.

Il apparaît à l'évidence que les sources écrites relatives aux modalités de fonctionnement du CECEI sont insuffisantes et cette situation qui ne permet pas au plus grand nombre de connaître avec certitude les modalités de fonctionnement concrètes du CECEI a suscité des réactions au cours des offres publiques bancaires de l'été 1999.

Le gouvernement propose donc, dans cet article, de clarifier les règles de fonctionnement du CECEI et de les rendre plus accessibles en prévoyant :

① d'une part, **qu'un décret en Conseil d'Etat¹** précise certaines règles fondamentales de fonctionnement du CECEI et notamment les règles de

¹ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

² Introduite par l'article 36 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

majorité et de quorum et les modalités de la consultation écrite ; d'autres règles pourraient être prévues dans ce décret : les conditions de suppléance des membres du CECEI ; les règles relatives aux conflits d'intérêts, etc...

② d'autre part, que le CECEI se dote d'un **règlement intérieur publié au Journal Officiel**² et dans lequel seront fixées les modalités d'instruction et d'examen des dossiers présentés à sa délibération et notamment les conditions dans lesquelles le CECEI peut auditionner certaines personnes ; ce règlement intérieur reprendra très vraisemblablement les règles de niveau supérieur (loi et décret) et codifiera les pratiques constantes du CECEI ; le texte du gouvernement prévoyait que le règlement intérieur était « approuvé » par le Conseil.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement essentiellement rédactionnel de nos collègues députés Dominique Baert et Eric Besson, rapporteur, précisant que le Conseil « arrête » lui-même son règlement intérieur et ne se contente pas de l'approuver.

Cette clarification du fonctionnement du CECEI est tout à fait souhaitable. Ainsi, les principales règles de fonctionnement de cet organisme se retrouveront dans un triptyque classique « loi - décret - règlement intérieur » comme c'est déjà le cas pour un certain nombre d'autorités, notamment la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF). **Il est indispensable que les règles de fonctionnement du CECEI figurent, en toute transparence, dans des textes accessibles.**

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ Ce décret va modifier et remplacer le décret en Conseil d'Etat visé au quatrième alinéa de l'article 31 relatif à la procédure de consultation écrite.

² Cette publication le rendra opposable aux tiers.

ARTICLE 16 bis (nouveau)

Réduction à cinq ans de la durée de l'interdit bancaire

Commentaire : le présent article, introduit par voie d'amendement à l'Assemblée nationale, vise à réduire de dix à cinq ans la durée maximum de l'interdit bancaire sauf en cas de « fraude manifeste ».

Le décret du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques et relatif aux cartes de paiement prévoit que le banquier peut refuser le paiement d'un chèque tiré sur lui par le titulaire d'un compte en cas de provision insuffisante. Le banquier tiré doit alors enjoindre le titulaire du compte, qui se trouve alors en situation d'interdit bancaire, à restituer toutes les formules de chèques en sa possession et il doit en aviser la Banque de France qui elle-même informe les autres banques de l'interdiction prononcée.

Le titulaire du compte **peut toutefois recouvrer la possibilité d'émettre des chèques lorsqu'il a**, après l'injonction faite par sa banque de restituer toutes les formules en sa possession, :

1° **réglé le montant du chèque impayé** ou constitué une provision suffisante et disponible destinée à son règlement ;

2° **payé une pénalité libératoire** au Trésor public fixée à 150 francs par tranche de 1.000 francs ou fraction de tranche¹.

S'il n'a pas procédé à cette régularisation, il ne recouvre la faculté d'émettre des chèques **qu'à l'issue d'un délai de dix ans** qui court à compter de l'injonction. C'est le « droit à l'oubli ».

¹ Cette pénalité n'est pas due lorsque le titulaire du compte n'a pas eu d'autre incident de paiement dans les douze mois précédents et qu'il s'est acquitté de régler le chèque impayé ou de constituer la provision suffisante pour ce règlement dans le mois qui suit l'injonction de restituer les formules. La pénalité est portée au double lorsque le titulaire du compte a déjà procédé à trois régularisations de ce type dans les douze mois précédents.

A l'Assemblée nationale, notre collègue député Dominique Baert a proposé par voie d'amendement de réduire cette durée de dix à cinq ans. Le **gouvernement** a proposé une rectification de l'amendement visant à conserver cette durée de dix ans en cas de « *fraude manifeste* ».

Votre commission est également préoccupée par le « gonflement » du fichier des interdits bancaires qui comporte aujourd'hui 2.600.000 noms dont 1.140.000 y sont depuis plus de cinq ans.

Outre que le critère de fraude manifeste introduit par le gouvernement n'est pas opérant, il apparaît que l'abaissement de la durée de l'interdit bancaire de dix à cinq ans **pénaliserait les commerçants** qui sont les premières victimes des « chèques en bois ». Votre commission estime donc préférable de **maintenir la durée de l'interdit bancaire telle qu'elle existe actuellement, soit dix ans** et pour cela de supprimer le dispositif prévu par le présent article.

La publication à la fin de l'année 2000 ou au début de l'année 2001 d'un rapport sur ce sujet du comité consultatif des usagers au sein du Conseil national du crédit et du titre (CNCT) permettra d'éclairer ce débat dans les mois prochains.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 16 ter (nouveau)

Composition de la Commission bancaire

Commentaire : le présent article, introduit par voie d'amendement à l'Assemblée nationale, vise, dans la composition de la Commission bancaire, à substituer la mention « un magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation » à la mention « un conseiller à la Cour de cassation ».

L'article 38 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit définit la composition de la Commission bancaire. En particulier, un « *conseiller à la Cour de cassation proposé par le premier président de la Cour de cassation* » en est membre.

L'Assemblée nationale a voté un amendement présenté par notre collègue député François Colcombet qui vise à ne plus faire référence à un « *conseiller à la Cour de cassation* » mais à un « *magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation* » qui est une notion plus large, englobant à la fois les conseillers à la Cour de cassation et les présidents de chambre. Cette modification permettrait donc à un conseiller de la Cour de cassation devenant président de chambre de rester membre de la Commission bancaire.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

CHAPITRE II :
**DISPOSITIONS RELATIVES À LA COMMISSION DES OPÉRATIONS
DE BOURSE**

ARTICLE 17

Collège de la Commission des opérations de bourse

Commentaire : le présent article permet, en cas d'empêchement, au président du Conseil des marchés financiers d'être représenté au collège de la Commission des opérations de bourse par un autre membre du Conseil.

La Commission des opérations de bourse (COB)¹ comprend parmi ses membres un membre du Conseil des marchés financiers (CMF), désigné par ce Conseil. En pratique, c'est le président du CMF qui est désigné pour représenter ce Conseil à la COB.

A l'occasion des offres publiques bancaires de l'été 1999, le président du CMF s'est trouvé en situation de conflit d'intérêts et a cessé de siéger à la COB. Cette Commission a donc rendu un certain nombre de décisions très importantes sans que le CMF soit représenté en son sein. En revanche, au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), l'empêchement du président du CMF n'a pas posé de problème puisqu'il peut dans ce Comité disposer d'un représentant.

Le gouvernement propose donc dans cet article de prévoir que le président du CMF est membre de droit de la COB et qu'en cas d'empêchement il peut être remplacé par son « *représentant, membre du Conseil des marchés financiers* ».

Le gouvernement propose également dans cet article que le président du Conseil national de la comptabilité soit membre de droit de la COB (et non

¹ Dont la composition est fixée à l'article 2 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse.

pas, comme actuellement « *un membre du Conseil national de la comptabilité, désigné par ce conseil* »).

L'Assemblée nationale a adopté un amendement de correction d'erreurs de référence de notre collègue député Eric Besson, rapporteur puis un second amendement de nos collègues députés Eric Besson, rapporteur et Philippe Auberger prévoyant que le président du CMF a, à la COB, non pas simplement un « *représentant, membre du Conseil des marchés financiers* » comme le prévoit le texte du gouvernement, mais un « *suppléant désigné parmi ses membres par le Conseil des marchés financiers* ».

Par coordination avec les articles additionnels après l'article 17 adoptés par votre commission et qui prévoient **la fusion de la COB et du CMF** en un organisme unique, l'Autorité de régulation des marchés financiers, votre commission vous propose de **supprimer cet article, devenu sans objet**.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLES ADDITIONNELS APRES L'ARTICLE 17

Fusion de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers

Commentaire : les présents articles additionnels proposent une réforme de l'organisation des régulateurs des marchés français par la fusion de la Commission des opérations de bourse (COB) et du Conseil des marchés financiers (CMF). Le nouvel organisme, baptisé Autorité de régulation des marchés financiers, serait composé pour les deux tiers de ses membres de professionnels en activité. Il reprendrait les compétences actuelles des deux organismes auxquels il se substitue.

I. LES MOTIVATIONS DE LA RÉFORME

A. DES RAISONS STRUCTURELLES

La principale critique que l'on peut faire à l'organisation actuelle de la régulation financière dans notre pays est son **peu de lisibilité**, notamment à l'international¹. Or la régulation est un élément essentiel de la compétitivité d'une place et les batailles de bourses auxquelles nous assistons actuellement plaident pour donner un système de régulation efficace à la Place de Paris.

Il a en effet été choisi en 1996 de mettre, **au même niveau**, deux autorités : l'une autorité administrative indépendante (entité publique sans personnalité morale), la COB et l'autre autorité dite professionnelle (personne morale de droit privé), le CMF. Cette juxtaposition des autorités a été source de **chevauchements de compétences** et **l'absence de coordination institutionnelle** entre elles n'en a pas permis la résolution en termes suffisamment simples, clairs et lisibles. En effet, les « cultures » des deux institutions sont réellement dissemblables, ce qui peut les conduire à appuyer leurs décisions sur des concepts hétérogènes.

A ces difficultés structurelles, ce sont ajoutées des difficultés conjoncturelles, notamment de la COB, qui ont cristallisé les volontés de réforme. Notons en particulier que la COB a connu quelques turbulences dans

¹ On rappellera pour mémoire que les investisseurs internationaux représentent 2/3 de la capitalisation boursière de la Place de Paris et 50 % des opérations qui y sont effectuées chaque jour.

les derniers mois qui ont mis à mal sa crédibilité et notamment la **paralysie de son système de sanctions** à la suite d'une décision de la Cour d'appel de Paris et de la parution tardive du décret rendant conforme cette procédure avec les préconisations de la décision de justice, elle-même issue des principes de la Convention européenne des droits de l'homme. Il faut ajouter à cela les suites de la découverte d'un présumé **délit d'initié** en son sein même.

B. DES DYSFONCTIONNEMENTS ANTICIPÉS DE LONGUE DATE PAR VOTRE COMMISSION

Dès 1994¹, c'est à dire avant même la fusion du Conseil des bourses de valeurs (CBV) avec le Conseil des marchés à terme (CMT) pour donner naissance au CMF, votre commission faisait la réflexion suivante sur l'organisation des autorités de contrôle françaises : *« Comme on le voit, il s'agit d'une organisation très complexe, avec un nombre important d'autorités, ce qui est susceptible d'engendrer des **problèmes de frontières**, notamment sur le marché boursier pour ce qui est des compétences respectives de la COB et du CBV ».*

Elle ajoutait plus loin : *« Actuellement, la COB, autorité publique, est placée sur le même plan que les autorités professionnelles : CBV et CMT. Quoique les compétences ratione materiae de ces trois autorités ne soient pas les mêmes, elles portent partiellement sur les mêmes entreprises et les mêmes opérations, ce qui est, comme on l'a vu, une **source potentielle de conflits, de compétitions ou de surenchères**. »*

C'est pourquoi votre commission avait proposé à plusieurs reprises de ne pas positionner la COB « à côté » de l'autorité professionnelle mais d'en faire au contraire la clef de voûte du dispositif de contrôle des marchés financiers.

Les analyses de votre commission, constantes depuis 1994, se trouvent donc parfaitement confirmées aujourd'hui par l'ensemble des acteurs de la Place de Paris.

¹ « La mise en place du marché unique des services financiers - La transposition en droit français de la directive sur les services d'investissement », Philippe Marini, Commission des finances du Sénat, n° 578, 1993-1994, p. 82 et suiv. puis p. 160 et suiv.

II. LE MODÈLE PROPOSÉ PAR VOTRE COMMISSION EST LARGEMENT ISSU D'UN CONSENSUS DE PLACE

Votre rapporteur a largement auditionné au cours des précédentes semaines pour aboutir à une proposition de réforme qui soit en grande partie le reflet des aspirations de la place tout autant que le fruit de ses convictions personnelles.

A. LE CHAMP DES POSSIBLES

Il paraît indispensable de simplifier le système existant en prévoyant :

- soit une coordination plus étroite entre la COB et le CMF afin d'éviter à l'avenir les chevauchements de compétences ; c'est le modèle qui avait été retenu par la proposition de loi adoptée par votre commission en 1995¹, dans laquelle l'équivalent du CMF était dépendant hiérarchiquement d'une autorité faîtière qui en nommait les membres et qui disposait d'un pouvoir d'évocation permettant de faire « remonter » les dossiers les plus difficiles au niveau supérieur ;

- soit une fusion afin de **ne plus disposer que d'une autorité** de régulation ; cette solution semble aujourd'hui préférable car elle est simple à mettre en œuvre et à faire fonctionner et la plus lisible pour l'ensemble des acteurs de la place.

B. LES GRANDES LIGNES DE LA RÉFORME PROPOSÉE PAR VOTRE COMMISSION

La future Autorité serait une **personne morale de droit public** afin de lui permettre d'ester en justice et d'engager sa propre responsabilité (et non plus celle de l'Etat comme c'est le cas actuellement pour la COB).

1. Une Autorité issue majoritairement des milieux professionnels

Elle serait composée de **dix-huit membres** :

¹ Proposition de loi de MM. Philippe Marini, Jean Arthuis, Philippe Adnot, Bernard Barbier, Ernest Cartigny, Jean Clouet et Jacques Oudin, relative à l'activité et au contrôle des entreprises d'investissement et portant transposition de la directive n° 93-22 du Conseil des communautés européennes du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières. Rapport n° 340 (1994-1995) du 28 juin 1995, Philippe Marini, Commission des finances.

- un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil,
- un conseiller à la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour,
- le président du Conseil national de la comptabilité,
- trois personnalités qualifiées nommées, respectivement, par le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale et le président du Conseil économique et social, et choisies à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et de marchés financiers,
- douze membres nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie sur proposition des organisations professionnelles dont six représentants des intermédiaires de marché, trois représentants des émetteurs et trois représentants des investisseurs.

Les professionnels des marchés devraient donc représenter deux tiers des membres de la formation. Il n'a pas semblé souhaitable d'aller au-delà de cette proportion afin d'assurer la représentation au sein de la nouvelle Autorité de personnalités garantes de l'intérêt général et en particulier des intérêts de l'ensemble des épargnants (les deux magistrats et les trois personnalités qualifiées nommées par les présidents des assemblées constitutionnelles).

Un représentant du ministère chargé de l'économie et un représentant de la Banque de France pourraient assister, sans voix délibérative et sauf en matière de décisions individuelles, aux délibérations de l'Autorité.

Le président de l'Autorité de régulation des marchés financiers serait **élu, en son sein**, par les membres de l'Autorité.

Le mandat des membres serait de **quatre ans, renouvelable une fois**. Cette durée relativement courte doit assurer une rotation rapide des membres de l'Autorité.

Cette composition, proche de celle du CMF actuel, devrait permettre le développement d'une véritable « vie collective » au sein de l'Autorité et lui permettre d'affirmer une vraie culture de collège indépendant.

2. Des formations restreintes

Au moins, deux formations distinctes seraient constituées au sein de l'Autorité parmi ses membres :

- l'une serait chargée d'exercer les pouvoirs de l'Autorité en matière d'opérations financières ; elle serait composée de huit des membres professionnels ; le président de cette formation serait élu en son sein ; en tant que de besoin, cette formation pourrait proposer à l'autorité administrative compétente de nommer par arrêté des experts qui participeraient, avec voix délibérative et pour une durée déterminée, à ses décisions ;

- l'autre serait chargée d'exercer les pouvoirs de l'Autorité en matière de sanctions ; elle serait composée de six membres : le conseiller d'Etat, président, le conseiller à la Cour de cassation et quatre membres professionnels.

Pour l'exercice de ses autres attributions, l'Autorité pourrait, en statuant à la majorité des deux tiers des membres la composant, constituer en son sein d'autres formations spécialisées, ce qui permettrait par exemple de traiter des questions spécifiques aux activités de gestion pour compte de tiers, actuellement comprises dans le « bloc de compétences » de la COB.

3. Les compétences de la nouvelle Autorité

Votre commission n'a pas souhaité à ce stade modifier les compétences qui seraient dévolues à la nouvelle Autorité : elle se substituerait au CMF et à la COB dans leurs compétences actuelles.

Toutefois votre rapporteur est conscient que la réforme de ces autorités constitue une occasion de remettre à plat les missions et pouvoirs de la nouvelle autorité de régulation, en particulier sur le volet des **sanctions**. Il paraît notamment indispensable de mettre fin au recouvrement des procédures administratives et pénales portant sur les mêmes faits. Votre rapporteur estime que les questions faisant apparaître une violation grave de l'ordre public ont vocation à être traitées par les tribunaux judiciaires. Mais il n'a pas été techniquement possible, dans les délais qui nous sont imposés, de traduire cette orientation en amendements.

Au plan des dispositions de nature infra-législative, il paraît important à votre rapporteur de préconiser les grandes lignes suivantes :

- le secrétaire général de l'Autorité devra être le véritable exécutif, le président se « contentant » d'animer les débats et les prises de décision au sein de l'Autorité ; la nomination du secrétaire général pourra éventuellement être avalisée par un vote de l'Autorité ;

- la nouvelle Autorité devra avoir les moyens de recruter du personnel suffisamment nombreux et surtout qualifié avec une très bonne connaissance

des marchés et de l'épargne, pour assurer sa crédibilité et perpétuer « l'esprit du CMF », ce qui suppose en particulier la présence d'agents sous statut privé.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter ces articles additionnels.

ARTICLE 18

Délégation de signature au sein de la Commission des opérations de bourse

Commentaire : le présent article propose diverses mesures relatives au fonctionnement du collège de la Commission des opérations de bourse notamment en matière de délégation de signature.

En l'état actuel du droit, la Commission des opérations de bourse (COB) ne peut déléguer au président ou à son représentant, membre de la commission, que le pouvoir de signer les documents prévus à l'article 7 et d'agréer les organismes de placement collectif en valeurs mobilières et les gérants de portefeuille.

Afin d'assouplir la procédure de la COB, le gouvernement propose dans le présent article de prévoir un décret en Conseil d'Etat qui permettra :

- au président de la commission de donner délégation à la personne qu'il désigne à cet effet pour signer les mémoires qu'il présente devant les juridictions et pour assurer la représentation en justice de la commission ;

- au collège de la COB de donner délégation au président ou, en cas d'empêchement à l'un de ses membres, pour signer les décisions à caractère individuel relevant de sa compétence à l'exception des injonctions et des sanctions ;

- au président de la COB de déléguer sa signature dans les matières où il détient une compétence propre ;

- au collège en cas d'urgence de statuer par voie de consultation écrite, sauf en matière de sanctions.

Ce décret existe déjà, il sera complété. Ainsi la réglementation applicable à la COB fera l'objet d'une architecture à trois niveaux, comme celle prévue pour le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) à l'article 16 du présent projet de loi : niveau législatif, décret en Conseil d'Etat et règlement intérieur.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement rédactionnel.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

DIVISION ADDITIONNELLE AVANT L'ARTICLE 18 bis

Commentaire : la présente division additionnelle a pour objet de recueillir les divers articles techniques votés dans ce texte.

Le texte qui nous est transmis par l'Assemblée nationale, en l'état actuel de ses divisions, propose un article 18 *bis* relatif à la structure interne des Banques Populaires dans un chapitre intitulé « *Dispositions relatives à la Commission des opérations de bourse* ».

Afin d'améliorer la structure du présent projet de loi et, partant, sa lisibilité, votre commission vous propose de créer un titre III *bis* intitulé « *Diverses dispositions à caractère technique* ».

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cette division additionnelle.

ARTICLE 18 bis (nouveau)

Réforme des structures nationales du Groupe des banques populaires

Commentaire : le présent article, introduit à l'Assemblée nationale, permet aux Banques populaires de simplifier et moderniser leur organe central.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement présenté par notre collègue député le président Henri Emmanuelli qui substitue à la chambre syndicale des banques populaires, la Banque fédérale des banques populaires comme organe central du Groupe des banques populaires.

En effet, le **Groupe des banques populaires est doté aujourd'hui de deux organes centraux** : d'une part la chambre syndicale des banques populaires (association loi 1901 qui assume les fonctions d'organe central au sens de l'article 20 de la loi bancaire¹) et d'autre part la caisse centrale des banques populaires (qui assure des fonctions de holding à travers Natexis-Banques-Populaires). Le Groupe des banques populaires souhaite aujourd'hui **supprimer cette dualité de structures** en apportant les actifs et passifs de la chambre syndicale à la caisse centrale, devenue entre-temps la Banque fédérale des banques populaires².

A l'instar de la Caisse nationale du crédit agricole ou de la Caisse nationale des caisses d'épargne, la Banque fédérale des banques populaires serait un **établissement de crédit ayant la forme d'une société anonyme** régie par la loi de 1966 sur les sociétés commerciales. **Les banques populaires détiendraient la majorité absolue du capital et des droits de vote de la Banque fédérale.** Cette évolution marque la volonté du Groupe des banques populaires de ne pas être exclu de futurs partenariats, nationaux ou internationaux.

Le fonds de garantie des banques populaires serait supprimé : le Groupe cote au Fonds de garantie des dépôts³ et dispose de mécanismes de solidarité interne.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

² Ce changement de dénomination a déjà été autorisé par le CECEI le 17 décembre 1999.

³ Article 65 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 18 bis

Finalité des règlements

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de transposer des dispositions de la directive communautaire concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dont le délai-limite de transposition a expiré le 11 décembre 1999.

I. UNE TRANSPOSITION TARDIVE

La directive n° 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres **devait être transposée en droit français avant le 11 décembre 1999¹**.

Une grande partie de ses dispositions a été introduite en droit français par les lois n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier et n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière. **Il ne reste désormais plus que les articles 8, 9-1 et 9-2 de la directive qui nécessitent des dispositions législatives nouvelles.**

En l'absence de transposition complète de la directive, la France n'est pas en mesure aujourd'hui de notifier à la Commission européenne ses systèmes de paiement et de règlement de titres. Cette situation est tout particulièrement préjudiciable à la chambre de compensation de la place de Paris qui ne présente pas les mêmes avantages que ses concurrents, en particulier britanniques, dans le cadre des négociations en cours entre bourses européennes.

Certes, votre rapporteur a bien noté que, depuis l'examen à l'Assemblée nationale du présent projet de loi, cette directive se trouvait désormais dans le **projet de loi portant habilitation du gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire.**

¹ La plupart de nos partenaires ont transposé cette directive dans les délais impartis et en particulier le Royaume-Uni et l'Allemagne.

Il lui paraît néanmoins important, après avoir été le témoin de tant de tergiversations du gouvernement sur ces transpositions, de maintenir sa proposition de transposition dans le présent projet de loi. L'expérience a prouvé, notamment à l'occasion de la transposition de la directive dite « post-BCCI » à l'initiative du Sénat dans la loi relative à l'épargne et à la sécurité financière précitée, que la persévérance du Sénat était bien plus efficace que les promesses du gouvernement.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'article additionnel proposé transpose les trois articles de la directive non encore introduits en droit interne et vise donc :

① à préciser la définition d'un système de règlement interbancaire ou de règlement et livraison d'instruments financiers car la rédaction actuelle dans la loi bancaire est ambiguë (I. 1° et 2° premier alinéa) ;

② à transposer en droit français **les règles de conflits de lois applicables aux systèmes de paiement** ;

a) **l'article 8** de la directive prévoit en effet qu'en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système, le droit du pays où se trouve le système de paiement est applicable (I. 2° deuxième alinéa) ; cette règle vaut uniquement pour les systèmes situés dans un pays partie à l'Espace économique européen et à l'égard des participants ressortissants de ces pays¹ ;

b) **l'article 9-2** de la directive prévoit en cas de contestation sur les garanties constituées en vue d'assurer le bon fonctionnement d'un système de règlement, l'application du droit du pays dans lequel sont inscrites les garanties (II.) ;

③ à étendre aux banques centrales des Etats membres ainsi qu'à la Banque centrale européenne le bénéfice de **l'article 9-1** de la directive déjà transposé aux participants en matière de garantie (III.).

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

¹ Dans l'état actuel du droit, en cas de faillite d'un participant étranger à un système de paiement ou un système de règlement livraison français, il peut être affecté cumulativement par le droit de la faillite français et celui de son pays d'origine.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 18 bis

Mécanisme de résiliation et compensation généralisées des créances

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de permettre la résiliation et la compensation généralisées des créances par unification de trois régimes existant.

Le droit français a prévu des régimes dit de « résiliation et compensation » qui visent à **protéger les parties à un contrat du cas de défaillance d'une autre partie au même contrat** : il s'agit de mécanismes de **compensation de risques**.

Ces régimes sont aujourd'hui **au nombre de trois** :

① s'agissant des opérations sur instruments financiers à terme, l'article 52 de la loi de modernisation des activités financières¹ prévoit que « *les dettes et créances afférentes aux opérations sur instruments financiers (...) effectuées dans le cadre du règlement général du Conseil des marchés financiers ou lorsqu'elles sont régies par une convention cadre respectant les principes généraux d'une convention cadre de place nationale ou internationale et organisant les relations entre deux parties au moins dont l'une est un prestataire d'investissement, un établissement visé à l'article 25 de la loi de modernisation des activités financières ou une institution non résidente ayant un statut comparable, sont compensables selon les modalités prévues par ledit règlement ou ladite convention* ».

② s'agissant des pensions livrées sur instruments financiers, l'article 12-V bis de la loi relative à la Banque de France de 1993² prévoit un deuxième mécanisme ;

③ s'agissant des prêts de titres, l'article 33 de la loi de 1987 sur l'épargne³ régit un troisième mécanisme.

Au sein de chaque régime, la compensation peut donc se faire entre un établissement financier et son client ou un autre établissement financier,

¹ Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières.

² Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers.

³ Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne.

mais ces régimes sont « étanches » : la compensation ne peut se faire entre deux parties sur l'ensemble des produits.

Afin de ne pas créer de handicap compétitif pour la place de Paris à l'heure où les législations de nos différents partenaires reconnaissent la possibilité de procéder à de telles résiliations - compensations générales, il est proposé **d'unifier ces trois systèmes pour permettre une compensation entre produits**. Ce nouveau mécanisme trouverait sa place à l'article 52 de la loi de modernisation des activités financières.

Au cours de la discussion à **l'Assemblée nationale**, deux amendements prévoyant cette unification des régimes ont été **retirés** (l'un déposé par nos collègues députés Eric Besson, Jean-Pierre Balligand et Philippe Auberger, l'autre par nos collègues députés Jean-Jacques Jégou et Philippe Auberger). Le gouvernement s'est dit inquiet du risque de « *faire des établissements financiers des créanciers superprivilégiés au regard du droit des procédures collectives* ». Il a indiqué que le dispositif proposé permettrait, en cas de faillite d'une entreprise industrielle et commerciale, aux contreparties de cette dernière ayant le statut d'établissement de crédit de faire usage de la compensation globale pour compenser l'ensemble de leurs opérations avec l'entreprise défaillante et obtenir ainsi un règlement de leur créance sans entrer en concours avec les autres créanciers de la procédure collective. **Le gouvernement s'est donc engagé à déposer un texte modifié en première lecture au Sénat** « *afin d'assurer que la compensation ne porte aucun préjudice aux entreprises industrielles et commerciales et afin de réaffirmer le caractère novateur et nécessaire de la plupart des dispositions proposées* ». Le gouvernement envisagerait donc de déposer un mécanisme unifiant les trois régimes existant seulement dans les relations entre établissements financiers.

Votre commission est très attachée à ce que ce dispositif entre en droit français dans les meilleurs délais. Elle estime par ailleurs que la politique des « petits pas » proposée par le gouvernement qui souhaite limiter le dispositif aux relations interbancaires n'est pas suffisamment ambitieuse.

Elle est consciente des risques d'éviction des autres créanciers liés à ce dispositif. Néanmoins, elle souhaite rappeler que ceux-ci sont nécessairement très limités car ne portant que sur les éléments du patrimoine de l'entreprise concernés par le mécanisme (instruments financiers à terme, titres prêtés ou empruntés, pensions livrées).

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 18 BIS

Assouplissement du plafond d'émission de certificats coopératifs d'investissement et de certificats coopératifs d'associés dans les établissements de crédit coopératifs

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de permettre aux établissements de crédit coopératifs (et en particulier au Crédit agricole) d'émettre, dans certaines conditions, des certificats coopératifs d'investissement et des certificats coopératifs d'associés pour plus de 50 % de leur capital. En particulier, cette disposition permettrait au Crédit agricole d'introduire en bourse une entité cotée en bourse pour faciliter le financement de son développement.

Le financement du développement du Crédit agricole se fait aujourd'hui essentiellement par l'intermédiaire des caisses régionales qui détiennent plus de 90 % de la Caisse nationale (CNCA)¹.

Le statut coopératif du Crédit agricole ne lui donne pas les moyens de lever des capitaux sur les marchés ni de procéder à des opérations de croissance externe par échange de titres, ce qui lui permettrait d'acquérir des établissements de plus grande taille, éventuellement à l'étranger. Il s'agirait donc, afin de lever cet obstacle, de mettre sur le marché la CNCA, les filiales nationales du groupe ainsi que la participation (environ 25 %) de la Caisse nationale dans les caisses régionales (représentative de l'activité de détail du groupe) ; soit à peu près la moitié du groupe Crédit agricole.

L'article 19 *duodecies* de la loi de 1947 sur la coopération prévoit que les certificats coopératifs d'associés (CCA), les certificats coopératifs d'investissement (CCI) et les parts à intérêt prioritaires **ne peuvent représenter plus de 50 % du capital** d'un établissement de crédit coopératif. Aujourd'hui 18 caisses régionales (sur un total de 53) ont émis des CCI ou des CCA pour environ 30 % de leur capital. Or le projet de création d'un véhicule coté passe par une prise de participation de la Caisse nationale dans les caisses régionales pour environ 25 % de leur capital. Cette situation amènerait donc certaines caisses à dépasser le quota de 50 %.

¹ *Rachats d'Indosuez, de Sofinco, prises de participation dans Banca Intesa et le Crédit Lyonnais*

Il est donc proposé de modifier la loi de 1947 pour **ne pas prendre en compte** dans la proportion des 50 % **les CCI et CCA détenus par la maison mère sur un de ses établissements affiliés.**

Cette disposition pourrait s'appliquer à d'autres établissements que le Crédit agricole.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLES ADDITIONNELS APRES L'ARTICLE 18 bis

**Eligibilité des salariés des groupes bancaires coopératifs et mutualistes
aux options d'achat et de souscription d'actions**

Commentaire : les présents articles additionnels ont pour objet de permettre aux salariés des groupes bancaires coopératifs et mutualistes d'être éligibles aux options d'achat et de souscription d'actions.

Afin de réaliser cet objectif, votre commission vous propose trois articles additionnels.

1) Actuellement, la législation sur **les options de souscription ou d'achat d'actions** par les salariés d'une entreprise est applicable aux certificats d'investissements mais pas **aux certificats coopératifs d'investissement (CCI) ni aux certificats coopératifs d'associés (CCA)**. Votre commission vous propose donc, afin d'associer les salariés des coopératives ayant émis de tels titres aux résultats de leur entreprise, d'étendre cette législation aux CCI et aux CCA.

2) La législation actuelle sur les émissions d'options de souscription ou d'achat d'actions au sein des groupes prévoit que les salariés d'une société A peuvent être éligibles à une émission d'options par une société B, si la société B détient au moins 10 % du capital de A ; si A détient au moins 10 % du capital de B ; ou si A et B sont détenues à plus de 50 % par une même société C. Cette disposition n'est **pas applicable dans les groupes bancaires coopératifs ou mutualistes** car le plus souvent les banques régionales affiliées détiennent moins de 10 % chacune du capital de l'organe central, de ses filiales ou de leurs filiales conjointes. Votre commission vous propose donc de prévoir que les salariés d'une société A peuvent être éligibles à une émission d'options par une société B si la société A est détenue à plus de 50 % par l'organe central et/ou ses établissements affiliés et si la société B est contrôlée par l'organe central et/ou ses établissements affiliés. Les salariés de l'organe central et/ou ses établissements affiliés sont alors également éligibles à l'émission.

3) Un problème identique se pose pour les émissions d'actions réservées aux salariés. Votre commission vous propose donc d'y remédier de façon analogue.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter ces articles additionnels.

TITRE IV :

AMÉLIORATION DE LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT PROVENANT D'ACTIVITÉS CRIMINELLES ORGANISÉES

ARTICLE 19

Extension de la liste des professions soumises aux dispositions de la loi « anti-blanchiment »

Commentaire : le présent article vise à étendre à de nouvelles professions l'obligation de déclaration de certaines sommes ou de certaines opérations résultant de l'article 3 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 modifiée relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants.

I. LE DISPOSITIF DE LA LOI DU 12 JUILLET 1990

Créé lors du sommet de l'Arche des 14 et 15 juillet 1989 à l'initiative de la France, le Groupe d'Action Financière Internationale (GAFI), qui regroupe 26 pays membres de l'OCDE, s'est vu attribué une double mission :

- évaluer les résultats de la coopération déjà mise en œuvre pour prévenir l'utilisation du système bancaire et des institutions financières aux fins de blanchir l'argent ;

- étudier des mesures préventives supplémentaires dans ce domaine, y compris d'adaptation des systèmes juridiques et réglementaires de façon à renforcer l'entraide judiciaire multilatérale.

En conclusion de ses travaux, le GAFI a émis 40 recommandations dont les pays membres se sont inspirés pour élaborer un dispositif législatif de lutte contre le blanchiment des capitaux.

Ainsi, la France a promulgué le 12 juillet 1990 la loi n° 90-614 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le

blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants. Cette loi oblige les établissements de crédit, les sociétés d'assurance et les mutuelles à déclarer les sommes inscrites dans leurs livres et les opérations qui portent sur ces sommes lorsque celles-ci paraissent provenir du trafic de stupéfiants. Ces déclarations sont recueillies par la cellule TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins), créée spécialement à cet effet et placée sous l'autorité du ministre chargé de l'économie et des finances. Si TRACFIN estime que les informations transmises mettent en évidence des faits susceptibles de relever du trafic de stupéfiants, il en réfère au procureur de la République.

Cette loi a subi plusieurs modifications qui ont étendu son champ d'application.

Ainsi, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, a élargi l'application du dispositif de la loi du 12 juillet 1990 aux sommes et opérations financières provenant de l'activité d'organisations criminelles.

Par ailleurs, la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, assujettit à l'obligation de déclaration de soupçon à TRACFIN les entreprises d'investissement, les changeurs manuels, les notaires et les agents immobiliers.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le rapport d'activité de 1999 de la cellule TRACFIN dresse un bilan globalement positif de l'action menée par ce service et insiste sur son savoir-faire reconnu et apprécié par un grand nombre de services étrangers homologues. Toutefois, ce constat positif ne doit pas cacher l'existence de certaines marges d'amélioration.

En effet, au fur et à mesure que les mesures « antiblanchiment » déjà existantes gagnent en efficacité, notamment en ce qui concerne le secteur bancaire, les professionnels du blanchiment ont tendance à se tourner vers d'autres vecteurs pour dissimuler l'origine criminelle de leurs fonds.

Cette tendance a été soulignée dans les rapports annuels du GAFI sur les typologies. Ainsi, le rapport 1996-1997 constate qu' *« en ce qui concerne les techniques, la tendance la plus remarquable réside dans le recours croissant et persistant des professionnels du blanchiment des capitaux aux institutions financières non bancaires et aux entreprises non financières par rapport aux établissements bancaires. On peut penser que cela traduit le*

respect plus rigoureux par les banques des mesures antiblanchiment... Les professionnels du blanchiment de capitaux bénéficient de plus en plus du concours de spécialistes qui les aident à masquer l'origine et la propriété des fonds d'origine suspecte. ».

Pour lutter contre la diversification des filières du blanchiment, TRACFIN propose dans son rapport d'activité précité¹ « *la rénovation du dispositif juridique anti-blanchiment en vue d'augmenter la remontée d'informations vers TRACFIN, grâce au concours de nouveaux partenaires.*

L'extension de la participation des professions non financières au combat contre l'argent sale est ainsi appelée à prendre de l'ampleur, conformément au projet de refonte de la directive européenne du 10 juin 1991. L'accès à la déclaration de soupçon des responsables de casinos et des marchands de biens de grande valeur contribuerait, de manière significative, à accroître l'efficacité du dispositif anti-blanchiment national. »

Le présent article tient compte de ces recommandations puisque son paragraphe I propose de renforcer la lutte contre le blanchiment des capitaux en étendant le champ d'application de la loi du 12 juillet 1990 modifiée d'une part aux représentants légaux et aux directeurs responsables de casinos et, d'autre part, aux personnes se livrant actuellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'oeuvres d'art. Les ventes occasionnelles réalisées par des particuliers ne sont donc pas visées par le dispositif.

Par ailleurs, le paragraphe I propose également d'étendre les obligations de déclaration de soupçon aux expert-comptables.

Selon l'exposé des motifs du présent projet de loi, cette liste a été dressée à partir des expertises des pays membres du GAFI qui ont souligné les risques directs auxquels ces professions sont exposées. La liste aurait en outre « *vocation à être encore étendue à de nouvelles professions du chiffre et du droit, pour tenir compte des expertises réalisées au niveau international et des négociations en cours avec certains de nos partenaires (notamment la proposition de directive modificative sur la lutte contre le blanchiment d'argent)* ».

En effet, la commission européenne a engagé des travaux afin, notamment, d'étendre le champ d'application de la directive 91-308 CEE du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

¹ TRACFIN : l'activité de TRACFIN en 1999, page 8.

Jusqu'à présent, la directive s'applique aux établissements de crédit et aux institutions financières définies au sens large. La définition des institutions financières de la directive renvoie à celle figurant dans l'annexe de la seconde directive bancaire. Or, les différences entre versions linguistiques peuvent induire une certaine confusion sur le champ d'application de la directive. Ainsi, certaines activités spécifiques comme celles des bureaux de change ou des sociétés de transfert de fonds. Pour lever toute incertitude, la commission européenne propose d'étendre le champ de la définition financière, afin d'y inclure les entreprises d'investissement telles qu'elles sont définies dans la directive sur les services d'investissement.

Par ailleurs, l'application des dispositions de la directive aux activités ne relevant pas du secteur financier s'avère insatisfaisante. En effet, l'article 12 de la directive se contente d'imposer aux Etats membres de « *veiller à étendre tout ou partie des dispositions de la présente directive aux professions et catégories d'entreprises autres que les établissements de crédit et les institutions financières.* ». Certes, cet article impose une obligation, mais sa formulation très générale laisse aux Etats membres une large marge d'initiative pour son application.

La commission européenne, suivant ainsi une résolution du Parlement européen de mars 1999, propose d'énumérer les activités et professions non financières soumises aux obligations de la directive.

Seraient concernés :

- les commissaires aux comptes et les comptables ;
- les agents immobiliers ;
- les marchands d'articles de grande valeur, tels que pierres et métaux précieux ;
- les transporteurs de fonds ;
- les gérants, propriétaires et directeurs de casinos ;
- les notaires et autres membres des professions juridiques indépendantes lorsqu'ils représentent ou assistent des clients dans le cadre des activités suivantes :
 - * achat ou vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;
 - * manipulation d'argent, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ;
 - * ouverture ou gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ;

* constitution, gestion ou direction de sociétés, fiducies ou de structures similaires ;

* exécution d'autres opérations financières.

En revanche, la commission européenne « *n'est pas convaincue de la pertinence de l'inclusion des négociants en oeuvres d'art et des commissaires priseurs compte tenu de la difficulté qu'il y a à définir le champ et la définition exacts de ces activités et des problèmes que soulèverait le contrôle de l'application des règles qui leur seraient éventuellement imposées.* ».

La proposition fait actuellement l'objet de discussions entre les pays membres et le contenu de la directive est susceptible d'être fortement modifié. L'implication de certaines professions, notamment du domaine juridique, est une question particulièrement délicate, compte tenu du devoir de secret professionnel qui leur est imposé dans tous les pays de la Communauté européenne.

Au regard de cette proposition de directive, la législation française paraît relativement avancée puisque l'obligation de soupçon incombe déjà aux entreprises d'investissements et aux intermédiaires immobiliers (agents immobiliers et notaires principalement).

Le paragraphe III a une vocation de coordination puisqu'il soumet les trois nouvelles catégories de profession aux mêmes obligations et aux mêmes sanctions que les organismes financiers.

En intégrant dans le champ d'application des professions soumises à l'obligation de déclaration les experts-comptables, les représentants légaux et les directeurs responsables de casino ainsi que les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'oeuvres d'art, la France anticipe sur des modifications qui interviendront concernant la directive du 10 juin 1991 précitée.

Il convient de rappeler que la France assurera la présidence de l'Union européenne à compter du 1^{er} juillet 2000. Or l'une de ses priorités est d'accélérer les négociations relatives à la modification de ladite directive.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale n'a pas souhaité étendre le champ d'application de la loi du 12 juillet 1990 modifiée aux experts-comptables.

Elle a rappelé que des négociations se poursuivaient au niveau européen pour intégrer l'ensemble des professions du chiffre et du droit dans la liste des personnes soumises à l'obligation de déclaration à TRACFIN.

Elle a souhaité attendre l'aboutissement de ces négociations avant d'intégrer les experts-comptables dans ladite liste, en appelant que ces derniers sont soumis au secret professionnel.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission a toujours été favorable aux mesures destinées à combattre la délinquance financière ainsi qu'elle l'a encore rappelé récemment dans le rapport de son groupe de travail sur la régulation financière et monétaire internationale¹.

De même, lors de la discussion de l'article 59 du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier qui étendait l'obligation de soupçon aux intermédiaires financiers, votre commission, tout en rappelant son souci de lutter contre le blanchiment des capitaux, avait craint que le respect de la loi du 12 juillet 1990 précitée soit de plus en plus difficile à contrôler.

Jusqu'à présent, ce contrôle était effectué par les autorités de contrôle de chaque catégorie d'organismes financiers et, au coup par coup, par les agents de TRACFIN.

Cette remarque s'avère encore plus pertinente aujourd'hui puisque l'obligation de déclaration concernera des professions pour lesquelles il n'existe ni autorité de contrôle, ni représentant de la profession. C'est par exemple le cas pour les antiquaires.

Votre rapporteur souhaite donc que le gouvernement précise les moyens qu'il compte affecter à l'unité de TRACFIN pour s'assurer que l'obligation de déclaration sera bien respectée.

Par ailleurs, elle vous proposera un amendement rédactionnel qui vise à tenir compte de l'extension du champ d'application de la loi à de nouvelles professions autres que les organismes financiers.

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

¹ *Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité (n° 284, 1999-2000).*

ARTICLE 20

Extension du champ de la déclaration de soupçon

Commentaire : le présent article vise à renforcer l'efficacité du dispositif de déclaration de soupçon et à instaurer une communication systématique des opérations pour lesquelles l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire n'est pas clairement établie. Par ailleurs, le pouvoir réglementaire pourra étendre l'obligation de déclaration systématique aux opérations réalisées par des organismes financiers situés dans l'ensemble des Etats ou territoires figurant sur la liste des « juridictions non coopératives » élaborée par le GAFI.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT : LA DÉCLARATION DE SOUPÇON

La loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants est née du constat selon lequel le secteur bancaire et financier se trouve utilisé, à un stade ou à un autre du processus, pour effectuer une transaction portant sur des sommes induites par des trafics illicites.

Elle vise donc à organiser la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux.

En effet, l'article 3 précise ainsi que les organismes financiers sont tenus de déclarer à l'unité spécialisée de TRACFIN :

« - les sommes inscrites dans leurs livres lorsqu'elles paraissent provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles ;

- les opérations qui portent sur des sommes lorsque celles-ci paraissent provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles. ».

La levée du secret bancaire, condition *sine qua non* pour permettre aux organismes financiers de dévoiler spontanément les opérations suspectes qu'ils auraient détectées, s'accompagne toutefois de deux garanties. D'une part, l'article 8 de ladite loi interdit toute poursuite intentée contre l'établissement pour violation du secret professionnel. D'autre part, la cellule

administrative TRACFIN est l'unique destinataire des déclarations, et ne peut les transmettre qu'au procureur de la République si les informations recueillies mettent en évidence des faits susceptibles de relever du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles.

Par ailleurs, les sanctions auxquelles peuvent être confrontés les organismes financiers sont prises par l'autorité qui exerce le pouvoir disciplinaire, à savoir la Commission bancaire pour les établissements de crédit et la Commission de contrôle des assurances pour les sociétés d'assurance. Ces sanctions ne peuvent être envisagées que par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation des procédures internes de contrôle de l'organisme financier. Le procureur de la République est alors avisé.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose d'une part de renforcer l'obligation de déclaration et, d'autre part, complète le dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux en instaurant dans certains cas une déclaration automatique.

1. Une obligation de déclaration renforcée

La déclaration de soupçon, retenue par le législateur français, repose sur l'appréciation que l'organisme financier peut porter sur les opérations dont il a connaissance, en fonction de leur nature propre et des renseignements qu'il détient, notamment, sur ses clients.

Cette marge d'appréciation résulte de la rédaction de l'article 3 de la loi précitée du 12 juillet 1990, selon lequel les organismes financiers sont tenus de déclarer les sommes inscrites sur les livres ou les opérations qui portent sur lesdites sommes « *lorsqu'elles paraissent provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles* ».

Le premier paragraphe du présent article propose de remplacer les mots « *lorsqu'elles paraissent provenir* » par les mots « *qui pourraient provenir* ».

Selon les explications obtenues par votre rapporteur, le terme « *paraissent* » serait interprété de manière trop restrictive par les organismes soumis à la déclaration de soupçon. La notion d'apparence contenue dans le terme « *paraissent* » les conduirait en effet à conditionner l'obligation de déclaration à l'existence de faits concrets permettant de soupçonner.

Par ailleurs, l'action des autorités responsables du contrôle et, le cas échéant, des sanctions, seraient également bridées par cette interprétation restrictive. Ainsi, les autorités compétentes seraient réticentes à sanctionner les organismes financiers relevant de leur autorité en l'absence de faits concrets démontrant l'origine des sommes mises en cause.

Les mots « *qui pourraient provenir* » permettraient de remédier à cette situation en offrant une plus grande souplesse. Non seulement les organismes financiers seraient plus incités à effectuer des déclarations de soupçon, mais les autorités de contrôle pourraient plus facilement ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre des organismes récalcitrants.

En outre, cette rédaction serait plus en conformité avec l'article 6 de la directive n° 91/308 du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, qui pose le principe de l'implication des organismes financiers dans la lutte « antiblanchiment » « *en informant, de leur propre initiative, ces autorités de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment des capitaux* ».

Le deuxième paragraphe du présent article propose également de modifier la rédaction du champ d'application de la loi du 12 juillet 1990.

Ce dernier vise les sommes « *provenant du trafic des stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles* ».

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, cette notion constituerait un frein à l'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment parce qu'elle poserait la question de l'appartenance des fonds. Cet obstacle juridique entraverait l'action des organismes financiers et des autorités de contrôle.

Pour remédier à cette situation, le paragraphe I propose de remplacer les mots « *activité d'organisations criminelles* » par les mots « *activités criminelles organisées* », qui mettent l'accent sur la commission d'infractions et non plus sur l'appartenance à une organisation.

2. L'introduction dans le dispositif de déclarations systématiques

Jusqu'à présent, le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux reposait exclusivement sur la déclaration de soupçon, qui confère à l'intermédiaire financier la responsabilité de décider si les transactions qu'il gère présentent le risque de couvrir des agissements suspects.

Il se distingue de la déclaration systématique, en vigueur par exemple aux Etats-Unis et en Australie, qui impose à l'organisme financier d'informer

automatiquement le service *ad hoc* de l'ensemble des opérations constituant habituellement les vecteurs du blanchiment : mouvements d'argent liquide, importation ou exportation de devises, virements de fonds transnationaux etc. Il appartient ensuite à la structure destinataire des données de détecter les mécanismes suspects.

Comme le fait remarquer le rapport de présentation de TRACFIN¹, « la déclaration systématique s'appuie sur des critères objectifs (fixation de seuils, nature de l'opération), mais génère un important volume d'informations à transmettre, tandis que la déclaration de soupçon met en œuvre des critères subjectifs (suspicion de l'opérateur financier), qui réduisent la masse de renseignements à traiter, dont la qualité se trouve améliorée d'autant.

De fait, en France, le nombre de déclarations, bien qu'en progression constante, reste à un niveau relativement bas ; mais rapporté à celui d'enquêtes positives, c'est-à-dire susceptibles de faire l'objet d'une transmission aux autorités judiciaires, il s'avère nettement plus probant et conforte ainsi l'option arrêtée au début de l'actuelle décennie de placer le banquier au cœur du système de lutte contre le blanchiment ».

Pourtant, le présent article propose d'instaurer un mécanisme de déclaration automatique dans deux cas précis : d'une part lorsque l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire reste douteuse et, d'autre part, lorsque les opérations sont réalisées avec des personnes physiques ou morales installées dans l'ensemble des pays ou territoires figurant sur la liste des juridictions non coopératives dressée par le Groupement d'Action Financière Internationale (GAFI).

L'article 12 de la loi du 12 juillet 1990 oblige les organismes financiers à s'assurer, avant d'ouvrir un compte, de l'identité de leur cocontractant par la présentation de tout document écrit probant.

En outre, les organismes financiers doivent se renseigner sur l'identité véritable des personnes au bénéfice desquelles un compte est ouvert, lorsqu'il apparaît que celles qui souscrivent l'ouverture dudit compte ou sollicitent la réalisation d'une opération pourraient ne pas agir pour leur intérêt propre.

Toutefois, la pratique montre que la vigilance exigée de la part des organismes financiers est soumise à une obligation de moyens, et non à une obligation de résultats.

¹ Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie : TRACFIN au cœur de la lutte anti-blanchiment, page 40.

Pour pallier cette insuffisance, le paragraphe II du présent article propose de soumettre à une déclaration systématique « *toute opération dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire reste douteuse malgré les diligences effectuées conformément à l'article 12 de la présente loi* ».

Par ailleurs, le paragraphe III autorise le gouvernement à élargir le champ d'application des déclarations systématiques aux opérations effectuées par les organismes financiers avec des personnes établies dans les Etats ou territoires jugés non coopératifs.

Cette mesure s'inspire directement des travaux menés par le GAFI. Créé lors du sommet de l'Arche des 14 et 15 juillet 1989 à l'initiative de la France, le GAFI, qui regroupe 26 pays membres de l'OCDE s'est vu attribuer une double mission :

- évaluer les résultats de la coopération déjà mise en œuvre pour prévenir l'utilisation du système bancaire et des institutions financières aux fins de blanchir l'argent ;

- étudier des mesure préventives supplémentaires dans ce domaine, y compris d'adaptation des systèmes juridiques et réglementaires de façon à renforcer l'entraide judiciaire multilatérale.

En conclusion de ses travaux, le GAFI a émis 40 recommandations dont les pays membres se sont inspirés pour élaborer une dispositif législatif de lutte contre le blanchiment des capitaux.

Toutefois, comme le constate en introduction le rapport du groupe « *ad hoc* » du GAFI sur les pays ou territoires non coopératifs¹, « *dans le contexte actuel d'ouverture et de mondialisation des activités financières, les instruments de blanchiment des produits d'infractions graves et les possibilités de protection anonyme des avoirs illégaux offerts par certains pays ou territoires rendent ceux-ci encore plus attrayants pour les blanchisseurs de capitaux. Les législations anti-blanchiment existantes souffrent de l'absence de réglementations et, surtout, du grand nombre d'obstacles qui entravent l'identification des clients dans certains pays et territoires, notamment les centres financiers offshore* ».

Pour lutter contre la prolifération des pays ou territoires non coopératifs, les membres du GAFI ont déterminé les règles et pratiques préjudiciables qui nuisent à l'efficacité de leurs systèmes de prévention et de détection du blanchiment de capitaux ainsi qu'au succès de leurs enquêtes judiciaires dans ce domaine.

¹ GAFI : rapport sur les pays ou territoires non coopératifs, 14 février 2000, page 1.

25 critères ont ainsi été dégagés pour identifier les pays ou territoires non coopératifs. Désormais, les pays membres du GAFI ont entamé des négociations pour élaborer une liste des pays et territoires non coopératifs.

Par ailleurs, le GAFI suggère des contre-mesures visant à protéger les économies contre les capitaux d'origine illégale, et, notamment, « *d'exiger des institutions financières qu'elles rendent compte systématiquement des transactions à l'unité de renseignements financiers ou à tout organisme compétent lorsque les transactions dépassent un certain montant, lorsqu'elles sont réalisées par leurs clients avec des personnes physiques ou morales établies ou ayant leur compte bancaire dans une institution financière sise dans les pays ou territoires identifiés précédemment comme non coopératifs¹* ».

Le paragraphe III du présent article s'inspire directement de cette recommandation. En outre, il fait concrètement référence à la liste précitée que doit établir le GAFI puisque l'obligation de déclaration systématique concernera les transactions effectuées avec les personnes établies « *dans l'ensemble des Etats ou territoires dont la législation ou la réglementation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux par l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.* ».

L'alinéa 2 du paragraphe III suit également les recommandations du GAFI en prévoyant un décret pour fixer le montant minimum des opérations soumises à déclaration.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a adopté un amendement visant à étendre l'obligation de déclaration automatique aux opérations réalisées par les organismes financiers avec des personnes agissant à travers des fonds fiduciaires ou tout autre instrument de gestion dont l'identité des constituants ou des bénéficiaires n'est pas connue.

¹ GAFI : rapport précité page 9.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission a toujours été favorable aux mesures destinées à combattre la délinquance financière ainsi qu'elle l'a encore rappelé récemment dans le rapport de son groupe de travail sur la régulation financière et monétaire internationale¹.

Dans ce cadre, elle vous propose plusieurs modifications.

D'abord, votre commission s'inquiète du remplacement des termes « *lorsqu'elles paraissent provenir* » par les termes « *qui pourraient provenir* ». Les organismes soumis à déclaration seront susceptibles de déclarer (et donc d'être sanctionnés en cas de défaut de déclaration) sans qu'il y ait le moindre élément matériel de risque de blanchiment.

Selon l'exposé des motifs du présent projet de loi, cette rédaction serait plus en conformité avec la directive européenne 91/308 du 10 juin 1991.

En réalité, la rédaction de la directive, si elle utilise le conditionnel, mentionne expressément l'existence de « *fait qui **pourrait être** l'indice d'un blanchiment des capitaux* ». **Votre commission vous proposera donc un amendement qui tend à reprendre une rédaction proche de celle retenue dans ladite directive.**

La rédaction du 3^o du présent article soulève également de nombreuses difficultés. Ce texte propose d'autoriser le gouvernement à prendre un décret qui pourra étendre les obligations de déclarations automatiques concernant des opérations effectuées avec des personnes physiques ou morales installées « *dans l'ensemble des Etats ou territoires dont la législation ou la réglementation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux par l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le blanchiment d'argent* ».

Concrètement, le Parlement habiliterait le gouvernement à prendre un décret qui reprendrait la liste des Etats ou territoires jugés non coopératifs par une instance internationale qui n'a pas de personnalité morale².

¹ Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité (n° 284, 1999-2000).

² TRACFIN a publié le 22 juin dernier un rapport visant à identifier les pays et territoires non coopératifs. 15 pays ou territoires sont énumérés.

Votre commission s'interroge sur cette façon de procéder qui, au-delà des incertitudes juridiques soulevées par cette disposition, laisserait penser que le gouvernement n'entend pas assumer ses responsabilités et établir de sa propre initiative ladite liste. Celle-ci s'inspirera évidemment des discussions existant entre les membres du GAFI, mais votre commission n'est pas favorable à ce que les actes du gouvernement soient liés aux décisions prises par une instance internationale informelle à laquelle il participe.

Notre collègue député Eric Besson, rapporteur¹, semble avoir partagé les interrogations de votre commission : *« Cette mesure, justifiée quant à son fondement, s'avère cependant délicate à mettre en œuvre. Elle repose, en effet, sur la définition que donne « l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le blanchiment de l'argent », c'est-à-dire le GAFI, des Etats et territoires jugés non coopératifs. Or, cette définition n'a pas de force juridique contraignante puisque le GAFI n'a pas de personnalité propre et que ses recommandations ne figurent, a fortiori, pas dans une convention internationale ».*

Pour autant, votre commission reconnaît la nécessité de prendre des mesures visant à renforcer la vigilance des institutions financières et, en conséquence, à protéger le système financier et l'économie de la France des capitaux d'origine illégale.

Votre commission vous proposera donc un amendement excluant la référence au GAFI et qui fait arrêter par décret la liste des Etats ou territoires non coopératifs par décret.

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

¹ Rapport n ° 2327 XIe législature de M. Eric Besson au nom de la commission des finances sur les nouvelles régulations économiques, tome I, page 80.

ARTICLE 20 bis (nouveau)

Création d'un comité de liaison

Commentaire : le présent article vise à créer un comité de liaison réunissant les autorités de contrôle, les services de l'Etat impliqués dans la lutte contre le blanchiment et les professionnels soumis à l'obligation de déclaration de soupçon.

Le présent article additionnel vise à renforcer le dialogue entre les agents de TRACFIN, les services impliqués dans la lutte contre le blanchiment, les autorités de contrôle et les professionnels soumis à l'obligation de déclaration de soupçon.

Le rapport d'activité de TRACFIN¹ constate que la collaboration entre TRACFIN et les organismes financiers ou les autres professions soumises à l'obligation de déclaration de soupçon est contrastée. La qualité des relations qu'entretient TRACFIN avec les banques est globalement satisfaisante. Celles-ci fournissent 67 % des déclarations de soupçon.

En revanche, la participation des autres structures s'avère perfectible.

En ce qui concerne les bureaux de change, sur les quelques centaines d'officines répertoriées, moins d'une quarantaine ont fait part à TRACFIN d'opérations suspectes.

De même, les sociétés d'assurance fournissent moins de 10 % des déclarations de soupçon.

La création d'un comité de liaison offrira à TRACFIN une instance au sein de laquelle il pourra sensibiliser l'ensemble des professions soumises à l'obligation de déclaration à la lutte contre le blanchiment.

Une telle mesure devrait donc renforcer l'efficacité du dispositif de déclaration de soupçon.

Votre commission n'est pas opposée à la création de ce comité de liaison, même si elle s'interroge sur ses modalités de fonctionnement. En effet, certaines professions n'ont pas de représentants. On peut donc s'interroger sur

¹ *Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie : TRACFIN au cœur de la lutte antiblanchiment, pages 50 à 61.*

la composition concrète de ce comité de liaison ainsi que sur son mode de fonctionnement.

En revanche, selon les informations obtenues par votre rapporteur, la création d'un tel comité semblerait utile pour développer une plus grande coopération entre le service TRACFIN et l'institution judiciaire.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 21

Sanctions à l'encontre des centres financiers extra-territoriaux

Commentaire : le présent article vise à autoriser le gouvernement, pour des raisons d'ordre public, à soumettre à des conditions spécifiques, à restreindre ou à interdire tout ou partie des opérations réalisées par des organismes financiers établis en France avec des personnes situées dans des Etats ou territoires non coopératifs.

I. LES RECOMMANDATIONS DU GAFI : L'INSTAURATION DE CONTRE-MESURES GRADUÉES POUR LUTTER CONTRE LES CAPITAUX D'ORIGINE ILLÉGALE

Afin d'inciter les pays et territoires non coopératifs à participer à la lutte contre le blanchiment des capitaux, le Groupement d'Action Financière Internationale (GAFI) a recommandé¹ à ses membres d'élaborer une liste sur laquelle figureraient « *tous les pays et territoires dont les pratiques préjudiciables gênent gravement et de façon incontestable la lutte contre le blanchiment de capitaux*² », en distinguant trois sous-catégories :

- les pays de toute évidence non coopératifs, en raison des graves déficiences observées dans de nombreux domaines ;

- les pays en partie non coopératifs, en raison des obstacles observés dans plusieurs domaines ;

- les pays *de facto* non coopératifs, qui se caractériseraient par l'absence d'obstacles significatifs dans les lois et réglementations mais par l'inefficacité du régime de lutte contre le blanchiment en pratique.

La création de ces sous-catégories vise à traiter différemment les juridictions ayant des règles et pratiques préjudiciables distinctes. En effet, le GAFI propose l'instauration de plusieurs « contre-mesures » visant à protéger les économies contre les capitaux provenant de pays non coopératifs, qui doivent être appliquées en fonction de la gravité des déficiences observées.

¹ Des informations plus précises sur le rôle et le fonctionnement du GAFI sont présentées dans les commentaires des articles 19 et 20.

² GAFI : rapport sur les pays et territoires non coopératifs, 14 février 2000, page 7.

La mesure la moins sévère consiste, pour les membres du GAFI, à s'assurer que les institutions financières relevant de leurs juridictions se conforment pleinement à l'obligation d'identification de leurs clients avant que ne commencent les relations d'affaires. Ainsi, il leur faut interdire l'ouverture d'un compte si la personne concernée ne fournit pas des documents permettant à l'institution financière de connaître **sans ambiguïté** la véritable identité de cette dernière.

Une autre mesure, plus stricte, vise à obliger les institutions financières à accorder une attention particulière à toute transaction ayant un lien avec un pays ou un territoire non coopératif, notamment en instaurant une déclaration systématique de toutes les transactions dépassant un certain montant et réalisées avec des personnes physiques ou morales établies dans un pays ou un territoire non coopératif.

Enfin, une troisième mesure est proposée, qui consiste à assortir de conditions, restreindre, cibler, voire interdire les transactions financières avec les juridictions non coopératives.

Comme le fait remarquer le GAFI, *« ces mesures pourraient être un recours ultime si les pays ou territoires décidaient de maintenir les lois ou pratiques qui sont particulièrement préjudiciables à la lutte contre le blanchiment de capitaux. S'il n'y a pas de base juridique pour la mise en œuvre de ces mesures, les membres du GAFI devraient envisager d'adopter des mesures législatives à cet effet¹ »*.

Le présent article s'inspire directement de cette dernière recommandation puisqu'il insère dans la loi du 12 juillet 1990 un article 12 *bis* qui autorise le gouvernement, pour des raisons d'ordre public, à soumettre à des conditions spécifiques, à restreindre ou à interdire tout ou partie des opérations réalisées par des organismes financiers établis en France avec des personnes situées dans des Etats ou territoires non coopératifs.

L'origine de cette disposition est d'ailleurs explicitement reconnue puisqu'il est précisé que cette disposition a été prise *« pour assurer l'application des recommandations émises par l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le blanchiment de l'argent »*.

La référence aux raisons d'ordre public est apparue nécessaire au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes qui exige la présence de motifs d'ordre public pour pouvoir déroger au principe de libre circulation des capitaux au sein de l'Union.

¹ GAFI : rapport précité page 10.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission n'est pas opposée à ce que le gouvernement puisse prendre les mesures mentionnées précédemment afin de lutter contre le blanchiment des capitaux. Elle a d'ailleurs émis un certain nombre de propositions en ce sens dans le récent rapport de son groupe de travail sur la régulation financière et monétaire internationale¹.

Toutefois, la précision selon laquelle lesdites mesures seront prises « *pour assurer l'application des recommandations émises par l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le blanchiment de l'argent* » lui paraît non seulement inutile, mais aussi inopportune.

Le gouvernement français ne peut pas lier son action aux recommandations d'une instance qui n'a pas de personnalité morale et qui ne fait l'objet d'aucune convention internationale.

En outre, il est peu probable que le GAFI recommande à ses membres de prendre telle ou telle « contre-mesure » précise contre un pays déterminé. Il revient à chaque Etat d'imposer les mesures qu'il juge adéquates pour lutter contre le blanchiment des capitaux.

Tout en approuvant le principe d'un tel dispositif, votre commission vous propose donc un amendement qui supprime la référence aux recommandations du GAFI.

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

¹ *Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité* (n° 284, 1999-2000).

ARTICLE 21 bis (nouveau)

Rapport sur les mesures de déclaration automatique ou de restriction des opérations

Commentaire : le présent article vise à proposer la remise d'un rapport au Parlement sur les mesures de déclaration automatique ou de restriction des opérations réalisées avec des personnes établies dans un Etat ou territoire non coopératif.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement demandant au gouvernement de remettre un rapport annuel au Parlement sur les mesures prévues aux articles 20 et 21 du présent projet de loi.

Ce rapport doit porter sur les déclarations automatiques des organismes financiers sur les opérations effectuées avec des personnes physiques ou morales établies dans l'ensemble des Etats ou territoires dont la législation ou la réglementation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment par le GAFI.

En outre, il traitera des mesures de restriction ou d'interdiction prises par le gouvernement pour les opérations mentionnées précédemment.

Ce rapport devra également dresser une étude comparative des mesures analogues adoptées, le cas échéant, par les autres Etats membres du GAFI.

Votre commission prend acte de l'obligation ainsi faite au gouvernement de remettre un tel rapport qui renforcera l'information du Parlement sur la lutte contre le blanchiment des capitaux. Toutefois, la référence au GAFI est inutile puisqu'elle a supprimé cette dernière dans les articles qui portent sur les mesures qui devront figurer dans ledit rapport.

Votre commission vous proposera donc un amendement de coordination.

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

ARTICLE 21 ter (nouveau)

Communication des pièces liées à une opération ayant fait l'objet d'une information transmise par les services de l'Etat ou par les collectivités publiques

Commentaire : le présent article vise à étendre l'obligation pour les banques de communiquer les pièces liées à une opération ayant fait l'objet d'une information transmise par les officiers de police judiciaire, les autorités de contrôle, les administrations de l'Etat, les établissements publics et les collectivités publiques.

Jusqu'à présent, les services de TRACFIN ne pouvaient se faire communiquer par les banques que les pièces liées à une opération ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon ou ayant fait l'objet d'un examen particulier par les banques, lorsque l'opération se présente dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraît pas avoir de justification économique ou d'objet licite.

Le présent article propose d'élargir le champ d'application de l'obligation de communication des pièces conservées par les banques.

Désormais, celles-ci devront également communiquer les pièces liées à une opération ayant fait d'une information transmise par les officiers de police judiciaire, les autorités de contrôle, les administrations de l'Etat, les établissements publics et les collectivités publiques.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 22

Moyens d'information de TRACFIN

Commentaire : le présent article vise à autoriser les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics à transmettre des informations nécessaires à l'accomplissement de la mission de la cellule de TRACFIN.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT : L'INTERDICTION POUR TRACFIN DE DIVULGUER LES INFORMATIONS RECUEILLIES

La loi du 12 juillet 1990 accorde des pouvoirs considérables à la cellule de TRACFIN puisqu'elle lève à son profit le secret bancaire. En conséquence, des craintes avaient été exprimées sur les risques d'abus, notamment à travers la transmission d'informations par la cellule de TRACFIN à l'administration fiscale.

L'article 16 de ladite loi apporte de solides garanties. D'une part, il interdit l'utilisation des informations recueillies par TRACFIN « *à d'autres fins que celles prévues par la présente loi* ». D'autre part, la divulgation de toute information est prohibée sous peine de sanction prévue à l'article 378 du code pénal (soit une peine d'emprisonnement d'un mois à six mois et une amende). Une séparation étanche est donc instaurée entre TRACFIN et l'administration fiscale.

Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 16 autorise TRACFIN à communiquer des informations à certaines catégories de personnes soumises au secret professionnel. Il s'agit des officiers de police judiciaire spécialisés dans la lutte contre la délinquance financière, des agents des douanes, des autorités de contrôle et des organismes étrangers exerçant des compétences analogues à celles de TRACFIN. Les informations communiquées doivent cependant avoir une relation avec les faits justifiant un soupçon de blanchiment de capitaux.

Par ailleurs, l'échange d'informations est réciproque en ce qui concerne les officiers de police judiciaire et les autorités de contrôle puisque l'article 16 précise que TRACFIN « *peut recevoir* » de ces derniers « *les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ».

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ : L'EXTENSION DES CATÉGORIES DE PERSONNES SUSCEPTIBLES DE FOURNIR DES INFORMATIONS À TRACFIN

Le présent article propose d'autoriser les administrations d'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics à communiquer des informations à TRACFIN nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

L'exposé des motifs précise que cette mesure ne constitue pas une extension de la déclaration de soupçon, mais vise seulement à autoriser les services concernés à communiquer directement à TRACFIN les informations nécessaires pour lui permettre de comprendre ou situer dans leur véritable contexte les transactions suspectes qui lui ont été, par ailleurs, déclarées.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 22 bis (nouveau)

Informations sur les décisions de justice définitivement prononcées

Commentaire : le présent article vise à inciter le procureur de la République à transmettre aux agents de TRACFIN les décisions définitives prononcées dans les affaires ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon.

Conformément à l'article 5 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 modifiée, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux, la cellule de TRACFIN recueille et rassemble tous les documents propres à établir l'origine des sommes ou la nature des opérations faisant l'objet de la déclaration.

Dès que les informations recueillies mettent en évidence des faits susceptibles de relever du trafic de stupéfiants ou des activités criminelles organisées, il en réfère au procureur de la République en lui précisant, le cas échéant, que l'administration des douanes a été saisie en vue de procéder à des investigations pour la recherche et la constatation de l'infraction prévue à l'article 415 du code des douanes.

L'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment repose donc en partie sur la coopération entre la cellule de TRACFIN et l'autorité judiciaire.

En outre, les informations recueillies par TRACFIN ne s'avèrent utiles que si le procureur de la République peut les utiliser pour démontrer qu'elles constituent des opérations de blanchiment. Il est donc important pour TRACFIN de connaître les besoins de l'autorité judiciaire afin d'adapter en conséquence son action de collecte des informations.

Le présent article constitue un « premier pas » pour officialiser la politique de partenariat entre l'autorité judiciaire et la cellule de TRACFIN.

En étant informés des suites réservées aux déclarations de soupçon transmise par les agents de TRACFIN au procureur de la République, ces derniers pourront affiner leurs méthodes d'exploitation des déclarations afin qu'elles puissent être mieux utilisées par l'autorité judiciaire.

Votre commission vous proposera un amendement de coordination. En effet, l'article 20 du présent projet de loi a proposé de remplacer les termes « *activité d'organisations criminelles* » par les termes « *activités criminelles organisées* ». Il convient donc d'opérer cette transformation également à l'article 5 de la loi du 12 juillet 1990 précitée.

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

ARTICLE 22 ter (nouveau)

Informations sur les suites données aux déclarations de soupçon

Commentaire : le présent article vise à autoriser les agents de TRACFIN à indiquer aux organismes financiers ou aux personnes soumises aux obligations de déclaration qui en font la demande, si la déclaration de soupçon qu'ils ont effectuée a donné lieu à une saisine du juge.

Jusqu'à présent, les organismes financiers et les personnes soumises aux obligations de déclaration ne peuvent pas obtenir de renseignement sur l'utilisation qui a été faite de ladite déclaration. Elles ne peuvent donc pas appréhender l'utilité des obligations auxquelles elles sont soumises.

Le présent article vise à instaurer un « retour d'informations » vers les personnes déclarantes qui pourront désormais savoir si le procureur de la République a été saisi sur le fondement de la déclaration qu'ils ont effectuée. **Cette disposition constitue un moyen de sensibiliser et d'impliquer davantage les professionnels soumis à l'obligation de déclaration.**

Certaines précautions sont cependant prises.

D'une part, dans le souci de ne pas « submerger » TRACFIN, il est prévu que cette demande ne soit communiquée qu'à la demande de l'organisme intéressé.

D'autre part, ce « retour d'informations » reste facultatif. TRACFIN peut ne pas donner suite aux demandes des organismes financiers et des personnes soumises à l'obligation de déclaration. Cette précaution est indispensable pour éviter que ces derniers n'informent leurs clients qu'ils risquent de faire l'objet d'une information judiciaire.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 23

Adaptation du code des assurances aux dispositions de lutte contre le blanchiment

Commentaire : le présent article vise à réaffirmer explicitement les compétences de la commission de contrôle des assurances pour faire respecter les dispositions prévues par la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment d'argent des capitaux provenant du trafic des stupéfiants.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 7 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 modifiée, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux oblige l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire à engager une procédure de sanction disciplinaire lorsqu'un organisme financier n'a pas fait les déclarations de soupçon, par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation des procédures internes de contrôle.

L'article 1^{er} de la même loi inclut dans la liste desdits organismes financiers les entreprises mentionnées à l'article L. 310-1¹ du code des assurances et aux courtiers d'assurance et de réassurance.

¹ L'article L. 310-1 dispose que « le contrôle de l'Etat s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation. Sont soumises à ce contrôle :

1° les entreprises qui sous forme d'assurance directe contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, s'engagent à verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, ou font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent à cet effet des engagements déterminés ;

2° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie ;

3° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent d'autres risques y compris ceux liés à une activité d'assistance.

Les mutuelles régies par le code de la mutualité, les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale et à l'article 1050 du code rural ne sont pas soumises aux dispositions du présent code.

Sont également soumises au contrôle de l'Etat les entreprises agréées à la date du 1^{er} janvier 1993 qui font appel à l'épargne en vue de la capitalisation sans souscrire d'engagements déterminés ».

Il résulte de ces dispositions que la commission de contrôle des assurances doit veiller au respect par les organismes placés sous son contrôle des dispositions de la loi du 12 juillet 1990 précitée.

Toutefois, cette obligation ne figure pas explicitement dans la liste des missions de la commission de contrôle des assurances définie à l'article L. 310-12 du code des assurances.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le paragraphe I du présent article propose de compléter l'article L. 310-12 du code des assurances afin de préciser que la commission de contrôle des assurances s'assure également que les dispositions de la loi du 12 juillet 1990 précitée sont appliquées par les entreprises mentionnées à l'article L. 310-1 du code des assurances et par les personnes physiques ou morales mentionnées au cinquième alinéa et soumises à son contrôle. Il s'agit concrètement de toutes les personnes exerçant le courtage d'assurance.

Le paragraphe II propose de modifier la rédaction du i du 1° de l'article L. 322-2 du code des assurances qui énumère les incompatibilités pour exercer le rôle de dirigeant d'une entreprise d'assurance afin de tenir compte de la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime qui a défini trois infractions relatives au blanchiment.

Ainsi, l'article 222-38 du code pénal dispose qu' *« est puni de dix ans d'emprisonnement et de 5.000.000 F d'amende le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur de l'une des infractions mentionnées aux articles 222-34 à 222-37 ou d'apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit de l'une de ces infractions. La peine d'amende peut être élevée jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment »*.

L'article 324-1 du même code dispose que *« le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'une crime ou d'un délit. Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2.500.000 F d'amende »*.

L'article 324-2 du même code dispose que « *le blanchiment est puni de dix ans d'emprisonnement et de 5.000.000 F d'amende :*

1° Lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ;

2° Lorsqu'il est commis en bande organisée ».

Désormais, en matière d'incompatibilité, la référence à ces articles remplacera celle qui visait l'article 627 du code de la santé publique, qui dispose que « *les conditions de production, de fabrication, de transport, d'importation, d'exportation, de détention, d'offre, de cession, d'acquisition et d'emploi des substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants par voie réglementaire sont fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

En revanche, la référence à l'article 415¹ du code des douanes est maintenue.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ Cet article dispose : « *Seront punis d'un emprisonnement de deux à dix ans, de la confiscation des sommes en infraction ou d'une somme en tenant lieu lorsque la saisie n'a pas pu être prononcée et d'une amende comprise entre une et cinq fois la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction ceux qui auront, par exportation, importation, transfert ou compensation, procédé ou tenté de procéder à une opération financière entre la France et l'étranger portant sur des fonds qu'ils savaient provenir, directement ou indirectement, d'un délit prévu au présent code ou d'une infraction à la législation sur les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants* ».

ARTICLE 23 bis (nouveau)

Extension du champ des sanctions administratives

Commentaire : le présent article vise à étendre le champ des sanctions administratives encourues en cas de manquement aux obligations imposées par la loi du 12 juillet 1990 aux organismes financiers soumis à l'obligation de déclaration.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 7 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 modifiée, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants dispose que, « *lorsque, par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle, un organisme financier a omis de faire la déclaration prévue à l'article 3, l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire engage une procédure sur le fondement des règlements professionnels ou administratifs et en avise le procureur de la République* ».

Dans le dispositif actuel, ces sanctions ne peuvent être prises que si les organismes financiers ne se soumettent pas à l'obligation de déclaration.

II. LE NOUVEAU DISPOSITIF

Le présent article propose d'étendre l'engagement d'une procédure par l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire en cas de non respect par les organismes financiers et les autres professions mentionnées dans la loi du 12 juillet 1990 de l'ensemble des dispositions prévues par ladite loi.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission a recherché dans la loi du 12 juillet 1990 précitée les autres obligations auxquelles sont soumises les organismes financiers.

En réalité, il n'en existe qu'une seule définie à l'article 15 de la même loi, qui porte sur la conservation pendant cinq ans à compter de la clôture de leurs comptes ou de la cessation de leurs relations avec eux des documents relatifs aux opérations faites par ceux-ci.

Toutefois, cette obligation figure dans le chapitre II de la loi du 12 juillet 1990 précitée, qui prévoit déjà à l'article 17 une sanction pour le non respect de cette obligation.

Ce dernier dispose que *« lorsque par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle, un organisme financier a méconnu les obligations que lui impose le présent chapitre, l'autorité ayant pouvoir disciplinaire peut agir d'office dans les conditions prévues par les règlements professionnels ou administratifs »*.

Cette sanction est identique à celle prévue à l'article 7. En réalité, les deux articles diffèrent uniquement parce que l'article 7, relatif à la violation de l'obligation de déclaration, prévoit en outre la saisine du procureur, contrairement à l'article 17, relatif à la violation de l'obligation de conservation des documents. Pour autant, cette différence apparaît justifiée.

La disposition votée par l'Assemblée nationale apparaît donc inutile. Votre commission vous proposera donc un amendement de suppression de cet article.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 24

Obligation d'immatriculation au registre du commerce pour les sociétés créées avant 1978

Commentaire : le présent article vise à obliger les sociétés civiles créées avant 1978 à procéder à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés dans un délai de dix-huit mois.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 1842 du code civil issu de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil pose le principe d'obligation d'immatriculation des sociétés autres que les sociétés en participation.

Toutefois, le quatrième alinéa de l'article 4 de la loi précitée autorise les sociétés créées antérieurement à l'entrée en application de cette loi et non immatriculées à déroger à cette obligation.

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, il existerait actuellement plusieurs milliers de sociétés non immatriculées. Or, ces sociétés peuvent être utilisées à des fins de blanchiment.

L'exposé des motifs précise que « ces « coquilles vides », dotées de la personne morale, peuvent à tout moment participer à des montages suspects, notamment dans le domaine du blanchiment. La non-immatriculation de ces sociétés rend particulièrement opaque la transmission des parts sociales, qui peuvent circuler de main en main sans publicité et sans qu'il puisse y avoir de certitude sur la date réelle de cession.

Or, ces personnes morales ont, en droit positif, pleine capacité juridique pour transmettre un patrimoine important, notamment immobilier ».

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article tient compte de ces remarques et propose d'abroger le quatrième alinéa de l'article 4 précité afin d'obliger les sociétés créées avant le 4 janvier 1978 à procéder à leur immatriculation.

Un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi leur est accordé pour se mettre en conformité avec ces dispositions.

Il convient de remarquer que dans un récent rapport sur les typologies du blanchiment des capitaux, le GAFI soulignait les risques liés à l'existence de sociétés non immatriculées et recommandait la promotion de normes minimales pour l'immatriculation et l'administration d'une société, ainsi que la transparence de la procédure.

Votre commission approuve le principe de cet article. Toutefois, elle vous proposera deux amendements rédactionnels qui visent l'un à remplacer le mot « *publication* » par le mot « *promulgation* » et l'autre à remplacer les mots « *doivent procéder* » par le mot « *procèdent* ».

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

ARTICLE 25

Participation à une association de malfaiteurs

Commentaire : le présent article vise à abaisser de dix à cinq ans le seuil des peines permettant l'incrimination d'association de malfaiteurs afin de permettre de sanctionner pénalement la participation à des activités financières criminelles.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 450-1 du code pénal définit l'infraction de participation à une association de malfaiteur.

Il dispose que « *constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis de dix ans d'emprisonnement. La participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende* ».

L'association de malfaiteur doit donc avoir pour but de préparer soit une ou plusieurs infractions qualifiées par le code pénal de crime, soit une ou plusieurs délits punissables, en raison de leur gravité, de dix ans d'emprisonnement.

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, il s'agit du trafic de stupéfiants, du proxénétisme aggravé, des vols commis avec violence, des destructions dangereuses pour les personnes, de la corruption de fonctionnaires etc.

Toutefois, la législation française n'est pas adaptée à l'action commune adoptée par le Conseil européen le 21 décembre 1998, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, qui vise les actions criminelles organisées mettant en jeu « *l'association de plus de deux personnes agissant dans le but de commettre des crimes ou des délits punissables d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave* ».

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article vise à compléter l'article 450-1 précité afin de créer une nouvelle incrimination d'association de malfaiteurs, punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 francs d'amende, lorsqu'une personne participe à un groupement ou à une entente visant à préparer un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Le texte initial ne visait que les délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement figurant aux livres III et IV du code pénal, à savoir les infractions contre les biens et contre la nation ou la paix publique. L'Assemblée nationale a supprimé cette restriction en faisant remarquer qu'elle serait contraire à l'action commune précitée qui demande également d'incriminer la participation à des filières d'immigration clandestine.

Selon l'exposé des motifs, le présent article permettra de sanctionner pénalement non seulement l'association de malfaiteurs relative au blanchiment des capitaux, mais aussi celle relative à la participation à des activités financières criminelles, comme l'extorsion de fonds, l'escroquerie simple et aggravée, l'abus de confiance aggravé, le recel et tous les délits de faux utilisés pour les fraudes aux intérêts financiers de l'Union européenne.

Par ailleurs, dans la mesure où l'emprisonnement de quatre ans n'est pas prévu dans la législation française, le choix de cinq ans d'emprisonnement est celui qui se rapproche le plus de la recommandation de l'action commune précitée.

Votre commission approuve cette disposition.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 25 bis (nouveau)

Création d'une nouvelle infraction

Commentaire : le présent article vise à créer une nouvelle infraction consistant à ne pouvoir justifier ses ressources tout en étant en relations habituelles avec une personne participant à une association de malfaiteurs.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 222-39-1 du code pénal punit de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 francs d'amende le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant au trafic ou à l'usage de stupéfiants.

Ce dispositif permet, grâce à un allègement de la charge de la preuve, de poursuivre plus facilement les personnes qui se livrent au trafic de stupéfiants.

Sur l'initiative de notre collègue député Arnaud Montebourg, l'Assemblée nationale a voté un amendement visant à étendre ce dispositif aux personnes soupçonnées de participer à une association de malfaiteurs.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose d'insérer après l'article 450-2 du code pénal un article 450-2-1 qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 francs d'amende le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant aux activités visées à l'article 450-1 du code pénal (soit l'association de malfaiteurs).

Selon le Garde des Sceaux, cette mesure « *va permettre de sanctionner pénalement des personnes à l'encontre desquelles on ne peut apporter la preuve d'une participation à une association de malfaiteurs mais dont le train de vie et les relations habituelles avec un ou plusieurs membres*

d'une association de malfaiteurs laissent présumer leur implication dans cette association ».

Le dispositif proposé comporte cependant une différence majeure avec celui mentionné à l'article 222-39-1 du code pénal pour les personnes entretenant des relations avec des trafiquants de stupéfiants. En effet, ce dernier exige qu'une infraction ait été commise par les personnes avec qui l'inculpé a des relations.

Dans le présent article, la sanction concerne une personne ayant des relations avec une personne participant à une association de malfaiteurs. Or, le juge peut reconnaître l'existence d'une association de malfaiteurs sans qu'un crime ou un délit ait été commis.

Dans ce cas, il pourrait être abusif de pouvoir sanctionner quelqu'un parce qu'il avait des relations avec des personnes qui, même si elles sont accusées d'association de malfaiteurs, n'ont pas encore commis d'infraction.

Votre commission souhaite donc que le Garde des Sceaux fournisse lors de l'examen de ce texte en séance publique des explications et précisions complémentaires sur ce point.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 26

Sanction complémentaire en cas de condamnation pour blanchiment

Commentaire : le présent article vise à compléter les sanctions prévues en cas de délit de blanchiment en ajoutant la possibilité de recourir à la saisie et à la confiscation des biens des personnes condamnées pour ce délit.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 324-7 du code pénal énumère les onze peines complémentaires qui peuvent être infligées aux personnes physiques coupables de blanchiment.

Il s'agit de :

- l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ;

- l'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation ;

- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et d'utiliser des cartes de paiement ;

- la suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire ;

- l'annulation du permis de conduire avec l'interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;

- la confiscation d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné ;

- la confiscation d'une ou plusieurs armes dont le condamné est le propriétaire ou dont il a la libre disposition ;

- la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;

- l'interdiction des droits civiques, civils et de famille ;
- l'interdiction de séjour ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, de quitter le territoire de la République.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le premier paragraphe de cet article propose de compléter l'article 324-7 précité en ajoutant une douzième peine complémentaire qui autoriserait la confiscation de tout ou partie des biens du condamné, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, *divis* ou *indivis*.

Il convient de remarquer que la confiscation des instruments ou des produits d'un crime ou d'un délit est assez largement prévue. En revanche, celle portant sur un bien mobilier ou immobilier appartenant à la personne condamnée est beaucoup plus rare.

Elle existe en matière de crime contre l'humanité puisque l'article 213-1 du code pénal précise que les personnes physiques coupables de ces infractions encourent également la confiscation de tout ou partie de leurs biens.

De même, l'article 431-21 du même code prévoit la confiscation des biens mobiliers et immobiliers appartenant à ou utilisés par le groupe de combat ou l'association ou le groupement maintenu ou reconstitué.

Enfin, le deuxième alinéa de l'article 222-49 du même code prévoit qu'en cas de trafic de stupéfiants, la confiscation de tout ou partie des biens du condamné peut être prononcée, quelle qu'en soit la forme, meubles ou immeubles, *divis* ou *indivis*.

Le paragraphe II du présent article élargit le champ d'application de l'article 706-30 du code de procédure pénale qui fixe les règles relative à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions en matière de trafic de stupéfiants et prévoit des mesures conservatoires sur les biens de la personne mise en examen. Désormais, de telles mesures pourront également être prises à l'encontre des personnes physiques mises en examen pour blanchiment.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

DEUXIÈME PARTIE :
RÉGULATION DE LA CONCURRENCE

TITRE PREMIER :
MORALISATION DES PRATIQUES COMMERCIALES

ARTICLE 27 A (nouveau)

Dérogation à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles

Commentaire : le présent article tend à inclure dans la notion de progrès économique visé à l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la dimension de l'emploi en précisant que celui-là peut consister en la création ou le maintien d'emplois.

Cet article résulte de l'adoption, par l'Assemblée nationale, d'un amendement présenté par notre collègue député Jean-Yves Le Déaut, rapporteur pour avis du présent projet de loi au nom de la commission de la production et des échanges.

Il s'agit de préciser les conditions permettant de déroger à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles fixée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ces conditions sont fixées par l'article 10 de ladite ordonnance.

Article 10

Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8, les pratiques :

1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques, qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun, ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.

Une des conditions actuellement prévue par l'article 10 est que les auteurs de la pratique concertée justifient **que leur entente a pour effet d'assurer un progrès économique.**

L'Assemblée nationale a estimé que ces termes étaient très généraux, et que l'interprétation qui en faite aujourd'hui conduit à apprécier le progrès économique par rapport aux bénéficiaires dont peuvent en retirer les consommateurs.

Cette restriction a paru trop limitative à l'Assemblée nationale, notamment parce qu'elle ne prend pas en considération la justification d'un progrès économique au titre de la préservation de l'emploi.

Cet article vise donc à inclure dans le progrès économique visé à l'article 10 de l'ordonnance de 1986 précitée la dimension de l'emploi en précisant que celui-là peut consister en la création ou le maintien d'emplois.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 27 B (nouveau)

Dérogation aux autorisations nécessaires aux ventes réalisées par des associations caritatives ou des fondations

Commentaire : le présent article tend à modifier les dispositions de la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat qui concernent les ventes réalisées par des associations caritatives ou des fondations.

Cet article résulte de l'adoption, par l'Assemblée nationale, d'un amendement présenté par notre collègue député Germain Gengenwin.

L'auteur de l'amendement a en effet attiré l'attention sur un problème auquel peuvent se trouver confrontées des associations ou des fondations qui organisent des ventes de caractère caritatif, de manière à collecter des fonds pour financer leurs activités sociales.

Les ventes sont en effet soumises aux dispositions de la législation sur les ventes au déballage, en particulier à l'article 27-I de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, qui imposent de longues démarches pour obtenir les autorisations nécessaires.

C'est pourquoi le présent article propose de remplacer l'autorisation préalable, d'une part, par une simple déclaration adressée au maire de la commune, et, d'autre part, par une consultation des chambres de commerce et des chambres de métiers, dans les quinze jours précédant la vente, lorsque la surface de celle-ci n'excède pas 75 mètres carrés.

Il convient de noter que la commission des finances, de même que le gouvernement, ont émis un avis défavorable à cet amendement, arguant d'un risque de dérive. En effet, chaque association concernée doit être agréée, et détenir une carte permettant d'attester auprès du maire qu'il n'y a pas détournement de procédure. Le régime d'autorisation préalable permettrait donc de garantir un minimum de vérifications.

Votre commission n'est pas insensible à ces considérations de prudence, mais elle estime que l'existence d'abus ne saurait entraver les activités caritatives d'associations ou de fondations, ni surtout décourager le bénévolat.

Il est préférable, en effet, de sanctionner d'éventuels abus plutôt que d'interdire a *priori* l'exercice de certaines activités économiques et commerciales.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 27

Encadrement des annonces de prix promotionnels sur les fruits et légumes frais

Commentaire : le présent article vise à encadrer les annonces de prix promotionnels concernant des produits alimentaires périssables.

I. LE DISPOSITIF PROPOSÉ PAR LE GOUVERNEMENT

Le présent article tend à mettre fin à une des imperfections majeures du processus de formation des prix au sein de la filière des fruits et légumes frais, à savoir les annonces de prix promotionnels qui peuvent désorganiser gravement les filières agricoles.

L'actuel troisième alinéa de l'article 28 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence prévoit qu'un arrêté ministériel - ou, à défaut préfectoral - peut fixer la périodicité ou la durée des offres de prix promotionnels. Cet encadrement est défini pour chaque produit et concerne spécifiquement les promotions dont l'impact serait de nature à déstabiliser le marché.

Le gouvernement propose de compléter l'article 28 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 afin d'autoriser les organisations interprofessionnelles à conclure des accords interdisant, pour les périodes pendant lesquelles elles sont de nature à fausser l'équilibre du marché des fruits et légumes frais, les annonces de prix dans les catalogues ou sur tout autre support promotionnel. Ces accords interprofessionnels peuvent également encadrer les modalités de ces annonces de prix et être étendus par arrêté interministériel. A défaut de tels accords, les ministres compétents pourraient prendre par arrêté interministériel ces mesures.

II. LE DISPOSITIF ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Dans son rapport fait au nom de la commission des finances, notre collègue député Eric Besson estime que : « *globalement, le dispositif proposé par le gouvernement ne répond pas totalement aux difficultés rencontrées sur le marché des fruits et légumes frais dans la mesure où ce dispositif permet seulement de limiter la communication sur des prix promotionnels, lesquels ne se verraient pas plus encadrés qu'actuellement* ».

C'est pourquoi l'Assemblée nationale a complètement refondu le texte proposé par le gouvernement, en le radicalisant et en le modifiant sur les deux points suivants, contre l'avis du gouvernement sur le second point :

- les indications de prix et de l'origine du produit sont inscrites en caractères d'une taille égale en matière de publicité pour les produits alimentaires périssables ;

- les annonces de prix promotionnels sont interdites, sauf si un accord interprofessionnel le permet. Cet accord interprofessionnel peut être étendu par arrêté interministériel. Toute infraction à ce principe sera punie d'une amende de 100.000 francs ;

A la demande du gouvernement, ce dispositif n'a pas été étendu au commerce électronique dans la mesure où, sur le « Net », il est interdit de vendre un produit sans en spécifier le prix.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 27 bis (nouveau)

Fixation de prix minimum d'achat aux producteurs de fruits et légumes

Commentaire : le présent article tend à permettre aux ministres de l'économie et de l'agriculture de fixer, par arrêté, un prix minimum d'achat pour les fruits et légumes frais, en cas de crise.

Cet article, issu d'un amendement du gouvernement vise à insérer un article 71-1 après l'article 71 de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole.

Cet article permet au ministre de l'agriculture ainsi qu'au ministre chargé de l'économie, des finances et de l'industrie, après consultation du Conseil de la concurrence et de la Commission d'examen des pratiques commerciales, de rendre obligatoire, par arrêté interministériel, un prix minimal déterminé par un contrat conclu, pour une catégorie de fruits et légumes déterminée et pour une durée ne pouvant excéder trois mois, entre des organisations représentatives de la production et des distributeurs représentant 25 % ou plus des parts de marché. L'arrêté est pris pour une durée de validité ne pouvant excéder celle du contrat.

Il s'agit, au travers de ce dispositif, de donner une garantie aux producteurs de fruits et légumes frais en fixant un prix minimum en cas de crise grave susceptible de porter atteinte à l'existence même des exploitants.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 27 ter (nouveau)

Exigence d'un contrat écrit pour la rémunération de services spécifiques rendus par les fournisseurs.

Commentaire : le présent article propose d'étendre l'extension de l'exigence d'un contrat écrit aux rémunérations de services spécifiques des fournisseurs à leurs clients.

L'article 33 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 oblige tout producteur, prestataire de services ou vendeur de marchandises (grossistes ou importateurs) à communiquer à tout acheteur ou demandeur qui le désire, son barème de prix et ses conditions de vente. Ces dernières précisent notamment les conditions de règlement prévues et les pénalités de retard éventuellement applicables.

Un alinéa suivant, résultant d'une loi du 29 janvier 1993, dispose que « *les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties* ».

Un amendement de nos collègues députés Le Déaut, Charié et Daniel, présenté au nom de la commission de la production et voté par l'Assemblée nationale, est venu étendre cette obligation à tout client d'un quelconque fournisseur.

Il convient de rappeler ici que l'article 33 prévoit que toute infraction à ces dispositions est punie d'une amende de 100.000 francs !

Notre collègue député Le Déaut a fait valoir, en défendant cette proposition, que la « *coopération commerciale* » commence à être pratiquée par des entreprises qui ne sont pas des distributeurs, notamment certains grossistes.

Mais les auteurs de l'amendement n'ont sans doute pas bien mesuré que le champ d'application de leur texte dépassait, de loin, celui de la coopération commerciale.

N'importe quelle livraison payante de produits au domicile d'un particulier, par exemple, considérée comme la rémunération d'un service spécifique rendu par un fournisseur à son client, devrait faire l'objet, à peine d'une amende de 100.000 francs, d'un contrat en double exemplaire détenu par chacune des parties.

Une telle extension est à l'évidence excessive et, à ce titre, difficilement praticable.

Il aurait fallu, à tout le moins, remplacer le terme « client », beaucoup trop général, par celui, par exemple de vendeur ou préciser qu'il s'agit de relations entre professionnels.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 27 TER

Modification de l'intitulé du titre IV du livre IV du code de commerce

Commentaire : le présent article additionnel tend à compléter l'intitulé du titre IV du livre IV du code de commerce afin de prendre en considération le fait que les abus de dépendance peuvent ne pas porter atteinte à la concurrence sur un marché.

Le titre IV du livre IV du code de commerce traite de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées.

Pour des raisons indiquées dans le commentaire de l'article qui suit, il semble nécessaire de préciser que ce titre, en son chapitre II, concerne aussi les abus de dépendance qui ne sont pas évoqués, au chapitre III, parmi les autres pratiques prohibées, et ne sont pas non plus nécessairement restrictives de concurrence.

L'intitulé du titre IV se lirait, suivant l'amendement de votre commissions « *de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et des abus de dépendance, et d'autres pratiques prohibées* ».

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 27 TER

Modification de l'intitulé d'un chapitre du code de commerce

Commentaire : le présent article additionnel tend à compléter l'intitulé du chapitre II du titre IV du livre IV du code de commerce qui traite de la liberté des prix et de la concurrence.

L'intitulé de cet article laisse à penser que le chapitre II ne traite que de pratiques restrictives de concurrence. Or, tel que modifié par le présent projet de loi, il concerne également, en son article L. 442-6 (voir article 29), les abus de dépendance qui peuvent affecter les relations bilatérales entre un distributeur et l'un de ses fournisseurs sans qu'il y ait nécessairement d'atteinte à la concurrence sur un marché.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE 28

Commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles

Commentaire : le présent article vise à créer une commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre les fournisseurs et les distributeurs.

I. LES RAISONS D'ÊTRE DE L'INSTANCE CRÉÉE

A. UN DES ARTICLES LES PLUS IMPORTANTS

Par ses ambitions et les espoirs qu'il suscite, cet article qui crée une commission d'examen des pratiques commerciales est, incontestablement, l'un des plus importants du présent projet de loi.

Comme l'ont montré de nombreuses analyses récentes, la concentration et les performances de la grande distribution française affectent désormais autant ses relations avec ses fournisseurs que la situation des petits commerçants indépendants.

Cinq « super centrales d'achats » contrôlent, en effet, en France la vente de plus de 90 % des produits de grande distribution. Les rapports entre producteurs et distributeurs ressemblent donc bien, selon l'image utilisée par notre collègue député Jean-Yves Le Déaut au passage dans le « goulet d'étranglement » d'un sablier. Le consommateur changeant plus facilement de produit que de magasin, c'est désormais le distributeur qui domine le fournisseur.

Ainsi sont apparues des situations de dépendance économique des fournisseurs dont certains distributeurs ont, inévitablement, pu être tentés d'abuser.

B. UN DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE MAL ADAPTÉ ?

Or, le droit français classique de la concurrence s'avérait peu adapté à la lutte contre ce type d'abus de dépendance économique aussi appelé « abus

de puissance d'achat » : ceci avait été mis en évidence dès 1985 par la commission de la concurrence. La loi « Galland » du 1^{er} juillet 1996 sur « l'équilibre et la loyauté commerciale » a tenté d'y remédier de plusieurs façons :

- la suppression, sauf exception, de l'interdiction du refus de vendre (article 30 de l'ordonnance de 1986) était censée permettre aux fournisseurs de résister aux pressions commerciales de certains revendeurs ;

- déjà prohibée depuis 1963, la revente à perte a été redéfinie, afin de protéger fournisseurs et petits commerçants des effets supposés dévastateurs d'une guerre des prix considérée comme excessive. Le prix de référence est désormais le prix unitaire figurant sur la facture, ce qui signifie que les réductions accordées doivent être directement liées à l'opération de vente. Les infractions à ces règles sont sanctionnées pénalement (article 32 de l'ordonnance de 1986) ;

- enfin, la loi « Galland » a défini trois nouveaux cas d'abus de dépendance économique passibles d'une sanction civile, insérés dans le titre IV de l'ordonnance relative aux pratiques restrictives de concurrence. Il s'agit de l'obtention, sans contrepartie, d'un avantage préalable à la passation d'une commande, de l'extension, sous la menace d'une rupture des relations commerciales, d'avantages exorbitants, ou encore d'un arrêt total, sans préavis, de ces relations.

L'article 8, figurant dans le titre III de l'ordonnance qui, lui, protège le marché plutôt que les concurrents, interdisait déjà de son côté, l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, aussi bien que d'une position dominante.

L'analyse de l'article 28 du présent projet de loi est donc à rapprocher de celles de ses articles 29, 31 *sexies*, 32 *bis* et 32 *ter* qui traitent également de l'abus de puissance d'achat et modifient, sur ce point, les dispositions qui viennent d'être évoquées, de l'ordonnance de 1986.

Si les dispositions de la loi « Galland » relatives à l'interdiction de la revente à perte ont été, dans l'ensemble, respectées, celles concernant la lutte contre l'exploitation abusive de situation de dépendance économique ou de puissance d'achat ont été en revanche contournées, et cela, bien que les personnes physiques ayant pris part à de telles pratiques soient passibles, selon l'article 17 de l'ordonnance, de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement.

Les raisons qui peuvent être avancées sont triples :

❶ Il s'agit tout d'abord des lacunes du dispositif juridique tout d'abord. Les dispositions de l'article 8-2 de l'ordonnance ont été interprétées de façon stricte par le Conseil de la concurrence, avec l'approbation de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation. De nombreux critères convergents¹ sont à prendre en considération notamment l'importance des liens distributeurs - fournisseurs qui doit résulter d'une contrainte et non d'un choix stratégique². Bien sûr, les effets sur la concurrence des abus constatés doivent, en outre, être avérés et significatifs, s'agissant du titre III (pratiques anticoncurrentielles) de l'ordonnance. En ce qui concerne le titre IV (pratiques restrictives), l'article 36 permet, en revanche, de s'abstraire des effets sur le marché.

De plus, la loi « Galland » a autorisé le ministre au nom de la défense de l'ordre public économique, à se substituer aux victimes, parfois « paralysées » par la crainte de représailles de leur client (voir infra), pour demander au juge civil, par une action en référé ou au fond, non seulement la cessation des pratiques abusives mais la réparation du préjudice subi. La jurisprudence³ lui a cependant dénié la possibilité d'obtenir l'annulation des conventions en cause et le reversement des sommes indûment versées. Son action a été ainsi rendue, progressivement inopérante, puisqu'il ne peut plus se voir accorder que la cessation des pratiques litigieuses, qui généralement a déjà eu lieu lorsque le jugement est prononcé !

Comme le souligne Louis Vogel, « *la puissance d'achat n'est ainsi appréhendée à sa juste mesure ni par le droit des ententes, ni par celui de la position dominante, ni par celui de l'abus de dépendance pourtant introduit à cet effet dans l'ordonnance de 1986... La jurisprudence a posé de telles conditions à la mise en œuvre de ce dispositif qu'il est quasiment resté lettre morte* »⁴.

Mais la jurisprudence n'est pas seule en cause !

❷ La deuxième raison de l'échec de la loi « Galland » en matière de lutte contre l'exploitation abusive de situations de dépendance économique tient aux effets pervers du durcissement de l'interdiction de la revente à perte. Ainsi que le souligne notre collègue député Jean-Yves Le Déaut dans son rapport d'information précité, cette loi, en encadrant strictement la marge « avant » des clients des fournisseurs a reporté sur leur marge « arrière » (hors facture d'achat ou de vente) la négociation des conditions de différentes remises ou ristournes, non directement liées à la vente (promotions sans stock par exemple) ainsi que celle de la rémunération de ce que l'on appelle la

¹ Affaire Cora, Conseil de la concurrence, 8 juin 1993.

² Arrêt de la Cour d'appel du 8 octobre 1999, SARL Charpentier contre GIE Elis.

³ Cour d'appel de Paris, 9 juin 1998, ITM.

⁴ Numéro de janvier 2000 du bulletin de l'ILEC.

« coopération commerciale » (publicité des produits sur le lieu de vente ou auprès de ses clients).

Cette coopération parfois aussi dénommée « participation publicitaire » peut apporter, quand elle est légale, des services incontestables aux fournisseurs.

Mais elle a donné lieu, en pratique, à des dérives qui en font, actuellement, le point le plus sensible des relations commerciales. Les distributeurs ne pouvant plus peser sur les prix inscrits sur la facture de vente ont tenté d'obtenir des avantages équivalents en se montrant de plus en plus exigeants dans la négociation de leur marge « arrière ».

Pourtant, dès avant la loi « Galland », deux circulaires (circulaire « Scrivener » du 10 janvier 1978 et « Delors » du 22 mai 1984) avaient tenté d'encadrer la coopération commerciale. La rémunération de celle-ci devait être justifiée et correspondre à des services réels auxquels elle devait être proportionnée.

Mais ces dispositions sont restées inappliquées et la coopération commerciale est devenue, depuis la loi « Galland », le domaine dans lequel se produisent sans doute le plus grand nombre d'abus de puissance d'achat et de dépendance économique.

Il y a eu une dérive à la fois des prix et du contenu de cette coopération. Les abus consistent, par exemple, à faire payer au fournisseur le référencement¹ d'un produit sans engagement, en contrepartie du distributeur, à imposer aux producteurs pour l'emballage de leurs marchandises, des prestataires de services, liés aux revendeurs, à des prix déterminés...

Peut-être la loi et la réglementation actuelles ne définissent-elles pas de façon assez précises ces pratiques ce qui expliquerait les dispositions nouvelles proposées, notamment, par l'article 29 du présent projet.

Mais il est impossible de toutes les recenser et beaucoup d'entre elles pourraient être sanctionnées si les textes actuels étaient appliqués.

❸ S'ils ne le sont pas, et c'est là le troisième et peut-être le principal facteur de l'échec du texte de juillet 1996, en même temps que la raison d'être du présent article, c'est à cause du contexte particulier dans lequel ces pratiques peuvent se dérouler. Dans la situation de dépendance dans laquelle elles se trouvent vis-à-vis des distributeurs, les victimes n'osent pas se porter elles-mêmes partie civile ni même signaler à l'administration les pratiques

¹ *Le système français de distribution centre le référencement sur l'octroi, par le fournisseur, de contreparties financières et la réalisation de promotions commerciales par le revendeur.*

qu'elles subissent. Le feraient-elles d'ailleurs que le ministre n'obtiendrait au mieux, comme il a été vu, que le droit trop tardif de les faire cesser alors qu'elles ont déjà produit leurs effets. Les fournisseurs prendraient ultérieurement dans ce cas le risque d'un déréferencement total ou partiel de leurs produits, voire d'une rupture des relations commerciales, sans le moindre prétexte qui pourrait se présenter.

Il apparaît nécessaire, dans ces conditions, à tout le moins de mieux identifier les pratiques commerciales abusives, et si possible, de les faire reculer par la concertation et pas seulement par une répression inévitablement difficile à mettre en œuvre. C'est ce que quoi tend le présent article.

II. LA MATURATION DE LA PROPOSITION DE CRÉATION D'UNE COMMISSION

A. LES TRAVAUX DE LA MISSION D'INFORMATION DE NOTRE COLLÈGUE DÉPUTÉ JEAN-PAUL CHARITÉ

Parmi les principales conclusions des travaux de la mission d'information présidée par notre collègue député Jean-Paul Charité, reprises, en janvier 2000, dans le rapport de notre collègue député Jean-Yves Le Déaut sur l'évolution de la distribution, figurait la mise en place d'une commission d'arbitrage des pratiques abusives (CAPA).

Son objectif aurait été de régler, **de façon non contentieuse**, des litiges bilatéraux (sur l'application des conditions générales de vente, les termes d'un contrat, les mentions d'une facture...). Mais elle aurait été à même, à cette occasion, d'apprécier l'existence d'abus de dépendance ou de pratiques discriminatoires ou restrictives, interdits par l'ordonnance de 1986. Quant à sa composition, il était écrit qu'elle devait comprendre, à parité, des représentants des fournisseurs et revendeurs, ainsi que de l'Etat et du Conseil de la concurrence et aussi, éventuellement, d'anciens magistrats. Ses possibilités de saisine auraient été très larges, tout en ménageant la confidentialité des recours, car ouvertes tant à n'importe quelle partie qu'à l'administration ou au Conseil de la concurrence, avec, en outre, une faculté d'autosaisine.

Cette commission aurait pu rendre un avis interprétant le droit, saisir les tribunaux ou le conseil de la concurrence ou, enfin, émettre des recommandations, rendues publiques par le ministre de l'économie, à l'instar de la commission des clauses abusives (art L. 132-4 du code de la consommation).

La mission d'information précitée estimait que cette commission devait être associée au Conseil de la concurrence auquel il reviendrait parfois, pour éviter un contentieux, d'exercer un rôle de médiation. La médiation, est-il écrit dans le rapport - « *ne contraint pas en droit les parties et les décisions d'un médiateur ne sont pas une source de droit* ».

En clôturant les assises de la distribution à Bercy, le 14 janvier 2000, le Premier ministre, M. Lionel Jospin, avait annoncé la création rapide, par décret d'une commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs, à laquelle la loi aurait conféré ensuite l'autorité qui lui était nécessaire. Sa mission, avait-il déclaré, devait être de faire la clarté sur les abus constatés et de mettre en valeur les bons usages commerciaux sous forme de recommandations et l'avis. Elle remettrait chaque année, au ministre chargé du commerce, un rapport transmis au Parlement.

B. LE RECOURS AU LÉGISLATEUR

La loi a finalement précédé le décret. On pouvait espérer qu'elle dissiperait le flou juridique qui paraissait entourer quelque peu la conception des missions que devait exactement exercer cette commission.

La création d'une commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs, est évoquée, d'entrée, par l'exposé des motifs du projet de loi gouvernemental.

La commission doit contribuer à la réalisation des deux principaux objectifs du titre premier de la deuxième partie du texte, relatif à la moralisation des pratiques commerciales. Il s'agit :

- de mieux identifier les abus,
- de favoriser l'amélioration des pratiques dans leur ensemble.

A cette fin, la commission est chargée :

- de « suivre », l'évolution de la distribution et des relations entre producteurs et distributeurs.

- de mettre en valeur, en associant à leur définition les opérateurs concernés, les « *bons usages commerciaux* » reprenant ainsi les termes même du discours de Bercy du Premier ministre..

Elle doit publier des recommandations et des avis ainsi qu'un rapport annuel.

Le texte même de l'article 28 charge effectivement la commission d'un double rôle :

- un rôle « d'observatoire », d'une part, des pratiques et des contrats,
- l'émission, d'autre part, d'avis et de recommandations, dont la portée juridique n'est pas précisée, sur les relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs et sur le développement des bonnes pratiques.

L'idée du rapport public annuel est retenue.

Les possibilités de saisine sont larges (auto-saisine ou saisine par le ministre de l'économie ou toute personne morale intéressée y compris des organisations professionnelles et des associations de consommateurs).

Bien que la question doive être précisée par décret, il est indiqué que la commission comprend :

- des membres des **juridictions administratives et judiciaires**,
- des **personnalités qualifiées**.

Les principales différences entre le texte initial du gouvernement et les recommandations du rapport précité de notre collègue Jean-Yves Le Déaut sont les suivantes :

- il n'est pas question d'arbitrage ou d'interprétation de l'ordonnance de 1986, ni de saisine des tribunaux, ni de relations particulières avec le Conseil de la concurrence (la commission et le conseil ne peuvent se saisir mutuellement) ;

- l'article 28 est du reste introduit dans le titre IV de l'ordonnance (à l'article 30) qui concerne la transparence commerciale et les pratiques restrictives de concurrence. Or, ce domaine relève davantage du juge civil ou commercial que du Conseil, dont le Président peut toutefois saisir les juridictions compétentes s'il constate une infraction à l'article 36 à l'occasion de l'examen d'affaires de son ressort.

C. LES APPORTS DES DÉBATS À L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Plusieurs modifications ont été apportées à la rédaction gouvernementale initiale par l'Assemblée nationale à la suite de l'adoption d'un amendement co-signé notamment par nos collègues députés Jean-Yves

Le Déaut et Jean-Paul Charié, reprenant et complétant les propositions de la mission d'information précitée, dont ils avaient été, respectivement, le rapporteur et le Président.

Certaines ne sont pas inutiles telles celle de nature à rassurer les intéressés, précisant que représentants des producteurs et des revendeurs sont en nombre égal, ou celle confiant sa présidence à un magistrat.

D'autres sont plus discutables comme la présence en son sein de parlementaires qui risquent ainsi de se retrouver mêlés ainsi à des affrontements « corporatistes ».

Le gouvernement, par un sous-amendement, a supprimé la possibilité pour la commission « *d'assurer une médiation à des parties en litige ou de proposer aux parties de porter à l'arbitrage leur litige selon les règles prévues par le code de la procédure civile* ».

Elle n'en demeure pas moins habilitée à « *donner des avis ou formuler des recommandations sur différents documents* » « *y compris des contrats* », **l'avis rendu pouvant porter**, notamment « *sur la conformité au droit* » de la pratique ou du document dont elle est saisie.

Bien qu'il ne soit plus question pour elle, comme l'envisageait le rapport de notre collègue député Jean-Yves Le Déaut, de saisir les tribunaux, elle n'en pourrait pas moins diligenter une enquête des agents de la DGCRF.

Cette possibilité de dire le droit et d'enclencher des investigations préjuridictionnelles semble en contradiction avec l'anonymat des saisines et des personnes concernées, sur lequel les rédacteurs de l'amendement adopté insistent pourtant. Elle implique en effet le respect des droits de la défense donc l'identification des parties.

Il est à noter, d'ailleurs, que la commission s'appelle désormais commission **d'examen** des pratiques commerciales et plus seulement commission des pratiques et des relations commerciales.

III. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION

A. QUEL RÔLE POUR LA COMMISSION ?

En sa rédaction actuelle, le projet soumis au Sénat peut sembler ainsi confier à la commission un office véritablement juridictionnel, sous couvert

d'avis individuel, même si les termes « médiation » ou « arbitrage » ne sont plus utilisés. L'avis rendu peut, en effet, porter sur la conformité au droit d'un contrat dont une partie, auteur de saisine, estime que son application lui porte préjudice.

Cette nature juridictionnelle oblige le législateur à respecter les garanties fondamentales de bonne justice, notamment la connaissance de l'adversaire et le respect des droits de la défense (en application notamment, de la Convention européenne des droits de l'homme), étant rappelé que les droits de la défense sont reconnus en France comme un principe de valeur constitutionnelle.

Selon les avis recueillis par votre rapporteur, le « principe de confidentialité des recours » posé par les députés dans le texte soumis au Sénat « ne peut être traduit en droit », étant donné la « montée en puissance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui *« implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause »*.

Les avis de la commission des clauses abusives -prise pour référence- dès lors qu'ils portent sur un litige individuel, deviennent gouvernés par le principe de contradiction et des droits de la défense.

Le gouvernement attend de la commission qu'elle joue un rôle d'observatoire et d'incitateur à l'élaboration d'un code de bonne conduite commerciale.

Il ne semble pas, pour lui, qu'il soit nécessaire qu'elle se prononce, à cette fin, sur des litiges à caractère particulier. Des recommandations à portée générale seraient suffisantes.

Les députés semblent en revanche demeurer attachés à ce que la commission fournisse aux entreprises une interprétation du droit, faisant autorité, à partir de l'examen de cas concrets.

Cependant, notre collègue député Jean-Yves Le Déaut, co-auteur de l'amendement adopté par l'Assemblée nationale, reconnaît dans son rapport pour avis qu'il est interdit de soumettre à l'arbitrage des litiges portant sur des dispositions d'ordre public, ce qui est le plus souvent le cas en matière de pratiques restrictives de concurrence¹. De plus, l'usage du terme « arbitrage » est abusif, car ce mode de résolution des conflits suppose l'accord des cocontractants sur la mission des arbitres et sur les règles qu'ils appliquent.

¹ Il est donc en recul sur ce point, sur les conclusions de la mission d'information.

Les professionnels auditionnés par votre rapporteur semblent placer beaucoup d'espoirs dans cette commission. Les parties en présence (distributeurs, petits et gros producteurs) paraissent, en effet, souhaiter mettre en place un lieu de discussion où ils pouvant contribuer à améliorer leurs relations commerciales, conformément à une volonté qui leur est, en apparence, commune.

Le tout est de concilier la recherche d'une meilleure connaissance des pratiques en cause et leur amélioration.

Identifier les abus requiert l'anonymat des saisines et le respect du secret professionnel, sans quoi la crainte de représailles risque de paralyser les victimes.

Améliorer les pratiques peut exiger davantage que de la bonne volonté ou la publication de recommandations de portée générale. Une certaine dissuasion à l'égard des coupables (enquête, action devant les tribunaux...) est inévitable mais faut-il y faire participer la commission, plutôt que de se contenter de laisser agir le ministre et les juridictions de droit commun ?

B. DEUX CONCEPTIONS DU RÔLE DE LA COMMISSION

En réalité deux conceptions de la commission sont possibles :

- **Se contenter de créer un simple observatoire** qui serait en même temps un forum où pourraient discuter ensemble représentants des distributeurs et des fournisseurs. Il faudrait, à ce moment-là, se rapprocher de la rédaction initiale du gouvernement en conservant les ajouts utiles des députés (producteurs et distributeurs sont représentés à parité, la commission est présidée par un magistrat). Il devrait alors être précisé, dans le texte de la loi, que « *la commission ne se prononce pas sur des litiges à caractère particulier* ». Un lien avec le Conseil de la concurrence serait nécessaire (possibilité de saisine mutuelle en cas d'infraction portant à la fois sur les titres III et IV de l'ordonnance). Le risque serait que cela ne suffise pas à améliorer les pratiques observées, les recommandations de la commission, par leur généralité, n'incitant pas les auteurs d'abus à changer leur comportement et les professionnels se contentant de confronter leurs points de vue. Chacun continuerait à « camper sur ses positions ». **La commission serait un exutoire, pas un remède.**

- **Si la conception, plus ambitieuse, des députés est retenue**, il importe de bien distinguer les avis et recommandations de portée générale du traitement des litiges à caractère particulier impliquant, comme devant la

commission des clauses abusives, le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense.

Il faudrait alors créer au sein de la commission un collège de magistrats et d'experts chargés, exclusivement, de régler les cas individuels, de diligenter une enquête ou de saisir le Conseil de la concurrence, voire les tribunaux.

Ces mêmes personnes compétentes devraient, par ailleurs, préparer, à partir d'exemples fréquemment observés, sans que les parties en cause puissent être identifiées, les avis et recommandations, de portée générale, soumis à la délibération de l'assemblée plénière, à laquelle seraient associés alors les représentants des professionnels.

Votre commission vous propose le choix de cette seconde orientation. Tel est l'objet de la nouvelle rédaction qui vous est proposée par amendement.

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

ARTICLE 28 bis (nouveau)

Prohibition des ententes réalisées par l'intermédiaire d'une société implantée hors de France

Commentaire : le présent article vise à permettre une application extraterritoriale des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles.

Le présent article est issu d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale à l'initiative de notre collègue député Jean-Paul Charié.

Il vise à préciser que l'interdiction des ententes prévue par l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'étend à celles réalisées par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France.

L'Assemblée nationale a en effet estimé que cette précision est dans l'esprit du présent projet de loi qui prévoit notamment que les sanctions pécuniaires infligées par le Conseil de la concurrence seront proportionnées au chiffre d'affaires mondial.

Il convient de préciser que le gouvernement, qui s'en est remis à la sagesse de l'Assemblée nationale, a fait observer que cette disposition ne paraissait guère utile, les pratiques anticoncurrentielles susceptibles de produire des effets en France sont couvertes par des dispositions actuelles.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 28 ter (nouveau)

Obligation d'une lettre de change en cas de paiement à plus de 45 jours

Commentaire : le présent article rend obligatoire la fourniture, aux frais de l'acheteur, d'une lettre de change ou d'un effet de commerce en cas de délai de paiement supérieur à 45 jours.

I. LA SITUATION ACTUELLE

« *L'excessive longueur des délais de paiement entre les entreprises est un mal de l'Europe du Sud* » souligne le rapport sur l'évolution de la distribution de notre collègue Le Déaut : ces délais dépassent, en moyenne, 60 jours en France, pour les PME, alors qu'ils sont inférieurs à 30 jours en Allemagne et en Grande-Bretagne).

La distribution a longtemps été, dans notre pays, un secteur sous-capitalisé assurant la promotion sociale de petits entrepreneurs dont le métier, disaient-ils, était non pas tellement de vendre que d'acheter.

Le développement de leurs activités était facilité par le recours presque systématique au crédit-fournisseur qui demeure aujourd'hui encore plus répandu chez nous que chez certains de nos voisins.

Pendant longtemps, rien n'a été prévu dans la loi en ce qui concerne la détermination **du moment** de la réalisation du paiement. Le Code civil se contentant de rappeler l'obligation de l'acheteur de payer « *dans le temps où doit se faire la délivrance* » ou « *au jour réglé par la vente* » (le lieu du paiement étant défini de façon identique par les articles 1650 et 1651 du Code civil).

Le législateur est intervenu une première fois, en 1985, en ce qui concerne les achats de produits alimentaires périssables et de boissons alcooliques, en imposant des délais de paiement minima, plus courts que ceux que les grandes surfaces réussissaient à obtenir, afin de protéger ainsi de leur concurrence les petits commerçants indépendants.

Une deuxième intervention du législateur, en 1992, s'est attaquée au problème de la généralisation des retards de paiement entre entreprises. Elle a

révélé une divergence de vues entre le Sénat, qui estimait que la loi ne devait intervenir que pour sanctionner les retards en laissant les partenaires libres de fixer contractuellement les dates de règlement, et l'Assemblée nationale, selon laquelle ces dates devaient être déterminées dans les conditions générales de vente (qui sont maîtrisées par les fournisseurs).

Trois articles de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 traitaient des délais de paiement :

- l'article 31 qui indique que la facture doit mentionner la date à laquelle le règlement doit intervenir et préciser les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date ultérieure ;

- l'article 33 qui prévoit, entre autres, des pénalités (d'un taux égal à au moins une fois et demie le taux d'intérêt légal) applicables lorsque les sommes dues sont versées après la date prévue ;

- enfin, l'article 35 précisant les délais de paiement minima relatifs aux denrées périssables et aux alcools, qui, sauf pour les vins, sont généralement respectés.

Ce problème a fait l'objet d'une directive européenne publiée le 29 juin.

Celle-ci régleme toutes les transactions commerciales, qu'elles soient effectuées entre des entreprises privées ou publiques ou entre des entreprises et des pouvoirs publics.

D'inspiration plutôt libérale, celle-ci prévoit un délai de paiement normal de trente jours, sauf dispositions contractuelles contraires, et de 60 jours au maximum, pour certaines catégories de contrats, à définir par la législation nationale.

Les Etats membres doivent veiller à mettre en place des moyens « appropriés et efficaces » de réparer les abus manifestes commis à l'égard des créanciers, plus favorables -s'ils le souhaitent- à ces derniers que ceux que nécessite la mise en conformité avec la directive.

Sauf disposition contraire figurant dans le contrat, le taux d'intérêt légal pour retard de paiement doit être celui de la Banque centrale européenne (BCE) majoré d'un minimum de sept points.

Il n'est plus question, comme cela avait été évoqué un moment devant le Parlement européen, de lettre de change, garantie par un établissement de crédit et précisant la date de paiement, en cas de délai contractuel de plus de 60 jours.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article proposait d'insérer dans l'ordonnance de 1986 un nouvel article 34-1 qui anticipait la transposition en droit français de certaines de ces propositions du Parlement européen, alors que la directive n'avait pas encore été adoptée.

Il allait d'ailleurs encore plus loin en exigeant une lettre de change au bout non pas de 60 mais de 45 jours (alors que nos délais de paiement sont parmi les plus longs d'Europe, ce qui aurait rendu l'application de cette mesure d'autant plus difficile) et en prévoyant, surtout, l'application automatique de pénalités de retard si le délai de la lettre dépassait celui du contrat.

Comme en 1992, le Sénat souhaite que les partenaires commerciaux puissent disposer d'un maximum de liberté dans la négociation de leurs contrats, sous réserve, naturellement, de la sanction d'éventuels manquements aux obligations qui en résultent.

Il n'a pas paru raisonnable à votre commission d'anticiper une intégration - qui était loin d'être acquise - à la future directive de propositions du Parlement européen dont la mise en pratique risquait, en outre, de soulever de sérieux problèmes d'application.

L'expérience lui a donné raison ! Mais la directive, il est vrai, autorise les Etats-membres à aller plus loin dans la protection des créanciers que les normes qu'elle définit. Cependant, par son caractère automatique, l'exigence d'une lettre de change, en cas de dépassement d'un délai largement inférieur à ceux couramment pratiqués aujourd'hui, créerait une « paperasserie » considérable.

Elle ne contribuerait certainement pas dans l'immédiat - au contraire ! - à fluidifier les relations commerciales. Peut-être même irait-elle, dans un premier temps, à l'encontre de son objectif de raccourcissement des délais de paiement, les banques risquant de se trouver débordées par le flot des demandes d'émissions de lettres et d'effets émanant d'acheteurs qui préféreraient disposer d'un délai supérieur à 45 jours, avec l'accord de leurs fournisseurs (la modification des pratiques commerciales se heurte toujours à une lourde inertie).

En outre, l'escompte a un coût : les frais de mobilisation de milliers de lettres de change et d'effets de commerce risqueraient d'être répercutés dans les prix à la consommation et d'avoir un effet inflationniste.

Dans la pratique actuelle, il est relativement facile à une PME disposant d'une créance, qui figure dans ses livres de comptes, sur un grand distributeur, d'obtenir de son banquier l'octroi de la somme correspondante, dans des conditions plus souples.

Il n'en demeure pas moins nécessaire de sanctionner les retards de paiement.

Pour toutes ces raisons, votre commission vous propose la reprise d'un amendement du gouvernement, retiré au cours de la discussion du projet à l'Assemblée nationale, qui se contentait d'aggraver la sanction des retards de paiement, conformément à ce qui est devenu maintenant la norme européenne (c'est-à-dire le taux d'intérêt de la banque centrale majoré de sept points).

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

ARTICLE 29

Pratiques commerciales abusives : définition et sanctions par le juge

Commentaire : le présent article vise à préciser la rédaction de l'article 36 de l'ordonnance de 1986 en ce qui concerne la notion de pratiques abusives, la nullité de certaines clauses illicites et l'extension des prérogatives des pouvoirs publics devant les juridictions

I. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Cet article **complète**, surtout, et **retouche** aussi, légèrement, la rédaction de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relatif aux pratiques abusives qui, sans porter nécessairement atteinte au jeu de la concurrence sur le marché (il s'agit des pratiques restrictives visées au titre IV) exposent leurs auteurs, par le préjudice causé à leurs partenaires, à la sanction du juge civil ou commercial.

De son côté, l'article 8-2 de l'ordonnance précitée prohibe, sous le contrôle du Conseil de la concurrence, les abus de dépendance économique qu'il définit sommairement¹ en tant que pratique anticoncurrentielle (titre III).

Mais cette interdiction s'étant révélée, dans la pratique, relativement inopérante², le législateur a préféré utiliser l'arme de l'article 36 pour lutter contre les abus en cause.

Il l'a fait, une première fois, en 1996, en définissant de nouveaux cas passibles de sanctions.

Il utilise aujourd'hui une nouvelle fois ce procédé.

Ainsi, le 1^o de cet article insère³ dans le texte de l'article 36 précité de l'ordonnance de nouvelles dispositions à visée particulièrement large.

Le a) concerne non seulement la « *fausse coopération commerciale* » mais tout avantage ne correspondant pas à un service rendu, ou

¹ Voir commentaire de l'article 32 bis du présent projet.

² Voir commentaire de l'article 28.

³ Ces dispositions se substituent à celles, qui n'avaient rien à voir, supprimées au 2. de l'article 36 (il s'agissait du refus de vendre).

disproportionné par rapport à ce service, qu'un partenaire pourrait obtenir ou tenter d'obtenir.

La généralité du a) conduit à s'interroger sur l'opportunité du b) qui évoque d'autres cas -s'il en existe !- de conditions commerciales ou obligations « *injustifiées* » (c'est-à-dire sans contrepartie). Mais il y est cependant nommément fait référence à la notion « *d'abus de dépendance* » jusqu'alors absente du texte de l'article 36, mais mentionnée à l'article 8 et commentée, de ce fait, dans la doctrine et la jurisprudence.

Cette dernière avait, notamment, bien dissocié¹ la notion d'abus de dépendance de celle de rupture brutale sans préavis dont le 2° précise qu'elle peut être sanctionnée même si elle n'est que partielle.

Le 3° de l'article proposé précise dans quelles conditions il faut désormais que soit respectée une durée minimale déterminée par des accords interprofessionnels ou, à défaut, par des arrêtés du ministre chargé de l'économie. Ces derniers peuvent, en outre, « *encadrer (sic) les conditions de rupture des relations commerciales* ». Les députés ont ajouté que la durée minimale de préavis devait être doublée, s'agissant de produits sous marque de distributeur.

Il est à espérer que ces dispositions incitent les partenaires à négocier et à parvenir à des accords pour éviter ce qui constituerait un véritable retour en force du dirigisme et de l'économie administrée !

Le 4° insère dans l'article 36 trois nouveaux alinéas tendant à préciser les dispositions illicites qui exposent les clauses ou contrats les contenant à l'annulation par les tribunaux.

Il s'agit d'avantages consentis **rétroactivement** (remises, ristournes ou accords de coopération commerciale) ou **préalablement** à leur contrepartie (accès au référencement préalable à la passation de tout commande).

Il faut souhaiter que la Commission des pratiques commerciales instituée par l'article 28 fasse reculer ce genre de pratiques dont l'impunité actuelle tient à la loi du silence qui les entoure.

C'est pourquoi le 5° du texte de cet article prévoit que le ministre chargé de l'économie puisse se substituer aux victimes, inhibées par la crainte de représailles de leurs puissants partenaires, pour obtenir du juge civil ou commercial un certain nombre de dispositions.

Cependant, autant il est légitime que les tribunaux puissent lui accorder, en tant que garant de l'ordre public économique, la cessation

¹ Décision du 8 octobre 1999 de la Cour de Versailles, SARL Charpentier c/ GIE Elis.

des pratiques abusives, l'annulation des contrats ou des clauses illicites, la répétition de l'indu ou le prononcé d'une amende civile, autant la réparation des préjudices subis, sous forme de dommages et intérêts, implique une action des parties lésées elles-mêmes et exclut que l'on puisse « plaider par procureur ».

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Cet article est l'un des plus importants de la partie du projet consacrée aux pratiques commerciales. En matière de réparation des préjudices causés par les pratiques restrictives de concurrence, deux principales thèses sont en présence :

- la première soutient que l'ordonnance doit s'en tenir au minimum (énoncé de quelques grands principes) en ce qui concerne la réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles ou des abus de dépendance.

Il faut éviter les énumérations illustratives (par exemple en matière de coopération commerciale), nécessairement incomplètes, et faire confiance aux dispositions existantes du code civil sur lesquelles le juge peut se fonder.

- à l'opposé, la seconde prétend qu'il est inévitable et nécessaire qu'il y ait des répétitions entre le droit de la concurrence et le droit civil et des renvois du premier au second. Il est nécessaire, selon cette conception, d'éclairer le juge sur la volonté du Législateur en illustrant les principes posés par des exemples même incomplets.

Beaucoup d'experts constatent des redondances et une certaine dispersion des différentes dispositions spécifiques dans la rédaction actuelle de l'article 36 de l'ordonnance que les modifications proposées par l'article 29 ne feraient qu'aggraver.

Il nous a donc été suggéré de réécrire entièrement cet article 36. Votre commission vous propose, en conséquence, un amendement de synthèse :

1. Son objet est en partie rédactionnel et de clarification, il s'agit :

- de bien distinguer les pratiques discriminatoires des abus de dépendance et autres pratiques prohibées ;

- de regrouper tout ce qui concerne les abus de dépendance (y compris des illustrations) en y incluant la puissance de vente qui relevait jusqu'à présent exclusivement de l'abus de position.

2. Mais d'autres modifications importantes sont en même temps introduites :

- annulation des dispositions permettant au ministre ou au ministère public de demander, au nom des victimes, la réparation des préjudices subis ;

- prohibition de nouvelles formes d'abus liées aux modes électroniques de référencement ;

- mention faite, à l'intention du juge, de la particulière dépendance des fabricants de produits sous marque de distributeur au lieu du doublement systématique en leur faveur du délai de préavis de rupture qui risquerait, en fin de compte, de se retourner contre eux ;

- suppression de la possibilité, contraire à la liberté contractuelle, de fixer par arrêté la durée de délai minimum de préavis et les conditions de rupture des relations commerciales ;

- assimilation des « accords de gamme » (puissance de vente) à des abus de dépendance ;

- ajout, enfin, d'un alinéa relatif à la sanction des retards de paiement (lié à l'amendement présenté par votre commission à l'article 28 ter).

Cet amendement a été rédigé dans un esprit de stricte neutralité vis-à-vis des distributeurs et de leurs fournisseurs et dans l'idée que le législateur ne doit donner au juge ni trop ni trop peu d'indications.

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

ARTICLE 30

Etiquetage et présentation des produits

Commentaire : le présent article vise à permettre de mieux réglementer les mentions relatives aux modes de production des produits alimentaires et industriels.

Cet article vise à compléter l'actuel article L. 214-1 du code de la consommation qui prévoit notamment qu'un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de présentation, de promotion et d'étiquetage des produits, c'est à dire les modalités concernant les mentions d'étiquetage relatives à l'origine, à la composition et aux qualités substantielles des produits.

Aujourd'hui des mentions relatives au mode de production apparaissent sur les emballages et dans la présentation des produits mais ces mentions ne répondent généralement à aucun cahier des charges et ne permettent donc pas au consommateur d'apprécier la véracité de ces informations.

C'est pourquoi le présent article complète l'article L. 214-1 du code de la consommation pour indiquer qu'un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les mentions portées sur l'emballage et utilisées pour la présentation des produits, relatives aux modes de production.

Cette réglementation concerne aussi les factures, les documents commerciaux ou les documents de production. Dès lors, l'utilisation, en matière de publicité, de mentions relatives au mode de production se trouve elle aussi encadrée.

En outre, l'expression « *mode de production* » peut concerner les produits agricoles et alimentaires, mais aussi toute marchandise industrielle.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement rédactionnel afin d'en rendre plus cohérente l'économie générale.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 30 bis (nouveau)

Modes de production de l'agriculture raisonnée

Commentaire : le présent article vise à encadrer les modes de production de l'agriculture raisonnée.

L'Assemblée nationale a adopté, contre l'avis du gouvernement, un amendement présenté par nos collègues députés Jean-Yves Le Déaut, rapporteur pour avis au nom de la Commission de la Production, et François Patriat, insérant dans le code rural un article L. 640-3, aux termes duquel il revient à un décret de :

- définir les modes de production raisonnés en agriculture et de préciser les modalités de qualification des exploitations et de contrôles applicables ainsi que les conditions d'agrément des organismes chargés de la mise en oeuvre,

- déterminer les conditions d'utilisation du qualificatif « d'agriculture raisonnée » ou de toute autre dénomination équivalente.

Lors de l'examen de ce texte en séance publique à l'Assemblée nationale le 27 avril 2000, le rapporteur pour avis de la Commission de la Production, notre collègue député Jean-Yves Le Déaut a souligné la nécessité de « *canaliser les initiatives de la grande distribution qui peuvent créer des confusions dans l'esprit des consommateurs.* »

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 31

Conditions d'utilisation simultanée d'une marque commerciale et d'un signe d'identification de la qualité ou de l'origine

Commentaire : le présent article vise à encadrer l'utilisation simultanée d'une marque commerciale et d'un signe d'identification et prévoit les modalités de contrôle de ces dispositions.

L'article L. 640-2 du code rural, introduit par la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole mentionne les signes d'identification bénéficiant à certains produits. Il s'agit :

- de l'appellation d'origine contrôlée ;
- du label ;
- de la certification de conformité ;
- de la certification du mode de production biologique ;
- de la dénomination « montagne ».

Or, il apparaît que la lisibilité de ces signes d'identification est de moins en moins nette, au profit de la mention de la marque commerciale. Le problème se pose d'autant plus à propos des marques de distributeurs dont le nom n'apparaît pas sur le produit.

Le présent article introduit dans le code de la consommation un article L. 112-3, qui précise qu'un décret en Conseil d'Etat peut venir encadrer les conditions de l'usage simultané d'une marque commerciale et d'un signe d'identification officiel. Toutefois, cette disposition ne concerne pas les vins, soumis à une disposition spécifique.

En outre, le présent article :

- introduit dans le code de la consommation un article L. 112-4 qui permet aux agents concernés, c'est-à-dire ceux de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ceux de la direction générale des impôts ou les fonctionnaires agréés et commissionnés par le ministère de l'agriculture de rechercher et de constater les infractions aux dispositions de l'article L. 112-3 dudit code ;

- prévoit que les dispositions de ce nouvel article L. 112-4 s'appliquent notamment aux articles L. 112-1 et L. 112-2 introduits par la loi d'orientation agricole précitée, le premier encadrant l'étiquetage des produits bénéficiant de l'appellation d'origine contrôlée fromagère, le second définissant le logo « appellation d'origine contrôlée » utilisé pour présenter les produits agricoles et alimentaires ;

- introduit un article L. 641-1-2 dans le code rural, qui reprend les dispositions de l'article L. 112-3 du code de la consommation.

Le présent article a été amendé par l'Assemblée nationale, à l'initiative de notre collègue député François Patriat, de façon à exclure de ses dispositions, outre les vins, les boissons spiritueuses et les produits intermédiaires.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 31 bis (nouveau)

Étiquetage des produits vendus sous marque de distributeur

Commentaire : le présent article vise à introduire des éléments de transparence du marché des produits vendus sous marque de distributeur.

Le présent article est issu d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale, à l'initiative du rapporteur pour avis de la commission de la production et des échanges, notre collègue député Jean-Yves Le Déaut.

Dans un souci de transparence du marché des produits vendus sous marque de distributeur, le présent article prévoit que l'étiquetage de ces produits doit mentionner le nom et l'adresse du fabricant, et faire apparaître le sigle de l'enseigne distributrice.

En outre, il définit les produits vendus sous marque de distributeur. Ces produits ont pour caractéristiques le fait que le cahier des charges de la production est élaboré par l'enseigne de distribution, et qu'il est modifiable sur sa seule décision.

Le groupe de distribution reste, en outre, seul propriétaire de la marque.

Ainsi, le producteur risque de se voir dépossédé de son savoir-faire, et de perdre toute présence sur le marché.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 31 ter (nouveau)

Protection de certaines dénominations de chocolat

Commentaire : le présent article a pour objet de réserver certaines dénominations aux chocolats fabriqués à partir des seules graisses tirées de fèves de cacaoyers, sans adjonction de matière grasse végétale.

Le présent article est issu d'un amendement présenté par la commission de la production de l'Assemblée nationale, adopté avec l'avis favorable du gouvernement.

Il précise que les dénominations « *chocolat pur beurre de cacao* » et « *chocolat traditionnel* » et « *toutes les autres dénominations équivalentes* » sont réservées aux chocolats fabriqués à partir des seules graisses tirées de fèves de cacaoyers, sans adjonction de matière grasse végétale.

Dans son rapport pour avis, notre collègue député Jean-Yves Le Déaut considère que cette disposition « *vise en fait à protéger le consommateur contre les abus d'appellation que la nouvelle réglementation européenne ne manquera pas de produire* ».

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 31 quater (nouveau)

Conditions d'utilisation du qualificatif « fermier » pour les produits agricoles et alimentaires

Commentaire : le présent article a pour objet d'encadrer les conditions d'utilisation du qualificatif « fermier » pour les produits agricoles et alimentaires.

Le présent article est issu d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, à l'initiative de la commission de la production et contre l'avis du gouvernement.

Le rapporteur pour avis au nom de la commission de la production a fait valoir que « *le ministre peut désormais imposer des signes de qualité dans le secteur de la volaille, dans le respect du droit communautaire et après avis du syndicat de producteurs et de l'interprofession concernée. Or l'imprécision de la situation actuelle a conduit certains opérateurs à accaparer des mentions valorisantes, sans retour pour les agriculteurs* ».

Pour remédier à ces dysfonctionnements, il est proposé, « *conformément aux réglementations communautaires en vigueur dans le secteur de la viande* », que **la délivrance par l'autorité administrative de signes d'identification**, notamment l'appellation d'origine contrôlée, le label, la certification du mode de production biologique ou la certification de conformité, **conditionne l'utilisation d'expressions** telles que « *fermier-élevé en plein air* », « *fermier-élevé en liberté* », **la référence aux modes d'abattage** (« *élevé à l'intérieur, système extensif* », « *sortant à l'extérieur* »), **ainsi que la référence à « l'âge d'abattage »**.

Le qualificatif « *fermier* » peut par ailleurs être attribué dans d'autres conditions, fixées par décret.

S'agissant de l'utilisation de la référence au mode d'élevage, le présent article précise qu'un décret doit fixer les modalités d'agrément des abattoirs et de leur contrôle régulier.

Donnant son avis sur l'amendement devenu le présent article, Madame le secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises a déclaré : *« cette disposition a déjà été prise par la directive européenne et (...) elle doit être transposée en droit français exactement dans les mêmes termes. Vous pouvez toujours anticiper cette transposition, mais ce serait hors sujet. Avis défavorable ».*

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification

ARTICLE 31 quinquies (nouveau)

Modification des règles applicables aux sociétés coopératives de commerçants

Commentaire : le présent article a pour objet de créer les conditions de la mise en place par les sociétés anonymes coopératives de commerçants de véritables politiques commerciales.

Cet article est issu d'un amendement présenté en première lecture à l'Assemblée nationale par le rapporteur de la commission de la production. Un amendement identique avait été présenté par notre collègue député Jean-Paul Charié et les membres du groupe du Rassemblement pour la République.

Ces amendement reprenaient le texte de la proposition de loi n° 1709 déposée par notre collègue député Jean-Louis Dumont et les membres du groupe socialiste de l'Assemblée nationale.

La rédaction du présent article ne reprend cependant que partiellement le texte des amendements et de la proposition de loi, l'Assemblée nationale ayant également adopté des sous-amendements présentés par le gouvernement.

L'exposé des motifs de la proposition de loi de notre collègue député Jean-Louis Dumont précise l'objectif des dispositions du présent article : *« Longtemps considérée comme le simple regroupement de commerçants détaillants souhaitant acheter dans de meilleurs conditions, la coopérative de commerçants se doit aujourd'hui d'avoir une stratégie qui lui soit propre. Confrontée aux sociétés du commerce intégré, elle se doit, sans pour autant renier sa spécificité qui fait sa force, de disposer des mêmes armes et des mêmes atouts tant financiers que commerciaux que ses concurrents ».*

Dans cette optique, le présent article modifie l'article 1^{er} de la loi n° 72-652 du 11 juillet 1972 relative aux sociétés coopératives de commerçants détaillants sur plusieurs points :

- elle élargit l'objet social des sociétés anonymes coopératives en prévoyant qu'elles exercent *« directement ou indirectement »* pour le compte de leurs associés diverses activités de promotion, de manière à asseoir juridiquement leur volonté de mettre en place une véritable politique commerciale ;

- elle étend le champ d'action des sociétés anonymes coopératives qui pourront non seulement, comme aujourd'hui, mettre à la disposition des associés des enseignes ou des marques dont elles ont la propriété ou la jouissance, mais également réaliser des campagnes publicitaires temporaires pouvant comporter un prix promotionnel unique et élaborer des méthodes et des modèles communs d'achat, d'assortiment et de présentation de produits, d'architecture et de présentation des commerces ;

- elle autorise les coopératives à prendre des participations, même majoritaires, dans des sociétés directement ou indirectement associées exploitant des fonds de commerce. Cette possibilité de filialisation leur permettra d'adapter leur structure au plus près des besoins de leur politique commerciale.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 31 sexies (nouveau)

Définition du prix de revente à perte

Commentaire : le présent article tend à préciser la définition du prix de la revente à perte interdite par la loi.

La revente à perte consiste en la revente d'un produit en l'état, à un prix inférieur à son prix d'achat effectif.

Cette pratique commerciale, prohibée par la loi de finances rectificative pour 1963, en vue de protéger les petits commerces de détail traditionnels de la concurrence des grandes surfaces, avait déjà été redéfinie par l'article 11 de la loi « Galland » du 1^{er} juillet 1996.

Le prix d'achat effectif devait être désormais le prix **unitaire** de chaque produit, figurant sur la facture d'achat, majoré des taxes et du prix du transport.

Cette précision tendait à empêcher de calculer, afin de l'abaisser, le seuil de revente à perte d'un ensemble de produits facturés globalement, en généralisant les remises les plus importantes obtenues sur certaines références seulement.

La loi précitée de 1996 visait en outre à invalider une jurisprudence qui autorisait la prise en compte, pour le calcul du prix d'achat effectif, non seulement des rabais ou remises à effet immédiat, mais encore des ristournes conditionnelles dont l'application était différée (en fonction par exemple des résultats des ventes) ou de celles consenties au titre d'accords de coopération commerciale (dont la rémunération doit être désormais facturée à part).

Considérant que l'interdiction, durcie par la loi « Galland », de la revente à perte était contournée par certaines grandes surfaces au moyen de systèmes diversifiés de bons d'achat accordés à leurs clients (tickets « boomerang » et autres bons de réduction), notre collègue député Jean Paul Charié a proposé qu'il soit « précisé », par la loi que « *le prix de revente est celui affiché, diminué de tous les avantages financiers, sous quelques formes qu'ils soient, directs ou indirects, offerts au client, par le commerçant ou un de ses fournisseurs* ».

Pourtant, l'interdiction de la revente à perte est considérée comme l'une des dispositions de la loi « Galland » qui a été le mieux appliquée, peut-être du fait de la pénalisation des infractions dont elle fait l'objet.

Par sa généralité, la définition proposée par notre collègue pourrait certes donner au juge une latitude encore plus grande pour sanctionner les violations de ce principe. Mais elle pourrait en même temps, par son manque de précision, l'embarrasser et donner lieu à une multiplication des contentieux.

Comment appréhender « *tous les avantages financiers, sous quelques formes qu'ils soient, directs ou indirects, susceptibles d'être offerts aux clients* » ? L'imagination n'est-elle pas de toute façon, à cet égard et en ce domaine, sans limite ?

Votre commission vous propose d'adopter un amendement tendant à la suppression de cet article dont elle juge les dispositions impraticables.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

TITRE II :

LUTTE CONTRE LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

CHAPITRE PREMIER :

PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

INTITULÉ DE LA DIVISION ADDITIONNELLE AVANT L'ARTICLE 32

Commentaire : la présente division additionnelle recueille les différents articles du présent projet de loi concernant la procédure devant le Conseil de la concurrence.

Il paraît opportun, dans un souci de clarification rédactionnelle, de compléter l'intitulé du chapitre premier qui, en l'état du texte transmis par l'Assemblée nationale ne concerne que « *la procédure devant le Conseil de la concurrence* » par les mots « *et mode de désignation de ses membres* ».

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cette division additionnelle ainsi modifiée.

ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 32

Désignation des membres du Conseil de la Concurrence

Commentaire : le présent article additionnel tend à modifier le mode de désignation des membres du Conseil de la concurrence afin de donner de cette instance l'image d'une autorité véritablement indépendante.

Plus de vingt articles du présent projet de loi traitent du Conseil de la concurrence. La plupart modifient des articles de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relatifs à sa procédure interne (chapitre Ier du titre II) ou à ses attributions (avis et décisions, lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, contrôle des concentrations...).

Un seul évoque ses moyens, l'article 43, pour souligner qu'ils dépendent, essentiellement, en ce qui concerne les enquêtes, du ministère de l'économie.

Aucun ne renforce son indépendance, alors que son rôle demeure tout aussi voire plus important qu'auparavant avec, notamment, le contrôle, prévu par l'article 40 *bis*, des effets sur la concurrence d'actes ou de contrats administratifs.

Or :

- sa charge de travail va ainsi, et pour d'autres raisons aussi, tendre à s'alourdir ;

- ses moyens, si rien ne change, demeureront insuffisants pour y faire face dans des conditions satisfaisantes ;

- sa réputation internationale continuera de souffrir de ce handicap ainsi que de son manque d'indépendance.

Doit-on parler, dans ces conditions, de régulation ou de réglementation et s'agit-il bien de « nouvelles » régulations économiques ?

Ces questions sont fondamentales.

I. UNE CHARGE DE TRAVAIL QUI DEVRAIT S'ACCROÎTRE

A. EN VERTU DES DISPOSITIONS DU PRÉSENT PROJET DE LOI

Le rôle du Conseil en matière de pratiques restrictives (titre IV de l'ordonnance), qui sont plutôt du ressort des tribunaux judiciaires, tend à augmenter avec la nouvelle possibilité de saisine par la commission des pratiques commerciales instituée par l'article 28. En outre, la possibilité prévue par l'article 40, de classer sans suite des affaires ne portant pas une atteinte substantielle à la concurrence sur le marché, a été supprimée par les députés.

S'agissant du contrôle des concentrations, le caractère obligatoire des notifications (article 50), dont le Conseil est systématiquement informé, et la complexité des procédures instaurées en la matière (articles 51 à 54), ne faciliteront pas la tâche de celui-ci. Un nouveau cas de saisine, en particulier est introduit par le IV du nouvel article 42-3 de l'ordonnance, lorsque les parties n'ont pas exécuté, dans les délais fixés, une injonction, une prescription ou un engagement demandés par le ministre. Concernant, enfin, les pratiques anti-concurrentielles, l'article 40 *bis* introduit par l'Assemblée nationale, confie au Conseil la très lourde tâche de contrôler la conformité à l'ordonnance des actes ou contrats administratifs.

Votre commission souhaite, d'autre part, que le Conseil puisse s'autosaisir de questions de principe et de problèmes de concentration, mais elle demande en même temps, cohérente avec elle-même, un renforcement de l'indépendance et des moyens de cette autorité.

B. AVEC LA DÉCENTRALISATION DU CONTRÔLE COMMUNAUTAIRE

Le livre blanc E-1277 relatif à la modernisation des règles de concurrence, propose de supprimer l'obligation de notifier à la Commission européennes les ententes restrictives et de transférer le contrôle de la conformité des ententes au droit communautaire, aux autorités de concurrence et aux juridictions nationales.

Ces dernières pourraient même accorder, de façon autonome, les exemptions d'interdiction des ententes et pratiques concertées prévues par le paragraphe 3 de l'article 81 du traité. Or la Commission était jusqu'alors seule compétente dans ce domaine.

Il devrait en résulter une surcharge de travail pour le Conseil de la concurrence, chargé en collaboration avec ses homologues étrangers, d'appliquer directement le droit communautaire de la concurrence. La Commission, qui conserverait le monopole de l'élaboration des textes applicables en la matière, devrait être obligatoirement informée des affaires correspondantes et pourrait demander, aux autorités nationales compétentes, dans le cadre d'un contrôle a posteriori, de se livrer à des enquêtes dans chaque Etat.

Elle conserverait la possibilité de dessaisir les autorités nationales de concurrence, ce qui, naturellement, serait pour elles humiliant. Il importe d'autant plus, pour éviter une telle vexation, de donner au Conseil de la concurrence les moyens de remplir dignement ses fonctions.

II. DES MOYENS INSUFFISANTS

Composé de 17 membres dont la compétence est unanimement reconnue, le Conseil n'est assisté que d'environ 25 rapporteurs permanents et ses services sont encore très réduits.

L'article 50 de l'ordonnance de 1986 prévoit que le Président peut demander au ministre de l'économie de faire procéder sans délai, par des enquêteurs de la DGCCRF, à toute enquête jugée utile par un rapporteur. L'Assemblée nationale a ajouté à cette possibilité, celle d'une mise à disposition du rapporteur général des mêmes agents, pour une durée déterminée *« pour effectuer certaines enquêtes, conformément aux orientations définies par les rapporteurs »*.

Les moyens d'investigation du Conseil dépendent donc du « bon vouloir » du ministre. Les personnes qui réalisent pour son compte des enquêtes appartiennent non pas à des services qui lui sont propres, mais à une administration placée sous l'autorité du pouvoir exécutif.

Sur un seul point, le projet apporte une amélioration à la situation actuelle en autorisant à l'article 36, le rapporteur général à faire appel à des experts.

C'est également du ministre chargé de l'économie qu'est tributaire le Conseil pour ses ressources financières. En effet, l'article 4 de l'ordonnance de 1986 précise que les crédits de fonctionnement de l'autorité sont inscrits au budget dudit département ministériel. Le Conseil s'acquitte pour le mieux de sa lourde tâche, dans ces conditions difficiles, mais le résultat n'apparaît néanmoins pas toujours satisfaisant quels que soient le sérieux et la qualité de ses travaux.

Les 130 à 150 saisies annuelles qui lui sont soumises représentent, en effet, un volume d'affaires supérieur à ce qu'il peut traiter. La meilleure preuve en est que le stock de dossiers en cours dépasse le nombre de 400 soit plus de deux années d'activités. Sa réputation internationale en souffre inévitablement.

Par comparaison, mais il est vrai que la France est dotée d'autres autorités sectorielles de régulation, le « Bunderkartellamt » allemand dispose d'un effectif de 250 personnes dont une moitié de juristes ou d'économistes, alors qu'existe, à ses côtés, un organisme consultatif chargé de l'analyse des marchés, la « Monopolkommission ». Le personnel de « l'Office of fair trading » britannique comprend, pour sa part, plus de 400 agents.

III. UNE IMAGE PEU FLATTEUSE

Des numéros récents de la « *Global Competition Review* », qui établissent des comparaisons internationales en matière de régulation de la concurrence, ne donnent pas une image très positive de l'autorité française en termes d'indépendance et d'efficacité.

Il s'agit bien d'une image et pas forcément de la réalité, ni du résultat d'un jugement équitable.

Il a été procédé, en effet, par envoi, à travers le monde, d'un questionnaire à des milliers d'avocats, d'hommes d'affaires et de consultants, la crédibilité des réponses étant testée auprès de certains membres des instances en cause. Quelle connaissance du Conseil avaient exactement les personnes interrogées ? A qui les réponses ont-elles été soumises ?

Toujours est-il que le classement par la revue de l'autorité française apparaît médiocre¹. La France figure, certes, devant le Japon, à égalité avec la Grèce, mais loin derrière le Bundeskartellamt allemand², la Commission européenne ou la « Competition commission » britannique³.

A. EN TERMES D'INDÉPENDANCE

Le principal reproche adressé par la revue à l'autorité française, est son manque d'indépendance dès lors que des intérêts de l'Etat sont en jeu ou que des considérations politiques interviennent.

Au moins l'implication du gouvernement dans le contrôle des fusions est-elle explicite, notent les rédacteurs de l'étude comparative, ce qui garantit en la matière un minimum de transparence susceptible de faire défaut par ailleurs.

Cette observation n'est pas très éloignée du constat fait par M. François Souty⁴ pour lequel « *la politique de la concurrence française considère le contrôle des concentrations davantage comme un instrument de politique industrielle que comme un instrument destiné à préserver la structure concurrentielle du marché* ».

En revanche, il est rendu hommage à la compétence et au savoir-faire des membres du Conseil dans ce domaine (que les autorités compétentes maîtrisent mieux, en général que celui des pratiques anticoncurrentielles) ainsi qu'à sa disponibilité pour prodiguer des conseils et recueillir les plaintes de tiers.

¹ « Deux étoiles ».

² « Cinq étoiles ».

³ « Trois étoiles ».

⁴ « Que sais-je ? » : *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*.

Le problème de l'indépendance de l'autorité de régulation, comme le souligne la revue, sera le principal enjeu de la prochaine réforme du droit britannique de la concurrence. Tous les acteurs concernés, y compris le gouvernement, sont d'accord pour reconnaître que l'autonomie, pourtant déjà réelle, de la « Competition commission » doit être encore renforcée.

La référence, à cet égard, paraît être le « Bundeskartellamt (BKartA) ».

Les rôles des autorités de contrôle des concentrations allemandes sont, en effet, bien identifiés :

- le « Bundeskartellamt », dans la sphère juridictionnelle, reçoit les notifications et décide des interdictions ou des autorisations ;

- le ministre de l'économie, dans la sphère exécutive, dispose d'un droit de veto à l'égard de la décision du « BkartA » au nom de considérations de politique économique autres que concurrentielles ;

- la « Monopolkommission », dans une sphère consultative, éclaire, par ses analyses du marché, les décisions à prendre et peut publier des avis en cas de refus du ministre d'autoriser une opération.

B. EN TERMES D'EFFICACITÉ

Dans un autre de ses numéros¹, la Global Competition Review publie des tableaux comparatifs concernant les procédures de contrôle des concentrations dans le monde.

Là encore, les comparaisons établies notamment en matière de délai qui peuvent être établies ne sont pas à l'avantage de notre institution nationale.

Les autorisations, dans la plupart des pays, sont accordées en deux étapes (instruction préalable, émission éventuelle d'un avis par une autorité). Le délai total d'octroi d'une autorisation est, selon la revue, de cinq mois pour la Commission européenne, quatre mois en Allemagne, huit mois en France (à compter de la notification qui était jusqu'ici facultative).

¹ Numéro spécial paru en 1999.

Encore s'agit-il probablement de délais théoriques puisque, selon les indications données à votre rapporteur, plus de 400 dossiers sont en instance (soit un stock correspondant à plus de deux années de flux !)

IV. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION

En réalité, le statut du Conseil, qui date de 1986, paraît quelque peu archaïque et « sous-dimensionné » par rapport à l'évolution des autorités indépendantes, en France et à l'étranger, et aussi eu égard à l'importance des fonctions considérées.

Le mode de désignation des membres d'autorités sectorielles comme la COB ou le CSA laisse présager une plus grande indépendance de ces institutions. Il ne saurait pour autant être question de remettre en cause celle des membres actuels du Conseil de la concurrence.

Mais l'image et les présomptions comptent autant que la réalité, s'agissant d'attirer des investissements étrangers en France, de servir la compétitivité de nos entreprises ou d'éviter le dessaisissement éventuel de notre autorité par la Commission de Bruxelles.

C'est pourquoi votre commission vous propose de changer le mode de désignation actuel des membres du Conseil de la concurrence, de façon à ce que l'institution puisse être créditée d'une réelle indépendance. Cela paraît conforme aux nouveaux pouvoirs qu'il est proposé de lui confier : auto-saisine sur les questions de principe et de concentration, saisine par la Commission des pratiques commerciales etc.

On restera loin, toutefois, en tout état de cause, du modèle allemand, tant en ce qui concerne les prérogatives (le Conseil demeure une instance essentiellement consultative sans pouvoir de décision en matière de concentration) que les moyens.

Votre commission aurait souhaité que le Conseil puisse voir placée directement sous son autorité une partie de la DGCCRF, de même que l'ART avait bénéficié après sa création en 1996 du rattachement d'une partie des services du ministère chargé des télécommunications.

Mais la Constitution et la loi organique empêchant votre commission de déposer un amendement dans ce sens, c'est au gouvernement qu'il appartiendrait ainsi d'aller jusqu'au bout de la logique de régulation en affranchissant le Conseil de la concurrence de toute tutelle de l'Etat de façon à en faire, comme en Allemagne, en Grande-Bretagne ou en Italie, une véritable autorité indépendante.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 32

Nomination des rapporteurs du Conseil de la concurrence

Commentaire : le présent article additionnel tend à ce que les rapporteurs du Conseil de la concurrence ne soient plus nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie mais choisis véritablement, de façon collégiale, par les membres du Conseil.

Actuellement les rapporteurs du Conseil de la concurrence (rapporteur général, rapporteurs généraux adjoints et rapporteurs permanents) sont nommés sur proposition, certes, du président mais par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Il conviendrait, pour renforcer l'image d'indépendance du Conseil, que cette décision ne dépende plus d'un arrêté du pouvoir exécutif et soit prise collégalement.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE 32

Attributions du ou des rapporteurs généraux adjoints

Commentaire : le présent article définit précisément les attributions du ou des rapporteurs généraux adjoints.

C'est la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière qui a créé la fonction de rapporteur général adjoint, afin d'étoffer la structure permanente du Conseil de la Concurrence.

Si elle prévoyait leur nomination « *sur proposition du président par arrêté du ministre chargé de l'économie* », la loi demeurerait cependant muette quant à leurs attributions précises.

Le présent article a pour objet de remédier à ce flou juridique en autorisant le rapporteur général à déléguer au(x) rapporteur(s) général(aux) adjoint(s) « *tout ou partie de ses attributions au titre de la présente ordonnance* ». Les conditions dans lesquelles cette délégation pourra intervenir seront précisées par décret en Conseil d'Etat.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 32

Autosaisine du Conseil de la concurrence sur les questions de principe

Commentaire : le présent article additionnel tend à accorder au Conseil de la concurrence la possibilité de donner, de sa propre initiative, un avis sur une question de principe concernant la concurrence.

Le Conseil de la concurrence peut se saisir d'office de pratiques anticoncurrentielles en application des dispositions de l'article 11 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

En revanche, il ne peut le faire pour donner un avis sur une question de principe. Or, cette possibilité lui permettrait de donner de précieuses indications sur les conditions dans lesquelles le droit de la concurrence s'applique à des problèmes nouveaux ou à des pratiques répétitives. La publication d'avis par le Conseil sur des sujets dont il s'est auto-saisi serait susceptible ainsi de diminuer les contentieux en alertant les opérateurs économiques sur le caractère contestable de certaines pratiques ou en leur donnant des repères lorsque l'application du droit pose problème.

La seule façon dont le Conseil de la concurrence peut s'exprimer à l'heure actuelle est par l'intermédiaire de son rapport d'activité publié tous les ans. Mais ce rapport ne fait que commenter l'activité du Conseil et ne lui permet pas de publier des avis sur des questions dont il n'a pas été saisi. Sa périodicité, en outre, exclut une réaction rapide de sa part.

Les auteurs du présent projet de loi ont bien vu l'intérêt de permettre à la Commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs de pouvoir faire savoir aux opérateurs ce qui est ou n'est pas une bonne pratique. Ainsi l'article 28 du présent projet de loi prévoit que celle-ci, qui rend des avis, « *peut également se saisir d'office* ».

L'objet du présent article additionnel est de permettre au Conseil de la concurrence de se saisir d'office en matière d'avis dans les mêmes conditions. Cela permettrait au surplus d'aligner les pouvoirs du Conseil sur ceux de certaines autorités étrangères de concurrence, comme la Federal trade commission aux Etats Unis ou l'Autorité Italienne.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE 32 bis (nouveau)

Notion d'abus de dépendance économique

Commentaire : le présent article tend à préciser les abus prohibés de position dominante et de dépendance économique.

Cet article résulte de l'adoption, par l'Assemblée nationale, d'un amendement de notre collègue Jean-Yves Le Déaut tendant à modifier l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en vue, selon le rapport pour avis de l'auteur, « *de permettre de sanctionner l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique... en complément de la réforme de l'article 36 de l'ordonnance... alors même qu'il n'y a pas d'atteinte au jeu de la concurrence sur le marché* ».

Il a déjà été souligné, dans les commentaires d'autres articles¹ que ce n'est pas l'article 8, appliqué de façon restrictive par le Conseil, mais l'article 36, qui constitue le moyen privilégié de sanction (par le juge) de l'exploitation d'abus de dépendance économique.

Dès lors, on voit mal l'intérêt de modifier l'article 8. En outre, la nouvelle rédaction proposée n'est pas parfaite.

Ainsi, l'article 8, dans sa version actuelle, vise les abus non seulement de dépendance mais aussi de position dominante. Il considère que l'un comme l'autre de ces abus peuvent consister en refus de vente, ventes liées, conditions discriminatoires ou rupture de relations commerciales.

Or, la nouvelle rédaction proposée tend à laisser présumer que ces pratiques relèvent du seul abus de position dominante, ce qui est peut-être vrai pour le refus de vente mais pas, en tout cas, pour les ruptures de relations commerciales.

Dans le deuxième alinéa, relatif à l'abus de dépendance économique, les ruptures de relations commerciales, ne sont plus mentionnées et il est exigé, ce qui ne correspond pas - semble-t-il - aux intentions de l'auteur, une atteinte au « *fonctionnement ou à la structure* » de la concurrence.

Or, l'article 36 permet une interprétation plus large de l'abus de dépendance en ce qu'elle permet, précisément, de s'abstraire du degré

¹ Voir commentaire des articles 29 et 40 du présent projet de loi.

d'atteinte au jeu de la concurrence sur le marché qui en résulte. Une telle notion paraît au surplus difficile à cerner de façon précise.

Il semble ainsi suffisant de s'en remettre à l'article 36 pour sanctionner les abus en question sans toucher à l'article 8 de l'ordonnance précitée.

Votre commission vous propose donc d'adopter un amendement de suppression de cet article, article que le gouvernement lui-même, lors de la discussion de ce texte à l'Assemblée nationale, n'a pas jugé utile.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 32 ter (nouveau)

Actes interruptifs de la prescription

Commentaire : afin de renforcer les sanctions encourues par les personnes physiques ayant contribué à des pratiques anticoncurrentielles, cet article prévoit que les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil de la concurrence le sont également de celle de l'action publique.

Les pratiques anticoncurrentielles visées par le titre III de l'ex-ordonnance de 1986 sont sanctionnées, pécuniairement, en ce qui concerne les personnes morales (entreprises ou organismes) par le Conseil de la concurrence.

Les personnes physiques, instigatrices ou complices de telles pratiques, encourrent une condamnation pénale (emprisonnement de six mois à quatre ans et amende de 5.000 à 500.000 francs).

Il est proposé, afin d'accroître l'effet dissuasif de ces sanctions, que les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil de la concurrence le soient également pour les mêmes pratiques, de celle de l'action publique.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 33

Notification des griefs et délais de consultation

Commentaire : le présent article a pour objet, d'une part, de préciser l'auteur de la notification des griefs aux personnes intéressées (I) et, d'autre part, de permettre la prolongation des délais accordés aux parties pour formuler leurs observations (II).

I. MODIFICATION DE L'AUTEUR DE LA NOTIFICATION DES GRIEFS

L'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoyait que la notification des griefs aux intéressés est faite par le «Conseil », et le décret du 29 décembre 1986 a précisé qu'il fallait entendre par cette rédaction le président du Conseil de la concurrence.

Ce dernier pouvant être amené à présider la formation « jugeant » l'affaire, sa signature au bas de la notification des griefs a été dénoncée comme susceptible d'obscurcir la distinction entre l'instruction d'une affaire et la décision sur celle-ci, et pouvant être considérée comme une violation du droit à un procès équitable exigé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le présent article permet donc de se prémunir contre une éventuelle décision de justice en ce sens en confiant le soin au rapporteur général de procéder lui-même à la notification des griefs, en lieu et place du président.

II. PROLONGATION DU DÉLAI ACCORDÉ AUX PARTIES POUR FORMULER LEURS OBSERVATIONS

L'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 accorde aux parties et au commissaire du gouvernement un délai de deux mois pour consulter le dossier et présenter leurs observations tant à la suite de la notification des griefs que de la notification du rapport.

Dans certains cas, ce délai a pu apparaître trop court pour permettre aux parties d'assurer leur défense dans des conditions normales. C'est pourquoi il est proposé d'insérer dans l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 un alinéa autorisant le président du Conseil à accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties.

Toutefois, pour éviter un allongement systématique des procédures, il est précisé que la décision du président devra être justifiée par des « *circonstances exceptionnelles* » et qu'elle n'est susceptible d'aucun recours.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 34

Procédure simplifiée

Commentaire : le présent article apporte trois modifications aux dispositions relatives à la procédure simplifiée.

Premièrement, il précise que la décision appartiendra désormais non seulement au président mais aussi à un « *vice-président délégué par lui* ». Cette disposition, similaire à celle qui concerne la notification des griefs, répond au souci de se conformer aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En effet, en prévoyant que la décision de recourir à la procédure simplifiée peut être prise par un vice-président, le présent paragraphe permet que l'affaire puisse être examinée au fond par une formation du conseil présidée par une autre personne.

Deuxièmement, le présent article permet de renvoyer l'affaire à l'une ou l'autre des formations du Conseil et non plus, comme c'est le cas actuellement, à la seule commission permanente, composée du président et des trois vice-présidents.

Troisièmement, le présent article relève le plafond des sanctions pécuniaires lorsque le conseil statue selon la procédure simplifiée. Ce plafond est aujourd'hui fixé à 500.000 francs, une somme jugée insuffisamment dissuasive par le Conseil de la concurrence, rendant d'après lui le recours à la procédure simplifiée inopportun. Il est donc proposé de porter ce plafond à 750.000 euros (soit 4.919.677,50 francs et presque une multiplication par dix), au lieu de 500.000 francs pour chacun des auteurs des pratiques prohibées.

En fait, l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenus les articles L. 463-3, L. 464-5 du code du commerce), tel qu'interprété par les juridictions de contrôle¹ permettait à la commission permanente de prononcer des sanctions supérieures à 500.000 francs lorsque la procédure normale avait été suivie. Bien que rarement utilisée, cette possibilité facilitait la gestion des séances du Conseil, notamment dans les affaires urgentes.

¹ Cette interprétation n'était pas évidente du fait de la suppression par la loi du 1^{er} juillet 1996 des mots « qui peuvent dans les quinze jours demander le renvoi au Conseil » qu'il est proposé de rétablir. C'est donc de bonne foi que l'article 22 de l'ordonnance a été scindé par le code du commerce en deux articles distincts.

Votre commission vous propose un amendement tendant à rétablir la situation qui prévalait avant la codification, laquelle l'a rendu impossible en scindant l'ancien article 22 en deux articles distincts : L. 463-3 et L. 464-5.

Il s'agit donc d'une disposition technique tendant à faciliter le fonctionnement courant du conseil.

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

ARTICLE 35

Protection du secret des affaires

Commentaire : le présent article vise à assouplir les refus de communication de pièces au cours de la procédure.

Cet article permet tout d'abord au président de déléguer à un vice-président la décision de refuser la communication d'une pièce. Toujours dans le souci de sécuriser la procédure au regard des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, cette faculté de délégation permet de différencier l'autorité qui a pris la décision de refus de communication, de celle qui présidera la formation du Conseil qui examinera au fond l'affaire.

Par ailleurs, le présent article offre au président du Conseil de la concurrence la possibilité de limiter le refus de communication à certaines mentions seulement des pièces visées, mentions qui seront alors occultées. Cette possibilité permettra de concilier plus facilement protection du secret des affaires et nécessités de la procédure.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 36

Recours à l'expertise

Commentaire : le présent article définit les conditions dans lesquelles il peut être recouru à un expert au cours de l'instruction.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoit la possibilité de recourir à un expert mais ses dispositions sont floues en ce qui concerne les règles de désignation, les conditions dans lesquelles se déroule sa mission et les modalités de financement de celle-ci.

Le premier alinéa du projet précise que la décision de désigner un expert incombe au rapporteur général du Conseil de la concurrence, saisi soit par le rapporteur en charge du dossier, soit par l'une des parties, les demandes d'expertise et les décisions du rapporteur général pouvant intervenir « *à tout moment de l'instruction* ».

Les députés ont étendu « à toute personne concernée » cette faculté de demande d'expertise et l'ont autorisée « à tout moment de l'instruction ».

Le deuxième alinéa précise les conditions dans lesquelles se déroule l'instruction. Le contenu de la mission impartie à l'expert doit être décrit dans la décision du rapporteur général. Le caractère contradictoire des opérations d'expertise est clairement affirmé.

Concernant les modalités de financement, le présent article prévoit que c'est la personne qui en fait la demande qui supportera la charge financière de l'expertise. Toutefois, le Conseil peut déroger à ce principe en décidant de « *faire peser la charge définitive sur la ou les parties sanctionnées dans des proportions qu'il détermine* ».

Il paraît souhaitable d'éviter que les phases d'enquête préliminaire et de délibéré d'une procédure ouverte contre des pratiques anticoncurrentielles puissent être perturbées par des demandes d'expertise et que ces dernières puissent être présentées par n'importe quelle personne susceptible d'être concernée.

Il est donc proposé d'en revenir, comme dans le projet de loi initial, à une limitation tendant à ce que les enquêtes ne puissent avoir lieu que pendant l'instruction et à la demande des seules parties.

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

CHAPITRE II :

AVIS ET DÉCISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

ARTICLE 37

Mesures conservatoires

Commentaire : le présent article vise à faciliter les possibilités offertes au Conseil de la concurrence de recourir à des mesures conservatoires.

L'article 12 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence fixe les modalités selon lesquelles le Conseil de la concurrence peut prendre des mesures conservatoires, afin d'éviter qu'une pratique éventuellement anticoncurrentielle ne poursuive ses effets pendant toute la durée de la procédure.

Article 12

Le Conseil de la concurrence peut, après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées par le ministre chargé de l'économie, par les personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 5 ou par les entreprises.

Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

La décision du conseil peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du gouvernement devant la cour d'appel de Paris au maximum dix jours après sa notification. La cour statue dans le mois du recours.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires, si celles-ci sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Les mesures conservatoires sont publiées au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
--

On le voit, la possibilité, pour le Conseil de la concurrence, de recourir à des mesures conservatoires est encadrée par des conditions restrictives, de telle sorte que peu de demandes ont été déposées.

Le présent article propose donc d'assouplir ces dispositions. Désormais, le Conseil de la concurrence ne serait plus seulement obligé de prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées : il pourra également prendre celles qui lui paraissent nécessaires.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 38

Durcissement et atténuation des sanctions de pratiques anticoncurrentielles

Commentaire : le présent article :

- alourdit les sanctions maximum que peut prononcer le Conseil de la concurrence en cas de pratiques anticoncurrentielles et tend à empêcher ceux qui s'en sont rendus coupables de s'y soustraire ;

- les minore lorsque les intéressés ne contestent pas les faits et s'engagent à modifier leur comportement ;

- institue une procédure de clémence au bénéfice de ceux qui facilitent la mise en évidence d'une infraction.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

Le présent article apporte à notre droit de profondes innovations. Les dispositions du I paraissent en effet soulever un certain nombre d'objections juridiques majeures, tandis que la rédaction de celles du II nécessite une amélioration.

Le paragraphe I durcit considérablement le régime des sanctions que le Conseil de la concurrence est susceptible de prononcer à l'encontre des coupables de pratiques anticoncurrentielles.

Le montant maximum de la sanction, pour une entreprise, a été porté de **5 %** du montant du chiffre d'affaires hors taxe réalisé **en France**, au cours **du dernier** exercice clos, à **10 %** du chiffre d'affaires **mondial, le plus élevé** réalisé au cours **d'un des exercices clos**, depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

En outre, ont été ajoutées à l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des dispositions tendant à faire échec aux stratégies de certaines entreprises, qui créent des holdings ou sociétés écrans et « vident » la société concernée de l'essentiel de son chiffre d'affaires pour réduire l'assiette de la sanction. C'est ce qui explique non seulement la référence, déjà mentionnée ci-dessus, au chiffre d'affaires mondial, mais la prise en compte, le cas échéant, « *des comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* ».

Seront désormais pris en considération non seulement la gravité des faits reprochés, mais aussi leur éventuelle réitération.

Lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction a été porté de dix millions de francs à 3 millions d'euros (soit environ 19,7 millions de francs).

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Même s'il ne s'agit que de dissuader certains comportements indiscutablement répréhensibles, une telle aggravation pose un certain nombre de problèmes juridiques majeurs.

Plusieurs principes fondamentaux de notre droit peuvent sembler méconnu, du fait, notamment, que la taille économique de l'entreprise déterminée par son chiffre d'affaires est un facteur aggravant de la sanction du comportement délictuel.

Il peut ainsi paraître être porté atteinte aux principes du droit répressif, de **proportionnalité** (deux entreprises ayant commis des faits rigoureusement identiques susceptibles d'occasionner un même dommage à l'économie, pourront être sanctionnées de façon très différente), de prévisibilité, que le Conseil constitutionnel déduit de la nécessité -affirmée par la Déclaration des droits de l'homme- de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis (or la sanction est soumise aux variations du chiffre d'affaires...), de **personnalité** des délits et des peines, dès lors qu'on peut rendre solidairement redevables les entreprises d'un groupe de la sanction du délit, commis par l'une d'entre elles, en prenant comme base leur chiffre d'affaires consolidé et de **territorialité**, enfin, puisqu'est pris en compte le chiffre d'affaires mondial.

Normalement, devrait seule servir de base à la sanction, l'activité économique directement générée par la pratique prohibée.

Or, le droit français, se singularisant en cela de celui d'autres pays, comme les Etats-Unis, l'Italie ou l'Allemagne, réprime les comportements anti-concurrentiels en fonction non pas de l'activité qui en résulte mais de la situation économique globale de l'entreprise.

Aussi votre commission vous propose :

- d'en rester à 5 % du montant du chiffre d'affaires du dernier exercice clos, sauf en cas de tentation frauduleuse de diminution de l'assiette de la sanction dont le taux serait bien, alors, de 10 %.

- de ne prendre en considération le chiffre d'affaires figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante, que si cette dernière a concouru effectivement aux pratiques prohibées.

S'agissant du **paragraphe II** qui vise les entreprises qui ne contestent pas le fondement des griefs qui leur sont notifiés, votre commission vous propose, par amendement, une rédaction plus concise.

Celle-ci n'en précise pas moins -ce qui n'est pas inutile- non seulement que le plafond de la sanction encourue est alors abaissé de moitié mais que le Conseil tient compte de l'absence de contestation pour prononcer, par exemple, une sanction moins sévère que celle proposée par le rapporteur général.

Le texte initial du gouvernement prévoyait aussi, dans la même hypothèse, une procédure simplifiée de sanction, sans établissement préalable d'un rapport, qui posait plusieurs problèmes, notamment lorsque certaines entreprises d'un groupe reconnaissent les faits et d'autres pas, ou parce qu'il semble impossible de prononcer une sanction sans un examen au fond de l'affaire. C'est donc une heureuse initiative des députés que d'avoir supprimé cette procédure.

Le paragraphe III du texte proposé par le présent article pour la rédaction de l'article 13 de l'ordonnance vise à permettre la mise en œuvre d'un dispositif de clémence du type de celui existant aux Etats-Unis, au plan européen, ou au Royaume-Uni. Ces programmes visent à permettre d'offrir l'immunité (totale ou partielle) aux entreprises ou organismes qui donnent aux autorités de la concurrence les éléments de preuve permettant de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elles ont participé.

L'exemple le plus frappant de l'efficacité de ce type de programme est celui donné par le cas récent du « cartel des vitamines »¹.

Il faut noter cependant que les programmes de clémence ne concernent pas les sanctions civiles.

¹ Ce cartel mondial comprenant trois entreprises : Rhône-Poulenc, BASF et Hoffman Laroche, faisait l'objet d'une enquête de concurrence de la part de la Commission européenne et des autorités françaises. Ces deux enquêtes n'ont pas permis d'établir la réalité du cartel. Parallèlement, utilisant le programme de clémence américain, Rhône-Poulenc a, en échange d'une absence de sanction, donné au département de la justice des Etats-Unis tous les éléments de preuve concernant l'existence de ce cartel, qui, pendant plus de dix ans, a mis en « coupe réglée » la totalité de l'industrie mondiale des vitamines. BASF et Hoffman Laroche ont transigé avec les autorités américaines pour éviter un procès.

La rédaction initiale du projet gouvernemental, trop complexe et ne séparant pas l'instruction du jugement d'une façon suffisamment rigoureuse pour que les droits de la défense soient garantis, doit être modifiée, afin que la règle du jeu soit rendue plus claire, plus automatique et plus simple, il ne saurait être question pour le Conseil -ce qui créerait une insécurité juridique- d'évaluer après coup l'importance de la contribution à l'établissement de la sanction et de décider en conséquence du degré de clémence accordé.

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

ARTICLE 39

Conditions de recevabilité des saisines et de continuation des procédures

Commentaire : le présent article précise les conditions dans lesquelles le Conseil de la concurrence peut déclarer une saisine irrecevable, rejeter une saisine et donner acte de désistements.

Le présent article propose une nouvelle rédaction de l'article 19 de l'ordonnance n° 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Dans sa rédaction actuelle, cet article prévoit que le Conseil de la concurrence « *peut déclarer, par décision motivée, la saisine **irrecevable** s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

La rédaction proposée ne se limite pas à l'irrecevabilité des saisines et traite également des cas de rejet et de désistement :

- **l'irrecevabilité des saisines** : la rédaction proposée fonde l'irrecevabilité d'une saisine sur le « *défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur* », la prescription des faits (le délai de prescription est fixé à trois ans par l'article 27 de l'ordonnance) ou, comme dans la rédaction de 1986, l'absence de lien entre l'objet de la saisine et le champ de compétence du conseil ;

- **le rejet des saisines** : la rédaction proposée modifie la rédaction actuelle de l'article 19 de l'ordonnance en considérant que l'absence « *d'éléments suffisamment probants* » constitue un motif de rejet, et non plus un motif d'irrecevabilité ;

- **les désistements** : la rédaction actuelle de l'ordonnance ne prévoit pas de procédure particulière en cas de désistement de l'auteur d'une saisine. La rédaction proposée prévoit qu'il est donné acte du désistement par décision du président du Conseil de la concurrence ou d'un vice-président délégué par lui.

Toutefois, comme le souligne le rapporteur de la commission des finances de l'Assemblée nationale, « *il convient de préciser que cette nouvelle disposition ne doit pas être interprétée comme remettant en cause la « jurisprudence » du Conseil de la concurrence, selon laquelle un désistement ne met pas obligatoirement fin à la procédure si le conseil estime devoir s'autosaisir* ».

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 40

Non-lieu et classement sans suite

Commentaire : le présent article concerne les procédures de non-lieu et de classement sans suite.

L'article 40 du présent projet complète la rédaction de l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur deux points :

- par la précision, qui peut sembler superflue, selon laquelle le Conseil de la concurrence peut décider de ne pas poursuivre une procédure « *lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie* » (s'il en allait autrement, on voit mal comment il s'y autoriserait...);

- par l'adjonction d'un alinéa créant une possibilité de classement sans suite d'un dossier « *en l'absence d'atteinte substantielle à la concurrence sur le marché* ».

Cet alinéa nouveau, tendant à alléger la charge de travail du Conseil de la concurrence, a été supprimé par les députés, le gouvernement s'en remettant à leur sagesse, à la demande de notre collègue Le Déaut. Ce dernier a fait valoir que c'était aux plaintes des plus petites entreprises qu'il risquait d'abord de ne pas être donné suite, sous prétexte que les abus qu'elles subissent n'affectent jamais substantiellement le marché.

Il est vrai que le Conseil a interprété de façon stricte l'application de l'article 8-2 de l'ordonnance précitée prohibant les abus de dépendance économique et censé ainsi protéger spécifiquement les petites et moyennes entreprises.

Mais, comme on l'a vu, la répression des abus de dépendance est assurée essentiellement, non par les dispositions du titre III (pratiques anticoncurrentielles, sanctionnées par le conseil) mais par celles du titre IV (pratiques restrictives sanctionnées par les tribunaux) et, plus particulièrement de son article 36.

Or, ainsi que cela a déjà été relevé, les dispositions de l'article 29 du présent projet¹, modifiant l'article 36 précité ont considérablement étendu cette notion et facilité les sanctions correspondantes, en vue, précisément, de protéger les PME.

En outre, il peut être espéré que la commission des pratiques commerciales saura sensibiliser le Conseil de la concurrence à la cause de la lutte contre les abus dont les PME sont victimes, ce dernier pouvant se référer, en la matière, à la notion de marché « pertinent », ce qui facilite la qualification d' « *atteinte substantielle à la concurrence* ».

Votre commission vous propose d'adopter un amendement tendant au rétablissement de l'alinéa supprimé par l'Assemblée nationale, en vue de permettre un allègement de la charge de travail du Conseil, la protection des PME ne lui semblant pas, en l'occurrence, menacée.

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

¹ Voir le commentaire de l'article 29.

ARTICLE 40 bis (nouveau)

Actes ou contrats administratifs anticoncurrentiels

Commentaire : le présent article prévoit la compétence du Conseil de la concurrence s'agissant des pratiques anticoncurrentielles revêtant la forme d'un acte ou d'un contrat administratif.

L'Assemblée nationale a inséré dans le présent projet, avec l'accord du gouvernement mais sans véritable débat, cet article additionnel qui complète l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Ce dernier précise déjà que l'ordonnance s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles de personnes publiques.

Mais si le juge administratif, reconnaissant que l'ordonnance de 1986 fait partie de la légalité administrative, a accueilli le droit de la concurrence parmi ses sources de droit, il se considérait, jusqu'à présent, comme seul compétent pour l'appliquer aux actes administratifs (arrêt Million et Marais du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997).

Ce droit n'est du reste qu'un élément parmi d'autres principes de valeur égale ou supérieure (nécessités du service public, liberté de commerce et de l'industrie) qu'il appartient au juge administratif d'appliquer.

Dans son interprétation d'un arrêt récent du Conseil d'Etat (société EDA - 26 mars 1999), rendu après consultation du Conseil de la concurrence en vertu de l'article 26 de l'ordonnance précitée, la doctrine considère que la haute juridiction administrative se heurte à une tendance à la « *judiciarisation* » du contentieux des actes administratifs à contenu économique.

Mais le Conseil d'Etat persiste à se considérer comme seul compétent, ce qui n'empêche pas qu'il puisse consulter, éventuellement, le Conseil de la concurrence dont l'avis ne saurait le lier, pour appliquer l'ordonnance de 1986 aux actes administratifs à substance économique et à leurs effets sur la concurrence.

Le Conseil de la concurrence n'a jusqu'à présent jamais pu apprécier formellement la légalité d'un acte administratif, sans encourir la censure de la Cour de cassation ou de la Cour d'appel de Paris.

Tout en reconnaissant que la juridiction administrative est seule compétente pour apprécier la légalité des actes et des contrats administratifs, le nouvel alinéa ajouté à l'article 53 de l'ordonnance par le présent article 40 *bis*, précise qu'il revient au Conseil de la concurrence d'appliquer aux pratiques revêtant cette forme, les règles du titre III de l'ordonnance relative aux pratiques anticoncurrentielles.

On voit mal l'utilité de cet ajout aux dispositions, qui semblent suffisamment explicites, de l'actuel unique alinéa de l'article 53 de l'ordonnance.

Par ailleurs, la jurisprudence « Million et Marais » paraît, de son côté, suffisamment claire et satisfaisante, tandis que l'arrêt « Société EDA » a montré que le Conseil d'Etat ne négligeait pas la possibilité que lui offre ainsi qu'aux autres juridictions, l'article 26 de l'ordonnance, de consulter le Conseil de la concurrence.

Cette jurisprudence a été, en outre, été confirmée par une décision du Tribunal des Conflits (TC. 18 octobre 1999 - Préfecture région Ile-de-France) rendue à l'unanimité, avec l'accord, donc des magistrats de l'ordre judiciaire, membres de cette juridiction mixte.

L'argument selon lequel il serait plus facile, pour le justiciable, d'en référer pour l'ensemble d'un dossier au Conseil de la concurrence ne tient pas. En effet, rien n'empêcherait une personne de déférer au juge administratif un contrat ou un acte dont les conséquences pourraient être par ailleurs appréciées par le Conseil de la concurrence, puis la Cour d'appel de Paris, avec la complexité et les risques de contradiction de jurisprudence qui en résulteraient.

Au demeurant, cet article, s'il peut être interprété comme accroissant les compétences du Conseil de la concurrence dans le domaine du contrôle de la conformité au droit de la concurrence des actes et contrats administratifs, comporte le risque d'augmenter de façon inopportune sa charge de travail qui semble déjà très lourde par rapport aux moyens dont il dispose.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

CHAPITRE III :
POUVOIRS ET MOYENS D'ENQUÊTE

ARTICLE 41

Pouvoirs des enquêteurs lors des enquêtes simples

Commentaire : le présent article actualise la rédaction de l'article 47 de l'ordonnance de 1986 relatif aux pouvoirs des enquêteurs pour tenir compte de l'utilisation par les entreprises contrôlées des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

L'article 47 de l'ordonnance de 1986 donne pouvoir aux enquêteurs des services compétents du ministère de l'économie (DGCRF) ou des rapporteurs du Conseil de la concurrence, pour les affaires dont celui-ci est saisi (article 45), **de demander communication et de prendre copie** des livres, factures et tous autres documents professionnels dans les locaux visités.

Il est précisé, compte tenu de l'utilisation, désormais courante, par les entreprises, de nouvelles technologies, notamment informatiques, d'information et de communication (stockage, réparti en réseaux, sur disquettes ou disque dur...) que les enquêteurs doivent être à même d'« **obtenir** » et de prendre copie de tous documents professionnels « **par tous moyens et sur tous supports** ».

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 42

Renforcement des pouvoirs d'enquête en matière de visites et saisies.

Commentaire : le présent article tend à accroître l'efficacité des visites et saisies effectuées dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles tout en renforçant leur sécurité juridique.

Le paragraphe I étend la possibilité de saisie, implicitement limitée aux documents sur papier, à celle d'informations sur « tout support », y compris informatique (disquettes, disques durs...).

Par ailleurs, pour se conformer à l'exigence, par le droit communautaire, d'une meilleure séparation, au sein des autorités juridictionnelles, des pouvoirs d'instruction et de décision, il est précisé que c'est le rapporteur général et non plus le Président du Conseil de la concurrence qui, au même titre que le ministre de l'économie, peut demander qu'une enquête soit effectuée.

Il est toujours difficile de concilier la justification préalable, nécessaire, d'une visite avec son objet même qui est de mettre en évidence rapidement des pratiques parfois en train de se commettre.

Les visites doivent avoir lieu sur autorisation du juge qui en vérifie le bien-fondé, après six heures ou avant vingt-et-une heures, en présence, en principe, de l'occupant des lieux ou de son représentant.

Le paragraphe II du texte proposé par cet article pour le deuxième alinéa de l'article 42 de l'ordonnance prévoit que la demande d'autorisation puisse ne reposer que sur des « *indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée* ».

Les dispositions du paragraphe III tendent à permettre de donner une date certaine à la notification de l'ordonnance du juge autorisant les visites qui constituent le point de départ du délai de recours ouvert aux occupants des lieux pour en contester la légalité ou la façon dont elles se sont déroulées.

Lorsque ces derniers sont introuvables, l'officier de police judiciaire, chargé d'assister à l'opération et d'en tenir le juge informé, peut requérir deux témoins indépendants. (Ils ne doivent relever de l'autorité ni de l'occupant des

lieux, ni de la direction générale de la concurrence, ni, ont précisé fort opportunément nos collègues du Conseil de la concurrence).

Le paragraphe suivant du présent article traite du problème de la restitution des pièces et documents saisis qui pourra se faire à l'expiration d'un délai de deux mois aux frais de l'occupant des lieux, si celui-ci n'est pas venu les chercher auparavant, après avoir été mis en demeure de le faire.

L'article 42 *ter* prévoit, en complément, une possibilité transitoire de destruction des pièces non réclamées correspondant aux affaires les plus anciennes.

Le dernier paragraphe du présent article tend, enfin, à revenir à une jurisprudence, antérieure à un arrêt du 30 novembre 1999 de la Cour de cassation ¹ en vertu de laquelle le juge qui a autorisé l'opération est compétent également pour connaître d'éventuelles irrégularités dans son déroulement.

Le délai de recours, dont le point de départ² varie selon l'identité du requérant, est de deux mois.

Votre commission vous propose d'adopter cet article modifié par un amendement précisant que les indices permettant de présumer l'existence de pratiques répréhensibles dont la preuve est recherchée et sur lesquels la demande d'autorisation de visite est fondée, doivent être « clairs et concordants ».

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

¹ Cet arrêt considérait que « la mission de contrôle du juge qui a autorisé l'opération prend fin dès la remise de la copie du procès-verbal et de l'inventaire à l'occupant des lieux ou à son représentant. Tout contentieux ultérieur était confié, selon les cas, aux juridictions civiles ou pénales ou au Conseil de la concurrence ».

² La notification de l'ordonnance, s'il s'agit de l'occupant des lieux, ou la date à laquelle une personne, éventuellement mise en cause ultérieurement, a eu connaissance de l'existence des opérations.

ARTICLE 42 bis (nouveau)

Communication des informations relatives au déclenchement et à l'issue des investigations diligentées par le ministre chargé de l'économie

Commentaire : le présent article supprime la transmission au président du Conseil de la concurrence des informations relatives au déclenchement et à l'issue des investigations diligentées par le ministre chargé de l'économie, et la remplace par une communication au rapporteur général.

I. LE DROIT ACTUEL

Dans sa rédaction actuelle, transposée dans l'article L. 450-5 du code du commerce, l'article 49 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence prévoit que :

- le président du Conseil de la concurrence est informé « *sans délai* » du déclenchement et de l'issue des investigations demandées par le ministre chargé de l'économie sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui, lorsqu'elles se rapportent à des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance (conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ; exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise soit d'une position dominante, soit de l'état de dépendance économique d'un client ou d'un tiers) ;

- le président peut proposer au Conseil de se saisir d'office.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'Assemblée nationale a adopté un amendement du gouvernement tendant à conférer au rapporteur général du Conseil de la concurrence, et non plus à son président, les attributions prévues au premier alinéa de l'article 49 de l'ordonnance.

En conséquence, le président ne serait plus informé des procédures engagées à la demande du ministre de l'économie et le rapporteur général se substituerait à lui.

Cette disposition a pour objet de mettre en adéquation l'organisation interne du Conseil de la concurrence avec les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation et aux exigences du droit communautaire relatives au caractère équitable des procès¹. L'objectif est de réserver l'instruction des dossiers au rapporteur général, le président n'intervenant qu'au moment du jugement.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ *L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation et ses conséquences sur l'organisation interne du Conseil de la concurrence font l'objet de développements dans le commentaire de l'article additionnel que votre rapporteur vous propose d'insérer après le présent article.*

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 42 bis

Exclusion du rapporteur général et du rapporteur du délibéré de décisions du conseil

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de compléter le nouveau dispositif de l'article L. 463-7 du code de commerce tendant à ce que le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas aux délibérés concernant la sanction des pratiques anti-concurrentielles.

Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de cassation, fondées sur les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, conduisent peu à peu les autorités administratives indépendantes à modifier leur organisation interne afin de garantir le caractère équitable des « procès ».

En 1999, des décisions de la Commission des opérations de bourse (COB) et du Conseil de la concurrence ont été annulées au motif que les droits de la défense n'avaient pas été respectés.

Dans la décision *Campenon Bernard* du 5 octobre 1999, relatif à une procédure devant le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation a estimé que « *la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe invoqué, et qu'il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle* ».

Compte tenu de cette jurisprudence, il apparaît que c'est le texte même de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui n'est pas conforme aux règles requises en matière d'équité des procès.

En effet, l'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoit que « *le rapporteur général et le rapporteur assistent au délibéré, sans voix délibérative* ».

Lors de l'examen par le Sénat du projet de loi relatif à l'épargne et à la sécurité financière, le 12 mai 1999, votre rapporteur avait présenté un amendement tendant à modifier le fonctionnement du Conseil de la concurrence pour tenir compte de la jurisprudence de la Cour de cassation

relative à la COB. Le ministre de l'économie et des finances s'était opposé à cet amendement, au motif qu'il était préférable de modifier en une fois le fonctionnement de l'ensemble des autorités administratives indépendantes. Le ministre indiquait que le gouvernement était en train de « *préparer un texte qui concernerait l'ensemble de ces structures, qu'elles relèvent de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat* », que « *la rédaction de ce texte ne devrait pas être très compliquée (...) il faut compter à peu près un mois et demi pour mener les consultations, après quoi il faudra pouvoir inscrire le projet à l'ordre du jour. Tout cela devrait se faire très rapidement, et le projet devrait pouvoir être voté sans aucune difficulté par le Sénat et l'Assemblée nationale* ». Les assurances du ministre avaient conduit votre rapporteur à retirer son amendement. Pourtant, un a plus tard, le texte n'a toujours pas été présenté.

Dans un autre domaine, le Sénat a adopté, le 11 mai dernier, une proposition de loi tendant à améliorer la conformité des procédures applicables devant les chambres régionales des comptes aux principes précités fixés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il se trouve que l'ancien article 25 3^{ème} alinéa, de l'ordonnance de 1986 (devenu l'article L. 463-7 du code de commerce) a été modifié par le dit nouveau code en conformité avec les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatives à la séparation de l'instruction et du jugement (en l'occurrence, la codification n'a pas été effectuée à droit constant, mais c'est pour la bonne cause...).

Il est proposé d'étendre l'exclusion des rapporteurs à toutes les délibérations portant sur des pratiques anticoncurrentielles en visant aussi bien les saisines des juridictions prévues à l'article L. 462-3 que celles, auxquelles le code fait seulement référence, rappelées par l'article L. 462-5 (autosaisine, saisine du ministre, des entreprises et de diverses organisations concernées...).

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE 42 ter (nouveau)

Destruction des pièces et documents non réclamés

Commentaire : le présent article autorise, à certaines conditions, la destruction de pièces et documents appartenant aux personnes concernées par les procédures ayant fait l'objet d'une décision du Conseil devenue définitive avant le 1^{er} janvier 1997.

Au cours de ses travaux, le Conseil est conduit à demander aux personnes concernées par les procédures, divers pièces et documents. Ces pièces et documents sont transmis au Conseil, mais ne lui appartiennent pas.

Lorsque le Conseil utilise certains des documents dans le cadre de la procédure, des copies sont jointes au dossier. Le dossier est par la suite conservé, et bientôt archivé par le Conseil.

Les pièces appartenant aux personnes concernées par les procédures sont également conservées, jusqu'à ce que ces personnes viennent les récupérer. En pratique, elles ne sont jamais récupérées et encombrant le Conseil.

Afin de remédier à cette difficulté, le présent article prévoit que :

- une liste des dossiers relatifs aux procédures ayant fait l'objet d'une procédure définitive avant le 1^{er} janvier 1997 sera établie et publiée au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

- elles seront restituées aux personnes concernées, à leur demande et à leurs frais ;

- si aucune demande n'est formulée dans un délai de six mois après la publication au Bulletin officiel, les pièces pourront être détruites sur décision du président.

Votre rapporteur observe que :

- la date du 1^{er} janvier 1997 permet de ne viser que des affaires prescrites, le délai de prescription étant fixé à trois ans par l'article 27 de l'ordonnance de 1986 ;

- la formulation « *décision devenue définitive* » laisse entendre que ne pourront être détruits que les documents relatifs aux procédures dans lesquelles toutes les voies de recours ont été épuisées.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 43

Mise à disposition du Conseil de la concurrence d'enquêteurs

Commentaire : le présent article prévoit la mise à la disposition du rapporteur général du Conseil, d'enquêteurs des services du ministère de l'économie.

L'article 50 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoit déjà que le ministre de l'économie, à la demande du Président du Conseil de la concurrence, fait procéder sans délai à toute enquête que le rapporteur d'une affaire juge utile, selon les orientations données par ce dernier.

Le gouvernement a prévu, en complément, la mise à disposition d'enquêteurs, non plus dans le cadre d'investigations ponctuelles, mais **pour une durée déterminée**.

Cette mise à disposition doit avoir lieu sur demande motivée du président du Conseil et **dans des conditions précisées par décret**.

Dans la logique du renforcement qu'elle demande, de l'indépendance des pouvoirs et des moyens du Conseil, votre commission estime que cette mise à disposition d'agents de la Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCRF) doit apparaître comme un droit découlant de la loi elle-même, et non d'un décret de l'exécutif qui en précise, pour les limiter, les conditions.

Elle a déposé dans ce sens un amendement qu'elle vous demande d'adopter.

Un second amendement, qu'elle vous soumet, tend à renforcer l'autorité du rapporteur général en ce qui concerne les demandes d'enquête.

En effet, au nom de la séparation entre l'instruction et le jugement, la codification de l'ancien article 50 de l'ordonnance n'a pas été faite à droit constant.

Ainsi les demandes de mise à disposition d'enquêteurs ne passent plus par le président du Conseil mais sont adressées directement au ministre par le ou les rapporteurs désignés.

En raison du manque d'expérience de beaucoup de rapporteurs, il semble souhaitable que lesdites demandes transitent par le rapporteur général afin que ce dernier puisse définir et mener une politique cohérente en la matière (contrôle d'opportunité et coordination des saisines de la DGCRF).

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

ARTICLE 44

Compétence territoriale des fonctionnaires habilités à effectuer des visites

Commentaire : le présent article a pour objet de permettre aux fonctionnaires, habilités à procéder à des enquêtes nécessaires à l'application de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence, d'exercer leur compétence sur tout le territoire national.

I. LES DISPOSITIONS DU PRESENT ARTICLE

Le I du présent article insère, après l'article 45 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, un article 45-1 permettant aux fonctionnaires mentionnés au premier alinéa de l'article 45 d'exercer leurs pouvoirs d'enquête sur toute l'étendue du territoire national.

Les fonctionnaires mentionnés au premier alinéa de l'article 45 sont les fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie pour procéder aux enquêtes nécessaires à l'application de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Les pouvoirs d'enquête sont mentionnés aux articles 47 à 48 de l'ordonnance. Il s'agit des pouvoirs :

- d'accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transports à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications, ainsi que du pouvoir de demander une expertise contradictoire (article 47 de l'ordonnance) ;

- de procéder aux visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de documents, dans le cadre d'enquêtes demandées par le ministre chargé de l'économie ou le Conseil de la concurrence et sur autorisation judiciaire (article 48 de l'ordonnance) ;

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports (article 46 de l'ordonnance).

Au terme de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances du 22 janvier 1993, les fonctionnaires habilités à procéder aux enquêtes en application du premier alinéa de l'article 45 de l'ordonnance de 1986 sont les fonctionnaires de catégories A et B placés sous l'autorité du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Toutefois, en application de l'article 2 du même arrêté, seuls les fonctionnaires de catégorie A sont habilités à procéder aux visites et aux saisies prévues par l'article 48 de l'ordonnance. Ils peuvent être assistés, lors des opérations, par un ou plusieurs fonctionnaires de catégorie B désignés parmi ceux définis à l'article 1er de l'arrêté.

Enfin, au terme de l'article 5 de l'arrêté de 1993, les fonctionnaires habilités, agissent soit dans l'ensemble du département où ils exercent leurs fonctions, soit, lorsqu'il est plus étendu, dans le ressort territorial du service auquel ils sont affectés.

Cette limitation de leur champ de compétence a été confirmée récemment par un arrêt de la Cour de Cassation du 10 décembre 1998, précisant que les agents concernés « *ne peuvent licitement intervenir sur la base des pouvoirs qui leur sont confiés que dans le ressort territorial qui relève de la compétence du chef de service responsable de l'enquête* » et « *ne peuvent effectuer des actes d'enquête que dans ce ressort territorial* ». La Cour de cassation fait référence à l'ordonnance de 1986 et à l'arrêté d'application de 1993, mais également à l'article 28 du code de procédure pénale aux termes duquel les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire exercent ces pouvoirs dans les conditions et dans les limites fixées par ces lois.

Le présent article a donc pour objet de compléter l'ordonnance de 1986, en précisant que les fonctionnaires habilités à procéder à des enquêtes sont habilités sur l'ensemble du territoire national.

Le II du présent article insère des dispositions similaires après l'article L. 215-1 du code de la consommation, un article L. 215-1-1 : les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peuvent exercer leurs pouvoirs d'enquête sur tout le territoire national.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Le présent article apporte une clarification nécessaire, suite à l'arrêt rendu par la Cour de cassation.

On peut s'interroger sur l'absolue nécessité de modifier la loi, alors que la restriction de la compétence territoriale des agents résulte aujourd'hui des dispositions de l'arrêté de 1993.

Cependant, ces dispositions n'ont pu qu'être retenues par la Cour de cassation dans le silence de la loi, alors même que l'article 28 du code de procédure pénale exige une disposition législative sur le champ territorial des habilitations. La précision selon laquelle le champ de compétence des agents s'étendra à l'ensemble du territoire national devrait permettre de lever toute ambiguïté à l'avenir. En ce sens elle apparaît opportune.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

CHAPITRE IV :
DISPOSITIONS DIVERSES

ARTICLE 45

Spécialisation des tribunaux en matière de litiges relatifs au droit de la concurrence

Commentaire : le présent article a pour objet d'introduire une disposition autorisant une spécialisation des tribunaux en matière de contentieux lié aux pratiques concurrentielles.

I. LES DISPOSITIONS DU PRESENT ARTICLE

Le présent article insère après l'article 26 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 un article 26-1 au terme duquel les litiges relatifs à l'application des dispositions de l'ordonnance sur les pratiques anticoncurrentielles (titre III) sont attribués, selon les cas, aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce, suivant une liste fixée par décret.

Ces dispositions s'appliquent nonobstant les compétences du Conseil de la concurrence définies aux articles 12 à 25 de l'ordonnance de 1986.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Le Conseil de la concurrence dispose de pouvoirs importants en matière de pratiques anticoncurrentielles, mais non exclusifs.

Les juges civil ou pénal ont également à connaître des litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi, en application de l'article 9 de l'ordonnance, le juge civil constate la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8 de l'ordonnance, à savoir les pratiques ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées,

conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, et les abus de position dominante.

De même, en application de l'article 17 de l'ordonnance, est susceptible de poursuite pénale toute personne physique qui, frauduleusement, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux mêmes articles 7 et 8 de l'ordonnance.

Le présent article a pour objet de spécialiser les tribunaux, en raison de la complexité des affaires abordées.

Cette spécialisation existe déjà en matière économique et financière, puisque certains tribunaux de grande instance sont spécialisés pour « *la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement* » d'un certain nombre d'infractions, dont celles figurant dans la loi de 1966 sur les sociétés commerciales ou dans la loi de 1985 relative au redressement judiciaire.

En matière civile, la spécialisation est plus rare, mais elle figure aux articles L. 615-17 et L. 623-31 du code de la propriété intellectuelle, s'agissant des actions en matière de brevets et des actions civiles en matière d'obtentions végétales.

La spécialisation a pour objet de renforcer la compétence des tribunaux dans des matières très techniques et donc les conditions de jugement des affaires visées.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 46

Coopération entre le Conseil de la concurrence et les autorités de la concurrence étrangères

Commentaire : le présent article a pour objet de permettre au Conseil de la concurrence de nouer des liens de coopération avec les autorités de la concurrence étrangère.

I. LES DISPOSITIONS DU PRESENT ARTICLE

Cet article insère un nouvel article 53-1 dans l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

• **Le premier alinéa** du nouvel article 53-1 dispose que le Conseil de la concurrence peut communiquer les informations et documents qu'il détient ou recueille à la Commission des communautés européennes ou aux autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues.

Cette communication est toutefois soumise à plusieurs contraintes :

- elle n'est faite qu'à la demande des autorités bénéficiaires et sous réserve de réciprocité ;

- l'autorité étrangère doit être soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France ;

- la communication doit faire l'objet d'une information préalable du ministre chargé de l'économie.

• **Le second alinéa** du nouvel article 53-1 dispose que le Conseil de la concurrence peut conduire ou demander au ministre chargé de l'économie de conduire des enquêtes à la demande d'autorités étrangères exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité.

Ce pouvoir s'exerce dans les mêmes conditions, selon les mêmes procédures et sous les mêmes sanctions que celles prévues pour l'exécution de la mission du Conseil de la concurrence.

• **Le troisième alinéa** du nouvel article 53-1 écarte le secret professionnel comme obstacle à la communication des documents et

informations du Conseil de la concurrence lorsque les autorités destinataires des documents sont astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.

• **Le quatrième alinéa** du nouvel article 53-1 pose une limite absolue à l'assistance donnée aux autorités étrangères :

- lorsque la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public français ;

- lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée en France sur les mêmes faits et les mêmes personnes;

- lorsque les personnes ont déjà été sanctionnées par une décision définitive sur les mêmes faits.

• **Le cinquième alinéa** du nouvel article 53-1 prévoit la possibilité, pour les autorités de la concurrence française, d'utiliser les informations qui leur auront été transmises par des autorités étrangères.

• **Le dernier alinéa** du nouvel article permet au Conseil de la concurrence de conclure des conventions organisant ses relations avec les autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Le présent article reprend l'essentiel du dispositif prévu à l'article 5 *bis* de l'ordonnance du 28 septembre 1967 relative à la Commission des opérations de bourse, notamment au regard des obligations de réciprocité, d'absence de mise en œuvre du secret professionnel, et de conditions limitatives (atteinte à la souveraineté, à la sécurité, procédure pénale en cours...).

Toutefois, à la différence de la COB, le Conseil de la concurrence ne pourra conduire des enquêtes sans condition de réciprocité si la demande émane d'une autorité d'un autre Etat membre des communautés européennes ou d'un autre Etat membre partie à l'accord sur l'Espace économique européen. D'autre part, le ministre chargé de l'économie sera informé des communications.

Article 5 bis de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse

La Commission peut, dans les mêmes conditions, selon les mêmes procédures et sous les mêmes sanctions que celles prévues par la présente ordonnance pour l'exécution de sa mission, **conduire des enquêtes à la demande d'autorités étrangères exerçant des compétences analogues**, sous réserve de réciprocité, **sauf** s'il s'agit d'une demande émanant d'une autorité d'un autre Etat membre des communautés européennes ou d'un autre Etat membre partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

L'obligation de secret professionnel prévue à l'article 5 ne fait pas obstacle à la communication par la Commission des opérations de bourse des informations qu'elle détient ou qu'elle recueille à leur demande aux autorités des autres Etats membres des communautés européennes ou des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.

La Commission des opérations de bourse peut également communiquer les informations qu'elle détient ou qu'elle recueille à leur demande aux autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité étrangère compétente soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

L'assistance demandée par une autorité étrangère exerçant des compétences analogues pour la conduite d'enquêtes ou la transmission d'informations détenues ou recueillies par la commission sera refusée par celle-ci lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public français ou lorsqu'une procédure pénale quelconque a déjà été engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.

La Commission peut, pour la mise en oeuvre des alinéas précédents, conclure des conventions organisant ses relations avec les autorités étrangères exerçant des compétences analogues aux siennes. Ces conventions sont approuvées par la commission dans les conditions prévues à l'article 2. Elles sont publiées au Journal officiel.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 47

Pouvoirs d'enquête de l'administration en droit communautaire de la concurrence

Commentaire : le présent article a pour objet de définir les pouvoirs d'enquête de l'administration en droit communautaire de la concurrence.

I. LES DISPOSITIONS DU PRESENT ARTICLE

L'article 56 *bis* de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence dispose que pour l'application des articles 85 à 87 du Traité de Rome, le ministre chargé de l'économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités, d'une part, le Conseil de la concurrence, d'autre part, disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par les titres III, VI et VII de l'ordonnance de 1986, pour ce qui concerne le ministre et les fonctionnaires, et par son titre III pour ce qui concerne le Conseil de la concurrence.

Les articles 85 à 87 sont relatifs aux accords entre entreprises, aux pratiques concertées, et aux abus de position dominante. Les pouvoirs de lutte contre ces pratiques sont donc partagés entre le ministre de l'économie et le Conseil de la concurrence. Il s'agit de l'application de l'article 15 du règlement CEE du 6 février 1962 qui dispose que « *les agents de l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée peuvent, sur la demande de cette autorité ou sur celle de la Commission, prêter assistance aux agents de la Commission dans l'accomplissement de leurs tâches* ».

Le présent article modifie l'article 56 *bis* :

- **Le 1° de l'article** remplace les références aux articles 85 à 87 du traité de Rome par les références aux articles 81 à 83 du traité instituant la Communauté européenne.

Il s'agit simplement de tirer les conséquences de l'entrée en vigueur, le 1er mai 1999, du traité d'Amsterdam, qui a procédé à une renumérotation des articles du traité instituant la Communauté européenne.

- **Le 2° de l'article** complète l'article 56 *bis* de l'ordonnance afin d'étendre aux articles 87 et 88 du traité de la communauté européenne les pouvoirs reconnus par le titre VI de l'ordonnance au ministre chargé de l'économie et aux fonctionnaires désignés ou habilités par lui, c'est-à-dire les

pouvoirs d'enquête. L'article 87 est relatif à l'interdiction des aides d'Etat et l'article 88 décrit les procédures d'examen des régimes d'aides d'Etat.

Il s'agit encore d'appliquer la réglementation européenne. L'article 12 du règlement CEE n° 659/1999 du 22 mars 1999 dispose que « *lorsqu'une entreprise s'oppose à une visite de contrôle ordonnée par une décision de la Commission (...). L'Etat membre concerné prête aux agents et aux experts mandatés par la Commission l'assistance nécessaire pour leur permettre de remplir leur mission. A cette fin, les Etats-membres prennent, après consultation de la Commission, les mesures nécessaires dans un délai de 18 mois à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement* ».

La portée générale de ces dispositions exigeait d'étendre le champ d'assistance à la Commission européenne.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Le présent article a pour objet d'améliorer la transparence des entreprises françaises à l'égard de la Commission européenne, grâce à une assistance accrue des autorités françaises lors des visites de contrôle.

Il s'agit ainsi de renforcer l'application des dispositions du traité instituant la Communauté européennes.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 47 bis (nouveau)

Extension aux atteintes à la concurrence de la non-déductibilité fiscale des pénalités

Commentaire : le présent article concerne la non-déductibilité fiscale des amendes infligées aux contrevenants à la législation relative à la liberté des prix et de la concurrence.

La rédaction actuelle de l'article 39-2 du code général des impôts est issue d'une loi du 23 février 1942.

C'est ce qui explique qu'il y soit fait référence aux infractions à la législation sur le ravitaillement et la répartition des divers produits en même temps qu'à celles relatives aux dispositions légales régissant les prix et l'assiette des impôts, contributions et taxes.

Les transactions, amendes, confiscations et pénalités correspondantes de tout nature, dispose l'article 39-2 précité, « *ne sont pas admises en déduction des bénéfices soumis à l'impôt* ».

Il s'agit d'une exception à un principe général de notre législation fiscale selon lequel les charges de toute nature, y compris les pénalités encourues dans l'exercice d'une activité professionnelle, sont déductibles de l'impôt sur les sociétés.

Tel est bien le cas, au titre du 1° du 1 de l'article 39, des pénalités dites « *de recouvrement* », sanctionnant par exemple un retard dans le paiement d'une contribution, qui constituent une charge ne rentrant pas dans le bénéfice net imposable.

En revanche, en vertu du 2, précité, de ce même article 39, les pénalités « *d'assiette* » ne sont pas déductibles afin de renforcer la répression d'infractions consistant en des insuffisances, des dissimulations ou des inexactitudes qui affectent la base ou les éléments d'imposition.

Etant donné l'ancienneté de ces dispositions et les circonstances particulières de leur origine, on pouvait penser qu'elles étaient d'interprétation restrictive et qu'il s'agissait donc d'une dérogation étroite au principe de déductibilité des charges supportées par les entreprises.

Au demeurant, une jurisprudence assez récente de la cour d'appel de Paris a admis la déductibilité d'une sanction infligée par une instance communautaire au titre d'un dépassement des quotas de production du secteur sidérurgique.

Or, le présent article 47 *bis*, inséré dans le présent projet par le biais d'un amendement dit « de précision », sans aucune autre explication, éveille quelques craintes à ce sujet.

En effet, sous couvert de moderniser la rédaction du 2 de l'article 39 qui évoque encore « *les dispositions légales régissant les prix* » (alors que ceux-ci ont été libérés par l'ordonnance de 1986), **le nouvel article étend la non-déductibilité des pénalités à celles encourues pour des infractions à la législation sur la concurrence.**

Or, c'est dans l'exercice de son activité imposable que l'entreprise s'expose à de telles pénalités qui devraient donc rester déductibles.

Une entorse a déjà été donnée à ces principes par l'insertion, dans la loi de finances pour 2000, d'une disposition supprimant la non-déductibilité fiscale des pénalités de recouvrement infligées aux entreprises relevant de l'impôt sur le revenu.

C'était la conséquence du vote d'un amendement de notre collègue député Jean-Pierre Brard qui, dans un précédent rapport sur la fraude et l'évasion fiscale, avait estimé qu'il fallait prévoir la non-déductibilité de l'ensemble des pénalités fiscales, point de vue que ne partage pas votre commission. Les pénalités de recouvrement, qui sanctionnent de simples retards de paiement de l'impôt, ne peuvent en effet être assimilées à de la fraude fiscale que répriment les pénalités d'assiette, qui sont déjà suffisamment lourdes en elles-mêmes.

Les régimes des deux types de pénalité doivent donc rester distincts.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

TITRE III :
CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

ARTICLE 48

Définition des opérations de concentrations

Commentaire : le présent article propose une nouvelle définition de l'opération de concentration.

I. LES DISPOSITIONS DU PRESENT ARTICLE

La définition de la concentration figure actuellement à l'article 39 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante.

Le présent article modifie cette définition, afin de tenir compte du passage d'un système de notification facultative à un système de notification obligatoire. Dans un système de notification obligatoire, la définition de la concentration doit être plus précise afin de permettre aux entreprises de connaître très exactement les opérations à notifier.

Selon la nouvelle définition, une opération de concentration est réalisée dans trois cas :

- lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

- lorsqu'une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital

ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ;

- lorsqu'il y a création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

Cette définition est la simple reprise de celle figurant à l'article 3 du règlement CEE n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Le contrôle d'une entreprise est défini comme découlant des droits, contrats et autres moyens qui confèrent la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise, notamment des droits de propriété ou de jouissance sur les biens de l'entreprise et des droits ou contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Le présent article permet d'unifier le droit communautaire et le droit interne en matière de concentration. Il favorisera ainsi les convergences d'interprétation entre les autorités françaises et européennes.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 49

Opérations de concentration soumises à contrôle ministériel

Commentaire : le présent article prévoit que seront contrôlables les opérations qui n'entrent pas dans le champ du contrôle communautaire, d'une part, qui concernent des entreprises dépassant certains seuils, d'autre part.

Le présent article propose une double délimitation pour les opérations de concentration soumises au contrôle ministériel.

En premier lieu, **Le 4° du présent article** prévoit que ne sont pas soumises au contrôle ministériel les opérations qui entrent dans le champ de compétence de la Commission européenne, tel que délimité par le règlement CEE n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif aux opérations de concentration (cf. encadré).

Le champ de compétence de la Commission européenne en matière de concentration

Sont de la compétence exclusive de la Commission, les opérations de concentration de « dimension communautaire » c'est à dire les opérations pour lesquelles :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros (soit près de 32,8 milliards de francs),

- et le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans l'Union européenne par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros (soit plus de 1,6 milliard de francs) ;

- et les entreprises concernées ne réalisent pas toutes plus des deux-tiers de leur chiffre d'affaires à l'intérieur d'un seul et même Etat-membre,

ou

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros (soit près de 16,4 milliards de francs),

- et le chiffre d'affaires individuellement réalisé dans ces mêmes trois Etats membres par au moins deux des entreprises concernées dépasse 25 millions d'euros (soit un peu plus de 160 millions de francs),

- et le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union européenne par au moins deux des entreprises concernées dépasse 100 millions d'euros (soit un peu plus de 650 millions de francs) ; sauf si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union à l'intérieur d'un seul Etat membre.

L'objet de cette seconde disposition est d'éviter aux entreprises d'avoir à multiplier les notifications dans plusieurs Etats membres selon des procédures et pour des résultats éventuellement différents. Il s'agit donc de renforcer la sécurité juridique des entreprises pour des opérations ayant un impact significatif dans plusieurs Etats membres en instituant un « guichet unique » et tout en préservant le principe de subsidiarité.

En revanche, le cinquième alinéa du texte prévoit que sont soumises au contrôle ministériel les opérations de concentration de dimension communautaire dont le contrôle est partiellement ou totalement renvoyé à la France par la Commission européenne, à la demande des autorités françaises ou de sa propre initiative, conformément à l'article 9 du règlement CEE précité. Cette faculté de renvoi, mise en oeuvre notamment pour les fusions Total-Fina ou Carrefour-Promodès, est possible si :

- la concentration *« menace de créer ou de renforcer une position dominante ayant pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct »* ;

- ou si la concentration *« affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur d'un Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun »*.

Dans ce cas, le contrôle du ministère de l'économie s'effectuerait *« dans la limite de ce renvoi »*.

Au total, le champ du contrôle ministériel des concentrations est limité « par en haut » par les compétences de la Commission européenne, en la matière.

Par ailleurs, l'Assemblée nationale a précisé les seuils minima pour qu'une opération soit soumise à contrôle ministériel, que le projet de loi entendait initialement voir fixés par décret.

Serait ainsi soumise au contrôle ministériel toute opération pour laquelle :

- *« le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales parties à la*

concentration est supérieur à 150 millions d'euros », soit près d'un milliard de francs ;

- et « *le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros* », soit près de 100 millions de francs.

Ces seuils sont sensiblement inférieurs à ceux actuellement retenus par l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

- chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées supérieur à 7 milliards de francs ;

et

- chiffre d'affaires réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées supérieur à 2 milliards de francs.

En revanche, le présent article abandonne le critère alternatif retenu par l'ordonnance de 1986, qui soumettait les concentrations au contrôle ministériel lorsque les entreprises concernées détenaient ensemble 25 % des parts d'un marché national de biens, produits ou services administratifs.

Cet abandon s'explique par les difficultés de délimitation des marchés de référence pour le calcul de ces parts de marché. Ce flou est en effet peu compatible avec un régime de notification obligatoire.

Au total, selon les estimations du ministère de l'Economie, ces seuils devraient soumettre au contrôle ministériel environ 300 opérations chaque année.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 49

Procédure simplifiée de notification des concentrations

Commentaire : le présent additionnel tend à créer une procédure simplifiée d'autorisation des concentrations qui ne présentent aucun risque de perturbation de la concurrence sur un marché.

S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, il existe une procédure simplifiée d'examen des affaires par le Conseil de la concurrence (sans établissement préalable d'un rapport).

Il peut sembler regrettable que rien de semblable n'ait été prévu en ce qui concerne les opérations de concentration qui ne soulèvent aucune difficulté.

Il est donc proposé de prévoir un allègement, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat, des formalités exigées des entreprises auxquelles une concentration ne confère qu'une part de marché inférieure à 10 %.

Certes, une élévation des seuils de notification aurait pu être envisagée aux-mêmes fins, mais on aurait pu objecter que ceux-ci sont comparables aux limites fixées à l'étranger.

Nul autre critère que celui de la parité du marché permet de mieux mesurer l'impact d'une opération sur la concurrence. Lorsque cet impact serait minime, les délais de l'autorisation seraient raccourcis et ses formalités simplifiées.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE 50

Notification obligatoire des concentrations et autosaisine du Conseil de la concurrence

Commentaire : le présent article rend obligatoire la notification des concentrations définies par l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et qui remplissent les conditions précisées par l'article 39 de ladite ordonnance.

La rédaction actuelle de l'article 40 de l'ordonnance de 1986 est claire et le mécanisme qu'elle prévoit, en matière de notification des concentrations est à la fois simple et d'une grande souplesse.

La notification est facultative, elle peut être assortie d'engagements. Le silence gardé pendant deux mois par le ministre de l'économie vaut approbation tacite de l'opération et des engagements correspondants éventuels. Ce délai est porté à six mois lorsque le ministre saisit le Conseil de la concurrence.

Les principales modifications apportées à ce régime par le présent article résultent du caractère, qui deviendrait **obligatoire**, de la notification, dès lors que les seuils de chiffres d'affaires, réalisés en France ou dans le monde, précisés par l'article 39, sont atteints ou dépassés.

Il incomberait au ministre :

- d'accuser réception de la notification auprès des acteurs économiques concernés ou de leur signaler le renvoi du dossier aux autorités communautaires chargées de la concurrence ;

- d'en adresser systématiquement un exemplaire au Conseil de la concurrence.

Ce nouveau dispositif se rapprocherait de celui d'autres pays européens. La notification, préalable à leur réalisation, des opérations de concentration est déjà obligatoire en Allemagne, en Italie, en Espagne, auprès de la commission... L'introduction d'un double seuil de chiffres d'affaires, mondial et national, est directement inspirée des exemples en vigueur en Allemagne, en Autriche, au Danemark et aux Pays-Bas.

La France restait, avec la Grande-Bretagne, le seul grand pays européen à avoir maintenu un principe de notification facultative, mais il faut reconnaître que ce système fonctionnait de façon satisfaisante.

Dans un point de vue présenté récemment ¹, Maître Gunther, avocat à la Cour, a présenté, à propos du nouveau mécanisme proposé, un certain nombre d'observations pertinentes :

- le seul critère du chiffre d'affaires, en tant qu'instrument de mesure de la puissance financière d'entreprises, à le mérite de la clarté et de la simplicité mais n'est pas nécessairement le plus significatif. « On peut regretter - écrit-il - : « *dès lors que les chiffres d'affaires sont aussi faibles que le critère de la part de marché ait été abandonné, car quel autre critère mesure mieux l'impact d'une opération sur la concurrence ?* »

- d'autre part, et **cela est très critiquable,- souligne-t-il - « aucune procédure simplifiée² n'a été envisagée pour les opérations ne soulevant aucune difficulté ».**

Or, selon le rapport Besson, l'application combinée des nouveaux seuils et de l'obligation de notifier devrait multiplier par dix le nombre d'opérations soumises à examen³. Dans ces conditions, le ministère risque de se monter peu enclin à demander le renvoi aux autorités françaises de lourds dossiers de concentration d'envergure communautaire.

Par ailleurs, ce n'est que sur dérogation expresse du ministre, et non sur dérogation automatique, comme en droit communautaire, que l'initiateur d'une offre publique pourrait procéder, concomitamment à la notification de celle-ci, à l'achat de titres sur le marché.

- Enfin, il faut relever que la question essentielle du rôle effectif du Conseil de la concurrence et de la répartition de ses compétences avec le ministre n'a pas fait l'objet de modifications par rapport au système actuel.

Votre commission partage cette dernière analyse qui correspond à l'une de ses principales préoccupations. Elle vous propose, en conséquence, l'adoption d'un amendement tendant à ce que le conseil, dès réception du dossier de notification d'une concentration, puisse, si cela lui semble souhaitable, s'en saisir d'avis.

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

¹ Article du 15 mai 2000 paru dans « Les Echos ».

² Or, en matière d'exception à l'interdiction des ententes, la commission a simplifié le régime des notifications préalables, en remplaçant le système des exemptions individuelles par un système d'exemptions par catégorie d'opérations. Celles-ci pouvant être, en outre, accordées de façon décentralisée en invoquant la nécessité de rendre les entreprises plus responsables.

³ Avec le nouveau système, 300 concentrations au lieu de 27 auraient été notifiées en 1999.

ARTICLE 51

Autorisation par le ministre d'une opération notifiée

Commentaire : le présent article précise qu'une opération notifiée ne peut intervenir sauf dérogation motivée et autorisée, qu'après accord ministériel.

Une fois l'opération de concentration notifiée, sa réalisation ne peut intervenir qu'après accord, non pas d'une autorité indépendante, comme en Allemagne, ou en Italie, mais du ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, de celui chargé du secteur concerné.

D'autre part, ce n'est que sur dérogation expresse, motivée et autorisée par le ministre, et non sur dérogation automatique, comme en droit communautaire, que tout ou partie d'une concentration peut être effectivement réalisé, sans attendre la décision ministérielle et sans préjudice de celle-ci.

On pense, notamment, aux offres publiques qui nécessite que leur initiateur puisse procéder simultanément à leur notification et à l'achat correspondant de titres sur le marché.

Votre commission vous propose d'adopter un amendement de coordination avec les dispositions préconisées à l'article 50 relatives à l'autosaisine du Conseil de la concurrence.

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

ARTICLE 52

Délais et conditions d'autorisation de concentrations

Commentaire : le présent article précise les délais et les conditions dans lesquels une opération de concentration doit être autorisée par le ministre de l'économie.

I. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Une opération de concentration obligatoirement notifiée au ministre de l'économie (article 50 du présent projet de loi) ne peut intervenir, sauf dérogation expresse qu'après son accord, et celui, le cas échéant, du ministre chargé du secteur concerné (article 51 du présent projet de loi).

- Le **I du présent article**, qui modifie l'article 42 de l'ordonnance, précise qu'il dispose, normalement, de **cinq semaines** pour se prononcer, à compter de la date de réception de la notification.

L'introduction de ce butoir dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est une bonne chose.

L'article 40 de ce texte indiquait en effet seulement, jusqu'à présent, que le silence gardé pendant deux mois par le ministre (ou 6 mois en cas de saisine du Conseil de la concurrence), valait acceptation tacite de l'opération. Le présent projet apporte donc à l'ordonnance, sur ce point, à la fois une précision et une réduction de délai(de deux mois à cinq semaines).

A l'occasion de la notification ou à tout moment avant l'expiration du délai de cinq semaines susvisé, les parties peuvent s'engager à prendre des mesures tendant à remédier aux effets anticoncurrentiels éventuels de l'opération.

Ces engagements, volontaires, diffèrent des injonctions ou prescriptions, visées par l'article 42 de l'ordonnance précitée, dont l'exécution peut être imposée par le ministre dans un délai qui n'est pas actuellement précisé par l'ordonnance.

Le ministre disposerait de trois semaines pour prendre sa décision, à compter de la réception des engagements, lorsque celle-ci a eu lieu plus de

deux semaines après la notification, si bien que le délai de cinq semaines pourrait être, dans ce cas, dépassé.

Trois types de décisions pourraient intervenir :

- soit le ministre constate que l'opération n'aurait pas dû être notifiée (parce qu'elle ne répondait pas aux critères d'importance de chiffre d'affaires ou de caractère irrévocable fixés par les articles 39 et 40 de l'ordonnance) ;

- soit il demande l'avis du Conseil¹ s'il estime que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence ;

- soit, il est tenu d'autoriser l'opération en la subordonnant, s'il le juge nécessaire, à des engagements motivés.

S'il ne s'est pas prononcé dans les délais impartis, l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une autorisation.

Par rapport à la situation précédente, les délais sont à certains égards nettement réduits, notamment en cas de saisine du Conseil de la concurrence (cinq semaines plus trois mois au lieu de 6 mois), mais la saisine n'étant plus facultative, aucune opération ne peut plus être engagée, sauf exception dûment motivée, avant cinq semaines au moins.

II. LA POSITION DE LA COMMISSION

Votre commission vous propose d'adopter cet article modifié par un amendement tendant à permettre aux parties qui ont notifié la concentration de saisir elles-mêmes le Conseil de la concurrence.

Cette proposition va dans le sens du rééquilibrage, que souhaite votre commission, entre les pouvoirs du Conseil et ceux du ministre.

En permettant aux intéressés d'anticiper une saisine inévitable du Conseil de la concurrence par le ministre, elle peut occasionner un gain de temps pour tous les acteurs de la procédure, bien loin, comme on pourrait le craindre, de provoquer un allongement des délais auquel nul n'a, en fait, intérêt.

¹ Qui dispose d'un délai de trois mois, voir commentaire de l'article 53 du présent projet de loi.

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

ARTICLE 53

Avis du Conseil et sanction du non-respect des règles d'autorisation des concentrations

Commentaire : le présent article introduit après l'article 42 de l'ordonnance trois nouveaux articles :

- l'article 42-1 précise la procédure suivie, les délais et la portée de la décision du Conseil de la concurrence lorsqu'il a été saisi d'une opération susceptible de porter atteinte à la concurrence ;

- L'article 42-2 traite des suites de l'avis du Conseil qui peuvent consister en la souscription d'engagements par les parties, ou en une décision d'interdiction assortie, le cas échéant d'injonctions, ou, enfin, en une autorisation sous condition de mesures tendant soit à améliorer la concurrence, soit à compenser les atteintes qui lui ont été portées (par une contribution au progrès économique et social) soit à réaliser effectivement des engagements pris.

Le ministre peut enfin autoriser purement et simplement, l'opération par une décision motivée ;

- l'article 42-3 précise les sanctions applicables lorsque des concentrations ont été réalisées sans être notifiées, ou avant la décision ministérielle ou en cas de déclaration inexacte ou d'inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement. Dans ce dernier cas, ainsi qu'en l'absence de notification, le Conseil de la concurrence peut être saisi.

I. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Cet article, très technique, est le plus long du projet : près de trois pages imprimées et plus de 25 alinéas !

Il traite des interactions, dans le domaine du contrôle des concentrations, entre le conseil de la concurrence et le ministère de l'économie.

Trois nouveaux articles sont introduits dans l'ordonnance de 1986.

Sont tout d'abord évoquées les situations dans lesquelles le Conseil a été initialement saisi (articles 42-1 et 42-2), puis les conséquences de certaines infractions telles que l'absence ou l'inexactitude de notifications, la réalisation d'une opération avant la décision du ministre ou l'inexécution d'injonctions, de prescriptions ou d'engagements, qui peuvent entraîner de nouvelles saisines du Conseil (article 42-3).

La complexité semble être la règle et la simplicité l'exception.

La complication résultant de la nouvelle rédaction proposée du texte de l'ordonnance par rapport à l'ancienne est, en partie inévitable, elle résulte du caractère obligatoire de la notification qui entraîne la création de nouvelles infractions, de nouvelles sanctions et de nouveaux cas de saisine du Conseil.

Des différences entre la procédure en matière d'ententes et celles applicables en matière de concentration sont prévues : les parties n'ont que trois semaines et non deux mois pour présenter leurs observations et le conseil peut entendre des tiers en leur absence.

Le ministre peut prendre trois types de décisions initiales (article 42 de l'ordonnance modifié par l'article 52 du présent projet) lorsqu'une opération lui est notifiée : saisir le conseil, donner son autorisation, la subordonner à la réalisation effective d'engagements.

Quand il a saisi le Conseil (article 42-2 de l'ordonnance modifiée par le présent article 53) quatre types de décisions s'offrent à lui : l'interdiction, l'autorisation moyennant le rétablissement d'une concurrence suffisante ou la compensation des atteintes portées à la concurrence (mesures **obligatoires**) enfin, l'autorisation à la condition que les engagements **volontaires** pris par les parties aient été respectés.

Dans le cas d'infractions aux règles de notification et d'autorisation (article 42-3), le ministre peut prendre encore d'autres mesures : sanctions, injonctions ou astreintes, retrait de la décision (si la déclaration est incomplète ou inexacte) ou nouvelle saisine du Conseil (en l'absence de notification ou s'il y a eu inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement).

Il en résulte une grande complexité.

On ne peut que regretter l'absence de procédure simplifiée, dans l'hypothèse - qui pourrait se présenter - où le Conseil de la concurrence ne voit pas d'objection à une opération dont il a été saisi par le ministre (lorsqu'elle n'est pas subordonnée à l'exécution d'injonctions, de prescriptions ou d'engagements, l'autorisation doit, dans ce cas, faire l'objet d'une décision **motivée** du ministre. En revanche, si le ministre n'a pas saisi initialement le

conseil d'une opération notifiée, le dernier alinéa du III ou le IV du précédent article 52 disposent que le ministre est tenu de l'autoriser ou qu'une absence de décision de sa part vaut autorisation tacite).

La rédaction de l'article 53 n'est pas toujours claire. En effet, le délai de trois semaines prévu pour les observations éventuelles des parties est-il inclus dans les trois mois dont dispose le conseil pour rendre son avis (deux derniers alinéas de l'article 42-1 de l'ordonnance) ?

De même dans le II de l'article 42-2, pourquoi les parties proposeraient-elles des engagements si le ministre, dans sa décision, prise après avis du Conseil, ne l'a pas demandé, ce qui semble être le cas envisagé à la fin¹ du premier alinéa ?

II.LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission aurait souhaité une rédaction plus claire de cet article. Celle-ci n'appelle cependant pas d'objection sur le fond de sa part. Elle vous propose donc de l'adopter sous réserve de deux amendements :

- le premier, de pure coordination avec ceux présentés aux articles 50 (autosaisie) et 52 (saisine du conseil par les parties)
- le deuxième, tendant à rétablir la précision dont la suppression ne lui semble pas justifiée, selon laquelle « le conseil tient compte de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale ».

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

¹ A moins que l'opération n'ait déjà fait l'objet de la décision prévue au I.

ARTICLE 54

Conciliation du secret des affaires avec l'audition de tiers et la publicité des décisions

Commentaire : le présent article clarifie le rôle des tiers dans la procédure de contrôle ministériel des concentrations, et propose un dispositif de conciliation du secret des affaires avec la publicité des décisions et l'audition de tiers.

Le présent article propose une rédaction entièrement nouvelle de l'article 44 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. A l'heure actuelle, ce dernier article précise la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, puis les règles de motivation et de publicité des décisions ministérielles, enfin les sanctions applicables en cas de non respect de ces décisions. A l'exception des règles relatives à la publicité des décisions ministérielles, toutes ces dispositions sont reformulées par ailleurs dans le projet de loi qui vous est soumis.

S'agissant des règles de publicité des décisions ministérielles, le présent article s'inspire des dispositions du règlement CEE du 21 décembre 1989 pour concilier la possibilité pour le ministre d'entendre des tiers et la publicité des décisions ministérielles, d'une part ; la protection légitime du secret des affaires, d'autre part.

D'un côté, le paragraphe I prévoit que les décisions ministérielles *« sont rendues publiques, le cas échéant accompagnées de l'avis du Conseil de la concurrence, selon des modalités fixées par décret »*. La publication de toutes les décisions, y compris les sanctions, est donc érigée en principe. Par ailleurs, le paragraphe II comble un vide juridique et clarifie le rôle des tiers en précisant que le ministère chargé de l'économie peut *« interroger des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties. »*

De l'autre côté, le paragraphe II prévoit que, lorsqu'il interroge des tiers et rend publique sa décision, le ministre chargé de l'économie *« tient compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués »*.

Cet article a fait l'objet de modifications rédactionnelles à l'Assemblée nationale.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 54 bis (nouveau)

Non-rétroactivité des règles de procédure de la présente loi

Commentaire : le présent article précise le calendrier d'entrée en vigueur des procédures prévues par le présent projet de loi.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement, présenté par le gouvernement, précisant le calendrier d'entrée en vigueur des nouvelles règles de procédure devant le Conseil de la concurrence.

Le paragraphe I prévoit ainsi que ni la possibilité de la procédure simplifiée prévue par l'article 34 du projet de loi, ni les nouvelles modalités de sanctions proposées par l'article 38, ne seront applicables aux pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles *« une saisine du Conseil de la concurrence a été effectuée avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi »*.

De manière similaire, le paragraphe II précise que la nouvelle procédure de contrôle des concentrations prévue par les articles 48 à 54 du projet de loi n'est applicable qu'aux opérations engagées de manière *« irrévocable »*, au sens défini par l'article 50 du projet de loi, après la date de publication du décret d'application du titre III du présent projet de loi, relatif au contrôle des concentrations.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 54 ter (nouveau)

Obligation d'information du comité d'entreprise en cas de concentration

Commentaire : le présent article prévoit une obligation d'information du comité d'entreprise d'une société partie à une opération de concentration ainsi que la possibilité pour le comité ou la commission économique de recourir, dans ce cas, à un expert.

Cet article additionnel, introduit à l'initiative du Président de la commission des finances de l'Assemblée nationale, prévoit, lorsqu'une entreprise est partie à une opération de concentration, que le comité d'entreprise doit être réuni d'urgence (dans un délai de trois jours suivant la date à laquelle l'opération est rendue publique).

Il peut être recouru alors à un expert qui a accès aux documents de toutes les sociétés concernées par l'opération.

La possibilité donnée à un expert, désigné par le comité d'entreprise, d'avoir accès aux documents, non seulement de l'entreprise en cause mais de toutes les autres sociétés concernées par l'opération, semble à votre commission incompatible avec la règle du secret des affaires.

C'est essentiellement pour cette raison que les mesures prévues par le nouvel article ne lui paraissent pas opportunes.

Le comité d'entreprise peut faire jouer déjà les dispositions des articles 432-5 et 437-7 du code du travail pour exiger d'être informé et se faire assister éventuellement par des experts, dans le respect d' « *une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel* ».

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

TROISIÈME PARTIE :
RÉGULATION DE L'ENTREPRISE

TITRE PREMIER :
DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

ARTICLE 55 A (nouveau)

Droits des comités d'entreprise

Commentaire : le présent article vise à attribuer une action au comité d'entreprise afin de lui accorder l'ensemble des prérogatives et des procédures ouvertes aux actionnaires minoritaires.

L'Assemblée nationale a adopté, contre l'avis du gouvernement, un amendement, présenté à la fois par la commission des finances et par le groupe communiste, visant à attribuer une action au comité d'entreprise afin de lui accorder l'ensemble des prérogatives et des procédures ouvertes aux actionnaires minoritaires.

Les critiques contre cette disposition sont nombreuses.

D'abord, elle se heurte à un obstacle juridique dans la mesure où la notion d'actionnaires minoritaires n'est pas définie par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Celle-ci attribue des prérogatives à des actionnaires dont la portée varie en fonction du pourcentage du capital que ces derniers détiennent.

Ainsi, lorsque l'actionnaire dispose **d'une seule action**, l'actionnaire peut :

- soit poser des questions écrites au conseil d'administration ou au directoire dans la période précédant la tenue de l'assemblée (article 162) ;

- soit demander la désignation en justice d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée en cas d'urgence (article 158).

Lorsqu'il dispose d'une fraction de 0,5 à 5 % selon le montant du capital de la société, l'actionnaire peut requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée (article 160) et exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs.

Par ailleurs, **lorsqu'un ou plusieurs actionnaires disposent de 10 % du capital**, ils peuvent :

- demander la désignation en justice d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée hors cas d'urgence (article 158) ;

- poser deux fois par exercice des questions écrites au président du conseil d'administration ou au directoire sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article 226-1) ;

- demander la liquidation légale de la société au président du tribunal de commerce (article 402).

Enfin, **lorsqu'un ou plusieurs actionnaires sont propriétaires d'un tiers des actions**, ils peuvent s'opposer à toutes les modifications statutaires.

Dans chacun de ces cas de figure, l'actionnaire peut être considéré comme minoritaire. Dans la mesure où le présent article ne détermine pas la fraction minimale dont doit disposer le comité d'entreprise pour être considéré comme actionnaire minoritaire, on peut imaginer qu'il disposera de l'ensemble des prérogatives mentionnées précédemment.

Par ailleurs, cette disposition apparaît inutile au regard des nombreuses prérogatives dont dispose le comité d'entreprise.

L'énumération de ses pouvoirs permettra d'en mesurer l'étendue.

Au moins une fois par an, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le chef d'entreprise doit présenter au comité d'entreprise un rapport écrit d'ensemble sur l'activité de l'entreprise, le chiffre d'affaires, les bénéfices ou pertes constatés, les résultats globaux de la production, les transferts de capitaux importants entre la société mère et les filiales, la situation de la sous-traitance, etc... (article L. 432-4 du code du travail).

Le comité d'entreprise bénéficie également d'une information périodique trimestrielle sur l'évolution générale des commandes et de la situation financière, ainsi que sur l'exécution des programmes de production.

Par ailleurs, le comité d'entreprise reçoit communication de l'ensemble des documents soumis à l'assemblée générale des actionnaires (article L. 432-4 du code précité), comptes annuels, comptes consolidés, rapport de gestion, rapport général et rapport spécial des commissaires aux comptes, etc.

En vue de l'examen des comptes, le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert comptable de son choix. Il peut convoquer les commissaires aux comptes pour recevoir leurs explications sur les différents documents communiqués ainsi que sur la situation financière de l'entreprise (article L. 432-4 du code précité).

En outre, il reçoit communication de documents prévisionnels dans les 8 jours de leur établissement.

Des membres du comité assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration (article L. 432-6 du code du travail).

Le comité d'entreprise bénéficie d'un droit d'alerte (article L. 432-5 du code du travail) et d'un droit à consultation permanente de l'inventaire, des comptes annuels, du rapport du conseil d'administration ou du directoire, du montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées, etc.

Enfin, le comité d'entreprise peut intenter une action pénale sur le fondement du délit d'entrave.

Un troisième argument contre cette mesure a été présenté par le Garde des Sceaux lui-même. Cette disposition risque de « *dénaturer la légitimité du comité d'entreprise. Celle-ci, en effet, procède de la volonté du législateur de faire du comité l'instrument de l'expression collective des salariés. Lui attribuer des prérogatives liées à sa participation, fut-elle symbolique, au capital reviendrait à banaliser son rôle dans le fonctionnement de l'entreprise* ».

En conséquence, votre commission vous proposera un amendement de suppression de cet article.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 55

Objet des articles du titre premier

Commentaire : le présent article annonce l'objet des articles du titre premier.

Afin d'éviter de préciser le texte modifié en tête de chacun des articles, le présent article propose de préciser que les articles 56 à 67 et 69 réforment la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

L'Assemblée nationale a supprimé cet article. Elle a estimé qu'il n'avait aucun contenu normatif et qu'il constituait une présentation inhabituelle de la loi en privilégiant une annonce générale en tête des articles révisant cette loi plutôt que l'intégration, dans chaque article modifié, de la référence à ladite loi.

Votre commission partage l'analyse de l'Assemblée nationale et vous propose donc de maintenir la suppression.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 55 bis (nouveau)

Clarification des formalités de transformation des sociétés existantes en sociétés par actions

Commentaire : le présent article vise à soumettre les transformations de sociétés en sociétés par actions aux mêmes formalités que doivent respecter les sociétés se transformant en sociétés anonymes.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

L'article 72 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales détermine les formalités que doivent respecter les sociétés d'une autre forme, lorsqu'elles veulent se transformer en sociétés anonymes.

Il dispose qu' « *en cas de transformation de société anonyme d'une société d'une autre forme, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés, sauf accord unanime des associés, par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'entre eux* ».

Le rapport des commissaires à la transformation doit attester que le montant des capitaux propres est au moins égal au capital social. Il est tenu au siège social à la disposition des associés huit jours au moins avant la date de l'assemblée appelée à statuer sur la transformation. En cas de consultation écrite, le texte du rapport doit être adressé à chacun des associés et joint au texte des résolutions proposées.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

La transformation aboutit à la modification du pacte originaire. Dans la mesure où les associés avaient opté pour une forme donnée, la décision de la transformation leur revient, et non aux dirigeants.

A cet égard, les formalités qui accompagnent la transformation d'une société d'une autre forme en société anonyme et, notamment, la remise du rapport précité, permettent aux associés de prendre une décision en connaissance de cause.

Pourtant, l'intervention des commissaires à la transformation n'est prévue explicitement que pour la transformation d'une société d'une autre forme en société anonyme.

Dans un arrêt du 26 mai 2000, la cour d'appel de Paris a estimé que l'article 72-1 de la loi du 24 juillet 1966 visait la transformation en société anonyme d'une société d'une autre forme et non sa transformation en sociétés par actions. En conséquence, les dispositions de l'article 72-1 précité ne s'appliqueraient pas en cas de transformation d'une société autre que par actions en société par actions simplifiées ou en société en commandite par actions.

Pour remédier à cette situation, le présent article propose d'étendre le champ d'application de l'article 72-1 précité aux transformations de sociétés d'une autre forme en sociétés par actions. Seraient donc soumises aux formalités décrites précédemment les transformations de sociétés en sociétés en commandite par actions ou en sociétés simplifiées par actions.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 55 BIS

Allègement des modalités de transformation d'une société par actions simplifiées en une société d'une autre forme

Commentaire : le présent article additionnel vise à alléger les modalités de transformation d'une société par actions simplifiée en société d'une autre forme en supprimant la condition selon laquelle ladite société doit justifier au préalable de deux ans d'existence.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 236 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précise qu'une société anonyme peut se transformer en société d'une autre forme si, au moment de sa transformation, elle a au moins deux ans d'existence. »

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 262-1 de la même loi dispose que « *dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par la présente section, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles 89 à 177-1, sont applicables à la société par actions simplifiée* ».

En conséquence, la transformation d'une société par actions simplifiée en une société d'une autre forme est soumise au délai de deux ans prévu à l'article 236.

Or, ce délai apparaît aujourd'hui trop long, notamment depuis le développement des nouvelles technologies et il s'avère utile de permettre aux sociétés par actions simplifiées de se transformer par exemple en sociétés anonymes pour pouvoir être cotées.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

C'est la raison pour laquelle votre commission vous propose cet article additionnel qui supprime l'obligation pour une société par actions simplifiée d'exister depuis deux ans et de faire approuver par les actionnaires le bilan de ses deux premiers exercices pour se transformer en société d'une autre forme.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 55 BIS

Allégement des modalités d'émission d'obligations par une société auprès d'investisseurs privés

Commentaire : le présent article additionnel vise à alléger les modalités d'émission d'obligations par une société par actions auprès d'investisseurs privés en supprimant la condition selon laquelle ladite société doit justifier au préalable de deux ans d'existence.

L'article 285 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précise que l'émission d'obligations n'est permise qu'aux sociétés par actions ayant deux années d'existence et qui ont établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires. Cette condition visait à garantir un minimum la pérennité de l'entreprise et à protéger les investisseurs.

Toutefois, le monde économique dans lequel les entreprises évoluent a changé, notamment depuis le développement des nouvelles technologies. Aujourd'hui, il n'apparaît plus nécessaire d'imposer aux entreprises d'avoir deux ans d'existence pour pouvoir émettre des obligations auprès d'investisseurs privés.

C'est la raison pour laquelle votre commission vous propose cet article additionnel qui supprime ce délai de deux ans.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

CHAPITRE PREMIER :
ÉQUILIBRE DES POUVOIRS ET FONCTIONNEMENT
DES ORGANES DIRIGEANTS

ARTICLE 56 A (nouveau)

**Réduction du nombre maximal des membres des conseils d'administration
et des conseils de surveillance**

Commentaire : le présent article vise à faire passer le nombre des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance de vingt-quatre à dix-huit. En outre, il propose qu'en cas de fusion de sociétés anonymes, le nombre des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance, qui pouvait s'élever à trente pendant trois ans, soit ramené à vingt-quatre.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales fixe le nombre maximal des membres de conseil d'administration et de conseil de surveillance.

L'article 89 de la même loi précise que les statuts fixent le nombre maximum des membres du conseil d'administration sans que ce dernier puisse dépasser vingt-quatre.

L'article 129 retient le même plafond pour le nombre maximum des membres du conseil de surveillance.

L'article 152 prévoit une dérogation aux dispositions des article 89 et 129 puisqu'en cas de fusion de sociétés anonymes, le nombre de membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance, selon le cas, peut dépasser le nombre de vingt-quatre pendant trois ans. Toutefois, ce nombre ne peut pas être supérieur à trente.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'Assemblée nationale a adopté un amendement qui propose de modifier les articles 89, 129 et 152 précités afin de réduire le nombre maximum des membres des conseils d'administration ou des conseils de surveillance.

Ainsi, le nombre maximum des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance passerait de vingt-quatre à dix-huit.

Par ailleurs, en cas de fusion de sociétés anonymes, le nombre maximum des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance, qui pouvait s'élever à trente pendant trois ans, serait ramené à vingt-quatre.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Dans son rapport au Premier ministre¹, votre rapporteur estimait qu'il *« devrait appartenir aux statuts de fixer le nombre maximum d'administrateurs, de directeurs généraux, membres du directoire et du conseil de surveillance, la règle légale n'ayant plus, sur ces points, qu'un caractère supplétif »*.

En conséquence, votre commission ne peut pas approuver la diminution par la loi du nombre maximal de membres du conseil d'administration et de membres du conseil de surveillance.

Elle estime que cette initiative doit être laissée aux sociétés.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

¹ Philippe Marini : la modernisation du droit des sociétés, juillet 1996, page 36.

ARTICLE 56 B (nouveau)

Modification de l'intitulé de la sous-section I relative au conseil d'administration

Commentaire : le présent article vise à modifier l'intitulé de la sous-section I de la section III du chapitre IV du titre Ier de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement visant à modifier l'intitulé de la sous-section I relative au conseil d'administration en le complétant par les mots « *et direction générale* ».

Cette modification se justifie par l'introduction des nouvelles dispositions concernant la direction générale en raison des pouvoirs désormais accordés au directeur général en cas de dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 56

Rôles du conseil d'administration et de son président

Commentaire : le présent article vise à redéfinir les pouvoirs du conseil d'administration et de son président dans le cadre de la dissociation des fonctions de président et de directeur général.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT : LE CUMUL DES FONCTIONS DE PRÉSIDENT ET DE DIRECTEUR GÉNÉRAL

Depuis la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, il existe deux formes de sociétés anonymes.

Dans la forme classique, les sociétés anonymes sont dirigées par deux organes, à savoir le conseil d'administration et le président directeur général qui, conformément aux articles 98 et 113 de la loi précitée, sont tous deux « *investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ». Le président du conseil d'administration cumule alors cette fonction avec celle de directeur général de la société.

Dans la forme duale, la direction, assumée par le directoire, est séparée du contrôle, assuré par le conseil de surveillance. En conséquence, par rapport aux administrateurs, la responsabilité des membres du conseil de surveillance est moindre puisque, conformément à l'article 250 de la loi précitée, « *ils n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leur résultat* ». Ils sont seulement responsables des carences dans l'exécution de leur mandat de surveillance.

Depuis plusieurs années, de nombreuses réflexions ont été publiées en France afin de promouvoir une nouvelle conception du rôle du conseil d'administration dans les sociétés cotées et une considération plus grande accordée à leurs actionnaires.

Elle s'inspire directement du débat sur la « Corporate Governance » lancé à la fin des années 70 aux Etats-Unis. En effet, dans ce pays, il est possible de désigner, d'une part, un président (le « chairman of the board ») qui préside le conseil d'administration et les assemblées et, d'autre part, l'équivalent du directeur général, appelé « chief executive officer », qui assure la gestion quotidienne de la société. Les règles de la « Corporate Governance » imposent que cette dyarchie soit incarnée par deux hommes différents.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ : LA DISSOCIATION DES FONCTIONS DE PRÉSIDENT ET DE DIRECTEUR GÉNÉRAL

Le présent article propose de redéfinir les missions du conseil d'administration et de son président afin, comme le précise l'exposé des motifs, « *d'assurer un fonctionnement plus équilibré et plus transparent des organes dirigeants des entreprises françaises* ».

A. LA CLARIFICATION DES FONCTIONS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'article 98 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales définit les fonctions du conseil d'administration. Le premier alinéa dispose que « *le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ; il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires* ».

Cette rédaction était critiquée par certains parce qu'elle était jugée non seulement trop vague mais aussi ambiguë : la même formule avait été retenue pour définir les pouvoirs du président du conseil d'administration.

Le paragraphe I du présent article propose donc une nouvelle définition des pouvoirs du conseil d'administration afin d'affirmer ses fonctions d'administration et de contrôle.

La fonction d'administration est inscrite dans le premier alinéa qui prévoit que **le conseil d'administration non seulement détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur application, mais aussi règle par ses délibérations les affaires de la société**. Il est également précisé qu'il exerce les pouvoirs qui lui sont réservés par la présente loi. Cette énumération des fonctions du conseil d'administration vise à lui redonner un rôle central dans la prise de décisions stratégiques pour l'entreprise.

Le deuxième alinéa du paragraphe I du présent article reprend les dispositions contenues dans l'actuel article 98 précité qui affirment l'engagement de la responsabilité de la société par les actes du conseil d'administration.

Le troisième alinéa du même paragraphe insiste sur les fonctions de contrôle du conseil d'administration qui doit recevoir, à toute époque de l'année, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Il doit également se faire communiquer tous les documents qu'il juge utile. Par ailleurs, il opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns et se

saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société. Son champ d'action est donc très étendu.

Le quatrième alinéa du paragraphe I du présent article rappelle que les administrateurs sont responsables envers la société et envers les tiers dans les conditions prévues à l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 précitée. Cette précision apparaît superflue puisque ledit article 244 dispose déjà que « *les administrateurs sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ».

Le cinquième alinéa du paragraphe I du présent article oblige les conseils d'administration des sociétés faisant appel public à l'épargne à établir un règlement intérieur qui doit préciser les règles relatives à la fréquence des réunions du conseil d'administration ainsi qu'à la fixation de l'ordre du jour. Les conditions de publication du règlement intérieur sont renvoyées à un décret.

Le gouvernement s'est inspiré pour cette disposition des recommandations émises par le comité présidé par M. Marc Viénot, dont un premier rapport a été publié en juillet 1995. Partant du constat que le fonctionnement des conseils d'administration restait en France encore très informel, il préconisait « *l'adoption d'un plus grand formalisme dans la préparation des délibérations* ». Toutefois, aucune distinction n'était faite entre les sociétés faisant appel à l'épargne et les autres. En outre, la nécessité de légiférer sur ce sujet n'avait pas été évoquée.

B. LA REDÉFINITION DES FONCTIONS DU PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'article 113 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales précise les fonctions du président du conseil d'administration en disposant que, « *sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil d'administration, et dans la limite de l'objet social, le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ».

En outre, l'article 113 affirme le principe du cumul des fonctions de président avec celles de directeur général.

Le paragraphe II du présent article modifie l'article 113 précité afin de redéfinir les missions du président et de **poser le principe de la**

dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général.

Jusqu'à présent, la loi imposait le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général et ne permettait pas d'y déroger. Le deuxième alinéa du paragraphe II du présent article renverse ce principe : désormais, la dissociation des fonctions devient le principe et leur cumul une simple faculté, à condition qu'elle soit prévue dans les statuts. La réunion d'une assemblée générale pour décider des modalités d'exercice de la direction générale est donc indispensable puisque l'article 153 de la loi du 24 juillet 1966 précitée dispose que « *l'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions* ».

Le premier alinéa du paragraphe II précise les fonctions du président du conseil d'administration afin de les distinguer de celles de directeur général. Il est indiqué que le président représente le conseil d'administration. Il organise et dirige les travaux de celui-ci et doit en rendre compte à l'assemblée générale. Il veille également au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure que les membres du conseil d'administration reçoivent les informations nécessaires pour accomplir leurs missions.

A cet égard, il convient de remarquer que le premier « rapport Viénot »¹ insistait déjà sur la nécessité pour le conseil d'administration de disposer d'une information suffisante pour exercer sa mission : « *faut-il rappeler que le président a l'obligation de fournir aux administrateurs, dans un délai suffisant, les informations significatives qui leur sont nécessaires pour exercer pleinement leur mission de contrôle ? Il convient que les administrateurs reçoivent en temps utile un dossier sur les points à l'ordre du jour qui nécessitent une analyse particulière et une réflexion préalable* ».

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a modifié l'étendue des fonctions du conseil d'administration et a transformé l'obligation de dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général en faculté.

L'Assemblée nationale a tout d'abord supprimé la disposition selon laquelle le conseil d'administration « *règle par ses délibérations les affaires de la société*. ». Elle a estimé qu'il ne pouvait pas accomplir cette mission puisqu'il n'est pas un organe permanent. La gestion quotidienne de la société

¹ CNPF, AFEP : *le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, page 20.

doit être assurée par le président du conseil d'administration ou, si les fonctions sont dissociées, par le directeur général.

Par ailleurs, l'Assemblée nationale a décidé de remettre à chaque administrateur et non au conseil d'administration l'ensemble des informations nécessaires à l'accomplissement des missions du conseil d'administration. Cette précision apparaît pertinente dans la mesure où la responsabilité civile et pénale des administrateurs peut être engagée conformément à l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 précitée. En outre, cette rédaction évite que le président soit le destinataire de toutes les informations qu'il aurait ensuite à redistribuer aux membres du conseil d'administration.

L'Assemblée nationale a également supprimé l'obligation pour les conseils d'administration faisant appel public à l'épargne d'établir et de publier un règlement intérieur qui aurait précisé les règles relatives à la fréquence des réunions et à la fixation de l'ordre du jour. Cette disposition visait à renforcer l'information fournie aux actionnaires sur la gestion de la société dans laquelle ils ont investi. Elle avait également pour but d'inciter les conseils d'administration à améliorer la transparence de leur fonctionnement.

Elle a par ailleurs précisé que, sans que la liberté du président du conseil d'administration d'organiser et de diriger les travaux de ce dernier soit remise en cause, ce dernier doit donner suite à une demande du directeur général visant à convoquer le conseil d'administration sur un ordre du jour déterminé.

Enfin, l'Assemblée nationale a assoupli le régime de dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général en en faisant une simple faculté pour les entreprises. En effet, elle a supprimé l'obligation de définir les modalités d'exercice de la direction générale dans les statuts. Il reviendrait au conseil d'administration de trancher cette question, sans qu'il soit nécessaire de réunir une assemblée générale extraordinaire. Paradoxalement, l'Assemblée nationale a cependant prévu que le conseil d'administration informe les actionnaires dans des conditions fixées par les statuts. Ceux-ci devraient donc être modifiés, ce qui implique la tenue d'une assemblée générale extraordinaire alors même que le dispositif proposé avait pour but d'éviter que celle-ci ne statue sur les modalités d'exercice de la direction générale. La rédaction proposée paraît donc peu cohérente.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Il convient de rappeler que dans son rapport au Premier ministre¹, votre rapporteur avait proposé « que loi autorise, sans jamais l'imposer, la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, que la société soit cotée ou non.

Cette formule, qui existe en Grande Bretagne, permettrait de clarifier les rôles respectifs de l'organe exécutif, chargé de la conduite quotidienne des moyens permanents de l'entreprise, et celui de l'organe collégial de son président, exerçant leurs responsabilités propres. Elle pourrait convenir à une partie des sociétés anonymes en fonction des personnalités et des situations rencontrées. Sans exclure une certaine souplesse statutaire, ni créer de confusion avec le système dualiste où les membres du conseil de surveillance ne peuvent s'immiscer dans la gestion et sont loin de partager les mêmes responsabilités que les administrateurs de la société classique, la loi devrait conférer au conseil et au directeur général certaines attributions dont ils ne pourraient être privés. En cas de dissociation, il ne serait possible de désigner qu'un seul directeur général mandataire social. Ce dernier, véritable chef d'entreprise, aurait qualité pour représenter la société auprès des tiers et le conseil d'administration pourrait désigner auprès de lui des directeurs généraux adjoints ayant également la qualité de mandataire social ».

A. LES POUVOIRS RESPECTIFS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET DE SON PRÉSIDENT

1. Les pouvoirs du conseil d'administration

L'article 98 actuel dispose que « *le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ; il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaire* ».

Comme il a été souligné auparavant, cette rédaction ne fait pas l'unanimité, surtout parce que la même rédaction a été retenue pour définir les fonctions du président. Ainsi, le rapport du 7 janvier 1999 de M. Guy Pallaruelo, au nom de la chambre de commerce et d'industrie de Paris dénonce « *une source de confusion regrettable* ».

¹ Philippe Marini : *la modernisation du droit des sociétés*, 1996, pages 35 et 36.

Certains considèrent que cette confusion présente aussi des avantages. Ainsi M. Marc Viénot¹ fait remarquer que « *si ses détracteurs critiquent la concurrence des compétences qui est ainsi organisée par la loi, ils ne précisent guère les inconvénients effectifs qui en résulteraient et que l'on ne constate guère en fait. [...] le comité estime que, loin d'être source de confusion, la souplesse du droit français présente des avantages manifestes : chaque conseil peut adapter au mieux la répartition des compétences aux circonstances ainsi qu'aux caractéristiques et aux besoins propres de l'entreprise, restreindre le champ de ses interventions préalables pour ne pas risquer de gêner inutilement la gestion ou élargir celles qu'il entend se réserver en définissant des catégories d'opérations dont il entend être saisi et, s'il veut formaliser cette répartition, il lui est loisible d'adopter un règlement aussi précis que possible* ».

Le gouvernement a cependant proposé une nouvelle rédaction des fonctions du conseil d'administration afin de les distinguer de celles du nouveau directeur général.

Votre commission juge trop restrictive la rédaction retenue par le gouvernement et l'Assemblée, selon laquelle « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société* ».

Certes, le conseil d'administration définit la stratégie de l'entreprise, mais il désigne également les mandataires sociaux chargés de gérer celle-ci dans le cadre de cette stratégie, il contrôle la gestion et veille à la qualité de l'information fournie aux actionnaires et aux marchés à travers les comptes ou à l'occasion d'opérations très importantes.

Votre commission vous propose donc un amendement qui reflète davantage les fonctions de gestion du conseil d'administration.

Par ailleurs, l'Assemblée nationale a résumé les missions de contrôle du conseil d'administration de la manière suivante :

« A toute époque de l'année, chaque administrateur reçoit les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et se fait communiquer les documents qu'il estime utiles. Le conseil d'administration opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns et se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société ».

Cette rédaction pourrait être améliorée. En effet, ce paragraphe se contente d'énumérer les fonctions et les droits des administrateurs et du conseil d'administration sans dégager le principe fort qui en réalité le justifie, à savoir la fonction de contrôle du conseil d'administration. En

¹ CNPF, AFEP : le conseil d'administration des sociétés cotées, juillet 1995, page 11.

outre, il « mélange » les fonctions de contrôle et de gestion en rappelant que le conseil d'administration « *se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société* ».

Votre commission vous propose une rédaction alternative, qui s'inspire de la définition des pouvoirs du conseil de surveillance.

« Le conseil d'administration exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par la direction générale. A tout moment de l'année, il opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns. Chaque administrateur reçoit les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et se fait communiquer les documents qu'il estime utiles ».

Par ailleurs, le quatrième alinéa du 1^o apparaît redondant. Il dispose que les administrateurs sont responsables envers la société et envers les tiers dans les conditions prévues à l'article 244. Or, l'article 244 porte justement sur la responsabilité des administrateurs. Votre commission vous propose donc un amendement visant à la suppression de cet alinéa.

2. Les pouvoirs du président du conseil d'administration

La rédaction du nouvel article 113 qui définit les pouvoirs du président du conseil d'administration laisse à désirer.

Le premier alinéa dispose que « *le président représente le conseil d'administration* ». On peut s'interroger sur la portée concrète de cette disposition dans la mesure où le conseil d'administration n'a pas de personnalité morale.

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, cette rédaction précise que le président est l'interlocuteur privilégié de tous ceux qui souhaitent s'adresser au conseil d'administration. Ainsi, le courrier destiné au conseil d'administration lui est adressé. La rédaction retenue souligne en réalité les conséquences inhérentes à toute fonction de président. La nécessité de la faire figurer dans la loi n'est pas évidente.

B. LA DISSOCIATION DES FONCTIONS DE PRÉSIDENT ET DE DIRECTEUR GÉNÉRAL

Votre rapporteur tient à rappeler qu'il s'est intéressé très tôt au débat sur le « **gouvernement de l'entreprise** » puisqu'il avait été chargé en 1996 par le Premier ministre, M. Alain Juppé, de réfléchir sur « *la clarification des*

règles de fonctionnement interne des entreprises et des modalités d'information des actionnaires ».

Les conclusions de cette mission avaient été publiées dans un rapport qui contenait 103 propositions visant à moderniser le droit des sociétés.

Ainsi, il était préconisé que *« la loi autorise, sans jamais l'imposer, la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, que la société soit cotée ou non.*

Cette formule, qui existe en Grande Bretagne, permettrait de clarifier les rôles respectifs de l'organe exécutif, chargé de la conduite quotidienne des moyens permanents de l'entreprise, et celui de l'organe collégial et de son président, exerçant leur responsabilité propre. Elle pourrait convenir à une partie des sociétés anonymes en fonction des personnalités et des situations rencontrées ¹».

Votre rapporteur approuve donc la volonté de l'Assemblée nationale d'offrir aux entreprises la faculté de dissocier les fonctions de président et de directeur général. En effet, comme le fait remarquer M. Marc Viénot, *« l'adoption d'un système ou de l'autre doit être considérée comme un mode d'organisation du conseil d'administration et de la direction générale qui est laissé à l'appréciation de chaque conseil en fonction des besoins de la société et qui relève de la responsabilité collégiale des administrateurs »².*

Pourtant, la rédaction retenue n'est pas satisfaisante. En effet, l'option entre le cumul ou la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général doit être prévue dans les statuts, même si cette modification a seulement pour objet d'autoriser le conseil d'administration à exercer cette option.

Il convient donc de modifier la rédaction retenue par l'Assemblée nationale pour imposer aux entreprises la modification de leurs statuts afin que ces derniers prévoient que le conseil d'administration a la faculté de choisir entre le cumul ou la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. Si le conseil d'administration ne prend pas position, le cumul des deux fonctions reste de droit.

¹ Philippe Marini : rapport précité, page 35.

² Marc Viénot : rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise, juillet 1999, page 5.

C. LES RÈGLES RELATIVES A LA CONVOCATION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'Assemblée nationale a précisé dans l'article 57 du présent projet de loi, qui définit les fonctions du directeur général, que celui-ci peut demander au président de convoquer le conseil d'administration sur un ordre du jour déterminé.

Votre commission estime nécessaire de regrouper les règles relatives à la convocation du conseil d'administration dans un seul article.

En effet, l'article 83 du décret du 23 mars 1967 prévoit déjà que les administrateurs constituant au moins le tiers des membres du conseil d'administration peuvent convoquer le conseil si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois.

En réalité, cette disposition doit figurer dans la loi. C'est la raison pour laquelle votre commission vous propose un amendement créant un nouvel article dans la loi du 24 juillet 1966 précitée et regroupant l'ensemble des règles relatives à la convocation du conseil d'administration.

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

ARTICLE 57

Rôles et statuts du directeur général et des directeurs généraux délégués

Commentaire : le présent article vise à préciser le rôle et le statut du directeur général qui est désormais chargé d'assurer la direction générale de la société assisté, le cas échéant, par un ou plusieurs directeurs généraux délégués.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT : LA PRÉDOMINANCE DU PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'article 113 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales confie au président du conseil d'administration la direction générale de la société.

Afin de l'assister dans cette tâche, l'article 115 de la loi précitée autorise le conseil d'administration, sur proposition du président, à nommer un ou plusieurs directeurs généraux.

L'article 116 de ladite loi précise que ces derniers sont révocables à tout moment par le conseil d'administration, sur proposition du président.

Enfin, conformément à l'article 117 de la loi du 24 juillet 1966 précitée, l'étendue et la durée des pouvoirs délégués aux directeurs généraux sont déterminées par le conseil d'administration, en accord avec le président.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ : L'EXERCICE DES FONCTIONS EXÉCUTIVES PAR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL

Le présent projet de loi propose de dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de responsable de la direction générale de l'entreprise. En conséquence, après avoir recentré dans l'article 56 les fonctions du président du conseil d'administration, il tend à redéfinir, dans le présent article, les missions du directeur général chargé désormais de la direction générale de l'entreprise.

A. LE STATUT DU DIRECTEUR GÉNÉRAL ET DES DIRECTEURS GÉNÉRAUX DÉLÉGUÉS

Le paragraphe I propose de réécrire l'article 115 de la loi du 24 juillet 1966 précitée consacré jusqu'à présent aux directeurs généraux pour préciser le statut du directeur général.

Le premier alinéa du paragraphe I du nouvel article 115 dispose que, sauf dans le cas où le président du conseil d'administration exerce également les fonctions de direction générale de la société, le conseil d'administration nomme un directeur général dont il détermine la rémunération. Ce dernier doit être une personne physique sous peine de nullité de la nomination.

Les trois autres alinéas du paragraphe I du nouvel article 115 reprennent la rédaction de certaines dispositions de l'ancien article 115 en les adaptant au nouveau rôle du directeur général.

Ainsi, sur proposition de ce dernier, le conseil d'administration peut nommer un ou plusieurs directeurs généraux délégués chargés de l'assister. Seules des personnes physiques peuvent occuper cette fonction.

Par ailleurs, le deuxième alinéa renvoie aux statuts pour fixer le nombre maximum de directeurs généraux délégués sans que ce nombre puisse dépasser cinq. Il convient de remarquer que la rédaction antérieure de l'article 115 fixait des critères plus rigides, à savoir un directeur général délégué pour les sociétés dont le capital est inférieur à 500.000 francs, deux pour les sociétés dont le capital est au moins égal à 500.000 francs et cinq dans les sociétés dont le capital est au moins égal à dix millions de francs à condition que trois d'entre eux au moins soient administrateurs.

Le troisième alinéa du paragraphe I du nouvel article 115 reprend les dispositions du dernier alinéa de l'ancien article 115 et dispose que le conseil détermine la rémunération.

B. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT

Le paragraphe II du nouvel article 115 renforce les règles limitant le cumul des mandats des personnes occupant des fonctions exécutives au sein de la société.

Dans le dispositif législatif actuel, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ne prévoit que deux sortes de limitation au cumul des mandats qui vise d'une part les administrateurs et, d'autre part, les présidents et les directeurs généraux.

L'article 92 de ladite loi limite le cumul de mandats d'un administrateur au sein d'un conseil d'administration à huit, avec toutefois la possibilité d'exercer cinq mandats supplémentaires au sein d'un groupe. L'article 136 de la loi précitée contient des dispositions identiques pour les membres des conseils de surveillance.

Par ailleurs, l'article 111 de la loi précitée limite à deux le nombre de mandats de président directeur général. L'article 127 dispose également que « *nul ne peut appartenir à plus de deux directoires, ni exercer les fonctions de directeur général unique dans plus de deux sociétés anonymes ayant leur siège social en France métropolitaine* ».

Le gouvernement a jugé ce dispositif insuffisant dans la mesure où aucune disposition ne recoupe les deux catégories de limitation de cumul des mandats. Aujourd'hui, une personne peut cumuler un poste de directeur général et huit mandats d'administrateurs.

Désormais, le premier alinéa du paragraphe II de l'article 115 interdit le cumul de plus d'un mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique avec quatre mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes.

En outre, le champ d'application des règles relatives au cumul des mandats est étendu aux sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français : jusqu'à présent, seules les sociétés anonymes ayant leur siège social en France métropolitaine étaient concernées.

Par ailleurs, une seule dérogation à la limitation des cumuls de mandats est prévue au dernier alinéa du paragraphe II du nouvel article 115. Ne sont pas pris en compte « *les mandats dans les sociétés contrôlées, au sens de l'article 357-1¹, exercés par des représentants permanents d'une personne morale* ».

Le dispositif retenu est donc plus sévère que celui décrit à l'article 111 qui tient compte de la particularité des groupes pour la fixation des règles de limitation au cumul de mandats. Ainsi, le président directeur général d'une société mère, même s'il est déjà titulaire de deux mandats, peut être président de filiales dans la limite de cinq mandats.

Le deuxième alinéa du paragraphe II du nouvel article 115 reprend les dispositions déjà existantes quant aux conséquences du non respect des règles de cumul. Ainsi, toute personne qui se trouve en infraction en raison de son accès à un nouveau mandat doit se démettre dans les trois mois d'un de ses

¹ L'article 357-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales concerne les sociétés qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qui exercent une influence notable sur celles-ci.

mandats. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise de son dernier mandat et doit restituer les rémunérations perçues sans que soit remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.

Le paragraphe II du présent article étend les règles de limite d'âge prévues pour l'exercice des fonctions de directeur général à l'article 115-1 aux directeurs généraux délégués. Concrètement, cela signifie que sauf disposition expresse prévue dans les statuts, les directeurs généraux délégués doivent avoir moins de soixante cinq ans pour pouvoir exercer leurs fonctions. Lorsqu'ils atteignent la limite d'âge, ils sont réputés démissionnaires d'office.

C. LES MODALITÉS DE RÉVOCATION DES DIRECTEURS GÉNÉRAUX ET DES DIRECTEURS GÉNÉRAUX DÉLÉGUÉS

Le paragraphe III du présent article modifie l'article 116 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui porte sur la révocation des directeurs généraux.

Le premier alinéa du nouvel article 116 rappelle que les nouvelles fonctions de directeur général ne remettent pas en cause le principe selon lequel ce dernier est révocable à tout moment par le conseil d'administration.

Par ailleurs, dans la mesure où le conseil d'administration nomme le ou les directeurs généraux délégués, il lui revient le pouvoir de les révoquer, sur proposition du directeur général.

Cette rédaction s'inspire directement de l'ancien dispositif dans lequel le conseil d'administration pouvait révoquer à tout moment les collaborateurs du président (appelés alors directeurs généraux), sur proposition de ce dernier.

Toutefois, le nouvel article 116 s'avère plus protecteur des intérêts du directeur général et des directeurs généraux délégués puisqu'il est prévu que si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts.

Jusqu'à présent, le président directeur-général était révocable *ad nutum*, ce qui signifie qu'il pouvait être démis de ses fonctions sans justifications, sans préavis et qu'il n'avait droit à aucune indemnité, sauf en cas de révocation abusive. Il revenait alors aux tribunaux de vérifier si la révocation avait porté atteinte à l'honneur du dirigeant. En revanche, ces derniers n'étaient pas compétents pour contrôler les motifs de la révocation qui n'avaient ni à être justes, ni à être indiqués.

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, la disposition selon laquelle la révocation décidée sans juste motif donne droit à dommages et intérêts présenterait un double avantage.

D'une part, elle devrait permettre au directeur général et à ses collaborateurs de travailler dans des conditions plus sereines puisqu'ils ne pourront plus être révoqués aussi facilement, de manière arbitraire. Leur indépendance vis-à-vis du conseil d'administration devrait être renforcée.

A cet égard, il convient de remarquer que la jurisprudence sur la notion de juste motif permet de concilier deux impératifs contradictoires : éviter que le coût d'une éventuelle révocation ne fige les situations acquises et assurer le dédommagement des dirigeants victimes d'une révocation inconsidérée. Ainsi, il y a juste motif non seulement lorsque le comportement fautif du dirigeant est avéré (par exemple, s'il commet une faute de gestion), mais également s'il apparaît une divergence de vue sur la stratégie que doit suivre l'entreprise ou encore lorsque la réorganisation de l'entreprise semble nécessaire.

D'autre part, cette disposition devrait apporter plus de transparence dans les procédures de révocation puisque le conseil d'administration aura désormais à justifier sa décision. Il convient de remarquer que cette disposition harmonise les garanties apportées aux personnels dirigeants. En effet, les membres du directoire bénéficient déjà de cette garantie puisque l'article 121 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales dispose que « *les membres du directoire peuvent être révoqués par l'assemblée générale, sur proposition du conseil de surveillance. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts* ».

Le dernier alinéa du paragraphe III adapte les anciennes dispositions de l'article 116 en rappelant que lorsque le directeur général cesse, ou est hors d'état d'exercer ses fonctions, les directeurs généraux délégués conservent, sauf décision contraire du conseil d'administration, leurs fonctions et leurs attributions jusqu'à la nomination du nouveau directeur général.

D. LES POUVOIRS DU DIRECTEUR GENERAL ET DES DIRECTEURS GENERAUX DELEGUES

Le paragraphe IV du présent article tire les conséquences de la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. Désormais, les fonctions de direction et de représentation qui incombait jusqu'à présent au président du conseil d'administration selon l'article 113 sont « transférées » au directeur général à l'article 117. Le choix

de cet article se justifie par le fait qu'il traitait jusqu'alors de l'étendue et de la durée des pouvoirs délégués aux directeurs généraux.

La nouvelle rédaction du paragraphe I de l'article 117 reprend le contenu de l'ancien article 113 et l'applique au directeur général.

Les pouvoirs généraux d'administration du directeur général sont prévus au premier alinéa qui dispose que « *le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ». Les seules limites de ces pouvoirs sont le respect d'une part de l'objet social de l'entreprise et, d'autre part, des pouvoirs attribués expressément par la loi aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration.

Les deux derniers alinéas du paragraphe I de l'article 117 sont identiques à ceux de l'ancien article 113. Ils précisent que le directeur général représente la société dans ses rapports avec les tiers et que les actes de ce dernier engagent la société même s'ils ne relèvent pas de l'objet social. Enfin, les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers.

Le paragraphe II du nouvel article 117 reprend les dispositions contenues dans l'ancien article 117 qui visaient les collaborateurs du président directeur général. La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général les a transformés en collaborateurs du directeur général et leur a donné le titre de directeurs généraux délégués.

Le paragraphe II du nouvel article 117 prévoit que l'étendue et la durée de leurs pouvoirs sont déterminées par le conseil d'administration, en accord avec le directeur général. Les directeurs généraux disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général.

En revanche, le paragraphe II n'a pas repris la disposition de l'ancien article 117 selon laquelle lorsqu'un directeur général délégué est administrateur, la durée de ses fonctions ne peut excéder celle de son mandat.

E. EXTENSION AUX DIRECTEURS GÉNÉRAUX DÉLÉGUÉS DES SANCTIONS APPLICABLES AUX DIRECTEURS GÉNÉRAUX

Le paragraphe V du présent article crée, après l'article 489, une section appelée « *dispositions concernant les directeurs généraux délégués des sociétés anonymes* » qui vise à étendre aux directeurs généraux délégués les sanctions prévues aux articles 432 à 485-1 de la loi précitée du 24 juillet 1966 applicables aux directeurs généraux. Cette disposition s'explique par le

changement de dénomination apportée par le présent projet de loi : désormais, les « anciens » directeurs généraux sont appelés directeurs généraux délégués.

On peut cependant s'étonner du champ d'application de cette disposition qui fait référence aux sanctions prévues de l'article 432 à l'article 485-1 visant les directeurs généraux de sociétés anonymes. Or, parmi ces articles, beaucoup ne concernent pas les directeurs généraux (devenus directeurs généraux délégués). Il aurait été peut-être plus rigoureux d'énumérer les articles qui concernent explicitement les directeurs généraux.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a apporté trois modifications au présent article.

D'abord, elle a supprimé les dispositions relatives au cumul des mandats de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique prévues aux trois derniers alinéas du paragraphe I du présent article.

Elle a estimé plus cohérent de regrouper ces mesures dans l'article 60 du présent projet de loi qui est relatif à la limitation des cumuls des mandats.

Ensuite, l'Assemblée nationale a complété le paragraphe IV du présent article qui modifie la rédaction de l'article 117 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales pour définir les fonctions du directeur général. Elle a élargi les prérogatives du directeur général pour l'autoriser à demander au président du conseil d'administration la convocation du conseil d'administration sur un ordre du jour déterminé. Il s'agit en réalité d'un amendement de coordination avec les dispositions votées à l'article 56.

Enfin, l'Assemblée nationale a posé le principe de la responsabilité civile du directeur général en étendant le champ d'application de l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 précitée (qui traite de la responsabilité individuelle et solidaire des administrateurs) à ce dernier.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission s'oppose aux dispositions visant à limiter le cumul des mandats au sein d'un groupe. Elle justifiera sa position à l'article 60 puisque ces dispositions ont été transférées au sein de cet article.

Par ailleurs, votre commission vous propose de limiter l'obligation de motivation des révocations aux seules révocations des directeurs généraux délégués.

En effet, le conseil d'administration doit être capable de pouvoir révoquer le directeur général sans avoir à justifier sa décision. En effet, la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général implique une étroite collaboration entre ces deux personnes. Or, leurs nominations pouvant intervenir à des moments différents, il peut s'avérer que les personnalités respectives des deux titulaires de ces fonctions soient incompatibles et ne permettent pas un travail d'équipe.

Dans ce cas, le conseil d'administration doit être en mesure de mettre un terme à ce dysfonctionnement en révoquant soit le président du conseil d'administration, soit le directeur général.

Votre commission vous propose également de supprimer la disposition autorisant le directeur général à demander la convocation du conseil d'administration au président du conseil d'administration. En effet, elle a proposé à l'article précédent un amendement visant à regrouper dans un nouvel article de la loi du 24 juillet 1966 précitée les règles relatives à la convocation du conseil d'administration.

En outre, la nouvelle rédaction de l'article 115 propose de limiter à cinq le nombre maximal de directeurs généraux délégués qui peuvent assister le directeur général. Votre commission estime qu'il revient aux statuts de fixer librement le nombre maximal de directeurs généraux délégués. Elle vous proposera donc un amendement visant à supprimer cette disposition.

Enfin, elle vous soumettra quatre amendements rédactionnels.

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

ARTICLE 58

Conditions de révocation des membres du directoire ou du directeur général unique

Commentaire : le présent article vise à autoriser le conseil de surveillance à révoquer un ou plusieurs membres du directoire.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 121 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales fixe les conditions de révocation des membres du directoire. Il prévoit que la révocation est proposée par le conseil de surveillance. Toutefois, il revient à l'assemblée générale de suivre ou non la proposition de ce dernier.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose de modifier les règles de révocation des membres du directoire.

D'une part, l'intervention de l'assemblée générale ne serait plus liée par une proposition du conseil de surveillance pour pouvoir révoquer les membres du directoire.

D'autre part, les sociétés pourraient désormais prévoir dans leurs statuts que le conseil de surveillance est autorisé à révoquer les membres du directoire.

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, cette disposition vise à respecter le parallélisme des formes dans la mesure où l'article 120 de la loi précitée prévoit que les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance. En conséquence, il peut apparaître cohérent d'autoriser le conseil de surveillance à révoquer les membres du directoire.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Dans son rapport au Premier ministre de 1996¹, votre rapporteur avait rappelé que *« la révocation des membres du directoire est soumise à des règles différentes : décidée par l'assemblée générale sur proposition du conseil de surveillance, elle peut donner lieu à dommages-intérêts en l'absence de juste motif »*.

Des propositions ont été faites tendant à permettre aux statuts de prévoir la révocation du directoire par le conseil de surveillance.

Bien qu'elle apparaisse inspirée par une volonté d'assouplissement des règles concernant les relations internes à la société, cette suggestion doit être écartée.

En effet, en assurant la prééminence du conseil de surveillance sur le directoire, ce dispositif mettrait en péril l'équilibre voulu par le législateur entre l'organe de gestion et l'organe de contrôle au sein de la société duale ».

En outre, la possibilité de dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général rapproche le modèle de la société anonyme classique du modèle de la société anonyme duale. En autorisant la révocation du directoire par le conseil de surveillance, on aggraverait le risque de confusion entre ces deux formes de gestion des sociétés anonymes.

Votre commission vous propose donc un amendement de suppression de cet article.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

¹ Philippe Marini : la modernisation du droit des sociétés, juillet 1996, page 37.

ARTICLE 59

Possibilité pour le conseil d'administration et le conseil de surveillance de prendre certaines décisions par « visioconférence »

Commentaire : le présent article vise à adapter les règles pour le calcul du quorum et de la majorité afin d'autoriser le conseil d'administration et le conseil de surveillance à prendre certaines décisions par visioconférence.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT : DES RÈGLES STRICTES POUR LE CALCUL DU QUORUM ET DE LA MAJORITÉ

Afin de garantir la légitimité des décisions prises soit par le conseil d'administration, soit par le conseil de surveillance, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a instauré des règles strictes pour le calcul du quorum et de la majorité.

Ainsi, l'article 100 de la loi précitée dispose que « *le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Toute clause contraire est réputée non écrite. A moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés* ».

De même, l'article 139 de la loi précitée dispose que « *le conseil de surveillance ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. A moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés* ».

Toutefois, ce formalisme n'apparaît plus adapté au développement de nouveaux moyens de communication qui permettent aux membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de participer à distance aux réunions.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ : LA PRISE EN COMPTE DES TECHNIQUES DE VISIOCONFÉRENCE POUR LE CALCUL DU QUORUM ET DE LA MAJORITÉ

Le présent article propose de tenir compte des possibilités offertes par ces nouvelles technologies et d'adapter en conséquence les règles pour le calcul du quorum et de la majorité.

Le paragraphe I du présent article propose de compléter l'article 100 précité pour tenir compte, dans le calcul du quorum et de la majorité, des administrateurs qui participent à la **réunion du conseil d'administration** par des moyens de visioconférence. Ces derniers sont alors réputés présents.

Ce dispositif est cependant assorti de certaines conditions.

D'abord, les statuts doivent prévoir cette faculté de tenir compte des administrateurs participant à la réunion par visioconférence pour le calcul des règles de quorum et de majorité. Une assemblée générale extraordinaire doit donc être organisée pour modifier les statuts.

Ensuite, certaines décisions jugées particulièrement importantes par le gouvernement sont exclues du champ d'application de cette disposition. Il s'agit des règles relatives à l'élection du président du conseil d'administration (article 110 de la loi du 24 juillet 1966 précitée), de la nomination du directeur général et des directeurs généraux délégués (article 115 de la même loi), de l'établissement du rapport annuel de gestion (article 340 de la même loi) et de la publication, le cas échéant, des comptes consolidés et du rapport sur la gestion du groupe (article 357-1 de la même loi). Dans ces cas-là, la moitié au moins des administrateurs doivent être présents pour que le conseil d'administration puisse délibérer valablement.

Il est par ailleurs précisé que les moyens de visioconférence sont déterminés par décret.

Le paragraphe II du présent article complète l'article 139 de la loi du 24 juillet 1966 précitée **afin de transposer pour le conseil de surveillance les dispositions prévues à l'article 100 pour le conseil d'administration.**

Ainsi, seront pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité les membres du conseil de surveillance qui participent à la réunion du conseil par des moyens de visioconférence, à condition que les statuts le prévoient. Toutefois, cet assouplissement des règles pour le calcul du quorum et de la majorité est exclu pour deux types de décision : la nomination des membres du directoire et l'élection du président et du vice-président du conseil de surveillance.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a apporté plusieurs modifications au dispositif proposé par le gouvernement.

D'abord, elle a supprimé la disposition qui obligeait les sociétés à modifier leurs statuts afin de pouvoir utiliser les moyens de visioconférence pour le calcul du quorum et de la majorité. Il revient au règlement intérieur de donner cette faculté aux sociétés, sauf disposition expresse des statuts.

En revanche, elle a limité le nombre des décisions que le conseil d'administration et le conseil de surveillance peuvent prendre lorsqu'un ou plusieurs de leurs membres participent à la réunion par des moyens de visioconférence.

Ainsi, elle a exclu du dispositif, la révocation du directeur général et des directeurs généraux délégués par le conseil d'administration et la révocation des membres du directoire par le conseil de surveillance.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Il convient de rappeler que dans son rapport¹ au Premier ministre de 1996, votre rapporteur proposait de permettre la tenue de conseils d'administration sous forme de visioconférence.

Votre commission vous propose d'assouplir davantage le dispositif proposé en permettant l'utilisation des moyens de visioconférence au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance même si ces derniers n'ont pas modifié le règlement intérieur afin de prévoir cette faculté. Seule une disposition expresse des statuts interdirait l'utilisation de la visioconférence pour faciliter la réunion du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

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

¹ Philippe Marini : la modernisation du droit des sociétés, juillet 1996, page 123.

CHAPITRE II :
LIMITATION DU CUMUL DES MANDATS

ARTICLE 60

Limitation du cumul des mandats sociaux

Commentaire : le présent article vise à renforcer les règles de cumul des mandats des membres du conseil d'administration, des membres du conseil de surveillance, des membres du directoire et du directeur général unique ainsi que du président du conseil d'administration.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoit une série de dispositions visant à limiter le cumul des mandats exercés par les mandataires sociaux.

A. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT D'ADMINISTRATEUR ET DE MEMBRE DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

L'article 92 de la loi précitée prévoit qu'une personne physique ne peut appartenir simultanément à plus de huit conseils d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social en France métropolitaine.

Toutefois, le troisième alinéa de cet article énumère les exceptions à cette règle.

D'une part, les représentants permanents des personnes morales ne sont pas concernés par la limitation des cumuls de mandats.

D'autre part, les administrateurs échappent également à ce dispositif lorsque :

- leur mandat est exclusif de toute rémunération ;

- leur mandat est exercé dans des sociétés d'études ou de recherches tant qu'elles ne sont pas parvenues au stade de l'exploitation, dans des sociétés de développement régional et dans des instituts régionaux de participation.

Par ailleurs, ils sont autorisés à cumuler cinq mandats supplémentaires dans les sociétés dont le capital est détenu à concurrence de 20 % au moins par une société dont ils sont déjà administrateurs.

En revanche, les mandats dans les sociétés étrangères ne sont pas pris en compte.

L'article 136 de la loi précitée applique les dispositions de l'article 92 aux membres du conseil de surveillance. Ces derniers ne peuvent cumuler plus de huit mandats. Ils bénéficient des mêmes dérogations que les membres du conseil d'administration.

B. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT DE MEMBRE DU DIRECTOIRE OU DE DIRECTEUR GÉNÉRAL UNIQUE

L'article 127 de la loi précitée limite le cumul des mandats de membres de directoire ou de directeur général unique à deux mandats dans des sociétés anonymes ayant leur siège social en France métropolitaine.

C. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT DE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'article 111 de la loi précitée limite le nombre des mandats de président du conseil d'administration à deux mandats dans des sociétés anonymes ayant leur siège en France métropolitaine.

Toutefois, le président d'un groupe peut également présider jusqu'à cinq filiales.

Par ailleurs, l'article 151 de la loi précitée précise que la limitation du nombre de sièges de président du conseil d'administration ou de membres du directoire, qui peuvent être occupés simultanément par une même personne physique, est applicable au cumul de sièges de président du conseil d'administration et de membre du directoire.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Les devoirs de l'administrateur sont au cœur de la réflexion sur « le corporate governance » initiée aux Etats-Unis dans les années 1970. Les principes dégagés par l'American Law Institute¹ sous la forme de guide de bonne conduite doivent permettre aux administrateurs de mieux remplir leurs devoirs.

En France, le débat sur « le gouvernement d'entreprise » est apparu beaucoup plus tard. Pour autant, les devoirs des administrateurs sont depuis longtemps reconnus par la loi, à travers les responsabilités civiles et pénales qui leur incombent.

Ainsi, chaque administrateur a un devoir de diligence, qui l'oblige à consacrer à ses fonctions le temps et l'attention nécessaires. « *Il doit être assidu et participer à toutes les réunions du conseil ou, le cas échéant, des comités auxquels il appartient. L'administrateur a l'obligation de s'informer. A cet effet, il doit réclamer dans les délais appropriés au président les informations indispensables à une intervention utile sur les sujets à l'ordre du jour du conseil* »².

Or, la multiplication des mandats peut s'avérer peu compatible avec le respect des obligations mentionnées ci-dessus.

C'est la raison pour laquelle le gouvernement a proposé, à travers le présent article, de durcir les règles de cumul pour les mandats exercés aussi bien par les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance que par les membres du directoire ou par le directeur général.

A. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT D'ADMINISTRATEUR ET DE MEMBRE DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

Le paragraphe I du présent article propose de modifier l'article 92 de la loi précitée pour renforcer les règles de cumul des mandats d'administrateur.

Le nombre de mandats d'administrateur qu'une personne physique peut exercer reste limité à huit, mais toutes les dérogations sont supprimées à l'exception des mandats d'administrateurs des sociétés contrôlées, au sens de l'article 357-1, exercés par les représentants permanents d'une personne morale. Il n'existe alors aucune limitation au cumul des mandats.

¹ American Law Institute : *Principles of corporate governance-Analysis and recommendations*, 1994.

² CNPF, AFEP : *le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, page 23.

Il convient de remarquer que cette dérogation existe déjà mais elle est limitée à cinq mandats supplémentaires. Elle concerne les administrateurs qui exercent des mandats dans des sociétés dont le capital est détenu à concurrence de 20 % au moins par une société dont ils sont déjà administrateurs.

La référence à l'article 357-1 de la présente loi ne modifie pas le champ d'application de cette dérogation puisque cet article vise les sociétés qui « *contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci* ».

Concrètement, le pourcentage minimal qu'une société doit détenir dans une autre société pour entrer dans le champ d'application de l'article 357-1 est de 20 %¹.

Par ailleurs, le champ géographique d'application des règles de cumul est élargi puisqu'il concerne désormais les sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français, alors qu'il visait jusqu'à présent les sociétés établies en France métropolitaine. Les nouvelles règles de limitation des cumuls de mandat ont donc vocation à être appliquées aux sociétés ayant leur siège social dans les départements et dans les territoires d'outre-mer.

Le deuxième alinéa du paragraphe I de cet article reprend les dispositions de l'actuel article 92 de la loi précitée qui laisse un délai de trois mois à la personne physique qui, accédant à un nouveau mandat, se trouve en

¹ *Le deuxième alinéa de cet article précise que le contrôle exclusif par une société résulte :*

« - soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

- soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ; la société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à quarante pour cent des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

- soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que la société dominante est actionnaire ou associée de l'entreprise ».

Le troisième alinéa de l'article 357-1 précité définit le contrôle conjoint comme « le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord ».

Le dernier alinéa précise que « l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise ».

infraction avec la loi, pour renoncer à l'un de ses mandats. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise de son mandat et doit restituer les rémunérations perçues.

Le paragraphe IV du présent article modifie l'article 136 de la même loi et transpose les règles précitées de limitation des cumuls aux mandats des membres du conseil de surveillance. Le nombre maximal de mandats qu'une personne physique peut exercer dans des conseils de surveillance reste limité à huit lorsque les sociétés ont leur siège social sur le territoire français. Une seule exception est maintenue, qui vise les mandats de membre du conseil de surveillance de sociétés contrôlées, au sens de l'article 357-1, exercés par les représentants permanents d'une personne morale.

B. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT DE MEMBRE DU DIRECTOIRE OU DE DIRECTEUR GÉNÉRAL UNIQUE

Le paragraphe III du présent article limite à un seul mandat le nombre de mandats que peuvent exercer les membres du directoire ou les directeurs généraux uniques dans des sociétés ayant leur siège social sur le territoire français. Toutefois, une dérogation est aménagée pour les mandats de membres du directoire ou de directeur général unique des sociétés contrôlées, au sens de l'article 357-1, exercés par des représentants permanents d'une personne morale.

C. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT DE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Le paragraphe II du présent article modifie l'article 111 de la présente loi et élargit également le champ géographique de la limitation des mandats de président du conseil d'administration à deux mandats en visant les sociétés ayant leur siège social sur le territoire français.

Par ailleurs, **le paragraphe V** du présent article modifie l'article 151 de la loi précitée en étendant les nouvelles règles de cumul aux mandats croisés. Ainsi, pour respecter les règles de cumul des mandats, une personne physique qui exerce par exemple les fonctions de président du conseil d'administration doit tenir compte non seulement de ce mandat, mais également de ses éventuels mandats en tant que membre du directoire ou de directeur général unique.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

A. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT D'ADMINISTRATEUR ET DE MEMBRE DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

L'Assemblée nationale a abaissé à cinq le nombre maximal de mandats d'administrateurs et de membres du conseil de surveillance qu'une personne physique peut exercer.

En outre, cette règle s'applique également pour les représentants permanents d'une personne morale.

En revanche, l'Assemblée nationale a assoupli les règles de cumul des mandats à l'intérieur des groupes lorsque les sociétés ne sont pas cotées. Dans ces cas-là, le nombre de mandats d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance exercés dans les filiales non cotées est illimité.

L'Assemblée nationale a cependant exclu du champ d'application de cette dérogation le mandat de président du conseil d'administration. Cela signifie concrètement que le président du conseil d'administration d'un groupe ne peut présider qu'une seule filiale, à condition qu'il n'exerce pas déjà un deuxième mandat de président du conseil d'administration dans une autre société extérieure à son groupe.

B. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT DE MEMBRE DU DIRECTOIRE, DE DIRECTEUR GÉNÉRAL UNIQUE OU DE DIRECTEUR GÉNÉRAL

L'Assemblée nationale a étendu l'interdiction pour les membres du directoire ou les directeurs généraux uniques d'exercer plus d'un mandat de cette nature aux directeurs généraux.

Elle a cependant prévu une dérogation lorsqu'ils dirigent un groupe. Dans ce cas, ils peuvent exercer un deuxième mandat dans une filiale du groupe à condition qu'elle ne soit pas cotée.

C. LA LIMITATION DES CUMULS CROISÉS

Dans le projet de loi initial présenté par le gouvernement, l'article 57 précise les limitations apportées au cumul des mandats croisés. L'Assemblée nationale a transféré ces dispositions dans le présent article et les a modifiées

pour tenir compte des dérogations aux limitations de cumul des mandats au sein des groupes. Ainsi, une personne physique ne peut exercer simultanément plus de 5 mandats de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français.

Cette limitation s'inspire en partie du « rapport Viénot »¹ qui, s'interrogeant sur les devoirs de l'administrateur, indiquait que « *lorsqu'il exerce des fonctions de président ou de directeur général, il ne devrait en principe pas accepter d'exercer plus de cinq mandats d'administrateur dans des sociétés cotées françaises ou étrangères extérieures à son groupe* ».

Toutefois, lorsque les mandats mentionnés ci-dessus sont exercés dans un groupe, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés dans une ou plusieurs filiales non cotées.

D. LA LIMITATION DES CUMULS DE MANDAT DE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'Assemblée nationale a assoupli les règles de cumul des mandats de président du conseil d'administration puisqu'elle a abrogé l'article 111 de la loi précitée qui limitait à deux le nombre de mandats de président du conseil d'administration qu'une personne pouvait cumuler.

Dans la mesure où tout président du conseil d'administration est administrateur, les règles relatives aux membres du conseil d'administration s'appliquent. Concrètement, une personne ne peut exercer simultanément plus de 5 mandats de président du conseil d'administration. L'Assemblée nationale a cependant refusé d'étendre au mandat de président les dérogations prévues au sein d'un groupe pour les administrateurs. Concrètement, la limite de cinq mandats inclut donc le ou les mandats qu'un président du conseil d'administration exerce au sein d'une filiale.

E. LES DÉROGATIONS AUX RÈGLES DE LIMITATION DES CUMULS DE MANDATS

L'Assemblée nationale a introduit une dérogation aux règles de cumul des mandats d'administrateurs, de membres du conseil de surveillance et des mandats croisés pour trois catégories de société. Ne sont pas pris en compte pour le calcul des mandats, les mandats de représentants permanents des

¹ CNPF, AFEP : rapport précité, page 23.

sociétés de capital-risque, des sociétés financières d'innovation et des sociétés de gestion habilitée à gérer des fonds communs de placement.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Il convient de rappeler que votre rapporteur avait examiné avec attention la question des cumuls des mandats dans le rapport qu'il avait remis en 1996 au Premier ministre¹.

En effet, *« la question du nombre maximum de mandats que peut détenir un administrateur est évidemment importante puisqu'elle conditionne le temps disponible que chaque administrateur est en mesure de consacrer aux sociétés dont il est administrateur »*.

Votre rapporteur avait alors émis certaines propositions. Il se félicite qu'elles aient été reprises soit par le gouvernement, soit par l'Assemblée nationale.

Ainsi, votre rapporteur avait précisé que, *« afin de s'assurer d'une meilleure implication des administrateurs dans les sociétés et de valoriser cette fonction, il serait souhaitable d'englober dans la limitation actuelle, qui ne s'applique qu'aux seuls mandats d'administrateurs personnes physiques, les mandats exercés en qualité de représentant d'une personne morale. »* L'Assemblée nationale a modifié le présent article pour tenir compte de ces remarques.

Votre rapporteur avait également souligné qu' *« il serait souhaitable de prendre en compte dans cette limitation les responsabilités exercées par l'administrateur. Ainsi, un PDG ne pourrait exercer, outre son mandat de président, plus de quatre mandats d'administrateur, à l'exception des sociétés faisant partie de son groupe pour lesquelles il serait souhaitable de supprimer cette limitation »*.

La limitation à cinq du nombre des mandats croisés a été reprise par le gouvernement, mais la rédaction retenue s'avère trop restrictive dans la mesure où elle n'introduit au sein des groupes qu'une dérogation pour les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés dans des filiales non cotées.

D'une manière générale, les critiques qui peuvent être adressées au dispositif proposé par le présent article sont de trois ordres.

¹ Philippe Marini : *la modernisation du droit des sociétés*, juillet 1996, page 46.

D'abord, le gouvernement n'a pas tenu compte de la spécificité des groupes qui doivent disposer d'une totale liberté dans la répartition des mandats en leur sein. En conséquence, les mandats exercés à l'intérieur d'un groupe ne doivent pas être pris en compte pour le calcul du cumul des mandats, qu'il s'agisse des mandats de membre du conseil d'administration, de membre du conseil de surveillance, de membre du directoire ou de directeur général unique, de président du conseil d'administration et de directeur général.

Votre commission vous propose donc plusieurs amendements dans ce sens visant à modifier les rédactions des articles 92, 127, 136 et 151-1.

Ensuite, certaines limitations au cumul des mandats apparaissent trop strictes.

Ainsi, l'Assemblée nationale a fixé le plafond de cumul de mandat de directeur général à un. Votre commission proposera d'élever ce plafond à deux mandats.

Par ailleurs, le présent article autorise l'exercice d'un seul mandat de membre du directoire ou de directeur général unique. Votre commission proposera de revenir à la rédaction en vigueur qui prévoit le cumul de deux mandats de membre du directoire ou de directeur général unique.

Votre commission vous proposera également un amendement qui limite le nombre de mandats des présidents du conseil d'administration à deux, tout en introduisant une dérogation lorsque lesdits mandats sont exercés au sein d'un groupe.

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

CHAPITRE III :

PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

ARTICLE 61

Extension du régime d'autorisation des conventions entre les sociétés et leurs dirigeants

Commentaire : le présent article vise à étendre le champ des conventions réglementées passées par la société, aux conventions passées entre la société et l'un de ses actionnaires dont le pourcentage des droits de vote est supérieur à 10 % ainsi que, le cas échéant, la société et une autre société actionnaire qui la contrôle au sein d'un groupe.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

« Les dirigeants (administrateurs, présidents, directeurs généraux) sont en mesure, par leurs prérogatives, de causer des dommages à la société ou, plus subtilement, d'imposer à celle-ci des affaires qui sont bonnes pour eux, mais mauvaises pour elle. Des exemples : le président achète un terrain pour son compte personnel et le revend immédiatement à la société pour un prix largement supérieur ; un administrateur achète à la société certains éléments d'actif à un prix inférieur à leur valeur ; un directeur général négocie avec la société un contrat de travail avantageux¹ ».

A. LES CONVENTIONS PASSÉES PAR DES SOCIÉTÉS ANONYMES

Pour éviter les abus, sans pour autant interdire toute convention entre la société et ses dirigeants, la loi a défini trois types de conventions : les conventions qui sont interdites, les conventions qui sont libres d'être contractées et les conventions qui doivent être préalablement autorisées par le conseil d'administration.

L'article 106 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales énumère les conventions que les administrateurs ne peuvent pas

¹ M. Cozian, A. Vandier, Fl. Deboissy : *droit des sociétés, douzième édition, 1999, page 268.*

passer avec la société. Ainsi, ils ne peuvent pas contracter des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert et faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

L'article 102 de la loi précitée ne soumet à aucun formalisme particulier les « *conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales* ».

Concrètement, cet article vise les opérations qui sont effectuées par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité, et à des conditions comparables à celles ordinairement appliquées dans la société en cause.

L'article 101 de la loi précitée dispose « *que toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration* ».

Le champ d'application de cette disposition est très large puisque sont également visées les conventions passées entre la société et une entreprise dans laquelle l'administrateur ou le directeur général a des intérêts et les conventions passées par la société lorsque l'administrateur ou le directeur général y est indirectement intéressé.

Les articles 148, 144 et 143 de la loi précitée appliquent aux sociétés anonymes régies par un conseil de surveillance et un directoire les dispositions contenues respectivement aux articles 106, 102 et 101 mentionnés ci-dessus.

B. LES CONVENTIONS PASSÉES PAR DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS SIMPLIFIÉES

Les conventions contractées par une société par actions simplifiée sont également divisées en trois catégories.

Ainsi, l'article 262-13 de la loi du 24 juillet 1966 précitée interdit aux sociétés par actions simplifiées de contracter certaines conventions avec leurs dirigeants. Il renvoie à l'article 106 mentionné ci-dessus pour dresser la liste des opérations qui ne peuvent faire l'objet d'une convention.

De même, l'article 262-12 de la même loi est l'équivalent de l'article 102 pour les sociétés anonymes et ne soumet *a contrario* à aucun formalisme particulier les « *conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales* ».

Par ailleurs, l'article 262-11 réglemente les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président ou ses dirigeants.

Toutefois, les procédures liées à l'adoption de conventions réglementées ont été assouplies pour tenir compte de la particularité de ce type de société. La loi exige seulement que les conventions réglementées figurent dans un rapport présenté par les commissaires aux comptes sur lequel les associés doivent statuer.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose d'élargir le champ des conventions réglementées, d'introduire plus de transparence dans les conventions portant sur les opérations courantes et conclues à des conditions normales et de modifier le régime des conventions applicable aux sociétés par actions simplifiées.

A. EXTENSION DU CHAMP DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Le paragraphe I du présent article propose de modifier l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 précitée pour élargir le champ des conventions qui doivent être autorisées au préalable par le conseil d'administration.

A ce titre, la rédaction de l'article 101 est légèrement modifiée afin de tenir compte du nouveau rôle du directeur général et des directeurs généraux délégués au sein des sociétés et de soumettre les conventions contractées avec ces derniers ou une entreprise dans laquelle ils ont des intérêts à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Par ailleurs, outre les conventions contractées par la société avec ses dirigeants, sont désormais concernées les conventions passées avec l'un des actionnaires de la société dès lors qu'il dispose d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 %.

Si la société concernée fait partie d'un groupe, le conseil d'administration doit également autoriser les conventions contractées entre ladite société et la société la contrôlant au sens de l'article 355-1¹.

Le paragraphe II du présent article modifie également l'article 143 de la loi du 24 juillet 1966 précitée afin d'élargir le champ des conventions réglementées contractées par les sociétés régies par un directoire et un conseil de surveillance conformément aux dispositions contenues à l'article 102.

De même, **le paragraphe III** du présent article étend la définition des conventions réglementées contractées par les sociétés par actions simplifiées. Alors qu'elles se limitaient, selon l'article 262-11 de la loi du 24 juillet 1966 précitée, aux conventions intervenues directement ou par personne interposée, entre la société et son président ou ses dirigeants, elles désignent désormais les conventions passées avec l'un de ses actionnaires s'il dispose d'une fraction des droits supérieure à 10 % et, le cas échéant, la société la contrôlant au sens de l'article 355-1.

B. COMMUNICATION DES CONVENTIONS PORTANT SUR DES OPÉRATIONS COURANTES

Comme il a été rappelé précédemment, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales prévues aux articles 102 (pour les sociétés régies par un conseil d'administration) et 144 (pour les sociétés à forme duale) ne sont soumises à aucun examen particulier.

Les paragraphes IV et V du présent article exigent que ces conventions soient désormais communiquées au président du conseil d'administration ainsi qu'aux membres du conseil d'administration. Le président communique également la liste et l'objet des conventions aux commissaires aux comptes.

¹ L'article 355-1 dispose « qu'une société est considérée, pour l'application des paragraphes 2 et 4 de la présente section, comme contrôlant une autre :

- lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de ces sociétés ;
- lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société.

Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne ».

En outre, **les paragraphes VI et VII** du présent article complètent respectivement les articles 103 et 145 de la loi du 24 juillet 1966 précitée et précisent que le président du conseil d'administration ou, le cas échéant, le président du conseil de surveillance, communique aux commissaires aux comptes la liste et l'objet de toutes les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Dans la mesure où ces dispositions figurent dans les articles portant sur les conventions réglementées, il semble que le gouvernement ait voulu que les commissaires aux comptes exercent les mêmes diligences pour les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales. Par ailleurs, la rédaction choisie par le gouvernement laisse penser que le rapport élaboré par les commissaires aux comptes porterait également sur lesdites conventions. **La procédure actuelle se trouverait donc fortement alourdie.**

C. DU RÉGIME DES CONVENTIONS PASSÉES PAR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS SIMPLIFIÉES

Comme il a été indiqué précédemment, l'article 262-12 de la loi du 24 juillet 1966 précitée précise que les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ne sont soumises à aucun formalisme particulier.

Or, **le paragraphe VIII** du présent article abroge cet article. *A contrario*, cela signifie donc que toutes les conventions contractées par les sociétés par actions simplifiées sont soumises au régime instauré à l'article 262-11 de la même loi : le commissaire aux comptes doit présenter aux actionnaires un rapport sur l'ensemble des conventions qui doit être approuvé par les associés.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a apporté plusieurs modifications au texte proposé par le gouvernement.

D'abord, elle a abaissé à 5 % des droits de vote le niveau à partir duquel les conventions passées entre la société et l'un de ses actionnaires doivent être soit soumises au conseil d'administration ou, le cas échéant, au conseil de surveillance s'il s'agit d'une société anonyme, soit présentées par le commissaire aux comptes aux associés s'il s'agit d'une société simplifiée par actions.

L'Assemblée nationale a également modifié l'article 258 de la loi du 24 juillet 1966 précitée afin d'élargir le champ des conventions réglementées contractées par une société en commandite par actions aux conventions passées avec un actionnaire disposant de plus de 5 % des droits de vote et, le cas échéant, avec la société la contrôlant au sens de l'article 355-1.

L'Assemblée nationale a par ailleurs clarifié la rédaction du texte en regroupant les dispositions du présent article concernant les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales et placées dans les articles portant sur ce sujet. En conséquence, dans la mesure où ces conventions ne sont plus intégrées dans le rapport sur les conventions réglementées, elles feront l'objet de diligences moins strictes de la part des commissaires aux comptes, qui doivent cependant en attester la qualité au regard de la sincérité des comptes présentés.

Elle a en outre fait référence à un décret pour fixer les conditions dans lesquelles les éléments concernant les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales seront présentés à l'assemblée générale ordinaire. L'option selon laquelle ladite assemblée aurait à statuer sur ce type de convention semble donc écartée.

Enfin, l'Assemblée nationale a tenu compte de la multiplication des personnes physiques concernées par l'élargissement du champ des conventions réglementées et a modifié en conséquence la rédaction des articles relatifs aux obligations (il s'agit des articles 103 et 145) et à la responsabilité (il s'agit des articles 104 et 146) de ces personnes physiques. En effet, leur énumération dans les articles les concernant aurait considérablement alourdi la rédaction. L'Assemblée nationale a donc remplacé cette liste par le terme générique : « l'intéressé ».

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Dans son rapport au Premier ministre de 1996¹, votre rapporteur avait souligné que, « *afin d'assurer une meilleure information des actionnaires sur ces conventions, il apparaît opportun de soumettre à cette procédure les conventions passées entre sociétés liées, au-delà d'un certain seuil, qui pourrait être de 10 % du capital ou des droits de vote* ».

Il se félicite donc qu'une fois encore, le gouvernement se soit inspiré de ses propositions.

¹ Philippe Marini : la modernisation du droit des sociétés, juillet 1996, page 80.

Votre commission estime cependant excessive la baisse du seuil à 5 % des droits de vote à partir duquel les conventions passées par la société avec l'un de ses actionnaires sont, soit soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou, le cas échéant, du conseil de surveillance, soit présentées par le commissaire aux comptes aux associés lorsqu'il s'agit d'une société par actions simplifiée. Elle vous suggérera donc un amendement visant à revenir au seuil de 10 % proposé initialement par le gouvernement. De même, elle propose également de retenir ce seuil pour les conventions réglementées passées par une société en commandite par actions.

Par ailleurs, votre commission s'inquiète des lourdeurs introduites par l'obligation, pour chaque intéressé à une convention portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales, de communiquer ladite convention au président du conseil d'administration ou, le cas échéant, du conseil de surveillance. La convention doit ensuite être transmise aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes.

Le risque existe que le président comme les membres du conseil d'administration se trouvent en quelque sorte « submergés » par un flux d'informations qu'ils seront dans l'incapacité d'analyser.

En conséquence, le souci de transparence qui anime cette mesure risque de rester très formel et de ne pas avoir le résultat escompté.

Par ailleurs, les nouvelles obligations des commissaires aux comptes au regard des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales restent encore floues, alors même qu'il est évident qu'ils ne pourront pas examiner avec attention l'ensemble des conventions qui leur seront communiquées.

On peut s'interroger sur le rôle des commissaires aux comptes qui recevront l'ensemble des conventions pourtant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. Devront-ils remettre un rapport ?

Il apparaît utile de demander des explications supplémentaires au ministre lors de l'examen du présent projet de loi.

Comme il a été indiqué précédemment, l'Assemblée nationale a voté un amendement qui renvoie à un décret le soin de fixer les conditions dans lesquelles la liste et l'objet desdites conventions seront présentés à l'assemblée générale ordinaire.

Votre commission s'inquiète des modalités pratiques de cette présentation qui, selon la forme choisie, pourraient allonger considérablement la durée des assemblées générales et leur faire perdre une part de leur utilité.

C'est la raison pour laquelle votre commission vous proposera un amendement qui permette de concilier transparence et efficacité.

Afin d'assurer l'information de l'actionnaire, il est prévu d'étendre la liste des documents (mentionnée à l'article 168 de la loi du 24 juillet 1966 précitée) qui doivent être mis à la disposition de tout actionnaire, à la liste et l'objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales. Ces derniers seront donc informés sur l'ensemble des conventions passées par la société et, le cas échéant, demander des informations précises sur telle ou telle convention lors de l'assemblée générale.

En ce qui concerne la présentation de la liste et de l'objet des conventions « courantes » à l'assemblée générale ordinaire, votre commission vous proposera un amendement qui précise que ces derniers seront inclus dans l'annexe visée à l'article 8 du code de commerce. Celle-ci complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat, mais elle retrace seulement les faits significatifs. En conséquence, seuls les faits significatifs relevés dans les conventions « courantes » seront mentionnés dans ce document et présentés à l'assemblée générale.

Seraient visées par cette présentation les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales aussi bien par les sociétés anonymes classiques que celles des sociétés anonymes duales.

Par ailleurs, votre commission s'étonne de l'abrogation de l'article 262-12 de la loi du 24 juillet 1966 précitée qui, *a contrario*, soumet l'ensemble des conventions passées par une société par actions simplifiée à la procédure prévue pour les conventions réglementées à l'article 262-11.

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, l'abrogation de cet article avait en réalité pour objectif d'obliger les sociétés simplifiées par actions à communiquer aux commissaires aux comptes toutes les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. En outre, il s'agissait de permettre aux associés d'être informés des dites conventions.

Afin de lever toute ambiguïté, votre commission vous propose un amendement qui modifie la rédaction de l'article 262-12 en prévoyant que les conventions précitées sont communiquées aux commissaires aux comptes. En outre, il précise que tout associé a le droit d'en obtenir communication. Cette solution constitue un compromis équilibré entre la nécessaire information des associés et la multiplication des paperasseries.

Enfin, votre commission vous propose de compléter l'article 106 et de modifier la liste des personnes qui ne peuvent contracter avec la société

certaines opérations, à savoir des emprunts ou des découverts auprès de la société ou encore le cautionnement par cette dernière de leurs engagements auprès de tiers. Le dispositif actuel vise les administrateurs (et, en conséquence, le président du conseil d'administration) et les directeurs généraux. L'introduction par le présent projet de loi de la possibilité de dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, ainsi que les modifications de titres qui en résulte conduit votre commission à modifier la liste de l'article 106 précité pour y inclure le directeur général et les directeurs généraux délégués.

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

ARTICLE 61 bis (nouveau)

Création d'une procédure de contrôle *a posteriori* des conventions contractées par les associations et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique

Commentaire : le présent article vise à transmettre les conventions passées par les associations et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique au représentant légal ou au commissaire aux comptes de ces dernières. Un rapport de ces conventions doit être établi sur lequel doit statuer l'organe délibérant.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

Les conventions contractées par les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique et les associations ne sont soumises à aucune formalité particulière et ne font pas l'objet de contrôle.

Or, l'analyse du scandale qui a touché il y a quelques années l'une des plus grandes associations de lutte contre le cancer révèle les carences en matière de contrôle des conventions passées par les associations avec leurs administrateurs ou les personnes assurant le rôle de mandataire social. Il en va de même des informations relatives à la confusion des genres qui a pu être entretenue par les précédents dirigeants de la MNEF entre les intérêts de structures filialisées ou d'entités relevant de la « mouvance » de la mutuelle ou des dirigeants en question...

Pour remédier à de tels inconvénients et éviter que des situations de cette nature ne se reproduisent, le présent article propose d'insérer dans la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, un article 29 *ter* qui soumet à une procédure de contrôle les conventions passées par les associations et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique avec l'un de leurs administrateurs ou l'une des personnes assurant le rôle de mandataire social.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le texte proposé pour l'article 29 *ter* vise les personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique et les associations. Le champ d'application de cet article est donc très étendu puisqu'il vise toutes les associations ayant reçu annuellement de l'Etat ou de ses établissements publics ou des collectivités locales une subvention, les mutuelles, les groupements d'intérêt économique, les clubs sportifs, les partis politiques etc.

Le présent article propose d'instaurer un contrôle *a posteriori* sur deux types de conventions passées par les personnes morales mentionnées précédemment :

- les conventions passées avec leurs administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social ;

- les conventions passées avec une société si un administrateur ou une personne assurant le rôle de mandataire social de la personne morale cocontractante est un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, directeur général délégué, membre du directoire ou du conseil de surveillance ou un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % de cette société. Cette énumération vise à couvrir toutes les situations dans lesquelles l'administrateur ou la personne assurant le rôle de mandataire social dans la personne morale a des intérêts dans la société avec laquelle est passée une convention.

Dans ces deux cas, le représentant légal ou le commissaire aux comptes est destinataire de ces conventions et doit présenter un rapport à l'organe délibérant qui doit statuer sur ce dernier.

Le représentant légal effectue ces formalités dans les cas où les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique ne sont pas soumises à l'obligation de nommer un commissaire aux comptes. Les critères (seuils en matière de nombre de salariés, de chiffre d'affaires et de ressources) sont fixés par l'article 22 du décret n° 85-295 du 1^{er} mars 1985.

Si la convention n'est pas approuvée, elle produit cependant ses effets à l'égard de tiers, mais les conséquences préjudiciables de la convention désapprouvée peuvent être mises à la charge de l'administrateur ou de la personne assurant le rôle de mandataire social de la personne morale.

Le présent article prévoit également un dispositif de contrôle lorsqu'il n'y a pas d'organe délibérant. Dans ce cas, le rapport sur les conventions

passées par la personne morale est joint aux documents communiqués aux adhérents.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission partage la volonté du gouvernement d'instaurer un contrôle *a posteriori* sur les conventions signées entre, d'une part, une personne morale de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique ou une association subventionnée et, d'autre part, l'un de ses administrateurs ou l'un de ses dirigeants.

La rédaction de cet article apparaît cependant perfectible. Ainsi, il serait préférable de regrouper les conventions visées par ce contrôle. De même, certaines coordinations sont nécessaires pour rendre le texte plus clair.

C'est pourquoi votre commission vous proposera un amendement modifiant la rédaction de cet article.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 61 bis

Unification du statut des commissaires aux comptes

Commentaire : le présent article additionnel vise à unifier le statut des commissaires aux comptes quelle que soit l'entité dans laquelle ils exercent leurs fonctions.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

La section VI du chapitre IV du titre Ier de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales porte sur le contrôle des sociétés anonymes exercé par les commissaires aux comptes.

Les articles 218 à 235 de la loi précitée fixent leur statut et leurs fonctions.

Les commissaires aux comptes exercent une profession libérale et dépendent de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes qui jouit, à leur égard, de prérogatives disciplinaires par l'intermédiaire des compagnies régionales.

Les commissaires aux comptes doivent être choisis parmi les personnes inscrites sur la liste des commissaires aux comptes. Ils sont soumis à un régime sévère d'incompatibilités et sont nommés par l'assemblée générale pour six exercices. Leur mandat est indéfiniment renouvelable.

Ils peuvent être récusés dans les trente jours de leur nomination à la demande d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social, du comité d'entreprise, du ministère public, voire de la Commission des opérations de bourse dans les sociétés cotées. La demande doit être fondée sur un juste motif, propre à mettre en doute la compétence, l'honorabilité, l'impartialité et l'indépendance des intéressés.

Les commissaires aux comptes sont également récusables en justice à la demande des mêmes personnes, ainsi que du conseil d'administration, du directoire et de l'assemblée générale en cas de faute ou d'empêchement.

Ils exercent une triple mission de contrôle, d'information et d'alerte.

Ils peuvent opérer toutes les vérifications et les contrôles qu'ils jugent opportuns et se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'ils estiment utiles pour pouvoir juger si les comptes sociaux sont réguliers, sincères et s'ils expriment fidèlement le résultat social et la situation financière de la société.

Si la réponse à ces trois questions est affirmative, ils certifient la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes sociaux ; sinon, ils expriment des réserves, voire refusent de certifier.

Les commissaires aux comptes ont également un devoir d'information auprès des actionnaires. En outre, ils doivent porter à la connaissance du conseil d'administration ou du conseil de surveillance les irrégularités et inexactitudes constatées.

Ils doivent également informer le procureur de la République des éventuels faits délictueux dont ils auront eu connaissance à l'occasion de leurs investigations.

Par ailleurs, ils ont un devoir d'alerte auprès des dirigeants lorsqu'ils relèvent un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société.

Enfin, les commissaires aux comptes sont responsables civilement à l'égard de la société comme des tiers des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions. Ils encourent également une responsabilité pénale en cas de non révélation de faits délictueux, de violation des règles d'incompatibilité et d'indépendance, de violation du secret professionnel etc.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ PAR VOTRE COMMISSION

Les règles relatives aux commissaires aux comptes sont regroupées dans la section VI relative au contrôle des sociétés anonymes. Or, le contrôle légal des commissaires aux comptes a été généralisé à de nombreuses autres

entités¹, pour lesquelles il est devenu obligatoire sous réserve, pour certaines d'entre elles, de satisfaire certains critères.

Pour autant, la multiplication des obligations légales de contrôle par les commissaires aux comptes ne s'est pas accompagnée d'une unification de leur statut. Dans de nombreux cas, il n'a pas été précisé que les dispositions de la section VI précitée leur étaient applicables, libérant ainsi certains commissaires aux comptes des obligations légales correspondantes et les faisant échapper aux sanctions prévues dans la loi du 24 juillet 1966 précitée.

Le présent article additionnel propose donc de soumettre les commissaires aux comptes aux mêmes obligations et aux mêmes sanctions, quelle que soit l'entité dans laquelle ils exercent leurs missions.

Le paragraphe I prévoit que les dispositions de la section VI précitée s'appliquent à tous les commissaires aux comptes, sauf disposition contraire. Par ailleurs, les obligations mises à la charge des présidents du conseil d'administration, des directeurs généraux, des administrateurs, des membres du directoire et des gérants des sociétés commerciales sont étendues aux dirigeants des personnes morales d'une autre forme.

Le paragraphe II dispose que nul ne peut se prévaloir du titre de commissaire aux comptes s'il ne remplit les conditions fixées dans la section VI précitée.

Le paragraphe III prévoit que le code de déontologie en train d'être élaboré par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes devra être approuvé par décret.

Le paragraphe IV accorde aux commissaires aux comptes un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi pour se mettre en conformité aux dispositions mentionnées dans le présent article.

¹ Sont désormais soumis à leur contrôle les sociétés en commandites par actions, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés civiles faisant appel public à l'épargne, les sociétés civiles de perception et de répartition des droits d'auteur, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, les caisses d'épargne, les OPCVM, les établissements d'utilité publique autorisés à recevoir des versements, les administrateurs et mandataires judiciaires, les CARPA, les partis et groupements politiques, les groupements d'intérêt économique, les sociétés de personnes, les SARL, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, les entreprises nationales et les établissements publics de l'Etat ayant une activité industrielle et commerciale, les associations ayant une activité économique, les associations émettant des obligations, les associations recevant des subventions publiques, les mutuelles, les caisses de mutualité sociale agricole, les coopératives agricoles, les sociétés coopératives ouvrières de production, les organismes de formation, les chambres de commerce et d'industrie et les institutions de retraite et de prévoyance.

Le paragraphe V élargit le champ d'application des sanctions (prévues jusqu'à présent dans la loi du 24 juillet 1966 précitée) liées à la non désignation des commissaires aux comptes et aux entraves mises à l'exercice de leurs missions. Désormais, tout dirigeant d'une personne morale tenue d'avoir un commissaire aux comptes est susceptible d'encourir lesdites sanctions. En outre, ledit paragraphe harmonise le seuil des peines avec celles du nouveau code pénal.

Le paragraphe VI prévoit une sanction d'un an d'emprisonnement et de 100.000 francs d'amende en cas d'usage abusif du titre de commissaire aux comptes et d'exercice illégal de la profession.

Le paragraphe VII fixe le régime des sanctions applicables aux commissaires aux comptes en cas de non respect des incompatibilités légales, de confirmation des informations mensongères sur la situation de la personne morale et de non révélation au procureur de la République des faits délictueux dont ils ont eu connaissance.

Le paragraphe VIII tire les conséquences de la création de ces sanctions pénales générales et supprime les sanctions identiques prévues dans la loi du 24 juillet 1966 précitée.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

CHAPITRE IV :
DROITS DES ACTIONNAIRES

ARTICLE 62

Extension des droits des actionnaires minoritaires

Commentaire : le présent article vise à abaisser à 5 % le seuil de détention du capital à partir duquel les actionnaires peuvent entreprendre certaines actions de contrôle sur la gestion de la société. Par ailleurs, il modifie les modalités de l'expertise de gestion en introduisant au préalable une procédure de question écrite.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales comporte un ensemble de dispositions garantissant certains droits aux actionnaires minoritaires :

- le droit, soit pour un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social, soit pour une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1, de demander la désignation en justice d'un mandataire pour convoquer l'assemblée générale (article 158 de la même loi) ;

- le droit, pour un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou pour une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1, de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution (article 160 de la même loi) ;

- le droit, soit pour un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social, soit pour une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1, de demander en justice la récusation pour juste motif d'un ou plusieurs commissaires aux comptes désignés par l'assemblée générale (article 225 de la même loi) ;

- le droit, soit pour un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social, soit pour une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1, de demander en justice la désignation

d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (article 226 de la même loi) ;

- le droit, soit pour un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social, soit pour une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1, de poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article 226-1 de la même loi) ;

- le droit, soit pour un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social, soit pour une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1, de demander que les commissaires aux comptes, en cas de faute ou d'empêchement, soient relevés de leurs fonctions avant l'expiration normale de celles-ci, par décision de justice (article 227 de la même loi) ;

- le droit, pour un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou pour une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1, d'intenter une action sociale en responsabilité contre les administrateurs (article 245 de la même loi).

Toutefois, il n'existe pas d'harmonisation de la définition des « minoritaires », qui sont assimilés selon les cas soit à un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social, soit à un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital, soit encore aux actionnaires membres d'une association répondant aux conditions fixées à l'article 172-1 de la même loi.

Une telle association peut être créée par des actionnaires d'une société cotée, justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose de renforcer le droit des actionnaires minoritaires qui ne sont pas regroupés dans une association répondant aux conditions fixées à l'article 171-2 de la même loi.

Le paragraphe I propose de baisser à 5 % la part de capital social que doit posséder un ou plusieurs actionnaires pour pouvoir soit récuser ou un plusieurs commissaires aux comptes, soit poser, deux fois par exercice, des questions écrites au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, soit pour demander que les commissaires aux comptes, en cas de faute ou

d'empêchement, soient relevés de leurs fonctions avant l'expiration normale de celles-ci, par décision de justice.

Comme il a été indiqué précédemment, l'actuel article 226 autorise un ou plusieurs actionnaires représentant au moins un dixième du capital social à demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Il s'agit cependant d'une procédure assez lourde, qui peut créer parfois inutilement une situation de conflit entre la direction et certains actionnaires minoritaires.

C'est la raison pour laquelle **le paragraphe II** propose de modifier le dispositif prévu au premier alinéa de l'article 226 de la loi précitée en le décomposant en deux étapes : la possibilité pour les actionnaires de poser des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion et, en l'absence de réponse, la faculté de demander la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur lesdites opérations.

Désormais, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, poser au président du conseil d'administration ou au directoire des questions portant sur des opérations de gestion de la société.

Le seuil à partir duquel les actionnaires ont une capacité à agir a été baissé puisque ces derniers devaient détenir jusqu'à présent au moins un dixième du capital social.

Les questions doivent être posées par écrit. Elles couvrent un domaine très large puisque sont visées les opérations de gestion non seulement de la société dont ils sont actionnaires, mais également des filiales de ladite société¹. Dans ce cas cependant, il est précisé que la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe.

¹ Le présent article fait référence aux « sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article 355-1 ».

L'article 355-1 dispose « qu'une société est considérée comme contrôlant une autre :

- lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de ces sociétés ;

- lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société.

Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne ».

Concrètement, cela signifie que les opérations de gestion qui font l'objet d'interrogations de la part des actionnaires minoritaires de la société mère doivent représenter un enjeu significatif au niveau du groupe.

La réponse apportée par le président du conseil d'administration ou le directoire doit être communiquée aux commissaires aux comptes. Elle doit intervenir dans le mois suivant l'envoi de la question.

En effet, s'il n'est apporté aucune réponse, mais également si les explications données s'avèrent insuffisantes, les actionnaires qui ont posé la question ont la faculté de demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a apporté plusieurs modifications au texte proposé par le gouvernement.

D'abord, elle a étendu la baisse du seuil à partir duquel les actionnaires ont une capacité à agir à deux dispositions :

- celle de l'article 158 de la loi du 24 juillet 1966 précitée relative à la désignation en justice d'un mandataire pour convoquer l'assemblée générale ;

- celle de l'article 402 de la même loi qui autorise les associés représentant au moins le dixième du capital, dans les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions à demander la liquidation légale de la société au président du tribunal de commerce.

Par ailleurs, elle a complété le nouveau dispositif proposé à l'article 226.

D'une part, elle élargit aux associations répondant aux conditions fixées par l'article 172-1 l'obligation préalable de question écrite au président du conseil d'administration ou du directoire sur une ou plusieurs opérations de gestion avant de pouvoir saisir le juge pour la désignation d'un expert chargé d'établir un rapport sur les opérations en question.

D'autre part, elle a modifié la rédaction du deuxième alinéa de l'article 226 afin d'affirmer la faculté pour le ministère public, le comité

d'entreprise et la commission des opérations de bourse de demander directement en référé la désignation d'un expert.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Il convient de rappeler que votre rapporteur avait insisté dans son rapport de 1996 au Premier ministre¹ sur la nécessité de responsabiliser les organismes intermédiaires, et, notamment, les associations d'actionnaires.

Par ailleurs, il avait souligné que « *la protection des actionnaires minoritaires pourrait être renforcée en étendant au niveau des groupes de sociétés l'expertise de gestion prévue à l'article 226 de la loi de 1966. Cette expertise peut être demandée en justice par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social. S'il est fait droit à cette demande, des experts sont désignés pour établir un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Il conviendrait cependant de réserver cette expertise aux minoritaires de la société mère pour des opérations relevant des filiales, dès lors que celles-ci représentent un enjeu significatif au niveau du groupe* ».

Votre commission se félicite donc que ces recommandations aient été reprises par le gouvernement. Toutefois, la notion de « *demande devant être appréciée au regard de l'intérêt du groupe* » lui paraît ambiguë. C'est la raison pour laquelle elle vous proposera un amendement qui précise que la demande doit porter sur une ou plusieurs opérations représentant un enjeu significatif au niveau du groupe, et, notamment, que les actionnaires puissent poser des questions sur des opérations de gestion des filiales.

Votre commission approuve également l'obligation pour les actionnaires minoritaires et les associations d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article 172-1 de devoir interroger le président du conseil d'administration ou le directoire sur les opérations de gestion qui retiennent leur attention avant de demander au juge de désigner un expert.

Toutefois, il n'apparaît pas, dans la rédaction actuelle, que les opérations sur lesquelles l'expert présentera un rapport sont celles qui avaient fait l'objet de la question écrite. Votre commission vous proposera donc un amendement rédactionnel dans ce sens.

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

¹ Philippe Marini : *la modernisation du droit des sociétés*, juillet 1996, pages 80 et 92.

ARTICLE 63

Participation aux assemblées générales

Commentaire : le présent article vise à autoriser la participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de télécommunication et à supprimer la faculté donnée aux statuts d'exiger la détention d'un nombre minimum d'actions pour participer aux assemblées générales.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 133 du décret n° 67-236 du 13 mars 1967 prévoit que l'actionnaire qui ne peut assister personnellement à l'assemblée générale peut choisir entre trois formules :

- donner une procuration à un autre actionnaire ou à son conjoint ;
- voter par correspondance ;
- adresser une procuration à la société sans indication de mandat.

Concrètement, lorsqu'un actionnaire n'a pas la possibilité de se faire représenter, il ne peut participer à l'assemblée générale qu'en votant par correspondance.

Le présent article propose de tenir compte des nouvelles technologies pour autoriser les actionnaires à participer aux assemblées générales sans être physiquement présents.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le paragraphe I du présent article propose de compléter l'article 161-1 de la loi du 24 juillet 1966 précitée afin d'autoriser les actionnaires à participer aux assemblées générales par des moyens de télécommunication et de tenir compte de leur participation pour le calcul du quorum et de la majorité.

Cette faculté peut être utilisée aussi bien pour les assemblées générales ordinaires que pour les assemblées extraordinaires. Elle doit cependant être expressément prévue par les statuts.

Le présent article renvoie à un décret la détermination des moyens de télécommunication susceptibles d'être utilisés.

Par ailleurs, afin de faciliter l'accès des actionnaires aux assemblées générales, **le paragraphe II** de cet article abroge l'article 65 de la loi du 24 juillet 1966 précitée qui donnait aux statuts la faculté d'exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a porté plusieurs modifications.

D'abord, elle a estimé que le terme « *moyens de télécommunication* » était trop large, dans la mesure où il inclut le recours au téléphone, l'utilisation de la télécopie, la visioconférence et la télétransmission des interventions et des votes à travers des supports électroniques.

Elle a estimé que le téléphone et la télécopie n'apportaient pas les garanties nécessaires et a donc remplacé la notion de « *moyens de communication* » par visioconférence et supports électroniques.

Par ailleurs, elle a tenu compte de l'abrogation de l'article 165 de la loi précitée (qui autorisait les statuts à exiger des actionnaires la détention d'un nombre minimum d'actions pour participer aux assemblées générales) pour modifier l'article 95 de la même loi.

D'une part, elle a supprimé la deuxième phrase de l'article 95 qui prévoyait que le nombre minimum d'actions que l'administrateur doit posséder ne peut être inférieur à celui exigé par les statuts pour ouvrir aux actionnaires le droit d'assister à l'assemblée générale ordinaire. En effet, cette disposition devient *de facto* caduque puisqu'il n'existe plus de nombre minimal d'actions nécessaire pour participer aux assemblées générales.

Désormais, il revient aux statuts de fixer librement le nombre d'actions dont un administrateur doit être propriétaire.

D'autre part, l'Assemblée a modifié le dernier alinéa de l'article 165 pour adapter les conditions que doit remplir un salarié pour pouvoir être nommé administrateur au titre de l'article 93-1¹.

La législation en vigueur exige que l'actionnaire salarié détienne un nombre d'actions égal à celui exigé pour participer à l'assemblée générale afin de pouvoir être nommé administrateur, soit dix actions.

Dans la mesure où l'accès aux assemblées générales n'est plus lié à la détention d'un nombre minimum d'actions, les salariés seraient soumis au droit commun et devraient donc être propriétaires du nombre minimum d'actions déterminé par les statuts pour pouvoir être nommés administrateurs.

Or, ce nombre peut s'avérer beaucoup plus important que les dix actions prévues à l'article 165 et risque alors d'empêcher les salariés de devenir membres du conseil d'administration.

C'est la raison pour laquelle l'Assemblée nationale a exonéré les salariés de l'obligation de détenir le nombre minimum d'actions prévu par les statuts pour être nommés administrateurs. Les salariés doivent cependant détenir au moins une action puisqu'ils doivent être actionnaires.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission approuve la faculté donnée aux actionnaires de pouvoir participer aux assemblées générales sans avoir à être physiquement présents.

Toutefois, votre commission estime que les moyens de télécommunication utilisés pour participer à distance aux assemblées générales doivent permettre d'identifier l'actionnaire. Elle vous propose donc un amendement dans ce sens.

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

¹ L'article 93-1 prévoit que lorsque les actions détenues par le personnel de la société représentent plus de 5 % du capital social de la société, une assemblée générale extraordinaire peut prévoir qu'un ou deux administrateurs soient nommés parmi les salariés actionnaires.

ARTICLE 64

Information des actionnaires sur les rémunérations, avantages, mandats et fonctions des mandataires sociaux

Commentaire : le présent article vise à faire figurer dans le rapport annuel présenté à l'assemblée générale les rémunérations versées à chaque mandataire social et la liste de leurs mandats et fonctions.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

La législation française impose la publication de certaines informations sur la rémunérations des mandataires sociaux.

Ainsi, l'article 24 du décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983 précise que l'annexe doit comporter le montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice aux membres des organes d'administration, de direction et de surveillance à raison de leurs fonctions. Il est cependant précisé que ces informations sont données de façon globale pour chaque catégorie et qu'elles peuvent ne pas être fournies lorsqu'elles permettent d'identifier la situation d'un membre déterminé de ces organes.

Toutefois, les informations fournies aux actionnaires ne portent jamais sur la rémunération individuelle des dirigeants des sociétés cotées.

A cet égard, la France se distingue des pays anglo-saxons.

Comme rappelle le rapport Viénot¹, au Royaume-Uni, l'information sur les rémunérations de dirigeants des sociétés cotées figure dans le rapport annuel.

Aux Etats-Unis, ces informations se trouvent dans le document de convocation des actionnaires à l'assemblée générale, auquel renvoie le rapport annuel.

En revanche, à l'exception de la Suède, aucun pays d'Europe continentale n'impose la révélation de la rémunération individuelle des dirigeants des sociétés cotées.

¹ AFEP, MEDEF : rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot, juillet 1999, page 9.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'exposé des motifs de la présente loi insiste sur la nécessité de doter les sociétés d'un fonctionnement plus transparent et d'améliorer l'information des actionnaires.

Le présent article doit contribuer à atteindre ces objectifs en rendant obligatoire la publication de la rémunération et des mandats de chaque mandataire social dans le rapport annuel présenté à l'assemblée générale.

L'article 340 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales précise qu'à la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants dressent l'inventaire, les comptes annuels et établissent un rapport de gestion écrit.

L'article 157-2 de la même loi prévoit que ce rapport rend également compte de l'état de la participation des salariés au capital social.

Le présent article propose d'insérer, après l'article 157-2, un nouvel article 157-3 qui obligera le rapport de gestion écrit à rendre compte de la rémunération versée à chaque mandataire social durant l'exercice.

Concrètement, sont concernées les rémunérations des administrateurs, du directeur général, des directeurs généraux délégués, des membres du conseil de surveillance, des membres du directoire ou, le cas échéant, du directeur général unique et des gérants des sociétés en commandite par actions.

L'information sur les rémunérations doit être exhaustive puisque sont visés non seulement la rémunération totale et les avantages de toute nature versés par la société dont la gestion est visée par le rapport, mais également le montant des rémunérations et avantages de toute nature que chaque mandataire social a reçus de la part des sociétés contrôlées au titre de l'article 155-1.

Les termes de rémunération et d'avantages de toute nature couvrent un domaine très large : les salaires, les jetons de présence, les sommes fixes ou proportionnelles au chiffre d'affaire, les compléments de retraite versés en fin de mandat, les contrats d'assurance vie etc.

Il convient de remarquer que le rapport « rend compte » de la rémunération totale. Cette rédaction laisse penser qu'il ne se contentera pas de dresser une liste des rémunérations, mais portera également sur la politique de détermination de la rémunération des mandataires sociaux.

Comme recommande le rapport Viénot précité, ce rapport pourrait comporter un exposé détaillé « *sur les principes de répartition des fractions*

fixes et variables des rémunérations, sur les critères d'assiette des parties variables et sur les règles d'attribution des bonus et des primes ».

Le troisième alinéa du nouvel article 157-3 précise que le rapport annuel comprend également la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés par les mandataires sociaux. Cette disposition vise à informer les actionnaires sur les cumuls de mandats qui sont exercés par les mandataires sociaux.

La publication de cette information peut avoir deux conséquences. D'une part, elle responsabilise les actionnaires lors de l'élection des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. D'autre part, elle incite les mandataires sociaux à limiter le nombre de mandats qu'ils exercent, sans préjudice des dispositions sur les cumuls de mandats renforcées par la présente loi.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

D'abord, l'Assemblée nationale a étendu le champ d'application de l'obligation de publication des rémunérations attribuées aux mandataires sociaux par des filiales de la société en remplaçant la référence à l'article 355-1 par la référence à l'article 357-1.

En outre, elle a considérablement élargi la portée de ce texte en soumettant les dix salariés les mieux rémunérés aux mêmes obligations de transparence que les mandataires sociaux.

Ainsi, elle a rendu obligatoire la publication dans le rapport de gestion les rémunérations et les avantages de toute nature de chacun des dix salariés les mieux rémunérés de la société versées d'une part par ladite société et, d'autre part, par ses filiales.

Par ailleurs, la liste des mandats et fonctions que ces deniers exercent dans d'autres sociétés doit figurer dans le rapport de gestion.

Ensuite, l'Assemblée nationale a renforcé la transparence sur les options dont bénéficient chaque année les mandataires sociaux et les dix salariés qui en sont les premiers bénéficiaires.

Ainsi, elle a imposé que figure au rapport de gestion une information nominative sur le nombre, les dates d'échéance et le prix des options ou d'achat d'actions qui ont été consenties aux mandataires sociaux durant l'année et à raison des mandats et fonctions qu'ils exercent.

Sont visées les options qui leur ont été consenties non seulement par la société dont la gestion est décrite dans le rapport, mais également ses filiales et par les sociétés auxquelles les mandataires sociaux sont liés dans les conditions prévues à l'article 208-4¹ de la loi du 24 juillet 1966 précitée.

Le rapport de gestion doit en outre contenir le nombre et le prix des actions souscrites ou achetées durant l'exercice par les mandataires sociaux dans les sociétés mentionnées précédemment.

Les options consenties aux dix plus importants bénéficiaires salariés ainsi que les options levées par ces derniers font également l'objet d'une information nominative.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission est favorable à la publication de la rémunération nominative des rémunérations des mandataires sociaux et de la liste de leurs mandats.

Certes, elle est consciente que cette disposition bouscule quelque peu la mentalité française pour laquelle la question des rémunérations reste un sujet tabou. En réalité, la suppression de cette opacité aura pour conséquence à moyen terme de mettre un terme aux « fantasmes » entretenus par la presse sur les rémunérations des dirigeants.

En outre, elle contribuera au renforcement du gouvernement d'entreprise puisque les mandataires sociaux devront confirmer par leurs actes que le montant de leur rémunération est lié à la qualité de leur travail et à leur implication, tandis que les actionnaires pourront mieux contrôler la politique de détermination de la rémunération des mandataires sociaux et leur demander plus facilement des comptes.

Par ailleurs, votre commission approuve le régime de transparence introduit par l'Assemblée nationale en exigeant une information nominative

¹ L'article 208-4 prévoit que des actions peuvent être consenties :

- soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 10 % au moins du capital ou des droits sont détenus, directement ou indirectement, par la société consentant les options ;

- soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de la société consentant les options ;

- soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 50 % au moins du capital ou des droits sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de la société consentant les options.

portant d'une part sur les options consenties aux mandataires et, d'autre part, sur les options levées par lesdits mandataires¹.

Toutefois, votre commission estime qu'il n'est pas opportun de faire figurer ces informations dans le rapport annuel de gestion.

En effet, il résulte de l'article 208-8 de la loi du 24 juillet 1966 précitée et de l'article 174-20 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 que le conseil d'administration ou le directoire doit présenter un rapport annuel spécial à l'assemblée générale ordinaire portant sur le nombre et le prix des options consenties, sur leurs bénéficiaires ainsi que sur le nombre des actions souscrites ou achetées.

Il paraît donc plus opportun d'inclure les informations nominatives énumérées précédemment dans ce rapport.

Toutefois, dans la mesure où l'article 70 *bis* du présent projet de loi porte sur le renforcement de la transparence du régime des stocks-options, il apparaît plus opportun de regrouper dans cet article les dispositions du présent article concernant les informations nominatives portant, d'une part, sur les options consenties aux mandataires sociaux et, d'autre part, sur les options levées par ces mandataires.

Enfin, votre commission s'oppose à l'extension de l'obligation de publication des rémunérations aux dix salariés les mieux rémunérés. La nécessité de renforcer la transparence sur les rémunérations des mandataires sociaux se justifie par le fait qu'ils sont à la fois juges et parties, en déterminant, même indirectement, leurs propres rémunérations. La situation des salariés, même les mieux rémunérés, n'est pas comparable.

L'Assemblée nationale justifie sa proposition par le fait qu' « *en ne visant que les mandataires sociaux, le présent alinéa risque d'instaurer une distorsion entre l'information relative à la rémunération des salariés qui, prévue à l'article 168 de la loi du 24 juillet 1966, reste globale et limitée à une seule société et, d'autre part, celle relative à la rémunération des dirigeants qui devient nominative et consolidée* ».

¹ En revanche, elle s'oppose à la publication des mêmes informations concernant les dix plus importants bénéficiaires salariés.

Cet argument n'est pas convainquant dans la mesure où les informations prévues à l'article 168 précité visent à informer les actionnaires sur la politique de détermination des hauts salaires et à leur permettre de faire des comparaisons avec les politiques salariales menées par des sociétés ayant des activités similaires.

Votre commission vous proposera donc un amendement qui tient compte de l'ensemble de ces remarques.

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

ARTICLE 64 bis (nouveau)

Répartition de la somme allouée aux administrateurs en rémunération de leur activité par le conseil d'administration.

Commentaire : le présent article vise à donner valeur législative au principe selon lequel le conseil d'administration répartit entre ses membres la somme fixée annuellement par l'assemblée générale pour rémunérer les administrateurs de leur activité.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

L'article 108 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoit que l'assemblée générale peut allouer aux administrateurs en rémunération de leur activité, à titre de jetons de présence, une somme fixe annuelle que cette assemblée détermine.

L'article 93 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 charge le conseil d'administration de répartir entre ses membres les sommes globales allouées aux administrateurs.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

La commission des lois de l'Assemblée nationale a proposé un amendement visant à préciser dans la loi que le conseil d'administration fixe la répartition desdites sommes entre ses membres. En outre, la délibération du conseil devrait être reproduite intégralement dans le procès-verbal de la réunion.

Elle a justifié cet amendement en estimant que « *les comités de rémunération délibèrent trop souvent dans le secret et les conseils d'administration n'interviennent pas suffisamment pour donner leur avis et le détail des jetons de présence* ».

Le gouvernement a émis un avis favorable à cet amendement mais a rappelé que l'obligation de faire reproduire la délibération du conseil d'administration dans le procès-verbal de la réunion était du domaine réglementaire. Cette disposition a été supprimée tandis que le gouvernement s'est engagé à faire figurer cette précision dans le décret d'application.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 64 ter (nouveau)

Approbation par l'assemblée générale des comptes consolidés

Commentaire : le présent article vise à faire présenter les comptes consolidés à l'assemblée générale par le conseil d'administration ou le directoire.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL

L'article 157 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoit que, lors de la réunion de l'assemblée générale, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, présente les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés.

En outre, l'article 228 de la loi précitée prévoit que les comptes consolidés doivent être certifiés par les commissaires aux comptes.

En revanche, l'assemblée générale ne peut délibérer et statuer que sur les questions relatives aux comptes annuels.

Or, avec le développement de la mobilité des capitaux et la mise en place d'une économie de marchés financiers, la valeur d'une société est analysée moins à travers ses comptes sociaux que ses comptes consolidés.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

C'est la raison pour laquelle l'Assemblée nationale a adopté un amendement qui autorise l'assemblée générale à approuver les comptes consolidés.

En outre, la rédaction de l'article 157 de la loi précitée a été modifiée afin de remplacer la lecture du rapport par le conseil d'administration ou le directoire par sa présentation à l'assemblée générale.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Dans son rapport de 1996 au Premier ministre portant sur la modernisation du droit des sociétés, votre rapporteur avait défendu l'approbation des comptes consolidés par l'assemblée générale.

Cette position était notamment justifiée par le fait qu'il apparaissait difficile de maintenir que seuls les dividendes, et donc les comptes sociaux, fondent la rémunération des actionnaires et la valorisation de leurs actifs. En effet, avec le développement de la mobilité des capitaux, **investisseurs et analystes se fondent non plus sur les seuls comptes sociaux, mais aussi et avant tout sur les comptes consolidés.** Les groupes sont devenus la principale réalité en dépit des lacunes de leur statut juridique. Dès lors, on peut soutenir que pour un actionnaire, le véritable fondement de la valeur de ses titres est moins le dividende distribué que le résultat consolidé, réel et anticipé. **Ce sont bien en effet les anticipations qui, pour une large part, expliquent les fluctuations des cours des actions.** Or, il peut y avoir une déconnexion importante entre le résultat économique et le dividende¹. L'approbation des comptes consolidés doit donc permettre de prendre en compte cette évolution de la réalité économique.

Dès lors, dans une économie de marchés financiers, la qualité de l'information financière devient une donnée essentielle du développement des sociétés. Or, l'intervention de la COB, à ce titre, porte, pour les sociétés cotées, très largement sur les seuls comptes consolidés, et non sur les comptes sociaux. La COB sanctionne administrativement les violations du droit à une information comptable et financière qui soit exacte, précise et sincère, et la diffusion d'informations fausses ou trompeuses peut être pénalement sanctionnée. **Il est dès lors paradoxal qu'il n'existe aucune disposition visant la qualité des comptes.**

L'objection à la reconnaissance des comptes consolidés se fonde souvent sur l'incertitude et la multiplicité de leurs normes d'élaboration. En effet, indépendamment des avis émis par le Conseil National de Comptabilité (CNC), les comptes consolidés peuvent être élaborés au regard de différentes normes internationales, principalement européennes (normes IASC²) ou américaines (normes FASB³). Cette multiplicité conduit alors à des pratiques

¹ Ainsi, un groupe en perte peut distribuer des dividendes dès lors que la société mère est bénéficiaire.

² International Accounting Standards Committee.

³ Financial Accounting Standards Board.

très disparates¹ et permet des pratiques peu propices à une information financière correcte, telles que le choix de plusieurs référentiels, selon les intérêts de l'entreprise (*norm shopping*).

Or, il convient de rappeler que, à l'initiative de M. Jean Arthuis, lorsqu'il était ministre de l'Economie et des Finances, la réforme du processus de normalisation comptable a prévu la création d'un comité de la réglementation comptable (CRC) chargé de fixer les prescriptions comptables applicables en France. Cette réforme a également pris en compte le nécessaire recours à des référentiels internationaux, tels que l'IASC ou le FASB pour les sociétés devant être cotées sur des marchés étrangers, notamment aux Etats-Unis. Ainsi, lorsque ces sociétés utilisent des normes internationales homologuées par le CRC, elles sont dispensées d'établir et de publier leurs comptes consolidés dans les conditions prévues par les articles « *ad hoc* » de la loi de 1966. Cette disposition, justifiée par la nécessité de permettre aux sociétés françaises d'accéder aux capitaux étrangers, a mis fin à l'incertitude, tenant aux référentiels d'élaboration des comptes consolidés. En outre, ce texte a prévu la possibilité pour les commissaires aux comptes d'une entreprise de consulter le CNC réuni en « *comité d'urgence* » sur des points conditionnant l'arrêté des documents comptables.

La réalité économique et les exigences croissantes de l'information financière conduisent, ainsi que cela avait d'ailleurs été proposé dès 1991 au Sénat, à l'initiative du président Etienne Dailly, à prévoir l'approbation des comptes consolidés.

En outre, il convient de relever que l'Assemblée nationale n'a pas accompagné l'obligation d'approbation des comptes de sanctions pénales. Votre commission ne peut donc qu'approuver cet article, même si les modalités pratiques de son application restent à définir.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ Ainsi, d'après une étude qui avait été menée par de grands cabinets d'expertise comptable et portait sur l'information financière de 100 groupes industriels et commerciaux en France, 21 groupes déclarent utiliser conjointement les normes françaises et celles de l'IASC, 9 les normes françaises et celles de la FASB, et enfin 7 se réclamaient de principes internationaux, sans référence aux normes nationales.

CHAPITRE V :
IDENTIFICATION DES ACTIONNAIRES

ARTICLE 65

Représentation et identification des actionnaires non résidents

Commentaire : le présent article vise d'une part à autoriser les actionnaires non résidents à se faire représenter aux assemblées générales par un intermédiaire inscrit et, d'autre part, à renforcer les moyens d'identification des actionnaires par les sociétés.

I. LA REPRÉSENTATION DES ACTIONNAIRES NON RÉSIDENTS

A. LE DISPOSITIF ACTUEL

Lorsqu'un résident français achète des valeurs mobilières, elles sont inscrites en compte à son nom, que le teneur du compte soit un intermédiaire financier (dans le cas des titres au porteur) ou la société émettrice (dans le cas des titres de forme nominative). Le propriétaire du compte détient seul le droit de vote et l'exerce en participant à l'assemblée générale.

Les articles 161 et 161-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoient cependant des dérogations afin que l'actionnaire puisse exercer son droit de vote sans participer à l'assemblée générale. Trois possibilités s'offrent à lui :

- soit il se fait représenter par un autre actionnaire ou son conjoint ;
- soit il adresse une procuration à la société ;
- soit il vote par correspondance.

La situation des actionnaires non résidents est plus complexe. En effet, leurs valeurs mobilières sont rarement inscrites en compte à leur nom, mais au nom d'un intermédiaire. Or, aucune disposition n'autorise le vote d'un intermédiaire agissant pour son compte.

Jusqu'à présent, l'usage consiste à ne pas remettre en cause la participation au vote des propriétaires apparents. Pourtant, légalement, ces intermédiaires pourraient, dès lors que leur véritable qualité serait révélée, se voir interdire l'exercice du droit de vote, voire même être passibles de sanctions pénales.

B. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Afin de pallier ce vide juridique, le présent article propose de modifier la rédaction de l'article 263 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales afin d'autoriser les intermédiaires inscrits à transmettre, pour une assemblée, le vote d'un actionnaire non résident sur les instructions expresses de ce dernier.

Le premier alinéa de l'article 263 pose le principe selon lequel les valeurs mobilières, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire.

Toutefois, une dérogation est admise pour les titres achetés par un actionnaire qui n'a pas son domicile sur le territoire puisque ses titres pourront être inscrits en compte au nom de l'intermédiaire qui agit pour le compte de l'actionnaire.

Le présent article soumet cette faculté à la condition que l'intermédiaire respecte l'obligation de révéler sa qualité au moment de l'ouverture du compte.

Par ailleurs, il doit se soumettre aux procédures d'identification des actionnaires prévues aux articles 263-1 à 263-3 de la loi précitée (voir infra).

Si l'intermédiaire remplit ses obligations, l'article 263-4 créé par le présent article l'autorise à transmettre le vote¹ d'un propriétaire pour une assemblée générale.

Si la société émettrice ou son mandataire le lui demande, l'intermédiaire doit fournir la liste des propriétaires non résidents des actions auxquels les droits de vote sont attachés.

Le dernier alinéa de l'article 263-4 prévoit deux cas dans lesquels le vote émis par l'intermédiaire n'est pas pris en compte :

- s'il ne s'est pas déclaré comme intermédiaire ;

¹ L'Assemblée nationale a ajouté le pouvoir.

- s'il n'a pas déclaré l'identité des propriétaires de titres.

II. LE RENFORCEMENT DES PROCÉDURES D'IDENTIFICATION DES ACTIONNAIRES

A. LE DISPOSITIF ACTUEL

L'actuel article 263-1 de la loi précitée prévoit une procédure d'identification des actionnaires par la société émettrice puisqu'elle peut demander à tout moment à l'organisme chargé de la compensation des titres de lever l'anonymat portant sur l'identité des actionnaires.

Elle peut ainsi obtenir le nom, la nationalité, l'année de naissance, l'adresse des détenteurs de titres et la quantité de titres détenue par chacun d'eux s'il s'agit de personne physique.

Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, elle peut obtenir des informations précises sur sa dénomination, sa nationalité, son année de constitution, son adresse et la quantité de titres qu'elle détient.

La SICOVAM recueille ces renseignements auprès des établissements teneurs de compte qui lui sont affiliés. Ils ont un délai de dix jours pour exécuter cette demande. La SICOVAM dispose ensuite d'un délai de cinq jours pour communiquer à la société les informations demandées.

Son personnel est soumis au secret professionnel. Toutefois, celui-ci ne peut être opposé ni à la Commission des opérations de bourse ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre de la procédure pénale.

La société émettrice ne peut céder les informations qu'elle a recueillies sur ses actionnaires, même à titre gratuit, sous peine d'une amende de 100.000 francs et d'un an d'emprisonnement.

La SICOVAM peut demander au juge l'exécution sous astreinte de l'obligation de communication.

Un arrêté du ministère de l'économie fixe le montant maximum de sa rémunération

Cette procédure est cependant soumise à plusieurs conditions. D'une part, elle doit être prévue dans les statuts de la société émettrice et, d'autre part, elle ne vise que les titres au porteur conférant immédiatement ou à terme le droit de vote dans les assemblées générales.

En outre, la loi actuelle n'est pas rigoureuse dans sa rédaction¹. En effet, la procédure du titre au porteur identifiable (TPI) vise, selon l'article 263-1 de la loi du 24 juillet 1966 précitée, les détenteurs de titres. Le détenteur n'est pas forcément le propriétaire. Comme les actionnaires étrangers recourent la plupart du temps à des intermédiaires qui ouvrent un compte d'actionnaires à leur propre nom dans les comptes d'un intermédiaire financier, sans révéler qu'ils sont des prête-noms, la procédure du TPI ne permet pas de connaître le nom de l'actionnaire étranger réel.

Or, la plupart des sociétés émettrices cotées souhaitent connaître leur actionnariat. Trois raisons sont avancées :

- la nécessité d'établir un contact direct avec les actionnaires ainsi que la recherche d'une communication directe avec les grands investisseurs internationaux ;

- la volonté de stabiliser l'actionnariat ;

- le souci d'éviter les influences occultes et de contribuer à la transparence du marché.

B. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose de remédier à cette lacune et d'élargir la procédure d'identification des actionnaires mise à la disposition des sociétés émettrices.

1. L'élargissement du champ d'application de cette mesure

Le présent article propose d'élargir le champ d'application de la procédure d'identification des actionnaires.

Le dispositif existant est maintenu, même s'il est « déplacé » à l'article 263-1 créé par le présent article.

Le présent article modifie également l'article 263-2 de la loi précitée qui autorise la société émettrice à demander la révélation de l'identité des propriétaires des titres de forme nominative donnant immédiatement ou à terme accès au capital.

¹ Association Nationale des Sociétés par Actions. *L'identification des actionnaires des sociétés cotées*. 1997, page 46.

Cette demande ne peut intervenir qu'auprès de l'intermédiaire inscrit au compte duquel ces titres sont inscrits. Le champ d'application de cette disposition se justifie par le fait que l'identité des titulaires d'actions nominatives ne peut être inconnue que dans le cas où les propriétaires sont non résidents et que leurs titres sont inscrits au nom de l'intermédiaire¹.

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 263-2 prévoit que les droits spéciaux attachés aux actions nominatives ne peuvent être exercés par l'intermédiaire inscrit que si les renseignements qu'il fournit permettent le contrôle des conditions requises pour l'exercice des droits de vote.

Concrètement, s'il compte par exemple utiliser le droit de vote double conféré aux actions qu'il détient, il devra prouver que ces actions sont en possession du même actionnaire non résident depuis au moins deux ans. Cette disposition vise à prévenir toute discrimination entre les actionnaires résidents et les actionnaires non résidents.

2. Le renforcement des procédures d'identification

Les procédures d'identification sont en outre renforcées.

En ce qui concerne les titres au porteur, la nouvelle rédaction de l'article 263-1 de la loi précitée prévoit qu'à l'issue de la procédure existante, la société émettrice peut demander des informations relatives aux propriétaires réels des titres, soit à la SICOVAM, soit aux personnes figurant sur la liste des actionnaires lorsqu'elle estime qu'elles pourraient être inscrites pour compte de tiers.

Il convient de remarquer que dans ce dernier cas, ces personnes auraient dû déclarer leur qualité d'intermédiaires.

En outre, le présent article crée un article 263-3 qui permet à la société émettrice de lever tous les « écrans » successifs d'intermédiaires jusqu'à la révélation des propriétaires réels des titres.

Parallèlement, la société émettrice peut demander à toute personne morale propriétaire de ses actions et possédant des participations dépassant le quarantième du capital ou des droits de vote de lui faire connaître l'identité des personnes détenant directement ou indirectement plus du tiers du capital de cette personne morale ou des droits de vote qui sont exercés aux assemblées générales de celle-ci.

¹ Dans tous les autres cas, les actionnaires sont connus de la société puisque leurs titres doivent être inscrits dans des comptes tenus par la société émettrice, au nom de chaque propriétaire.

En outre, le présent article propose de compléter l'article 356-1 de la loi précitée afin d'obliger l'intermédiaire inscrit comme détenteur de titres appartenant à des actionnaires non résidents, à se déclarer spontanément comme tel auprès des sociétés pour l'ensemble des actions desdites sociétés au titre desquelles il est inscrit en compte.

3. L'introduction de sanctions dissuasives

Le présent article instaure, par le biais de l'article 263-5, des sanctions très dissuasives.

En effet, si la personne qui fait l'objet d'une demande d'identification des actionnaires ne transmet pas les informations dans les délais prévus ou communique des renseignements incomplets ou erronés, elle est passible d'une double sanction. Non seulement les valeurs mobilières qui sont inscrites en compte en son nom sont privées de droit de vote jusqu'à la date de régularisation de l'identification, mais le paiement du dividende correspondant est également différé.

En outre, si la personne inscrite méconnaît sciemment les dispositions décrites précédemment, elle peut être privée, pour tout ou partie des droits de vote ayant fait l'objet de l'interrogation et, éventuellement, du dividende correspondant.

Eu égard à la gravité de la sanction, celle-ci doit être prononcée par le juge qui peut être saisi à la demande de la société ou d'un ou plusieurs actionnaires détenant au moins 5 % du capital. La durée totale de privation du droit de vote et du dividende ne peut pas excéder cinq ans.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

L'Assemblée nationale a apporté peu de modification de fond, mais a amélioré sensiblement la rédaction de ce dispositif lourd et compliqué.

Votre commission partage la volonté du gouvernement de renforcer les procédures d'identification des actionnaires. Toutefois, elle se demande si cet article ne crée pas une « usine à gaz » difficile à mettre en pratique.

En revanche, votre commission est sensible aux demandes des sociétés émettrices d'étendre la procédure du Titre au Porteur Identifiable (TPI) à l'ensemble des instruments financiers qu'elles émettent.

En effet, le TPI est devenu, pour nombre de sociétés, un vecteur indispensable de communication avec les investisseurs. Or, elles ne peuvent communiquer avec les détenteurs d'actions à dividende prioritaire, de certificats coopératifs d'investissement ou de certificats de droit de vote etc. En outre, cette mesure pourrait renforcer l'attractivité de la place de Paris pour des investisseurs étrangers.

Votre commission vous proposera donc un amendement visant à étendre la procédure d'identification des propriétaires de titres au porteur à tous les instruments financiers émis par une société.

Par ailleurs, elle juge obsolète la référence à l'arrêté du ministre chargé de l'économie pour la fixation de la rémunération de la SICOVAM. Cette tâche doit revenir à la commission mixte paritaire qui regroupe des représentants de la SICOVAM, des sociétés émettrices et des établissements teneurs de compte.

Votre commission vous proposera donc un amendement de suppression de cette référence.

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

CHAPITRE VI :
DISPOSITIONS RELATIVES AU CONTRÔLE

ARTICLE 66

Notion de contrôle conjoint exercé dans le cadre d'une action de concert

Commentaire : le présent article vise à prendre en compte l'action de concert pour déterminer le contrôle conjoint d'une société.

I. LA DÉFINITION DU CONTRÔLE CONJOINT D'UNE SOCIÉTÉ

L'article 355-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales énumère les trois critères permettant de considérer qu'une société en contrôle une autre :

- soit la société détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société. Ce contrôle peut être caractérisé comme un contrôle de droit ;

- soit elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société. On peut qualifier ce contrôle de conjoint ;

- soit elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société. Il s'agit alors d'un contrôle de fait.

Cette définition du contrôle résulte de l'article 3 de la loi n° 85-705 du 12 juillet 1985 relative aux participations détenues dans les sociétés par actions, à un moment où la notion d'action de concert n'existait pas.

Elle répondait à l'origine au souci du législateur d'assainir les structures des groupes français de sociétés en limitant les effets des pratiques d'auto-contrôle. Il s'agissait de clarifier la manière dont se construit une chaîne de contrôle afin de neutraliser le pouvoir votant de l'auto-contrôle. L'article 359-1 de la loi précitée dispose que « *lorsque des actions ou des*

droits de vote d'une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou à ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société ; il n'en est pas tenu compte pour le cumul ».

Cette définition ne visait donc pas à l'origine à apprécier au sein des sociétés la façon dont plusieurs actionnaires pouvaient se fédérer pour assurer à l'un d'entre eux la maîtrise de la gestion ou partager cette maîtrise.

Ainsi, l'unique accord envisagé est celui de la convention de vote qui instaure un transfert de voix possédées par une société à la société cocontractante : il n'est en revanche aucunement fait référence explicitement à l'action de concert qui peut recouvrir outre le transfert des voix, une simple concertation ou un portage.

La nécessité d'introduire la notion de concert est apparue au moment de l'introduction en droit boursier de l'obligation de déclarer le franchissement de seuils de détention de capital ou de droits de vote et de déposer une offre publique dès que le seuil du tiers est dépassé.

Il s'agissait de soumettre aux mêmes obligations que celles incombant à une personne détenant directement ou indirectement des droits de vote ou des actions, les personnes qui ont conclu un accord dans un objectif précis.

Aux termes de l'article 356-1-3 de la loi du 24 juillet 1966 précitée (issu de l'article 18 de la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier), *« sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ».*

L'article 5-5-2 du règlement général du Conseil des marchés financiers dispose que *« lorsqu'une personne physique ou morale, agissant seule ou de concert au sens de l'article 356-1-3 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 vient à détenir plus du tiers des titres de capital ou plus du tiers des droits de vote d'une société, elle est tenue à son initiative d'en informer immédiatement le Conseil et de déposer un projet d'offre publique visant la totalité du capital et des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote, et libellé à des conditions telles qu'il puisse être déclaré recevable par le Conseil ».*

Selon l'article 356-1-3, l'action de concert exige un accord, c'est-à-dire une entente concertée et volontaire. Par ailleurs, cet accord ne peut avoir que deux objets.

D'une part, l'accord peut être conclu en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote. Dans la mesure où le droit de vote n'est pas disponible indépendamment du titre dont il est l'attribution, les valeurs mobilières qui ne comportent pas de droit de vote dans les assemblées ne sont pas visées. Par ailleurs, ce genre d'accord ne se ramène pas à de simples actes d'acquisition ou de cession.

Il peut également s'agir d'un apport en société, d'une constitution d'usufruit, d'une donation, d'un prêt à la consommation, d'une consultation fiduciaire, d'une souscription d'actions, d'un mandat d'acquérir ou de céder, d'un gage ou d'un nantissement avec pacte comissoire, d'une indivision conventionnelle, pourvu que l'accord mettant en place ces techniques contractuelles ait pour finalité un transfert direct ou indirect des droits de vote¹.

D'autre part, l'accord peut être conclu en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société. Cette formule permet d'écarter les accords en vue d'exercer un vote limité à un objet déterminé, comme l'accord sur la nomination du président du conseil d'administration.

Il convient de remarquer que la notion de politique commune vis-à-vis de la société suscite depuis quelques années des divergences d'interprétation. En effet, elle a été interprétée par certains comme une entente entre les sociétés agissant de concert afin d'imposer leur politique à la société.

En réalité, cette interprétation est contraire à l'analyse littérale du premier alinéa de l'article 356-1-3 qui précise que la politique est commune vis-à-vis de la société.

En outre, elle réduirait fortement le champ d'application de l'action de concert puisque ne seraient reconnues comme agissant de concert que les sociétés disposant d'un nombre de droits de vote tel qu'elles seraient en mesure d'imposer leur politique à la société. Or, l'action de concert est ouverte à tous les actionnaires, quel que soit le nombre de droits de vote qu'ils détiennent.

L'introduction de l'action de concert dans le code des sociétés n'a pas entraîné une modification de l'article 355-1 précité portant sur le contrôle.

En conséquence, une société est reconnue comme en contrôlant une autre seulement si elle exerce seule ledit contrôle.

¹ *Dominique Schmidt, Claude Baj : « Réflexions sur la notion d'action de concert », revue de droit bancaire, mai-juin 1991, page 89.*

Il n'est pas possible de prendre en compte les voix des sociétés qui agissent de concert pour apprécier ce dernier.

La Cour d'appel de Paris a rappelé dans un arrêt du 20 février 1998 ADAM contre CGE et Havas, que la rédaction actuelle de cet article ne permet pas de prendre en compte la notion de concert pour la détermination du contrôle.

Cette situation présente deux inconvénients.

D'une part, elle ne tient pas compte de la réalité économique puisque certaines sociétés, en raison du nombre conjoint de leurs droits de vote, contrôlent de facto une société.

D'autre part, elle exonère lesdites sociétés des obligations résultant du contrôle en matière de réglementation de l'autocontrôle.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose de compléter l'article 355-1 précité afin de tenir compte de l'action de concert existant entre deux ou plusieurs sociétés pour déterminer si elles contrôlent une autre société.

Il dispose que « *deux ou plusieurs sociétés agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises dans les assemblées générales de cette dernière* ».

Cette rédaction s'inspire de la définition du contrôle de fait mentionnée à l'article 355-1, qui est reconnu « *lorsque la société détermine, en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales* ».

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a accepté le principe de cet article, mais elle a souhaité le compléter en précisant que les sociétés agissant de concert contrôlent conjointement une société lorsqu'elles déterminent, en fait, les décisions prises aux assemblées générales de cette société, dans le cadre d'un accord en vue d'une politique commune.

Elle a justifié sa position en faisant remarquer que *« certes, le fait que les sociétés agissant de concert déterminent non pas une mais plusieurs décisions prises dans plusieurs et non pas une assemblée générale de la société, comme cela est précisé, peut suffire à garantir l'idée de continuité qu'implique le contrôle. Il n'est cependant pas à exclure que plusieurs décisions fassent l'objet d'un accord, sans qu'il y ait de véritable consensus ou qu'il existe une communauté d'intérêts sur la gestion de la société contrôlée »*.

Par ailleurs, l'Assemblée nationale s'est inquiétée des incidences que peut avoir la notion de contrôle au sens de l'article 355-1 précité dans d'autres branches du droit.

L'article L. 439-1 du code du travail prévoit la constitution d'un comité de groupe au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle, notamment dans les conditions définies à l'article 355-1 de la loi précitée. Ce comité de groupe est destinataire des informations sur l'activité et la situation financière du groupe et de chacune des entreprises qui la composent.

Il apparaît peu opportun de mettre en place un comité de groupe entre la société contrôlée et chacune des sociétés agissant de concert la contrôlant.

L'Assemblée nationale a donc exclu le présent article du champ d'application de ce dispositif.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Tout d'abord, votre commission tient à rappeler que lors de la discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier de 1998, elle avait déjà fait adopter par le Sénat, sur l'initiative de votre rapporteur, un amendement similaire.

Elle se félicite donc que le gouvernement s'inspire aujourd'hui de ses propositions, même si elle n'approuve pas entièrement la rédaction retenue par ce dernier et modifiée par l'Assemblée nationale.

D'abord, elle estime que le terme de « sociétés » agissant de concert doit être remplacé par celui de personnes, conformément à l'article 356-1-3 de la loi du 24 juillet 1966 qui définit l'action de concert.

Par ailleurs, votre commission des finances n'est pas favorable à la précision apportée par l'Assemblée nationale concernant la notion de contrôle

conjoint, qui fait référence à un accord en vue d'une politique commune qu'elle juge à la fois inutile et ambiguë.

Elle est inutile car il est évident que, lorsque deux sociétés arrivent à imposer leur politique vis-à-vis d'une société aux autres actionnaires de cette société, ils contrôlent cette dernière.

En outre, elle est ambiguë car elle semble créer une nouvelle catégorie d'action de concert, selon laquelle seraient considérées comme agissant de concert les personnes qui concluraient un accord afin de déterminer la politique sociale de la société.

Il convient d'éviter cette ambiguïté et de rappeler que la politique commune mentionnée à l'article 356-1-3 de la loi précitée concerne la politique commune élaborée par les sociétés de concert vis-à-vis de la société.

Votre commission vous proposera donc un amendement visant à supprimer cette précision.

Votre commission s'interroge également sur l'opportunité d'exiger que les sociétés agissant de concert aient déterminé de fait les décisions prises dans plusieurs assemblées générales d'une société pour considérer que ces dernières contrôlent ladite société.

En effet, le nombre d'assemblées n'est pas le critère correct pour définir s'il y a contrôle d'une société par plusieurs sociétés agissant de concert. En réalité, il faut vérifier que les sociétés agissant de concert ont pu imposer leur politique commune à la société lors de la prise des décisions en assemblée générale.

Il reviendra ensuite au Conseil des marchés financiers, à la Commission des opérations de bourse ou, le cas échéant, au juge, d'apprécier si le contrôle était exercé dès la première assemblée générale ou non.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 66

Définition de l'action de concert

Commentaire : le présent article additionnel vise à préciser la définition de l'action de concert en exigeant la nécessité d'une politique commune aux concertistes vis-à-vis de la société.

La nécessité d'introduire la notion de concert est apparue au moment de l'introduction en droit boursier de l'obligation de déclarer le franchissement de seuils de détention de capital ou de droits de vote et de déposer une offre publique dès que le seuil du tiers est dépassé.

Il s'agissait de soumettre aux mêmes obligations que celles incombant à une personne détenant directement ou indirectement des droits de vote ou des actions, les personnes qui ont conclu un accord dans un objectif précis.

Aux termes de l'article 356-1-3 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales « *sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société* ».

Selon l'article 356-1-3, l'action de concert exige un accord, c'est-à-dire une entente concertée et volontaire. Par ailleurs, cet accord ne peut avoir que deux objets :

- l'accord peut être conclu en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ;

- l'accord peut être conclu en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société.

La définition des termes « *politique commune vis-à-vis de la société* » peut porter à confusion. Il s'agit en réalité de la politique qui est commune aux concertistes.

A cet égard, l'avis du 13 novembre 1998 du Conseil des marchés financiers sur l'action de concert déclarée entre SCDM (contrôlée par MM. Martin et Olivier Bouygues) et Financière du Loch (appartenant au

groupe Bolloré) vis-à-vis de la société Bouygues est révélateur. L'accord entre ces deux groupes préserve la liberté de vote de chacun d'entre eux, ne définit pas une politique commune vis-à-vis de la société Bouygues, et son objet concerne essentiellement des restrictions à leur liberté réciproque d'acquérir ou de céder des droits de vote de la société Bouygues.

SCDM soutenait que l'action de concert naît d'une volonté commune d'agir ensemble qui préexiste à la convention qui lui sert de support. Dès lors, la disparition de cette volonté met nécessairement fin à l'action de concert et ce, indépendamment de la validité des conventions dont l'autorité judiciaire se trouve saisie.

Le groupe Bolloré estimait pour sa part que, dès lors que les contrats signés entre les parties ne prévoient aucune faculté de dénonciation unilatérale, ceux-ci continuent de lier les parties.

Le Conseil des marchés financiers a constaté que les parties étaient en désaccord profond tant sur des questions majeures intéressant la stratégie de la société et ses comptes que sur la portée de leurs accords telle qu'elle avait été annoncée et fixée dans les préambules de ces derniers.

Devant cet état de fait, ayant eu à connaître de la déclaration de concert initial entre les parties et aux fins d'assurer la transparence du marché conformément à la loi du 2 juillet 1996, le CMF a estimé qu'il devait se prononcer sur la pérennité de l'action de concert.

Il a fait remarquer que l'accord visé par l'article 356-1-3 de la loi du 24 juillet 1966 précitée n'est pas le pacte lui-même par lequel des parties définissent leurs droits et obligations réciproques. Contracter n'est pas agir de concert, c'est formaliser les dispositions convenues qui forment, le cas échéant, autant d'indices constitutifs d'une action de concert. En réalité, cette dernière repose sur l'intérêt commun et la convergence des volontés qui unissent les personnes agissant de concert.

En conséquence, en raison des désaccords profonds qui séparaient SCDM et Financière du Loch, le CMF a estimé qu'ils n'agissaient plus de concert vis-à-vis de la société Bouygues.

Ainsi, le Conseil des marchés financiers admet bien, en présence d'un accord dont l'objet porte sur les acquisitions ou cessions de droits de vote, que le concert suppose la concertation entre les partenaires autour d'un « intérêt commun », c'est-à-dire autour d'une politique commune.

A cet égard, l'avis du 3 mai 2000 du CMF sur les accords conclus entre CAP GEMINI et les actionnaires Ernst & Young est également significatif.

La société CAP GEMINI a conclu le 28 février dernier un accord cadre avec le réseau Ernst & Young Etats-Unis afin de reprendre les activités de conseil de ce dernier. L'opération sera effectuée pour l'essentiel par apports en rémunérations. CAP GEMINI émettra 43.039.418 actions ordinaires au profit des apporteurs.

La Securities and Exchange Commission (SEC), afin d'assurer une indépendance fonctionnelle et structurelle entre les activités de commissariat aux comptes et les activités de conseil exercées au sein du réseau Ernst & Young, a exigé que les actionnaires du groupe Ernst & Young qui ne rejoindront pas CAP GEMINI en qualité de salariés, cèdent dans un délai maximum de cinq ans la participation qu'ils recevront de CAP GEMINI.

Afin de permettre une cession ordonnée des titres, CAP GEMINI s'est portée garante de l'organisation de six offres secondaires programmées dans un délai de 4 ans et 300 jours suivant la réalisation de l'apport.

Le CMF a eu à s'interroger sur la qualification des accords signés par CAP GEMINI et les apporteurs qui n'exercent pas des activités de conseil. Il a estimé que l'interdiction faite à ces derniers d'accroître leur participation dans CAP GEMINI n'entraînait pas de concertation entre eux dans la mesure où elle revêtait un « caractère individuel ».

En conséquence, les engagements que prendront les associés du réseau Ernst & Young ne sont pas en tant que tels constitutifs d'une action de concert entre lesdites personnes et la société CAP GEMINI.

A contrario, il apparaît donc que si lesdits engagements avaient été collectifs, afin d'élaborer une politique commune entre les associés d'une part et la société CAP GEMINI d'autre part vis-à-vis de cette dernière, il y aurait eu action de concert.

C'est la raison pour laquelle votre commission vous proposera un article additionnel qui précise que la convergence des volontés des « concertistes » est nécessaire non seulement en cas d'accord conclu en vue d'exercer des droits de vote, mais également en cas d'accord conclu en vue d'acquiescer ou de céder des droits de vote.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

CHAPITRE VII :

DISPOSITIONS RELATIVES AUX INJONCTIONS DE FAIRE

ARTICLE 67

Recours aux injonctions de faire et demandes en référé

Commentaire : le présent article vise à autoriser les actionnaires, les associés et les obligataires à recourir à la procédure des injonctions de faire pour obtenir les documents qui auraient dû leur être communiqués.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales énumère l'ensemble des documents qui doivent être transmis aux actionnaires avant la tenue des assemblées générales. Elle prévoit également un droit de communication au profit des associés et des obligataires pour certains documents.

Si ces obligations ne sont pas respectées, les administrateurs, les dirigeants ou le liquidateur selon les cas encourent des sanctions pénales.

Ce dispositif fait l'objet de deux critiques. D'une part, les sanctions paraissent disproportionnées par rapport aux infractions commises et, d'autre part, elles sont inefficaces puisqu'elles ne permettent pas aux intéressés de recevoir les documents qui auraient dû leur être communiqués.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le premier paragraphe du présent article propose de remplacer les sanctions pénales par une procédure d'injonction de faire sous astreinte. Ces dispositions sont inscrites à l'article 493 de la loi du 24 juillet 1966 précitée qui porte sur des mesures transitoires devenues obsolètes.

Le champ d'application de cet article est très large puisqu'il vise :

- le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels établis par le gérant qui doivent être soumis à l'assemblée des associés dans les sociétés en nom collectif (article 16) et dans les sociétés à responsabilité limitée (article 56) ;

- l'inventaire, les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés ; la liste des administrateurs ou des membres du directoire et du conseil de surveillance ainsi que leurs rapports et ceux des commissaires aux comptes ; les résolutions proposées ; le montant global des plus fortes rémunérations et les sommes ouvrant droit aux déductions fiscales pour lesquels tout actionnaire a un droit de communication (article 168) ;

- la liste des actionnaires (article 169) ;

- les documents sociaux concernant les trois derniers exercices ainsi que les procès-verbaux et les feuilles de présence des assemblées générales tenues au cours des trois exercices (article 170) ;

- les résolutions proposées et les rapports présentés à l'assemblée générale, ainsi que les procès-verbaux et les feuilles de présence (article 318) ;

- les documents à déposer en annexe au registre du commerce et des sociétés lors de la publication de l'acte de nomination du liquidateur par celui-ci (article 392) ;

- les documents sociaux en période de liquidation (article 414).

Ces documents doivent être communiqués selon les cas aux actionnaires (articles 168, 169 et 170), aux associés (articles 16, 56 et 414) ou aux obligataires (article 318).

Si ces obligations ne sont pas respectées, ces derniers peuvent demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte au liquidateur ou aux administrateurs, gérants et dirigeants de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

En outre, il est précisé que dans ce cas, l'astreinte et les frais de procédure sont aux frais des personnes mises en cause, pour éviter que ces coûts soient supportés par la société.

Par coordination, le présent article supprime certaines sanctions liées à l'absence de communication.

Sont concernées :

- l'absence de mise à disposition des documents sociaux pour les associés d'une SARL, d'une part, et pour les actionnaires d'une société anonyme, d'autre part (2^{ème} et 3^{ème} alinéas de l'article 426 et article 445) ;

- l'omission des appels de fonds pour la libération intégrale du capital social ou l'émission d'obligations ou de bons avant la libération intégrale du capital (article 465) ;

- la violation, par le liquidateur, du droit de communication des documents sociaux en période de liquidation (3° de l'article 487).

Par ailleurs, le présent article propose de supprimer certaines sanctions devenues superflues.

En effet, certaines sanctions sont couvertes par le droit pénal général. Il s'agit de la souscription de valeurs mobilières sans les mentions obligatoires (article 467), de l'émission des parts de fondateur (article 468), de l'émission d'obligation négociables par des gérants des sociétés autres que les sociétés par actions et par des particuliers (article 469), de l'émission d'obligations avant que la société n'ait deux ans d'existence (article 470) et des escroqueries et des écritures en faux concernant la constitution de sociétés anonymes (1°, 2° et 3° de l'article 433).

Par ailleurs, certaines sanctions sont devenues obsolètes. Il s'agit :

- de la négociation de promesses d'actions (5° de l'article 434) ;

- de l'amortissement du capital par voie de tirage au sort des actions (article 453) ;

- de la réalisation d'opérations par le gérant avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 68

Injonctions de faire

Commentaire : le présent article vise à permettre le recours à la procédure d'injonction de faire pour procéder aux appels de fonds nécessaires pour réaliser la libération intégrale du capital et pour déposer certaines pièces obligatoires au registre du commerce et des sociétés.

I. LA LIBÉRATION DU CAPITAL LORS DE LA CONSTITUTION D'UNE ENTREPRISE

A. LE DISPOSITIF EXISTANT

Le premier alinéa de l'article 1832 du code civil dispose que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* ».

L'article 1843-3 du même code distingue trois types d'apport : l'apport en nature, l'apport en numéraire et l'apport en industrie. Une quote-part de l'apport en numéraire doit obligatoirement être versée, dont le montant varie selon la forme de la société.

Ainsi, en ce qui concerne les sociétés anonymes à responsabilité limitée, l'article 38 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoit que les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées, lorsqu'elles représentent des apports en nature et en numéraire.

Si l'apport en numéraire n'a pas été versé par l'associé¹, le cinquième alinéa de l'article 1843-3 précité précise que ce dernier devient « *débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.* ».

Toutefois, il n'existe pas de dispositions permettant de contraindre l'associé à verser l'apport en numéraire pour lequel il s'était engagé.

¹ Il s'agit du terme utilisé dans le code civil.

B. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le paragraphe I de cet article propose de compléter le cinquième alinéa de l'article 1843-3 précité afin d'instaurer une procédure d'injonction de faire.

Désormais, tout intéressé pourra demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité.

Votre commission est d'accord sur le principe de cet article. Elle tient seulement à faire remarquer que les termes d'administrateurs, de gérants et de dirigeants n'apparaissent pas dans l'article 1843-3 du code civil qui utilisait la notion générique d'associé.

II. L'INSCRIPTION SUR LE REGISTRE DU COMMERCE DE CERTAINS DOCUMENTS

A. LE DISPOSITIF ACTUEL

Les articles 13-1, 44-1 et 293 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales obligent respectivement les sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions à déposer au registre du commerce un certain nombre de documents, notamment les comptes annuels, le rapport de gestion et, le cas échéant, les comptes consolidés ainsi que les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés.

En outre, doit également être déposée la proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée et la résolution votée.

L'article 2 de l'ordonnance n° 58-1352 du 27 décembre 1958 punit d'une amende de 30.000 francs et d'un emprisonnement de six mois « *quiconque donne, de mauvaise foi, des indications inexactes ou incomplètes en vue d'une immatriculation, d'une radiation ou d'une mention complémentaire ou rectificative au registre du commerce et des sociétés* ».

Toutefois, il n'existe pas de dispositif contraignant pour obliger le dirigeant à déposer lesdits documents.

B. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le paragraphe II du présent article propose d'insérer un article 2 *bis* dans l'ordonnance précitée afin d'autoriser tout intéressé à demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au dirigeant de la personne morale de procéder au dépôt desdits documents.

Le ministère public peut également utiliser cette injonction de faire sous astreinte.

Un mandataire peut également être nommé par le président du tribunal pour effectuer ces formalités.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 68 bis (nouveau)

Aménagement des règles d'apport lors de la constitution d'une société

Commentaire : le présent article vise à faciliter la création d'entreprise en échelonnant la libération du capital social sur cinq ans et en autorisant les apports en industrie. En outre, il oblige les sociétés à capital variable à libérer le capital social minimum.

I. LES MESURES EN FAVEUR DES CRÉATIONS D'ENTREPRISES

A. LE DISPOSITIF EXISTANT

La création d'une entreprise repose toujours sur l'obligation faite aux associés de réaliser un apport, c'est-à-dire de transférer la propriété ou la jouissance d'un bien à la société. En contrepartie, les associés reçoivent des parts ou des actions.

Conformément à l'article 1843-3 du code civil, il existe trois types d'apport : l'apport en nature, l'apport en numéraire et l'apport en industrie.

Le premier alinéa de l'article 38 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoit que les parts sociales des sociétés anonymes à responsabilité limitée doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées, lorsqu'elles représentent des apports en nature et en numéraire.

L'apport minimum légal s'élève à 50.000 francs.

En outre, le deuxième alinéa de l'article précité interdit la souscription de parts sociales sous la forme d'apports en industrie¹.

¹ Une dérogation est cependant prévue : lorsque l'objet de la société porte sur l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale apporté à la société ou créé par elle à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui sont apportés en nature, l'apporteur en nature, ou son conjoint, peut apporter son industrie lorsque son activité principale est liée à la réalisation de l'objet social.

B. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Lors de la tenue des Etats généraux de la création d'entreprise, le Premier ministre a estimé que ces contraintes freinaient la création des petites entreprises. L'investissement initial a été jugé trop important, surtout lorsque les entrepreneurs souhaitent créer une activité de services qui ne nécessite pas un apport important lors de la constitution de l'entreprise. A l'occasion de cette manifestation, certaines mesures ont donc été annoncées.

Le premier paragraphe de cet article propose de modifier la rédaction des deux premiers alinéas de l'article 38 de la loi du 24 juillet 1966 précitée afin d'alléger les règles d'apport lors de la constitution d'une société.

Désormais, seuls les apports en nature doivent être souscrits en totalité par les associés et intégralement libérés.

En ce qui concerne les parts représentant des apports en numéraire, le présent texte donne la faculté au gérant d'en libérer seulement un cinquième lors de la constitution de l'entreprise. Concrètement, il suffira à ce dernier de disposer d'un capital de 10.000 francs pour créer son entreprise. L'apport légal minimum reste fixé à 50.000 francs, mais le gérant dispose d'un délai de cinq ans pour libérer le reste du capital. Il peut décider d'effectuer cette opération en une ou plusieurs fois et choisit la ou les dates de libération des apports en numéraire.

Par ailleurs, le deuxième alinéa du paragraphe II de cet article autorise les statuts de la société à déterminer les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Dans son rapport de 1996 au Premier ministre¹, votre rapporteur avait émis plusieurs propositions pour favoriser la constitution de fonds propres.

D'abord, il avait suggéré la reconnaissance en droit fiscal d'un patrimoine fiscal d'affectation.

« Ce patrimoine fiscal d'affectation aurait pour but, sans altération des droits des tiers, d'encourager l'autofinancement et de favoriser le développement d'entreprises viables. Une distinction serait faite entre les bénéfices consommés par l'exploitant et ceux laissés à la disposition de l'entreprise. L'impôt sur le revenu et les charges sociales ne seraient calculés

¹ Philippe Marini : la modernisation du droit des sociétés, juillet 1996, pages 16 à 18 et page 30.

que sur la fraction des résultats prélevée par le professionnel, sauf requalification en cas d'abus de droit. Un nouveau progrès serait ainsi accompli dans le sens de la neutralité fiscale entre entreprises individuelles et sociétés à responsabilité limitée, étant rappelé que l'associé unique d'une SARL a la possibilité d'opter pour le régime de l'impôt sur les sociétés, lequel, à partir d'un certain niveau de résultats, favorise l'autofinancement alors que l'impôt sur le revenu le pénalise.

*Ne développant ses conséquences que sur le terrain fiscal, la technique du patrimoine d'affectation pourrait s'accommoder d'un **formalisme léger**, emprunté au droit fiscal.*

*Pour éviter, toutefois, les dévoiements de ce système, il faudrait prévoir que le **patrimoine d'affectation**, technique destinée à des entreprises recelant un certain potentiel de croissance, ait une utilisation -toujours optionnelle- **limitée dans le temps, la constitution d'une société devant intervenir après quelques exercices, sous peine de requalification fiscale.** »*

Ensuite, il s'était interrogé sur le montant minimum de l'apport en numéraire exigé pour la constitution d'une SARL. Il avait estimé qu'il était insuffisant et qu'il faudrait le relever à 100.000 francs¹. En contrepartie, il s'était montré favorable à la faculté donnée aux associés de libérer leurs apports en numéraire par fractions.

La mesure proposée par le présent article ne prévoit qu'une libération échelonnée du capital sans modifier le montant de l'apport en numéraire minimum. Une telle disposition apparaît démagogique et ne répond pas à la nécessité de lutter contre la sous-capitalisation, qui conduit des sociétés à démarrer avec des aides publiques, sans fonds propres suffisants, et à disparaître au bout d'une ou de deux années. Elle est en outre illusoire, car le recours nécessaire au crédit bancaire se traduira nécessairement par la prise de garanties sur les biens propres du chef d'entreprise, avec toutes les conséquences dramatiques inévitablement provoquées par l'insuccès de la création... En son temps, et en particulier lors de la discussion de la loi « Madelin » de 1994, le président Etienne Dailly avait fort opportunément mis en garde contre de telles illusions.

¹ Cette proposition avait déjà fait l'objet d'un amendement de la part du président Etienne Dailly lors de la discussion du projet de loi relatif à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises en 1994.

II. LES MESURES VISANT À RÉGLEMENTER LES OBLIGATIONS DES SOCIÉTÉS À CAPITAL VARIABLE

A. LE DISPOSITIF ACTUEL

L'article 48 de la loi du 24 juillet 1867 autorise les statuts des sociétés coopératives et des sociétés qui n'ont pas la forme de société anonyme à prévoir que « *le capital est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par reprise totale ou partielle des apports effectués* ».

Il est cependant prévu à l'article 51 de la même loi que les statuts déterminent une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit. Cette somme ne peut être inférieure au dixième du capital social.

Selon les informations obtenues par votre rapporteur, la grande souplesse offerte par les sociétés à capital variable tend à être utilisée pour se soustraire aux règles relatives au capital social minimum.

La référence au dixième du capital social laisse penser que le montant de ce dernier doit correspondre à celui fixé par les dispositions législatives pour la forme de société, soit au moins à 50.000 francs pour les SARL et 250.000 francs pour les sociétés par actions simplifiées.

Toutefois, cette obligation ne figure pas explicitement dans le titre III de la loi du 24 juillet 1867 précitée portant sur les dispositions particulières aux sociétés à capital variable. Certains dirigeants sont donc tentés de créer soit une SARL, soit une société par actions simplifiées (SAS), soit même une EURL à capital variable afin de n'avoir à libérer que 5.000 francs.

B. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le paragraphe II du présent article propose de prévenir les abus en obligeant les sociétés à capital variable, sauf les coopératives, à libérer le montant minimal du capital exigé pour la forme de société qui leur correspond.

Concrètement, cela signifie que la création d'une SARL ou une EURL à capital variable n'exonérera pas son ou ses gérants de libérer 50.000 francs de capital.

De même, si une SAS est créée à capital variable, le montant de l'apport minimum en numéraire sera de 250.000 francs.

Toutefois, la possibilité d'échelonner la libération du capital est maintenue. Par ailleurs, un délai de cinq ans est accordé aux sociétés à capital variable pour procéder à la libération de leur capital social.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission approuve ce dispositif mais estime qu'il contient une ambiguïté liée à la rédaction du texte proposé par le 1 du I du présent article pour l'article 51 de la loi du 24 juillet 1867 précitée.

Il s'agit d'obliger les sociétés à libérer au moins soit le montant minimal du capital exigé par les dispositions législatives, soit le dixième du capital social stipulé dans les statuts à condition que celui-ci soit supérieur au montant légal.

Deux exemples permettent d'illustrer cette situation.

Dans le premier cas, les statuts d'une SARL à capital variable fixent le montant du capital social à 600.000 francs. Le capital pourra être réduit au dixième, soit 60.000 francs.

Dans un deuxième cas, les statuts d'une SARL à capital variable fixent le montant du capital social à 400.000 francs. Le capital ne pourra pas être réduit au dixième du capital stipulé dans les statuts, soit 40.000 francs, dans la mesure où cette somme est inférieure au montant minimum de capital prévu par la loi, qui s'élève à 50.000 francs.

Or, la rédaction proposée laisse planer une ambiguïté sur le montant minimum du capital social car elle ne précise pas que les sociétés peuvent réduire leur capital au dixième du capital social stipulé dans ses statuts **à condition** que celui-ci soit supérieur au montant légal. Votre commission vous proposera donc un amendement visant à lever cette imprécision.

En outre, tout en faisant une exception pour les coopératives, il apparaît nécessaire de lier la reconnaissance de la constitution définitive de la société au versement de la totalité du capital social.

Décision de la commission : votre commission a décidé de réserver sa position sur cet article.

CHAPITRE VIII :
DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES

ARTICLE 69

Sanction des comportements fautifs des dirigeants d'une société par actions simplifiée

Commentaire : le présent article vise à sanctionner les dirigeants des sociétés par actions simplifiées (SAS) lorsqu'ils ne consultent pas leurs associés sur des questions qui relèvent de leurs attributions.

I. LA SOUPLESSE DU RÉGIME DES SAS

Jusqu'à l'adoption de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, l'accès aux SAS était réservé aux seules sociétés dans une acception large du terme¹. En outre, le capital social minimum de la SAS devait s'élever à 1,5 million de francs et devait être entièrement libérable.

L'adoption de cette loi a modifié le régime de la SAS puisque ce type de société peut être créé aussi bien par une personne physique que par une personne morale.

En outre, l'apport de capital minimum a été abaissé à 250.000 francs et les créateurs d'une SAS ont la faculté de libérer immédiatement seulement la moitié du capital social, la libération du surplus étant échelonnée sur cinq ans.

En outre, le régime des SAS se caractérise par une grande liberté laissée aux statuts pour fixer l'organisation du pouvoir.

Le président est le seul organe obligatoire, mais les modalités de sa désignation sont libres.

De même, les conditions dans lesquelles les décisions sont prises sont déterminées par les statuts.

¹ Ainsi, sont habilités à participer au capital d'une SAS les sociétés civiles ainsi que les établissements publics de l'Etat ayant une activité industrielle et commerciale.

Toutefois, le second alinéa de l'article 262-10 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales dispose que « *les attributions dévolues aux assemblées extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfice sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés.* ».

II. LA PROTECTION DES ASSOCIÉS

Le présent article vise à garantir le respect de cette disposition par le président ou, le cas échéant, le dirigeant.

C'est la raison pour laquelle il prévoit de compléter l'article 464-2¹ de la même loi afin de sanctionner de six mois d'emprisonnement et de 7.500 euros d'amende le fait, pour un président ou un dirigeant de SAS, de ne pas consulter les associés, dans les conditions prévues par les statuts, sur les opérations mentionnées à l'article 262-10 de la même loi.

Une sanction similaire est prévue pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme (article 441) et les gérants (article 427) qui n'auront pas réuni l'assemblée générale et fait approuver les comptes annuels et le rapport de gestion.

III. POSITION DE LA COMMISSION

La commission a approuvé le dispositif présenté par le présent article. Elle a cependant adopté un amendement rédactionnel qui tient compte de la codification de la loi du 24 juillet 1966.

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

¹ L'article 464-2 punit d'une amende de 25.000 francs le fait, pour le président d'une société par actions simplifiée, d'omettre de mentionner, sur tous actes ou sur tous documents émanant de la société et destinés aux tiers, l'indication de la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement des mots : « société par actions simplifiée » ou des initiales « SAS » et de l'énonciation du capital social.

ARTICLE 69 bis (nouveau)

Délai accordé aux conseils d'administration et aux conseils de surveillance pour diminuer le nombre de leurs membres

Commentaire : le présent article vise à accorder un délai de trois ans aux conseils d'administration et aux conseils de surveillance pour diminuer le nombre de leurs membres.

L'article 56 A du présent projet de loi propose de faire passer le nombre des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance de vingt-quatre à dix-huit.

Par ailleurs, il propose qu'en cas de fusion de sociétés anonymes, le nombre des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance, qui pouvait s'élever à trente pendant trois ans, soit ramené à vingt-quatre.

Le présent article propose d'accorder aux conseils d'administration et aux conseils de surveillance un délai de trois ans pour se conformer aux dispositions de l'article 56 A.

Votre commission a supprimé l'article 56 A, estimant qu'il revenait aux statuts de fixer le nombre des membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance.

En conséquence, le présent article devient superflu.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 70

Délai d'application des dispositions relatives aux cumuls de mandats et au mandat de directeur général délégué

Commentaire : le présent article vise à introduire un délai spécifique d'entrée en vigueur des dispositions relatives d'une part à la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général et, d'autre part, à la limitation des cumuls des mandats.

I. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Dans le projet de loi initial, le président du conseil d'administration pouvait également assumer la direction générale de la société si les statuts prévoyaient un tel cumul.

Le paragraphe I du présent article accorde un délai de 18 mois à l'assemblée générale extraordinaire pour modifier ses statuts et, le cas échéant, autoriser le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général.

Si les statuts n'ont pas été modifiés, le premier paragraphe de cet article oblige les présidents des conseils d'administration qui cumulent les fonctions de directeur général à cesser de présider le conseil d'administration.

Il s'agit donc d'une sanction radicale, qui devrait inciter les conseils d'administration à convoquer l'assemblée générale extraordinaire dans les délais prévus.

Cette disposition ne concerne que les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé. Les sociétés non cotées sont autorisées à conserver leurs statuts pour la partie relative à la présidence et à la direction de la société, sans délibération particulière de leur assemblée générale.

Le paragraphe II du présent article accorde également un délai de 18 mois aux administrateurs, aux présidents du conseil d'administration, aux directeurs généraux, aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance pour se mettre en conformité aux dispositions contenues dans le présent projet de loi sur les limitations au cumul des mandats.

Au-delà de ce délai, les intéressés dont le nombre des mandats est supérieur au nombre maximum autorisé par la loi sont réputés démissionnaires d'office de tous leurs mandats.

Le dernier paragraphe du présent article prévoit que les personnes qui, à la date de publication de la présente loi, avaient reçu du conseil d'administration mandat d'assister le président avec le titre de directeur général, prennent le titre de directeur général délégué.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission ne peut souscrire aux dispositions prévues au premier paragraphe du présent article. En effet, la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général doit être une faculté donnée aux sociétés. Cette liberté apparaît peu compatible avec la démission d'office des présidents du conseil d'administration si les statuts n'ont pas été modifiés dans les délais accordés par la loi.

En outre, cette sanction pourrait désorganiser fortement le fonctionnement des sociétés, qui seraient privées brutalement de leur président du conseil d'administration.

Votre commission vous proposera un amendement visant à introduire une injonction de faire pour s'assurer que l'assemblée générale extraordinaire sera convoquée.

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

ARTICLE 70 bis (nouveau)

Renforcement des règles de transparence visant les plans de souscription et d'achat d'actions par les salariés

Commentaire : le présent article vise à renforcer la transparence des plans de souscription et d'achat d'actions par les salariés à travers trois mesures : l'amélioration du contrôle de l'assemblée générale sur la politique d'attribution des options, la définition précise des critères utilisés pour l'évaluation des actions non cotées, la détermination de « fenêtres négatives ». En outre, il interdit, au sein d'un groupe, la distribution de stock options d'une société non cotée à d'autres salariés que ceux qui sont employés par cette société. Enfin, il autorise les salariés à débloquer une partie de leur plan d'épargne d'entreprise afin de lever des options qui leur ont été consenties.

I. LE DISPOSITIF ACTUEL : LE MANQUE DE TRANSPARENCE

Le régime des plans de souscription et d'achat d'actions souffre d'un manque de transparence évident.

Conformément à l'article 208-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, il revient à l'assemblée générale extraordinaire de décider si elle autorise le conseil d'administration ou le directoire à consentir au bénéfice des salariés de la société des options donnant droit à la souscription d'actions.

Toutefois, dans la mesure où cette habilitation peut être donnée pour une durée de cinq ans, le contrôle de l'assemblée générale est en réalité très formel.

Par ailleurs, la loi ne définit aucun critère pour l'évaluation des actions de sociétés non cotées. Ce vide juridique est source d'abus puisqu'il peut inciter le conseil d'administration ou le directoire à sous-évaluer le prix de souscription desdites actions.

En 1996, sur l'initiative de votre commission des finances, l'article 208-1 précité avait été complété afin de fixer une période pendant laquelle les options ne pouvaient pas être consenties. Il s'agissait alors de prévenir les délits d'initiés.

Avaient été jugées particulièrement sensibles les périodes précédant et suivant l'arrêté et la publication des comptes sociaux ainsi que tout événement de nature à affecter significativement la situation et les perspectives de la société.

Toutefois, ce dispositif n'a jamais pu entrer en vigueur en l'absence de parution du décret d'application.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Devant ce constat, l'Assemblée nationale a adopté un amendement sur proposition de notre collègue député Jean-Pierre Balligand visant à renforcer la transparence du régime des plans de souscription et d'achat d'actions. Les mesures proposées s'inspirent en grande partie des conclusions que ce dernier avaient tirées dans son rapport au Premier ministre sur l'épargne salariale¹.

Le présent article vise d'abord à améliorer le contrôle exercé par l'assemblée générale extraordinaire sur la politique d'attribution des options. Ainsi, la durée de validité de la délégation que cette dernière donne au conseil d'administration ou au directoire pour consentir à des options donnant droit à la souscription d'actions est réduite de cinq ans à trente-huit mois.

Ce chiffre correspond à trois ans et tient compte du délai de deux mois pour la convocation de l'assemblée générale extraordinaire.

Par ailleurs, le présent article propose de compléter l'article 208-1 de la loi précitée afin de fixer des critères d'évaluation des actions de sociétés non cotées. Jusqu'à présent, seul le prix de souscription des actions de sociétés cotées est encadré, tout en laissant à l'assemblée générale extraordinaire le soin d'en fixer les modalités. Ce prix ne peut pas être inférieur à 80 % de la moyenne des cours cotés aux vingt séances de bourse précédant le jour où l'option est consentie.

Désormais, le prix de souscription des actions de sociétés non cotées doit être déterminé « *conformément aux méthodes objectives retenues en matière d'évaluation d'actions en tenant compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la situation nette comptable, de la rentabilité et des perspectives d'activités de l'entreprise* ».

¹ Jean-Pierre Balligand, Jean-Baptiste de Foucauld : rapport au Premier ministre sur l'épargne salariale, janvier 2000.

Ainsi, trois critères sont retenus pour fixer le prix de souscription des actions de sociétés non cotées : la situation nette comptable de l'entreprise, sa rentabilité et ses perspectives d'avenir. Si l'entreprise est la mère d'un groupe, ces éléments sont appréciés à partir des comptes consolidés ou, s'il n'en existe pas, en tenant compte des éléments financiers issus des filiales significatives.

Si l'utilisation de ces critères n'est pas opportune, le prix de souscription est déterminé en divisant par le nombre de titres existants le montant de l'actif net réévalué, calculé d'après le bilan le plus récent.

Le présent article tire les conséquences du caractère non opérationnel du dispositif actuel de « fenêtres négatives ». La référence au décret est supprimée et il est interdit de consentir des options dans un délai de dix séances de bourse, précédant et suivant la date à laquelle les comptes consolidés, ou à défaut, les comptes annuels, sont rendus publics.

Cette interdiction court également dans le délai compris entre la date à laquelle les organes sociaux de la société ont connaissance d'une information qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence significative sur le cours des titres de la société, et la date postérieure de dix séances de bourse à celle où cette information est rendue publique.

La prévention des délits d'initiés est donc renforcée.

Le paragraphe II du présent article précise que dispositions présentées précédemment (renforcement du contrôle de l'assemblée générale extraordinaire sur la politique d'attribution des options, évaluation précise des actions des sociétés non cotées, définition des « fenêtres négatives ») s'appliquent également pour les options donnant droit à l'achat d'actions.

Le paragraphe III est une mesure de coordination. L'article 208-8 (qui résulte de l'article 1^{er} de la loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970) de la loi précitée porte sur l'information de l'assemblée générale sur les opérations de souscription et d'achat d'actions visées aux articles 208-1 à 208-7. Or, ce dispositif a été complété par un article 208-8-1 depuis la loi n° 84-578 du 9 juillet 1984. Il convient donc de remplacer la référence à l'article 208-7 par celle de l'article 208-8-1.

Le paragraphe IV du présent article tend à assimiler les attributions de souscription ou d'achat d'actions à des conventions réglementées visées à l'article 101 de la loi précitée et à les soumettre aux mêmes formalités que ces dernières¹ qui peuvent être résumées brièvement de la manière suivante : autorisation préalable par le conseil d'administration, communication de ces

¹ L'article 61 du présent projet de loi renforce les formalités qui accompagnent les conventions réglementées. Il convient donc de se reporter au commentaire de cet article pour plus d'informations sur ces dernières.

conventions aux commissaires aux comptes, présentation par ces derniers d'un rapport spécial à l'assemblée générale qui statue sur celui-ci.

Le paragraphe V tend à abroger le troisième alinéa de l'article 208-8-1 qui dispose que les mandataires sociaux, qui, à la date de leur nomination en qualité de président-directeur général, directeur général, membre du directoire ou gérant d'une société par actions ou d'une autre société qui lui est liée dans les conditions prévues à l'article 208-4¹ justifient d'une activité salariée d'au moins cinq ans dans cette société ou dans une autre société qui lui est liée, peuvent bénéficier d'options de souscription ou d'achat d'actions consenties à compter de cette date.

Cet alinéa a été jugé redondant avec le dernier alinéa du même article qui précise que des options peuvent être consenties, dans les conditions fixées aux articles 208-1 à 208-8, au président-directeur général, aux directeurs généraux, aux membres du directoire ou aux gérants d'une société par actions.

Par ailleurs, l'article 208-8-1 a été complété afin de réduire le champ de distribution de stock options au sein d'un groupe. Désormais, lorsqu'une société du groupe n'est pas cotée (il peut s'agir aussi bien de la « mère » que d'une filiale), cette société ne peut consentir d'options donnant droit à la souscription ou à l'achat de titres qu'à ses salariés et à ses mandataires sociaux.

Selon les explications de notre collègue député Jean-Pierre Balligand, *« ce dispositif permettra d'éviter les abus flagrants aujourd'hui répertoriés d'auto-attributions de stock options dans des filiales où il n'y a aucune sanction possible »*.

Enfin, le paragraphe VI du présent article autorise les salariés à liquider les avoirs acquis dans le cadre du plan d'épargne d'entreprise avant l'expiration du délai minimum de cinq ans à compter de la date d'acquisition des titres afin de pouvoir lever les options qui leur ont été consenties. Il est cependant prévu que les actions ainsi souscrites ou achetées doivent être versées dans le plan d'épargne. En outre, elles sont indisponibles pendant le

¹ L'article 208-4 prévoit que des options peuvent être consenties :

- soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 10 % au moins du capital ou des droits sont détenus, directement ou indirectement, par la société consentant les options ;
- soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de la société consentant les options ;
- soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 50 % au moins du capital ou des droits sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de la société consentant les options.

même délai que celui prévu pour le plan d'épargne d'entreprise, soit cinq ans à compter de leur versement dans le plan.

Une disposition pratiquement similaire avait été adoptée par le Sénat le 16 décembre dernier.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission ne peut que souscrire à l'exigence d'une plus grande transparence qui permet d'éviter les fantasmes et les abus et d'obtenir une plus grande cohésion au sein de l'entreprise.

A cet égard, il convient de rappeler que votre commission avait introduit dans le DDOEF de 1996 une obligation de consolidation de l'information des actionnaires au sein des groupes de sociétés ainsi que l'interdiction d'attribuer des options pendant certaines périodes sensibles au regard du délit d'initié.

En ce qui concerne le renforcement du pouvoir de contrôle de l'assemblée générale extraordinaire sur la politique d'attribution des options par le conseil d'administration et le directoire, votre commission approuve également la réduction de la durée d'habilitation à 38 mois.

Si votre commission est globalement satisfaite par cet article, elle tient cependant à supprimer certaines dispositions.

D'abord, la référence à un décret pour définir les critères d'évaluation du prix de souscription des actions de sociétés non cotées apparaît inutile. En effet, ces derniers semblent suffisamment précisés par le texte proposé par cet article. Votre commission vous proposera donc un amendement de suppression de cette référence au décret.

Ensuite, l'assimilation des options de souscription ou d'achat d'actions à des conventions apparaît erronée. En outre, si elle vise à soumettre les options aux formalités réservées aux conventions réglementées, cette disposition est inutile car lesdites options sont encadrées dans une procédure au moins aussi stricte que celle des conventions réglementées.

Ainsi, le conseil d'administration autorise *de facto* les options puisque c'est lui qui les consent. Par ailleurs, le commissaire aux comptes est informé de toutes les options de souscription et d'achat d'actions qui sont consenties. Enfin, l'assemblée générale est informée chaque année du nombre et du prix des options consenties et de leurs bénéficiaires ainsi que du nombre des actions souscrites ou achetées.

Votre commission vous proposera donc un amendement de suppression du paragraphe assimilant les options de souscription ou d'achat d'actions aux conventions réglementées.

Le présent projet de loi a encore renforcé la transparence visant les plans de souscription et d'achat d'actions puisqu'il prévoit que l'assemblée générale disposera désormais d'informations nominatives, d'une part sur les options consenties aux mandataires sociaux et aux dix plus importants bénéficiaires salariés et, d'autre part, sur les options levées par ces mandataires et salariés. Ces dispositions se trouvent actuellement à l'article 64 du présent projet de loi. Or, ce dernier concerne la transparence des rémunérations. Dans la mesure où le présent article traite des stock-options, votre commission vous propose d'y intégrer les dispositions visant à donner des informations à l'assemblée générale sur les options nominatives consenties et sur celles qui ont été levées. Votre commission a cependant tenu à exclure de ce dispositif d'information nominative les options qui concernent les dix plus importants bénéficiaires salariés.

Par ailleurs, votre commission comprend la volonté de combattre certaines pratiques abusives en limitant, au sein d'un groupe, aux seuls mandataires sociaux d'une société non cotée la faculté de bénéficier d'options donnant droit à la souscription ou à l'achat de titres.

En revanche, il apparaît excessif de ne pouvoir étendre la possibilité de consentir de telles options aux salariés des autres sociétés constituant le groupe. Votre commission vous proposera donc un amendement qui limitera cette interdiction aux seuls mandataires sociaux des autres sociétés du groupe.

L'article 208-8 de la loi du 24 juillet 1966 précitée dispose que *« l'assemblée générale ordinaire est informée, chaque année, dans des conditions déterminées par décret, des opérations réalisées en vertu des dispositions prévues aux articles 208-1 à 208-8-2 »*.

Toutefois, le décret ne précise pas que ces informations doivent être contenues dans un rapport.

Votre commission vous proposera donc un amendement qui clarifie l'article 208-8 précité en disposant que *« le conseil d'administration ou le directoire présente chaque année à l'assemblée générale ordinaire un rapport spécial qui l'informe, dans des conditions déterminées par décret, des opérations réalisées en vertu des dispositions prévues aux articles 208-4 à 208-8-2 »*.

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

ARTICLE 70 ter (nouveau)

Modification du régime fiscal des stock options

Commentaire : le présent article vise à alourdir la fiscalité portant sur la fraction des plus-values d'acquisition supérieures à un million de francs, à inciter fiscalement la conservation des actions pendant un délai de deux ans au-delà de la période d'indisponibilité et à réduire cette dernière à trois ans.

I. LE NOUVEAU RÉGIME FISCAL DES STOCK-OPTIONS

A. LE DISPOSITIF ACTUEL

En principe, la plus-value d'acquisition réalisée par le bénéficiaire d'une option est considérée comme un complément de salaire et soumise comme tel à l'impôt sur le revenu (article 80 *bis* I du code général des impôts). La taxation de cet avantage n'a pas lieu lors de la levée de l'option, mais lors de la cession des actions. Il est alors fait application d'un système de quotient destiné à atténuer les effets de la progressivité de l'impôt, qui prend en compte le nombre d'années entières écoulées entre la date d'attribution de l'option et la date de cession des titres (article 163 *bis* C II du CGI).

Toutefois, l'avantage peut être soumis à un régime d'imposition plus favorable, sous réserve de deux conditions (article 163 *bis* C I du CGI) :

- les actions acquises doivent revêtir la forme nominative ;
- elles doivent demeurer indisponibles pendant une période de cinq années à compter de la date d'attribution de l'option (et non de sa levée).

Si ces deux conditions sont remplies, la plus-value d'acquisition était taxée antérieurement à 1996, toujours lors de la cession des titres, selon le régime des plus-values mobilières, au taux de 16 %.

La plus-value d'acquisition est désormais taxée, pour les options attribuées à compter du 20 septembre 1995, à un taux spécifique majoré de 30 %.

Il est prévu par ailleurs un certain nombre de cas de force majeure où le possesseur d'actions acquises sur options peut exceptionnellement disposer de ses titres avant l'expiration du délai d'indisponibilité de cinq ans, sans perdre pour autant le bénéfice de ce régime d'imposition conditionné.

B. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article modifie le régime fiscal applicable aux plus-values d'acquisition dans le cadre d'un plan de stock-options.

Le paragraphe I du présent article modifie le premier alinéa du I de l'article 163 *bis* C du code général des impôts afin d'abaisser la période d'indisponibilité des actions acquises à quatre ans.

Le paragraphe II modifie le régime fiscal des stock options sur deux points.

D'une part, la fiscalité sur les plus-values d'acquisition est alourdie pour la fraction annuelle qui excède un million de francs. Désormais, celle-ci est taxée à 40 % (auxquels il faut ajouter les 10 % de prélèvements sociaux).

En-deçà d'un million de francs, la plus-value d'acquisition reste taxée au taux actuel, soit 30 % (hors prélèvements sociaux).

D'autre part, la fiscalité sur les plus-values d'acquisition est assouplie si le bénéficiaire, après avoir respecté le délai d'indisponibilité de quatre années avant de lever l'option, se soumet à un délai de portage de deux ans avant de céder ses titres :

- s'il les garde au moins deux ans, les plus-values d'acquisition seront taxées à 16 % (hors prélèvements sociaux de 10 %) jusqu'à un million de francs, et à 30 % (hors prélèvements sociaux de 10 %) au-delà de cette somme ;

- s'il les cède avant deux ans, les plus-values d'acquisition seront taxées à 30 % (hors prélèvements sociaux de 10 %) jusqu'à un million de francs, et à 40 % (hors prélèvements sociaux de 10 %) au-delà de cette somme.

Il résulte de ces dispositions que le régime des stock-options n'est allégé qu'à trois conditions :

- le bénéficiaire doit avoir respecté le délai d'indisponibilité de quatre années avant de lever l'option ;

- il doit s'être soumis à un délai de portage de deux ans ;

- le montant des plus-values d'acquisition doit être inférieur à un million de francs.

Dans tous les autres cas, le régime de taxation est soit le même, soit alourdi.

Enfin, le paragraphe IV fixe l'entrée en application de ces dispositions aux options attribuées à compter du 27 avril 2000, soit la date d'examen de cet article par l'Assemblée nationale.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission s'étonne des conditions dans lesquelles ont été introduites ces dispositions qui figurent, nonobstant leur portée économique et leur contenu « politique », au sein du chapitre relatif aux « dispositions diverses et transitoires » du présent projet de loi !

Depuis le rapport d'information du groupe de travail composé, outre votre rapporteur, de vos collègues Jean Arthuis et Paul Loridant, votre commission a adopté une position constante en matière de stock options qui diffère de celle proposée par le gouvernement.

Il s'agit pour votre commission de concilier les exigences de :

- la morale qui nécessite la **transparence** (prévention du délit d'initiés et obligation de publication d'informations nominatives) ;

- l'**efficacité économique** qui suppose que le régime des stocks-options soit suffisamment **attractif**, eu égard au niveau atteint par le taux marginal de notre impôt sur le revenu, et **compétitif** compte tenu de la mondialisation du recrutement des dirigeants d'entreprises (d'où nos propositions d'application du droit commun d'imposition des plus-values de valeurs mobilières et d'exonération, comme à l'étranger, de cotisations sociales) ;

- la **légitimation fiscale** des allègements préconisés (achat et portage des titres pendant un an).

Dans l'article 70 *bis* du présent projet de loi, votre commission vous a proposé de renforcer la transparence du régime des stocks-options et d'améliorer la qualité des informations fournies aux actionnaires.

Dans le présent article, elle vous propose de modifier le régime fiscal des stocks-options afin de le rendre efficace et compétitif au regard des régimes instaurés par nos principaux concurrents économiques.

Le régime proposé se caractérise par trois idées fortes :

- le raccourcissement de cinq à trois ans du délai d'indisponibilité fiscale entre l'attribution des options et la cession des actions, qui doit être respecté afin de bénéficier des règles d'imposition les plus favorables ;

- le rétablissement du taux d'imposition de droit commun de 16 % lorsqu'un délai de portage d'un an est respecté entre la levée de l'option et la cession des actions. A défaut, le taux majoré de 30 % instauré en 1996 reste applicable ;

- le retour à la situation d'exonération de cotisations sociales antérieure à la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997, les diverses contributions sociales de droit commun restant dues à hauteur de 10 % (CSG, CRDS, prélèvement de 2 % sur les revenus du patrimoine).

A. RACCOURCISSEMENT DU DÉLAI FISCAL D'INDISPONIBILITÉ DES OPTIONS DE SOUSCRIPTION OU D'ACHAT D' ACTIONS

Votre commission des finances vous propose de réduire de cinq à trois ans le délai fiscal d'indisponibilité, pour trois raisons.

❶ Premièrement, le deuxième alinéa de l'article 208-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales autorise le conseil d'administration ou le directoire à fixer des clauses d'interdiction de revente immédiate de tout ou partie des actions, sans que le délai imposé pour la conservation des titres puisse excéder trois ans à compter de la levée de l'option.

Or, depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997, l'assujettissement aux cotisations sociales de la plus-value d'acquisition lorsque le bénéficiaire ne respecte pas le délai fiscal d'indisponibilité fait peser sur les sociétés qui mettent en place des plans d'options sur actions un risque financier non maîtrisable.

Pour s'en prémunir, les sociétés attributrices d'options les assortissent désormais systématiquement d'un délai contractuel d'indisponibilité, qui ne peut être rompu par le bénéficiaire. Toutefois, ce délai ne peut être supérieur à

trois ans alors que le délai fiscal reste de cinq ans, ce qui laisse une « fenêtre » de deux ans pour le risque d'assujettissement aux cotisations sociales.

Dès lors, il semble logique d'aligner le délai fiscal d'indisponibilité des actions, à compter de l'attribution des options, sur le délai contractuel prévu par l'article 208-1 de la loi du 24 juillet 1966.

② Deuxièmement, votre commission estime opportun de rapprocher sur ce point les options de souscription ou d'achat d'actions des BSPCE, pour lesquels il n'existe aucun délai fiscal d'indisponibilité.

En effet, la distinction en fonction de l'ancienneté des bénéficiaires des bons, selon qu'elle est supérieure ou inférieure à trois ans, conditionne uniquement l'application du taux de 16 % ou celle du taux de 30 %. Mais le barème progressif de l'impôt sur le revenu n'est applicable dans aucune hypothèse, tandis que les bons peuvent être exercés le jour même de leur attribution.

③ Troisièmement, le raccourcissement du délai fiscal d'indisponibilité atténue la rigueur du rétablissement d'un délai de portage d'un an que votre commission des finances vous propose par ailleurs.

B. RETOUR AU TAUX D'IMPOSITION DE DROIT COMMUN POUR LES GAINS SUR OPTIONS CONDITIONNÉ PAR LE RESPECT D'UN DÉLAI DE PORTAGE D'UN AN

Votre commission des finances vous propose de revenir sur l'aggravation récente de la fiscalité des options de souscription ou d'achat d'actions.

La loi de finances pour 1996 a prévu pour l'imposition des gains réalisés sur options de souscription ou d'achat d'actions un taux spécifique de 30 %, soit un taux presque double du taux de 16 % applicable aux plus-values sur cession de valeurs mobilières.

Votre commission des finances avait alors admis que ce taux majoré correspondait à la réalité des plans d'options sur actions qui, dans les faits, sont trop souvent utilisés comme un substitut de rémunération, même si les plans d'options présentent des caractéristiques qui interdisent de les assimiler purement et simplement à une rémunération.

Toutefois, **deux éléments nouveaux sont intervenus** depuis :

- d'une part, la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997 a soumis à cotisations sociales les gains sur options de souscription ou d'achat d'actions, lorsque le délai d'indisponibilité de cinq ans n'est pas respecté ;

- d'autre part, la loi de financement de la sécurité sociale pour 1998 a porté à 10 % le total des prélèvements sociaux sur les revenus de placement (CSG + CRDS + prélèvement spécifique de 2 %). Comme pour tous les revenus soumis à prélèvement libératoire, la CSG n'est pas déductible.

Le taux d'imposition total des gains sur options de souscription ou d'achat d'action est ainsi de 40 %, hors cotisations sociales éventuelles.

Le régime fiscal et social des plans d'options de souscription ou d'achat d'actions apparaît désormais exagérément restrictif au regard des objectifs de ce mécanisme et de son intérêt pour les entreprises. Votre commission des finances estime donc opportun de revenir au régime antérieur à 1996.

En outre, le rétablissement d'un meilleur équilibre entre les contraintes et les avantages du mécanisme peut seul mettre un terme à la tentation permanente de le remettre en cause. Cet équilibre justifie que le régime des stock options puisse être globalement plus favorable que les autres formes de rémunération et d'intéressement, qui ne comportent pas la même part d'incertitude et ne supposent pas le même investissement personnel.

Ce souci d'un régime plus équilibré conduit également votre commission des finances à imposer un « délai de portage » d'un an, délai supprimé en 1993.

En effet, seul le portage effectif des actions par le bénéficiaire pendant une certaine durée après la levée des options peut justifier, en pure logique fiscale, le traitement fiscal du gain ainsi réalisé comme une plus-value sur valeur mobilière ordinaire.

L'investissement personnel concret et le risque afférent de moins-value ultérieure justifie alors que ce gain soit considéré comme une plus-value sur valeurs mobilières, soumise à l'impôt sur le revenu à un taux proportionnel et exonérée de cotisations sociales, et non pas comme une rémunération. Or, la suppression du délai de portage permet aujourd'hui de revendre les actions le jour même où l'option est levée, sans aucune sortie effective de trésorerie, ni risque réel en capital pour le bénéficiaire.

Le délai de portage, qui était initialement de cinq ans, a été réduit à un an en 1984, avant d'être totalement supprimé en 1993.

Or, l'assouplissement accordé en 1993 a vraisemblablement beaucoup contribué à ce que les gains sur options de souscription ou d'achat d'actions aient été depuis traités fiscalement et socialement comme une quasi-rémunération.

Techniquement, le dispositif proposé par votre commission complète l'article 200 A du code général des impôts afin de réserver le taux d'imposition aggravé de 30 % instauré par la loi de finances pour 1996 au cas où les titres sont cédés moins d'un an après la levée de l'option.

A contrario, on revient au taux d'imposition des plus-values de droit commun, soit 16 %, lorsqu'un délai de portage d'un an est respecté entre la levée de l'option et la cession des titres.

Ainsi, les bénéficiaires d'options resteront libres de s'affranchir du délai de portage d'un an. Simplement, ils seront alors soumis à un taux de prélèvement supérieur de 14 points au taux d'imposition de droit commun. Cet écart de taux peut être considéré comme le prix du risque financier qu'ils refusent, ou ne peuvent, assumer.

C. RÉTABLISSEMENT DE L'EXONÉRATION DE COTISATIONS SOCIALES DES PLUS-VALUES SUR OPTIONS DE SOUSCRIPTION OU D'ACHAT D' ACTIONS

Votre commission des finances, qui n'a pas eu à connaître de l'article 11 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997, estime nécessaire de revenir à une situation d'exonération totale de cotisations sociales pour les gains sur options de souscription ou d'achat d'actions.

Sa position est motivée par des considérations de principe, par des considérations pratiques, et par des considérations de stabilité juridique.

Sur le plan des principes, un gain sur options de souscription ou d'achat d'actions est une plus-value sur valeurs mobilières, et doit être fiscalement traité comme tel. Cette qualification fiscale est renforcée par le délai de portage d'un an que la commission des finances vous demande de rétablir par ailleurs.

D'autre part, on conçoit mal pourquoi le plan sur options serait le seul instrument de participation et d'intéressement soumis à cotisations sociales. En revanche, la CSG et la CRDS sont normalement dues, comme pour les autres formes de participation.

Sur le plan pratique, le paiement des cotisations sociales est très délicat à gérer pour la société qui attribue les options. En effet, celle-ci choisit le moment où elle attribue l'option, mais elle ne décide ni du moment où le bénéficiaire lève l'option en achetant les titres, ni du moment où celui-ci revend les titres. Il lui est même difficile d'en être simplement informée. Les URSSAF et les services du Trésor ont dû mettre en place un circuit *ad hoc* de recoupement des informations, avec un retour vers l'entreprise concernée.

La société qui a attribué les options peut ainsi se retrouver redevable de la part patronale des cotisations sociales plusieurs années après avoir attribué les options. Ce risque inhérent au simple fait de mettre en place un plan d'options sur actions doit être obligatoirement provisionné, cette provision n'étant pas fiscalement déductible.

Pour l'ensemble des raisons développées ci-dessus, votre commission vous propose de rétablir complètement l'exonération de cotisations sociales dont bénéficiaient les plans d'options sur actions antérieurement au 1er janvier 1997. **Cette mesure s'applique à toutes les sociétés, sans distinction selon leur âge, et à toutes les options déjà attribuées.**

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

ARTICLE 70 quater (nouveau)

Mesures en faveur des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise

Commentaire : le présent article vise d'une part à étendre le régime des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise (BSPCE) à l'ensemble des jeunes entreprises de croissance, quelle que soit la nature de leur activité et, d'autre part, à pérenniser ce régime.

I. LE RÉGIME ACTUEL DES BONS DE SOUSCRIPTION DE PARTS DE CRÉATEURS D'ENTREPRISES

A. DES AVANCÉES SUCCESSIVES

Plus ou moins inspirés des « stock-options » (plans d'options de souscription ou d'achat d'actions d'une entreprise par ses propres dirigeants ou salariés), mais bénéficiant d'un régime fiscal nettement plus avantageux, les bons de souscription de parts de créateurs d'entreprises (BSPCE) permettent à la fois d'attirer vers les jeunes sociétés à fort potentiel de croissance les talents dont elles ont besoin et de leur procurer des fonds propres. Pour les personnels concernés, qui croient au projet fondateur de leur société, l'espérance d'une forte plus-value constitue un instrument à la fois de motivation, de fidélisation et de compensation d'une moindre rémunération immédiate.

La récompense ainsi obtenue, dans le meilleur des cas, est aussi la contrepartie d'un risque réel car le succès n'est pas toujours au bout du chemin.

Les BSPCE, que l'on peut désigner par l'appellation résumée de « bons de création » ou de « bons de créateurs d'entreprises » ont été institués par l'article 76 de la loi de finances pour 1998.

Ce mécanisme a été réservé à des sociétés :

- non cotées, créées depuis sept ans, passibles de l'impôt sur les sociétés,

- entièrement nouvelles, c'est-à-dire non issues de concentrations, de restructurations, d'extensions ou de reprises d'activités préexistantes,

- détenues, directement ou indirectement, pour 75 % au moins par des personnes physiques (sans tenir compte des participations d'organismes de capital risque).

Ainsi, les sociétés autorisées à émettre ces bons fiscalement avantageux devaient être de vraies PME, entièrement nouvelles et indépendantes. En revanche, faute de pouvoir définir juridiquement cette notion, il n'était pas exigé qu'elles soient innovantes, bien que le mécanisme considéré soit particulièrement bien adapté aux entreprises de ce type.

Les bénéficiaires des BSPCE étaient et demeurent les salariés de la société ainsi que ses mandataires sociaux soumis au régime fiscal des salariés.

Comme pour les reports d'imposition de plus-values, l'article 5 de la loi de finances pour 1999 a étendu le régime de ces bons aux sociétés de moins, non plus de sept, mais de quinze ans.

Le même texte a, par ailleurs, autorisé leur émission par des sociétés issues d'essaimage, bien qu'elles résultent de l'extension, par ailleurs interdite, d'activités préexistantes.

Par la suite, la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche a encore substantiellement élargi le champ d'application du dispositif.

Celui-ci s'applique, en effet, désormais :

- aux sociétés cotées sur les marchés de valeur de croissance en France (nouveau marché) et au sein de l'espace économique européen ;

- à celles détenues par des personnes physiques à hauteur non plus de 75 % mais de 25 % (pour tenir compte de la dilution inévitable de la part de capital détenu par les fondateurs d'une société en croissance rapide ainsi que de l'insuffisance de fonds propres de chercheurs qui créent leurs entreprises).

La loi précitée a enfin prorogé le régime des BSPCE jusqu'au 31 décembre 2001, alors qu'il devait être expérimenté, initialement, pendant une période de deux ans, seulement, allant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 1999.

B. UN RÉGIME FISCAL AVANTAGEUX

Le régime d'imposition des BSPCE (ou BCE) est précisé par une instruction du 16 juillet 1998 du service de la législation fiscale de la Direction Générale des Impôts.

Ils sont émis dans les conditions prévues par l'article 339-5 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, relatif aux bons de souscription dits « autonomes »¹.

Réservés aux membres du personnel salarié de la société ainsi qu'à ses dirigeants soumis au régime fiscal des salariés (à l'exclusion donc des administrateurs, membres du conseil de surveillance, mandataires, etc... qui ne sont pas dans ce cas), ces bons confèrent à leurs bénéficiaires le droit de souscrire des titres (actions ou certificats d'investissement) représentant une quote-part du capital de la société émettrice, à un prix fixé de manière intangible à la date de leur attribution.

Attribués « *intuitu personae* » et donc rigoureusement incessibles, les BSPCE sont soumis aux dispositions qui régissent les valeurs mobilières (autorisation par les actionnaires réunis en assemblée générale extraordinaire etc...).

Les titres sont émis au fur et à mesure de l'exercice des bons, c'est à dire lorsque les bénéficiaires font une demande de souscription accompagnée du versement du prix correspondant. Le prix d'acquisition est fixé au jour de l'attribution par l'assemblée générale des actionnaires. Les bons doivent être exercés par leurs titulaires dans les cinq ans qui suivent.

Le gain net réalisé lors de la cession des titres souscrits en exercice des BCE est imposé selon le taux de droit commun, particulièrement avantageux, du régime des plus-values de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux, qui est de 16 %, (26 % compte tenu des prélèvements sociaux additionnels²), lorsque le bénéficiaire, à la date de la cession, est, ou a été, pendant au moins trois ans, salarié de la société émettrice.

Si cette dernière condition d'ancienneté n'est pas respectée, la plus value est taxable à un taux majoré de 30 % (soit 40 % en incluant les prélèvements sociaux).

¹ Contrairement à d'autres, ces bons de souscription sont émis indépendamment de l'émission de toute autre valeur mobilière.

² CSG (contribution sociale généralisée) : 7,5 % ;
CRDS (contribution pour le remboursement de la dette sociale) : 0,5 % ;
Prélèvement social sur les revenus du patrimoine : 2 %.

Ces modalités d'imposition paraissent particulièrement attrayantes, eu égard au niveau très élevé du taux marginal de l'impôt sur le revenu en France (54 %) et en comparaison du régime des stock-options, du fait, principalement de l'absence de cumul entre plus-value d'acquisition (plus sévèrement taxée) et plus-value de cession.

Le régime fiscal des BCE est également beaucoup plus simple (notamment du fait qu'il n'a pas eu encore à subir de modifications) et nettement plus souple (mis à part le respect d'une condition d'ancienneté dans l'entreprise, aucun délai de conservation des titres n'est exigé).

Du point de vue de la dépense fiscale, il est vrai que les inconvénients des BCE sont bien moindres : soit la nouvelle société échouera et la perte de recettes sera minime, soit elle réussira et les pouvoirs publics bénéficieront de ressources supplémentaires d'autant plus abondantes que sa croissance sera soutenue. Or, ce sont les entreprises présentant le meilleur potentiel à cet égard qui sont visées par le dispositif des BCE.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION

Le présent article propose d'étendre la possibilité d'émettre des BCE à des entreprises qui n'y étaient auparavant pas autorisées, à raison de la nature de leurs activités.

En effet, les avantages fiscaux dont bénéficient les entreprises nouvelles ainsi que les subventions qui leur sont octroyées, sont généralement réservés à celles qui exercent à titre exclusif une activité industrielle, commerciale ou artisanale, à l'exception notable des activités financières et immobilières.

Ces activités paraissent ainsi jugées plus créatrices d'emplois et sont estimées nécessiter des investissements plus importants.

L'aide publique est donc destinée en priorité à assurer la pérennité d'entreprises nouvelles censées être plus particulièrement fragilisées durant leurs premières années d'exploitation par le volume de leurs investissements et leurs charges de personnels.

L'article 44 *sexies* du code général des impôts dispose ainsi (dans la partie relative aux bénéficiaires des professions non commerciales) que les dispositions particulières à certaines entreprises nouvelles « *ne s'appliquent*

pas aux entreprises qui exercent une activité bancaire, financière, d'assurances, de gestion ou de location d'immeubles ni aux entreprises exerçant une activité de pêche maritime créées à compter du 1er janvier 1997 ».

Or, jusqu'à présent, les sociétés nouvelles susceptibles d'émettre des BCE (comme celles pouvant bénéficier de ré-emplois de plus-values de cession) doivent, elles aussi, selon l'article 163 *bis* G, exercer une activité autre que celles exclues du bénéfice des exonérations d'impôts sur le revenu et les sociétés accordées par l'article 44 *sexies* susvisé.

Le 1^o du paragraphe I du présent article propose de supprimer cette restriction et modifie, en ce sens, la rédaction de l'article 163 *bis* G.

Il tend ainsi à autoriser les sociétés bancaires, financières, immobilières, d'assurance ou de pêche maritime à émettre des BCE.

Il est indéniable que dans la nouvelle économie, ces activités (hormis le cas un peu particulier de la pêche maritime) peuvent présenter, elles aussi, un fort potentiel de croissance et de créations d'emplois, du fait de l'apparition de nouveaux services aux entreprises et aux particuliers (comme le courtage électronique), liée à l'essor des nouvelles technologies d'information et de communication.

Les entreprises concernées doivent financer des investissements immatériels et des dépenses d'équipement importantes pour se moderniser et se mettre en réseau. Il serait paradoxal d'aider, d'un côté, en amont, le développement de ces technologies nouvelles et d'ignorer, en aval, les applications qui en sont faites et en constituent l'un des principaux débouchés.

Au demeurant, l'exclusion de certaines activités ne se justifie aucunement si le but essentiel de la mesure est d'encourager l'esprit d'entreprise et la prise de risques : on ne voit pas les raisons pour lesquelles les domaines financier et immobilier devraient faire l'objet d'un tel ostracisme.

B. LA PÉRENNISATION DES BONS

Le dispositif incitatif de bons de souscription de parts de créateur d'entreprise semblait présenter, à l'origine, un caractère expérimental, puisque la loi de finances pour 1998 l'avait instauré pour une durée allant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 1999.

Or, l'expérience des stock options montre qu'il faut un certain temps pour que ce type de mécanisme se diffuse dans les entreprises, même si les

sociétés sont sans doute aujourd'hui plus réactives que dans les années soixante-dix, notamment celles plus particulièrement visées par les BCE.

La loi précitée du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche a donc prorogé jusqu'au 31 décembre 2001 la date d'expiration du régime provisoire des BCE.

Le 2° du paragraphe I du présent article propose de pérenniser ces bons et de supprimer, à cet effet, le V de l'article 163 *bis* G du code général des impôts qui les soumet, actuellement, à l'échéance du 31 décembre 2001.

Le paragraphe II du présent article précise que l'extension du champ d'application des BCE à des entreprises qui n'y étaient pour l'instant pas autorisées s'applique à compter du 27 avril 2000, date de présentation de cette disposition à l'Assemblée nationale.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission tient à rappeler que cette disposition avait déjà été proposée par le gouvernement lors de la discussion de la loi de finances pour 2000. Toutefois, l'Assemblée nationale avait rejeté cette mesure. Le Sénat l'avait rétablie mais l'Assemblée nationale l'avait de nouveau rejetée.

Votre commission se félicite donc de ce que l'Assemblée nationale ait modifié son attitude et ainsi rejoint l'attitude de sagesse du Sénat en adoptant ces dispositions intéressantes et utiles.

Elle tient cependant à proposer un amendement qu'elle avait déjà défendu lors de la discussion du projet de loi sur l'innovation et la recherche.

A l'heure actuelle, le seuil minimal de détention par des personnes physiques est de 25 %. Votre commission vous propose que cette condition soit appréciée à la date d'attribution des bons et non plus de manière continue.

Cette consolidation de la condition de participation des personnes physiques est indispensable à la bonne gestion des BSPCE. Actuellement, si une société tombe en-dessous du seuil de 25 %, les bons déjà attribués deviennent « illégaux ». Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur la portée juridique exacte de la rupture d'une condition ainsi appréciée de manière continue. La seule certitude est que les bons déjà attribués ne pourront plus être exercés par leurs bénéficiaires, même si ceux-ci n'ont par ailleurs aucune maîtrise de l'évolution du tour de table de leur entreprise.

La règle actuelle ignore manifestement les étapes classiques de l'évolution d'une entreprise de création récente et en croissance rapide, qui ne peut soutenir son développement qu'en ouvrant son capital. Cette ouverture du capital se traduit dans l'immense majorité des cas par une dilution de la participation des personnes physiques qui ont été à l'origine de la création de l'entreprise.

En réalité, l'appréciation de la condition en continu a pour objectif de prévenir certains montages dans lesquels les dirigeants de la société feraient transitoirement passer le pourcentage de participation des personnes physiques au-delà du seuil requis, à seule fin de pouvoir distribuer des BSPCE, avant de revenir à un contrôle de fait par une personne morale.

Votre rapporteur estime difficile d'évaluer la réalité du risque de tels montages. En tout état de cause, il considère qu'ils tomberaient sous le coup des procédures de droit commun prévues pour sanctionner fiscalement les abus de droit.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 70 QUATER

Extension des modifications de la présente loi à la Nouvelle-Calédonie, aux territoires d'outre-mer et à Mayotte

Commentaire : le présent article additionnel vise à étendre les modifications de la présente loi à la Nouvelle-Calédonie, aux territoires d'outre-mer et à Mayotte.

Le gouvernement avait déclaré l'urgence sur le présent projet de loi. En conséquence, après son examen par l'Assemblée nationale en avril dernier, ce texte aurait dû venir en discussion devant le Sénat à compter du 23 mai.

Toutefois, à la veille du passage dudit texte en commission des finances, le gouvernement a décidé de suspendre son examen jusqu'au mois d'octobre.

Or, entre-temps, la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a été codifiée dans le livre II du code de commerce publié le 21 septembre 2000 au Journal officiel.

Certes, le code de commerce, dans sa partie relative aux dispositions consacrées à l'outre-mer, procède à une actualisation du droit applicable en Nouvelle-Calédonie et dans les territoires d'outre-mer ainsi qu'à Mayotte en matière de régime juridique des sociétés commerciales.

Toutefois, il ne tient pas compte des dispositions nouvelles que le législateur instaurera suite à l'examen du présent projet de loi. Il existera donc de nouveau un décalage entre les mesures applicables en métropole et celles applicables en outre-mer.

Pour remédier à cet inconvénient, le présent article additionnel propose d'étendre à l'outre-mer l'ensemble des dispositions qui seront introduites par le présent projet de loi.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 70 QUATER

Relèvement des plafonds de déductibilité fiscale des jetons de présence

Commentaire : le présent article additionnel vise à relever les plafonds de déductibilité fiscale des jetons de présence versés aux membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT

L'article 210 *sexies* du code général des impôts définit les modalités de déductibilité des jetons de présence alloués au titre d'un exercice aux membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés anonymes.

Il précise ainsi que lesdits jetons sont déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dans la limite de 5 % du produit obtenu en multipliant la moyenne des rémunérations déductibles attribuées au cours de cet exercice aux salariés les mieux rémunérés de l'entreprise par le nombre des membres composant le conseil.

Si l'entreprise a plus de 200 salariés, il s'agit des dix personnes dont les rémunérations directes ou indirectes ont été les plus importantes au cours de l'exercice.

Si l'entreprise a moins de 200 salariés, il est tenu compte des cinq personnes les mieux rémunérées.

Si l'entreprise emploie moins de cinq personnes, les jetons de présence sont déductibles dans la limite de 3.000 francs par membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le respect des principes du gouvernement d'entreprise implique la présence, au sein des conseils d'administration et des conseils de surveillance, de mandataires sociaux qualifiés et engagés dans la mission qu'il leur

incombe. Les rémunérations qu'ils reçoivent doivent donc être adaptées à cet enjeu. Or, les entreprises peuvent être freinées dans leur politique de rémunération en raison de la faiblesse des plafonds de déductibilité fiscale des jetons de présence versés aux membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

C'est la raison pour laquelle votre commission vous propose le présent article additionnel qui relève lesdits plafonds.

Désormais, pour les entreprises de plus de cinq salariés, les jetons de présence seront déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dans la limite de 10 %.

Par ailleurs, si l'entreprise emploie moins de cinq salariés, les jetons de présences seront déductibles dans la limite de 10.000 francs par membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 70 QUATER

Renforcement du contrôle de l'Etat sur les entreprises de réassurance

Commentaire : le présent article additionnel vise à renforcer le contrôle de l'Etat sur les entreprises de réassurance ayant leur siège social en France. D'abord, il crée une autorisation de pratiquer la réassurance délivrée par le ministre chargé de l'économie et des finances sous certaines conditions. Cette autorisation peut également être retirée. Ensuite, il développe les pouvoirs de contrôle et de sanction de la commission de contrôle des assurances vis-à-vis des entreprises de réassurance. Enfin, il transpose au cas des entreprises de réassurance une partie des procédures de redressement et de sauvegarde dont la commission de contrôle des assurance dispose à l'égard des sociétés d'assurance.

I. LE DISPOSITIF EXISTANT : UN CONTRÔLE INSUFFISANT

L'article L. 310-1-1 du code des assurances précise que les entreprises pratiquant la réassurance et dont le siège social est en France sont soumises au contrôle de l'Etat.

Toutefois, il s'avère beaucoup moins contraignant que le contrôle exercé sur l'activité des entreprises d'assurance.

D'abord, les entreprises de réassurance n'ont pas à demander un agrément pour exercer leurs activités. Elles se contentent, conformément à l'article R. 310-7 du code des assurances, de notifier à la commission de contrôle des assurances leur constitution et de lui adresser le dossier correspondant.

En outre, les sanctions que peut prendre la commission de contrôle des assurances à l'égard des entreprises de réassurance qui enfreindraient une disposition législative ou réglementaire qui leur est applicable sont trop limitées. L'article L. 310-18-1 ne prévoit que deux types de sanctions :

- les sanctions morales (la mise en garde ; l'injonction à l'effet de prendre, dans un délai déterminé, toutes mesures destinées à se mettre en conformité avec les règles applicables ; l'avertissement ; le blâme) ;

- les sanctions pécuniaires.

Ces pouvoirs de sanction paraissent insuffisants au regard de ceux que peut exercer la commission de contrôle des assurances vis-à-vis des entreprises d'assurance et qui comprennent notamment la suspension d'un ou plusieurs dirigeants ou encore le retrait partiel ou total d'agrément.

Or, l'inadaptation du contrôle exercé actuellement sur les entreprises de réassurance ne permet pas de conforter leur position dans la concurrence internationale.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article additionnel vise à renforcer le contrôle de l'Etat sur les entreprises de réassurance tout en tenant compte des spécificités de leur activité. En effet, en raison de la nature spécifique de leurs métiers et de leurs risques et en l'état actuel des moyens de contrôle de la commission de contrôle des assurances, le dispositif de contrôle applicable aux entreprises d'assurance ne peut pas être complètement transposé aux entreprises de réassurance. C'est pourquoi la commission de contrôle des assurances ne peut leur octroyer un agrément identique à celui délivré aux entreprises d'assurance.

Toutefois, le dispositif imaginé par votre commission s'inspire largement des dispositions relatives aux entreprises d'assurance.

Le premier paragraphe du présent article additionnel étend les dispositions de l'article L. 310-7 du code des assurances applicables jusqu'à présent aux entreprises d'assurance aux entreprises de réassurance. Cet article précise que ces premières doivent respecter certains critères de solvabilité, présenter des garanties et constituer des réserves et provisions techniques pour pouvoir se constituer.

Le deuxième paragraphe étend les pouvoirs de la commission de contrôle des assurances en matière de droit de suite vis-à-vis des filiales des entreprises de réassurance et, en cas de difficulté de ces entreprises, aux personnes morales qui les contrôlent.

Le troisième paragraphe réécrit l'article L. 310-18-1 du code des assurances afin de distinguer le dispositif de sanctions des sociétés de participations d'assurance d'une part et des entreprises de réassurance d'autre part. Désormais, seul ce premier type de sociétés sera soumis à des sanctions seulement morales ou financières.

Le quatrième paragraphe crée un dispositif de sanctions exercées par la commission de contrôle vis-à-vis des entreprises de réassurance si ces

dernières ne respectent pas les règles législatives et réglementaires qui leur sont applicables. Désormais, outre les sanctions morales et financières déjà existantes, la commission de contrôle des assurances pourra prononcer :

- l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité ;
- la suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ;
- le retrait de l'autorisation de pratiquer la réassurance.

Le cinquième paragraphe soumet l'exercice par les entreprises de réassurance de leurs activités à l'octroi préalable d'une autorisation de pratiquer la réassurance. En outre, il est prévu que les entreprises de réassurance déjà constituées seront également soumises à cette obligation. En effet, actuellement, une entreprise de réassurance est confrontée à une situation financière telle que sa solvabilité est compromise. Lui accorder automatiquement l'autorisation d'exercer la réassurance sous prétexte qu'elle a déjà notifié son existence auprès de la commission de contrôle des assurances présenterait deux inconvénients majeurs : d'une part faire perdurer une situation à laquelle au contraire il faut mettre un terme au plus vite et, d'autre part, engager la responsabilité de l'Etat qui accorderait l'autorisation de pratiquer à une entreprise de réassurance qui ne remplit en réalité plus les critères de solvabilité requis.

Le sixième paragraphe énumère les éléments que doit prendre en compte le ministre pour accorder ou refuser l'autorisation de pratiquer la réassurance. Certains sont identiques à ceux retenus pour octroyer l'agrément aux entreprises d'assurance. C'est le cas de la répartition du capital et la qualité des actionnaires ainsi que de l'honorabilité et de la qualification des personnes chargées de conduire l'entreprise.

En revanche, le caractère international de la réassurance, la multiplicité des risques et la diversité des formules de réassurance ne permettent pas à la commission de contrôle des assurances par elle-même de vérifier si les moyens techniques et financiers mis en œuvre par les entreprises de réassurance sont adaptés au programme d'activité. Le quatrième alinéa de ce paragraphe prévoit donc qu'il reviendra auxdites entreprises de démontrer que leurs moyens techniques et financiers sont suffisants pour garantir leur solvabilité compte tenu de leur programme d'activité.

Le septième paragraphe autorise la commission de contrôle des assurances, lorsque la situation financière d'une entreprise de réassurance est compromise ou susceptible de l'être, de mettre cette dernière sous surveillance spéciale. Elle peut également restreindre ou interdire la libre disposition de

tout ou partie des actifs de l'entreprise ou désigner un administrateur provisoire à qui sont transférés les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la direction de l'entreprise.

Enfin, le huitième paragraphe autorise le ministre à retirer l'autorisation de pratiquer la réassurance.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

TITRE II :

DISPOSITIONS RELATIVES AU SECTEUR PUBLIC

ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 71 A

Offres publiques d'échange menées par les entreprises dont le capital est détenu à plus de 20 % par l'Etat

Commentaire : le présent article additionnel propose les modifications législatives nécessaires à la conduite par des entreprises dont le capital est détenu en partie par l'Etat d'offres publiques d'échange.

Plusieurs dispositions législatives actuelles ne permettent pas aux entreprises dont le capital est détenu à plus de 20 % par l'Etat d'initier des offres publiques d'échange dans le cadre de leurs stratégies de développement et de partenariat avec d'autres entreprises privées.

Sauf à mettre ces entreprises en position concurrentielle particulièrement difficile à brève échéance, il paraît indispensable de leur conférer, par le vote de cet article additionnel, la possibilité de lutter à armes égales avec leurs concurrentes. Toutefois, un tel dispositif doit garantir le patrimoine public que représentent ces entreprises. C'est l'objet du présent article additionnel que vous propose votre commission. Il s'inscrit dans le cadre de la loi de 1986 sur les privatisations¹ et maintient le la commission des participations et des transferts dans son rôle de garant du patrimoine public.

Une offre publique d'échange consiste en la remise de titres de l'entreprise auteur de l'offre aux actionnaires de l'entreprise cible (en échange des titres de cette dernière qu'ils détiennent). Or, cette remise de titres s'analyse comme un transfert de participations publiques à des acteurs économiques privés, transfert régi par la **loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations.**

¹ Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

L'offre publique d'achat n'y est pas interdite mais son application soulève plusieurs difficultés :

1- la commission des participations et des transferts est chargée de déterminer la valeur des entreprises faisant l'objet de l'opération et, en cas de remise d'actifs en paiement des titres cédés, l'évaluation porte sur la parité ou le rapport d'échange ; un échange de titres n'entre pas dans ces catégories puisqu'il concerne aussi bien les « passifs » que les « actifs » des entreprises concernées ;

2- aucune procédure de la commission ne prend en compte la spécificité d'une offre publique d'échange dans laquelle le choix de la société cible ne relève pas de la commission mais de l'entreprise initiatrice qui le présente à la commission ;

3- aucune procédure de la commission n'est actuellement prévue s'agissant des surenchères et offres concurrentes.

C'est pourquoi il est proposé dans cet article additionnel, afin de garantir une procédure juste et efficace, **d'aligner la procédure de la commission, s'agissant des offres publiques d'échange, sur celle du Conseil des marchés financiers.**

Ainsi, la commission serait saisie par l'entreprise initiatrice d'un projet d'offre publique d'échange accompagné d'un dossier explicatif. Elle aurait **compétence pour approuver ou refuser, dans un avis préalable à la procédure d'offre publique d'échange, l'opération dans son ensemble** : choix de la société cible, parité d'échange, procédure de marché utilisée. Cet avis n'aurait pas à être conforme et devrait être rendu dans un délai de dix jours de bourse (cinq en cas de surenchère).

Toutefois, conformément à la loi de 1986, la parité d'échange et les conditions de l'opération seraient ensuite **arrêtées par le ministre chargé de l'économie**, dans les huit jours suivant la décision de la commission.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter cet article additionnel.

ARTICLE 71 A (nouveau)

Représentation des usagers au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises assurant une mission de service public

Commentaire : le présent article, introduit par amendement à l'Assemblée nationale, prévoit d'imposer dans les conseils d'administration ou de surveillance des entreprises assurant une mission de service public la désignation d'au moins un représentant des consommateurs ou des usagers au titre des personnalités qualifiées.

L'article 5 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public prévoit les règles de composition des conseils d'administration ou de surveillance des entreprises et établissements publics. Ceux-ci, selon la règle générale, doivent être composés de trois catégories de personnes :

1- les représentants de l'Etat et le cas échéant des représentants des autres actionnaires ;

2- les personnalités qualifiées ;

3- les représentants des salariés.

Cet article de la loi de 1983 prévoit explicitement la possibilité pour l'Etat de nommer au titre des personnalités qualifiées des « *représentants des consommateurs ou des usagers* » et l'Etat utilise la faculté qui lui est ouverte. Ainsi, les conseils de surveillance d'Electricité de France et de Gaz de France comptent en leur sein de tels représentants.

Le présent article transforme la possibilité ouverte à l'Etat en obligation dans les entreprises publiques chargées d'une mission de service public : dans ces entreprises, au moins une des personnalités qualifiées devra être choisie parmi les représentants des consommateurs ou des usagers.

Votre commission comprend les objectifs poursuivis par ce dispositif acceptable dans son principe. Il permet en effet de garantir une représentation des usagers et des consommateurs. Néanmoins, elle souhaite attirer l'attention sur un certain nombre de **difficultés d'application** et **émettre des réserves**.

Il convient tout d'abord de mettre en évidence que cet amendement semble procéder d'une certaine confusion des genres. Le rôle du conseil d'administration appartient au domaine de la gestion de l'entreprise. Les organisations de consommateurs et d'usagers ont, quant à elles, un rôle de représentation des intérêts de ces catégories de personnes. Il est bien naturel que l'entreprise et celles-ci dialoguent. Il va de soi que ce dialogue ne saurait se tenir dans le cadre du conseil d'administration.

De plus, **le champ d'application de cette nouvelle obligation est très flou** : les entreprises publiques concernées par l'article 5 de la loi de 1983 ne forment pas un ensemble clairement délimité, en particulier du fait que, sans même avoir à mentionner le fait que la notion de service public ne constitue pas un critère d'application claire et certaine, le texte de l'article 5 visé dans le présent article est en partie obsolète.

Ensuite, votre commission estime que la notion de « *représentant des consommateurs ou des usagers* » est très large et **que la désignation d'un tel représentant pourra entraîner des difficultés d'appréciation et de choix**. A titre d'exemple, dans un établissement public tel qu'Aéroports de Paris, de nombreuses catégories d'usagers coexistent : les compagnies aériennes, les voyageurs, les commerçants installés dans l'aéroport... La désignation d'un représentant des usagers ou consommateurs risque ainsi d'apparaître souvent arbitraire et par conséquent critiquable.

Enfin, il convient de souligner les obligations, devoirs et responsabilités qui incombent aux représentants des consommateurs et usagers en tant que membres des conseils d'administration ou de surveillance, en particulier en matière de **responsabilité civile et pénale**.

Sous ce dernier angle, il faut s'interroger sur les conditions d'accompagnement -en termes de formation notamment- d'une mesure qui, sans doute, résulte d'une très bonne intention, mais est susceptible, mal appliquée, de se retourner contre ses bénéficiaires.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 71

Elargissement de la représentation de l'Etat aux entreprises privées dont il est indirectement actionnaire

Commentaire : le présent article ouvre la possibilité pour l'Etat d'être représenté au sein de l'organe délibérant d'une entreprise privée dans laquelle l'Etat détient, indirectement, 10 % du capital.

Le présent article **ouvre une faculté nouvelle pour l'Etat : celle d'être représenté** au sein du conseil d'administration ou de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu, d'une **entreprise privée, dans laquelle l'Etat, indirectement**, et un ou plusieurs **établissements publics de l'Etat**, directement ou indirectement, détiennent ensemble ou séparément, **au moins 10 % du capital**.

Les représentants de l'Etat pourront être :

- soit **des agents publics de l'Etat**,
- soit **des dirigeants d'entreprises ou établissements publics¹**.

Ces représentants seront désignés par l'organe compétent de l'entreprise, **sur proposition des ministres** dont ils dépendent s'ils sont agents publics de l'Etat ou des ministres de tutelle de l'entreprise ou de l'établissement public dont ils sont dirigeants.

Le texte prévoit en outre que la rémunération perçue pour l'exercice de ce mandat de représentation de l'Etat (les jetons de présence) sera versée au budget général de l'Etat.

Ce texte est essentiellement un **texte de circonstance**, destiné à permettre la représentation de l'Etat dans EADS dont il est appelé à détenir indirectement une fraction du capital inférieure à 50 %.

Votre commission n'est pas défavorable à ce dispositif souple qui ne prévoit qu'une possibilité pour l'Etat de se faire représenter.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

¹ *Le texte vise les « présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints des établissements publics de l'Etat et des sociétés, groupements ou personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dans lesquels plus de la moitié du capital est détenue, directement ou indirectement, ensemble ou séparément, par l'Etat et les établissements publics de l'Etat ».*

ARTICLE 72

Instauration des contrats d'entreprise entre l'Etat et les entreprises du secteur public

Commentaire : le présent article ouvre la possibilité à l'Etat de conclure, avec les entreprises du secteur public placées sous sa tutelle ou celles dont il est actionnaire et qui sont chargées d'une mission de service public, des contrats d'entreprise pluriannuels.

I. LE DISPOSITIF DE L'ARTICLE

Le dispositif de cet article, consiste d'abord, dans son I, à ouvrir à l'Etat la faculté de conclure des contrats pluriannuels, dits d'entreprise, avec les entreprises du secteur public dont il assure la tutelle ou dont il est actionnaire et qui sont chargées d'une mission de service public.

Les cocontractants potentiels de l'Etat sont donc les entreprises du secteur public dotées ou non d'un capital social dès lors qu'elles sont chargées d'une mission de service public.

L'objet du contrat d'entreprise consiste à déterminer :

- les objectifs de la mission de service public ;
- les moyens nécessaires à leur réalisation ;
- et les relations financières entre l'Etat et l'entreprise.

Le II de l'article prévoit quels sont, du côté de l'Etat, les négociateurs des contrats d'entreprise : il s'agit des ministres chargés de l'économie et du budget et des autres ministres, chargés d'exercer la tutelle de l'Etat.

Le même II prévoit encore que les contrats d'entreprise ne peuvent faire l'objet d'une résiliation unilatérale par l'une des parties avant leur date normale d'expiration que dans les formes et conditions stipulées par le contrat.

Il dispose enfin que les clauses des contrats d'entreprise sont réputées contractuelles.

Le III de l'article précise enfin que dans les textes législatifs en vigueur qui se réfèrent aux contrats de plan conclus en application de la loi

n° 82-653 du 29 juillet 1982 est ajoutée la référence aux contrats d'entreprise instaurés par le présent article.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

A. UN DISPOSITIF LIMITÉ DANS SON OBJET

La question des relations entre l'Etat et les entreprises publiques et, en particulier, la capacité de l'Etat à gérer lesdites entreprises a fait l'objet d'une abondante littérature à laquelle la commission des finances du Sénat a apporté toute sa contribution¹.

On se souvient encore qu'à la suite du rapport Nora de 1968, un mouvement de contractualisation des relations entre l'Etat et les entreprises publiques avait été entamé, les quelques « contrats de programme » conclus à sa suite ayant finalement fait « long feu ».

Un sort analogue devait toucher les contrats de plan conclu entre l'Etat et les entreprises publiques.

Il est vrai que ces documents contractuels étaient handicapés par leur vaste ambition qui consistait à décrire le devenir d'ensemble des entreprises concernées et par les ambiguïtés juridiques, mais aussi pratiques, desdits contrats.

Le présent dispositif a un objectif plus mesuré. Il s'agit de prévoir dans les contrats d'entreprise les seules données relatives au service public. La gestion des autres aspects de l'entreprise n'entre donc pas dans le champ du contrat.

¹ Sur cette question, on se reportera utilement en particulier au rapport « Les ambiguïtés de l'Etat actionnaire » de MM. Jean Arthuis, Claude Belot et Philippe Marini - Sénat, commission des finances - n° 591 (1993-1994).

B. UN DISPOSITIF INSATISFAISANT SOUS PLUSIEURS ANGLES

1. Une volonté d'affichage, à la source de nombreuses incongruités juridiques

Dans sa conversion à la contractualisation de l'action de l'Etat, le gouvernement semble en venir à mésestimer un certain nombre de principes juridiques.

a) Domaine de la loi, domaine du règlement

Il est d'abord manifeste que la capacité donnée à l'Etat de conclure des contrats avec les organismes mentionnés dans l'article ne mériterait de figurer dans la loi que pour autant que ledit article contienne des dispositions précisant avec un certain détail le régime juridique de ces contrats.

Or tel n'est pas le cas compte tenu du caractère vague des dispositions définissant l'objet des contrats d'entreprise et de l'absence sauf sur un point (voir *infra*) de règles concernant leur portée.

L'on n'aperçoit pas davantage la pertinence de l'insertion dans l'article des dispositions par lesquelles est précisé le niveau de négociation des contrats d'entreprise au sein de l'exécutif, d'autant que les autorités administratives habilitées à **conclure** ces contrats ne sont pas désignées par l'article.

b) La question du régime de la résiliation des contrats d'entreprise

La seule disposition qui, dans l'article, concerne la portée des contrats d'entreprise -celle par laquelle le texte interdit toute résiliation du contrat par chacune des parties avant sa date normale d'expiration autrement qu'en application des formes et conditions qui y sont stipulées-, pose également quelques problèmes juridiques.

Il paraît d'abord superfétatoire d'étendre cette règle à l'entreprise publique : on n'identifie pas aisément dans quel cas le cocontractant de l'Etat pourrait mettre en œuvre un quelconque droit unilatéral de résiliation qui n'appartient qu'à l'Etat à raison de ses responsabilités dans l'organisation des services publics.

Un second problème juridique doit être relevé. Dès lors que notre ordre juridique donne à l'Etat la responsabilité générale d'organiser et de faire

fonctionner les services publics dont il a la charge, on peut s'interroger sur les fondements de la compétence du législateur lorsque celui-ci entreprend d'interdire à l'Etat de prendre une décision susceptible d'être rattachée à la compétence générale donnée à l'Etat en la matière. En effet, s'il est loisible à la loi, **intervenant dans les domaines qui sont les siens en application de l'article 34 de la Constitution, d'encadrer les services publics**, le législateur ordinaire ne peut, en l'état du droit, aller au-delà.

Il n'a en particulier pas compétence pour introduire une quelconque injonction de faire ou de ne pas faire à l'Etat.

Même si l'on peut probablement s'associer sur le fond à l'encadrement dans le régime des contrats administratifs du droit de résiliation unilatérale de l'Etat, celui-ci pose un problème de droit qui n'est pas négligeable.

2. Un dispositif opaque

La contractualisation des rapports entre l'Etat et les entreprises publiques peut, idéalement, déboucher sur deux effets vertueux. Le premier consiste en la construction d'un cadre de référence permettant aux tiers, qu'il s'agisse des usagers ou des organes de contrôle dont, au premier chef, le Parlement, de prendre la mesure de l'organisation, du fonctionnement et des coûts du service public concerné. Le second consiste dans la clarification des responsabilités entre l'Etat et le cocontractant chargé de la gestion d'un service public.

Or, ni le premier ni le second de ces effets ne sauraient être garantis par le présent article.

a) Une assertion tautologique, compréhensible au regard des intentions du gouvernement

Le gouvernement souhaitant afficher son modernisme en affirmant son goût pour la contractualisation, il ne va pas cependant jusqu'à vouloir en assumer toutes les responsabilités. C'est cette inquiétude qui explique la phrase par laquelle l'article énonce que les contrats d'entreprise « *sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles* ».

Cette assertion quelque peu déconcertante s'explique par les solutions contraires apportées par la jurisprudence administrative. Celle-ci considère en effet que certaines clauses figurant dans les contrats administratifs, en particulier dans les concessions de service public, ont un caractère réglementaire et non pas contractuel du fait de leur objet. Il s'agit,

généralement, des dispositions portant sur l'organisation et le fonctionnement des services publics. Cette qualification recèle plusieurs implications dont la suivante : les tiers, et en particulier, les usagers peuvent se prévaloir de ces clauses dans leurs rapports avec l'administration.

En prévoyant que l'ensemble des clauses des contrats d'entreprise ont un caractère contractuel, l'article souhaite ôter cette faculté aux usagers. Est-ce vraiment un progrès ?

b) L'absence de toute publicité donnée aux contrats d'entreprise

L'article ici commenté n'organise en rien la publicité des contrats d'entreprise qu'il instaure. Les contrôleurs extérieurs et le Parlement en particulier se voient ainsi privés de la garantie d'obtenir la connaissance de documents qui, pourtant, sont appelés à contenir des dispositions d'un particulier intérêt pour eux.

c) Un dispositif qui n'apporte pas de garantie particulière de clarification dans le domaine des responsabilités de l'Etat et de ses cocontractants

Qu'il s'agisse de l'objet des contrats d'entreprise tel qu'il est défini par l'article ou de la portée juridique de ces contrats, le texte ici examiné n'apporte aucune garantie particulière que lesdits contrats puissent être facteur de clarification dans les relations entre l'Etat et ses cocontractants chargés d'une mission de service public.

Dans le domaine de la gestion des services publics, l'Etat dispose du fait de notre droit public, de tant de prérogatives unilatérales que la contractualisation y apparaît soit impossible, soit illusoire.

On trouve une illustration de cette assertion dans le texte même de l'article. Celui-ci, on l'a vu, apparaît rigoureux pour l'Etat lorsqu'il conditionne la résiliation unilatérale par l'Etat des contrats d'entreprise aux stipulations expresses du contrat. Toutefois, cette rigueur ne passe pas le stade des apparences. En effet, pour l'Etat qui dispose de tous les moyens pour modifier les clauses contractuelles relatives au service public de son propre chef, la renonciation à la résiliation unilatérale- qui laisse d'ailleurs ouverte la voie de la résiliation juridictionnelle- n'est qu'une incommodité négligeable.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, et rien n'empêchant l'Etat d'aménager sur la base du droit existant ses relations avec les entreprises visées, votre commission vous propose la suppression de cet article.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 73

**Modifications apportées à la loi
relative à la démocratisation du secteur public**

Commentaire : le présent article apporte les modifications à la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public qu'implique l'instauration des contrats d'entreprise et étend le champ de certaines dispositions de cette loi.

L'instauration des contrats d'entreprise conduit, pour la prendre en compte, à modifier l'article 7 de la loi n° 83-675 afin de prévoir :

- que le conseil d'administration ou de surveillance de l'entreprise cocontractante est l'organe délibérant en la matière ;
- et que le conseil d'administration ou le directoire fixe les modalités de consultation des institutions représentatives du personnel en vue de la conclusion des contrats d'entreprise.

Enfin, le présent article procède à une extension du champ d'application des articles 7, 8 et 9 de la loi relative à la démocratisation du secteur public en supprimant les réserves prévues par l'article 4 de cette loi.

L'objet de ces articles qui concernent certains aspects des délibérations du conseil d'administration ou de surveillance ne suscite pas de problème particulier et n'engendre pas d'objections à l'extension de leur champ d'application ici entreprise.

Décision de la commission : votre commission vous propose de supprimer cet article.

ARTICLE 74

Information du Parlement sur la situation économique et financière du secteur public et sur le transfert au secteur privé d'entreprises publiques

Commentaire : le présent article prévoit que le gouvernement doit déposer chaque année sur le bureau des assemblées et au Haut conseil du secteur public un rapport global sur le secteur public. Ce rapport serait en partie composé à partir de deux rapports existant.

I. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article prévoit qu'au plus tard le 30 septembre de chaque année, à partir de l'année 2000, le gouvernement présente au Parlement et au Haut conseil du secteur public¹ un rapport sur lequel le Haut conseil du secteur public délivre un avis remis au Parlement au plus tard le 15 octobre.

Ce rapport serait composé de trois parties dont deux seraient issues de rapports existants :

1- la première partie serait relative aux structures ; elle ferait **l'analyse économique des principaux établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat et des principales sociétés dont l'Etat détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital** ; l'Assemblée nationale a précisé que cette analyse devrait avoir « *pour objet d'apprécier la situation financière y compris les engagements hors bilan, l'évolution globale et sectorielle de la valeur patrimoniale et des résultats de ces entreprises* » ; ce rapport existe actuellement sous le titre de « Rapport sur la situation du secteur public » et est publié par le gouvernement depuis 1994 ;

2- la seconde partie retracerait les opérations de privatisation ; elle devrait mentionner les produits encaissés par l'Etat en cours d'exercice et faire état de leur utilisation ; ce rapport existe actuellement sous le titre de « Compte-rendu des opérations de privatisations » et est rendu public par le gouvernement depuis 1993 ;

3- la troisième partie, qui est la seule véritablement nouvelle, dresserait le **bilan par l'Etat de sa mission d'actionnaire ou de tuteur des entreprises publiques**.

¹ L'intervention du Haut conseil dans ce dispositif résulte d'une modification intervenue à l'Assemblée nationale.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission s'étonne que le gouvernement n'ait pas jugé bon, s'agissant d'un dispositif contenant manifestement une **disposition législative destinée « à organiser l'information et le contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques »**, de la faire figurer dans une prochaine loi de finances. En effet, il semble peu contestable qu'un rapport qui fait état des « *produits encaissés par l'Etat en cours d'exercice et de leurs utilisations* » entre bien dans le champ de l'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances.

Sur le fond, votre commission estime qu'une amélioration de son information sur le secteur public et les opérations que sa gestion suppose est loin d'être superflue. Elle avait en ce sens déposé plusieurs amendements à l'occasion de la discussion du projet de loi de finances rectificative pour 1999 qui, adoptés par le Sénat, avaient été rejetés par l'Assemblée nationale.

Elle ne considère pas que le dispositif contenu dans le présent article soit en mesure de satisfaire l'exigence d'une complète information du Parlement sur la gestion du patrimoine de l'Etat.

Toutefois, compte tenu de son innocuité, de la perspective d'une remise à plat de cette question dans le cadre des travaux parlementaires sur la modernisation de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, il ne semble guère opportun d'entreprendre à ce stade d'améliorer le présent article.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

ARTICLE 75 (nouveau)

Mise à disposition de fonctionnaires de la Caisse des dépôts et consignations à la société CDC Finance

Commentaire : le présent article autorise la mise à disposition de fonctionnaires de la Caisse des dépôts et consignations au profit de la société CDC Finance, destinée à regrouper les activités concurrentielles de la Caisse. Il définit par ailleurs les missions d'intérêt général de la Caisse des dépôts et de ses filiales et complète les dispositions de l'article 34 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 relatives à la concertation entre les partenaires sociaux.

I. LE DISPOSITIF PROPOSE PAR LE GOUVERNEMENT ET ADOPTE PAR L'ASSEMBLEE NATIONALE

A. LA GENESE DE L'ARTICLE

Le présent article a été introduit à l'Assemblée nationale par voie d'amendement gouvernemental.

Il répond à une demande explicite du directeur général de la Caisse des dépôts et consignations.

En effet, la Caisse a décidé de créer la société CDC Finance afin de séparer clairement ses activités d'intérêt général (dépôts des professions juridiques, consignations, gestion de l'épargne réglementée) et ses activités bancaires et financières concurrentielles. Certaines de ces activités concurrentielles sont encore exercées par la direction des activités bancaires et financières (DABF), et la création de CDC Finance vise à transférer « une fois pour toutes » ces activités concurrentielles à la nouvelle filiale.

La commission de surveillance de la Caisse des dépôts, dans laquelle siège votre président Alain Lambert, a approuvé la création de CDC Finance. Cette société est donc déjà une compagnie financière dotée de 18 milliards de francs d'actifs, par apport des filiales financières du groupe. Elle a obtenu l'agrément du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) en juillet 2000.

CDC Finance sera ainsi le troisième pôle filialisé du Groupe, à côté de la Caisse nationale de prévoyance (CNP) et de C3D. La nouvelle société sera détenue majoritairement par la Caisse des dépôts et consignations et regroupera CDC-Marché, CDC Asset Management, CDC Participations et CDC Gestimmo, ainsi que les activités de conservation de titres, les crédits et financements structurés. CDC Finance sera dotée du statut de banque et soumise à la loi bancaire.

Les missions de CDC Finance

CDC Finance interviendra principalement pour compte de tiers, elle proposera des services et produits à une clientèle d'investisseurs (institutions publiques, entreprises, banques à réseaux) en France et à l'étranger.

Quatre métiers seront concernés : la conservation d'actifs (tenue de comptes-titres, services aux investisseurs), la gestion d'actifs (portefeuilles de valeurs mobilières et produits de placement collectifs, actifs immobiliers, capital-investissement...), l'intermédiation sur les marchés financiers (opérations d'achats et de ventes de valeurs mobilières et de produits dérivés) et les activités de conseil.

La société remplira un rôle de holding à l'égard de ses propres filiales et assurera en direct un certain nombre d'activités opérationnelles : la conservation des titres, les services bancaires pour le compte de ses clients (tenue des comptes-espèces et instruments de paiement), les financements structurés (montage des financements en fonds propres et par emprunts de grands projets d'infrastructures en France et à l'étranger) et la gestion pour compte propre (gestion financière de ses fonds propres). Elle assurera le pilotage et le contrôle du pôle, notamment de ses filiales : CDC Marchés et ses filiales internationales, ainsi que CDC Asset Management, CIMCO (actifs financiers), CDC-Participations (capital-investissement), CDC Gestimo (actifs immobiliers) pour ce qui est des activités pour compte de tiers.

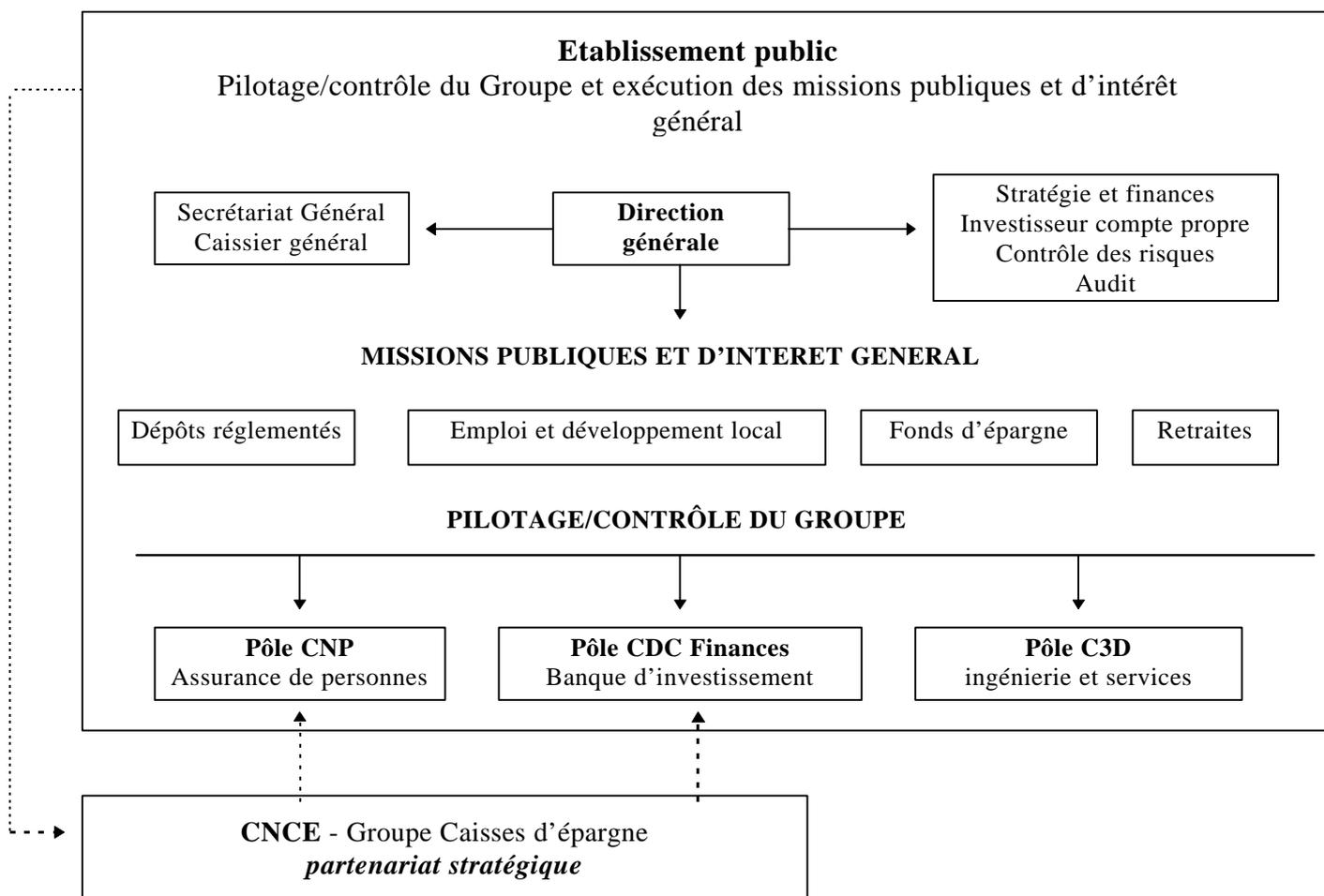
Les activités financières exercées dans un cadre concurrentiel encore menées au sein de l'établissement public Caisse des dépôts seront apportées à la CDC Finance : les activités de banque commerciale, les financements structurés, les back-offices de marchés (la tenue comptable des opérations d'achats/ventes sur les marchés financiers), le dépositaire non réglementé (la conservation de titres exercées dans un cadre commercial), la gestion immobilière et le service d'intermédiation sur les marchés financiers liés au métier de gestion d'actifs financiers pour compte de tiers.

Les missions financières publiques de la Caisse des dépôts (activités bancaires et de conservation d'actifs soumises à une réglementation particulière) demeureront dans l'Etablissement public, de même que la gestion du bilan, de la trésorerie et des fonds propres de la Caisse des dépôts.

Source : le projet stratégique du groupe Caisse des dépôts - février 2000

La création de CDC Finance se traduira par une nouvelle organisation du groupe Caisse des dépôts et consignations.

ORGANISATION PREVISIONNELLE DU GROUPE CAISSE DES DEPOTS



Bien que déjà très engagée, la mise en place effective de CDC Finance implique la mise à disposition de personnels public et privé actuellement employés par la direction des affaires budgétaires et financières (DABF).

En effet, sur les 1.450 collaborateurs de la Caisse des dépôts travaillant dans les services de sa DABF, 850 environ seront employés par CDC Finance, dont environ 400 fonctionnaires.

Le présent article a donc pour objet de permettre la mise à disposition pendant quinze ans des fonctionnaires en poste à la DABF de la Caisse des dépôts et consignations, au profit de la nouvelle société CDC Finance. Il vise

également à permettre la création d'un comité de groupe qui accompagnera le transfert d'actifs, d'activités et de personnel à l'établissement public.

B. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS

Le présent article reprend l'économie du dispositif prévu pour les fonctionnaires de la Caisse nationale de prévoyance en 1992 et renouvelé en 1998.

Les principales dispositions sont les suivantes :

- la mise à disposition à CDC Finance des fonctionnaires de l'Etat en activité dans la DABF est de quinze ans à compter de la promulgation de la loi (contre six ans, puis un prolongement de dix ans pour la CNP) ;

- les fonctionnaires concernés par la mise en disposition restent rémunérés par la Caisse des dépôts et consignations, et CDC Finance et ses filiales lui remboursent les charges correspondantes ;

- d'un point de vue statutaire, les fonctionnaires demeurent en position d'activité dans l'établissement public Caisse des dépôts et conservent tous leurs droits, notamment à l'avancement et à la retraite ;

- à tout moment, un fonctionnaire mis à disposition peut obtenir sa réaffectation dans l'établissement public (droit de retour inconditionnel) ;

- à l'issue de la période de quinze ans, tous les fonctionnaires qui n'auront pas opté pour la position de détachement, de hors cadres ou de disponibilité seront réaffectés dans les services de la Caisse de dépôts et consignations.

II. LES AUTRES DISPOSITIONS ADOPTÉES PAR L'ASSEMBLEE NATIONALE

A l'occasion de l'examen de l'amendement du gouvernement, deux sous-amendements ont été présentés et adoptés.

- Un sous-amendement, présenté par nos collègues députés Jean-Pierre Brard et Daniel Feurtet, précise que la Caisse des dépôts « *et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays. Ce groupe remplit des missions d'intérêt général en appui des politiques publiques conduites par l'Etat et les collectivités locales et peut exercer des activités concurrentielles* ».

De surcroît, sont précisés les missions d'intérêt général (gestion des dépôts réglementés, protection de l'épargne populaire, financement du logement social, gestion d'organismes de retraite) et les domaines d'action de la Caisse des dépôts et consignations (politique de la ville, lutte contre l'exclusion bancaire et financière, création d'entreprise et développement durable).

L'idée de mettre en avant la notion de « pôle financier public » englobant les filiales de la Caisse des dépôts est quelque peu contradictoire avec la création de CDC Finance qui vise clairement à séparer les activités concurrentielles des activités d'intérêt général de la Caisse, et cela notamment pour se mettre en conformité avec le droit communautaire.

Toutefois, les dispositions adoptées sont des déclarations de principe dont la portée normative est modeste, à l'exception de l'énumération des missions d'intérêt général de la Caisse des dépôts et consignations, qui sont plus précises, mais dont on peut relever qu'elles ne modifient pas les missions déjà dévolues à l'établissement public.

- Un sous-amendement, présenté par notre collègue député Jean-Pierre Balligand, président de la commission de surveillance de la Caisse, complète les dispositions de l'article 34 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 afin de permettre au directeur général de la Caisse des dépôts et consignations de conclure des accords collectifs avec les organisations syndicales, portant sur la désignation et les compétences de délégués syndicaux communs aux différentes personnes morales constituant le groupe Caisse des dépôts.

Au-delà des dispositions du présent article, la création de CDC Finance s'accompagne d'importantes réformes internes à la Caisse des dépôts et consignations. La direction du groupe devra procéder à des ajustements de l'organisation de l'établissement public consécutif à la création de CDC Finance et à la structuration des métiers du pôle dépôts, épargne et financements publics.

Pour que tout cela soit possible, il apparaît indispensable que le projet CDC Finance, mûri par la Caisse des dépôts et consignations depuis de longs mois, puisse voir le jour dans des délais raisonnables.

Après la création de CDC Finance, la modification du régime fiscal appliqué à la Caisse des dépôts et notamment la mise en place de véritables mécanismes de marché pour la rémunération de la garantie de l'Etat, qui ne fait actuellement l'objet d'aucune tarification objective, pourraient être envisagées comme une étape complémentaire vers la modernisation financière et comptable de la Caisse des dépôts et consignations.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

EXAMEN EN COMMISSION

I. EXAMEN GÉNÉRAL DU TEXTE LE MERCREDI 17 MAI 2000

Au cours d'une séance tenue dans la matinée, sous la présidence de M. Alain Lambert, président, la commission a procédé à l'**examen du rapport de M. Philippe Marini, rapporteur, sur le projet de loi n° 321 (1999-2000), adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif aux nouvelles régulations économiques.**

M. Alain Lambert, président, a d'abord informé la commission de la décision, prise la veille au soir, en Conférence des Présidents, de reporter « sine die » la discussion du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (NRE), celle-ci pouvant éventuellement avoir lieu au cours de la semaine du 20 juin 2000.

M. Philippe Marini, rapporteur, après avoir salué la présence de **M. Pierre Hérisson, rapporteur pour avis au nom de la commission des affaires économiques,** a proposé à la commission d'engager une discussion générale sur ce texte et de déterminer avec elle le calendrier adéquat concernant son examen. Il a indiqué à la commission avoir travaillé en étroite coordination avec les rapporteurs des commissions saisies pour avis.

M. Philippe Marini, rapporteur, a tenu à souligner ses difficiles conditions de travail, en termes de hâte et de technicité, afin de pouvoir procéder à l'ensemble des auditions nécessaires à la compréhension du texte. Il a indiqué avoir préparé 120 amendements à ce projet de loi. Il a dès lors regretté les aléas du calendrier imposé par le gouvernement, qui, de manière paradoxale, a décidé de repousser « sine die » l'examen du texte, alors qu'il avait déclaré l'urgence.

M. Philippe Marini, rapporteur, a ensuite souligné le caractère très divers et épars du contenu de ce texte de circonstance qui s'apparentait plutôt, selon lui, à un « DDOEJCF » (texte portant diverses dispositions d'ordre économique, juridique, comptable et financier) et qui manquait, à ce titre, singulièrement de vision globale et d'unité de conception. Il a ainsi estimé paradoxal que le Gouvernement invoque, pour se justifier, le terme de « régulation », qui lui apparaissait être d'essence libérale. Il a indiqué que sous couvert de « régulation » bon nombre de dispositions de ce texte procédaient en réalité à une « rerèglementation ».

Le rapporteur a ensuite évoqué plus précisément les quatre principaux aspects de ce projet de loi.

S'agissant de la modernisation du droit des sociétés, il a souligné que les dispositions proposées étaient nombreuses, et concernaient notamment la dissociation des fonctions de président et directeur général, ou la limitation du cumul des mandats. Il a rappelé que bon nombre de celles-ci étaient proposées dans le rapport qu'il avait remis au Premier ministre en juillet 1996 sur cette question, et déploré qu'une telle réforme, inspirée du principe de la « gouvernance d'entreprise », se fasse « a minima ».

Concernant les questions financières, il a évoqué notamment l'article 4 du projet de loi portant sur les pouvoirs du comité d'entreprise en cas d'offre publique d'achat (OPA), dont il a déploré l'imprécision juridique, et les risques potentiels de dérive. Il s'est ainsi étonné que l'on introduise, dans le droit du travail, des notions totalement étrangères de droit boursier. S'agissant de l'article 16 bis, qui limite la durée de l'interdit bancaire, il a précisé que les dispositions mériteraient un examen approfondi de la part de la commission.

Au sujet du blanchiment des capitaux, il a rappelé que la commission des finances s'était encore récemment prononcée en faveur de mesures destinées à lutter contre ce fléau, et que le dispositif devait être approuvé dans son principe. Il s'est néanmoins étonné que le Gouvernement demande au législateur de lui donner en ce domaine un blanc-seing, et cela en faisant uniquement référence au groupe d'action financière (GAFI) sur le blanchiment des capitaux, instance spécialisée du groupe des sept pays les plus industrialisés (G7), sans véritable statut, ce qui le conduisait à s'interroger sur le respect de la souveraineté nationale.

Enfin, concernant la régulation de la concurrence, après avoir rappelé le travail réalisé en commun avec le rapporteur de la commission des affaires économiques, il a insisté sur la prégnance du droit communautaire et international dans ce domaine. Concernant la réforme du Conseil de la Concurrence, **M. Philippe Marini, rapporteur**, a souligné son caractère inachevé et la nécessité de lui reconnaître plus d'indépendance à l'image des autres instances françaises de régulation, notamment les nombreuses autorités administratives indépendantes, ou des expériences étrangères. Concernant la création de la Commission des pratiques commerciales, il a mis en évidence le caractère imprécis de ses missions, et fait valoir la nécessité d'améliorer le dispositif afin d'atteindre l'objectif proclamé de ce texte, à savoir notamment mettre fin à la dissymétrie qui existe entre les gros distributeurs et les producteurs.

En conclusion, **M. Philippe Marini, rapporteur**, a insisté sur l'existence de nombreux problèmes de droit soulevés par la diversité des sujets

abordés par le présent projet de loi qui nuirait à sa cohérence et, partant, à sa lisibilité.

A l'issue de cette présentation, **M. Alain Lambert, président**, a estimé souhaitable de reporter l'examen des articles du projet de loi. Il a, en effet, estimé préférable de n'engager celui-ci que lorsque le Gouvernement aurait effectivement inscrit le texte à l'ordre du jour du Sénat.

M. Pierre Hérisson, rapporteur pour avis au nom de la commission des affaires économiques, s'est déclaré en totale convergence de point de vue avec le rapporteur concernant notamment la nécessaire prise en compte de la dimension communautaire des sujets évoqués par ce texte. Il s'est interrogé quant à la présence de parlementaires au sein de la commission des pratiques commerciales et émis, en tout état de cause, le souhait de voir deux parlementaires de chaque assemblée siéger au sein de cette commission, contre un seul dans la version actuelle.

M. Paul Loridant a exprimé sa profonde insatisfaction devant ce texte, dont il a souligné le caractère hétéroclite ainsi que l'inspiration «libérale». A ce titre, il a fait état de son intention de déposer une motion tendant à opposer la question préalable à ce projet de loi.

MM. Philippe Adnot et André Vallet ont fait part de leurs préoccupations sur la partie du texte relative à la concurrence.

M. Michel Charasse a abordé la question des foires et marchés locaux, ainsi que celle de la parité hommes/femmes au sein des organes sociaux des sociétés anonymes.

Enfin, **M. Alain Lambert, président**, a souligné la position particulière dans laquelle se trouvait la France dont la tendance à la prolifération et à la complexité juridiques était de nature à handicaper sérieusement les entreprises et à les rendre moins compétitives.

M. Philippe Marini, rapporteur, a répondu aux différents intervenants, en soulignant tout d'abord son souhait de voir le rôle de l'Etat dans l'économie mieux défini et circonscrit, tout en rappelant le caractère par nature libéral du concept de régulation, qui méritait à cet égard réflexion et intérêt. Il a, à ce titre, insisté sur l'importance qu'il y avait à ne pas confondre régulation et réglementation. Il a ensuite indiqué à la commission avoir procédé, en l'espace de 15 jours seulement, à plus d'une trentaine d'auditions et s'est déclaré prêt à les compléter. Il a estimé, s'agissant des questions évoquées par M. Michel Charasse, qu'elles feraient, le cas échéant, l'objet d'un examen attentif de la commission, mais souligné la difficulté de faire prévaloir en l'espèce le principe de la parité dans les organes sociaux des sociétés anonymes, en raison de l'absence de scrutin de liste à ces élections.

A l'issue de ce débat, la commission a **décidé de surseoir à l'examen des articles du projet de loi jusqu'à ce qu'une date d'examen en séance publique soit fixée par la Conférence des Présidents.**

II. EXAMEN DES ARTICLES LE MERCREDI 4 OCTOBRE 2000

Au cours d'une réunion tenue dans la matinée du mercredi 4 octobre 2000 sous la présidence de M. Alain Lambert, président, la commission a procédé à **l'examen** des articles du **projet de loi n° 321** (1999-2000), adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif aux **nouvelles réglementations économiques**, sur le **rapport de M. Philippe Marini, rapporteur.**

A l'article 1^{er} relatif à la transmission des pactes d'actionnaires au Conseil des marchés financiers (CMF), la commission a adopté un amendement prévoyant l'immédiateté de cette transmission. Elle a ensuite adopté sans modification l'article 2 relatif à la concentration des transactions sur un marché réglementé lors d'une offre publique.

A l'article 3, relatif au pouvoir de rectification des informations financières de la Commission des opérations de bourse (COB), la commission a adopté un amendement de précision juridique.

A l'article 4, relatif à la convocation devant le comité d'entreprise de l'auteur d'une offre publique, la commission a adopté des amendements tendant :

- à étendre les obligations prévues aux initiateurs d'offres publiques personnes physiques ;

- à offrir une « session de rattrapage » au comité d'entreprise qui n'aurait pas jugé bon de convoquer l'auteur de l'offre lors de la première réunion et qui changerait d'avis en recevant la note d'information ;

- à prévoir explicitement qu'il ne peut y avoir d'autre sanction que la suspension des droits de vote prévue ;

- à indiquer qu'aucun recours ne pourra être interruptif du cours de l'offre.

M. Paul Loricant a insisté sur la nécessité de ne mettre aucune entrave au bon fonctionnement du comité d'entreprise.

La commission a adopté sans modification l'article 5 relatif à la limitation dans le temps des procédures d'offres publiques.

A l'article 6 A nouveau relatif au collège des autorités de contrôle du secteur financier, la commission a adopté un amendement de retour au droit en vigueur en supprimant la présidence du collège par le ministre chargé de l'économie.

A l'article 6 relatif aux agréments et autorisations du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et de la COB, la commission a adopté un amendement supprimant l'appréciation par le CECEI de la spécificité des établissements de crédit appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire. Elle a également adopté deux amendements visant à rectifier des oublis du Gouvernement. La commission a ensuite adopté un article additionnel après l'article 6, mettant en conformité la loi de modernisation des activités financières de 1996 avec la directive sur les services d'investissement de 1993.

A l'article 7 relatif à l'information du gouverneur de la Banque de France en cas d'offre publique visant un établissement de crédit, la commission a adopté deux amendements revenant au texte initial du Gouvernement : l'un supprimant l'information préalable du ministre chargé de l'économie, et l'autre ramenant le délai d'information de huit à deux jours.

M. Paul Loridant a estimé, quant à lui, que l'intervention du ministre chargé de l'économie était indispensable.

La commission a adopté, sans modification, l'article 8 relatif aux conditions requises pour diriger un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement et l'article 9 relatif à l'agrément des entreprises d'assurance.

A l'article 10 relatif aux dirigeants d'entreprises d'assurance, la commission a adopté deux amendements alignant les qualités requises pour diriger une entreprise d'assurance sur celles prévues en matière bancaire.

La commission a ensuite adopté un article additionnel après l'article 10, qui prévoit la présence au Conseil national des assurances du président du Conseil de surveillance du fonds de garantie-vie.

La commission a ensuite adopté, sans modification, l'article 11 relatif à l'information du ministre chargé de l'économie en cas d'offre publique visant une entreprise d'assurance.

A l'article 12 relatif à la saisine du Président du Tribunal de grande instance de Paris par le président du CMF, la commission a adopté un amendement de suppression.

La commission a ensuite confirmé la suppression de l'article 13 relatif aux auditions devant les commissions des finances parlementaires.

Après un large débat au cours duquel sont successivement intervenus **MM. Joël Bourdin, Roland du Luart, Philippe Adnot, Jean-Jacques Hyst, rapporteur pour avis de la commission des lois, et Philippe Marini, rapporteur**, la commission a décidé de réserver sa décision sur les articles 13 *bis* nouveau (opposabilité du secret professionnel aux rapporteurs des commissions d'enquête) et 13 *ter* nouveau (opposabilité du secret bancaire aux rapporteurs des commissions d'enquête). Elle a ensuite adopté l'article 13 *quater* nouveau qui lève l'interdiction d'effectuer des opérations de crédit pour les associations dites de « micro-crédit ».

A l'article 14 relatif à la composition du CECEI, la commission a adopté deux amendements : l'un d'ordre rédactionnel, et l'autre prévoyant la présence au sein du Comité d'un représentant de l'organisme professionnel ou de l'organe central représentant l'entreprise requérante.

La commission a ensuite adopté, sans modification, les articles 15 (transmission de documents) et 16 (règlement intérieur du CECEI).

A l'article 16 *bis* nouveau relatif à la réduction à cinq ans de la durée de l'interdit bancaire, et après un large débat où sont intervenus **MM. Paul Loridant et Philippe Marini, rapporteur**, la commission a adopté un amendement de suppression de l'article, maintenant ainsi le délai de dix ans.

La commission a adopté l'article 16 *ter* nouveau relatif à la composition de la Commission bancaire.

La commission a ensuite décidé d'examiner par priorité les articles additionnels après l'article 17 et relatifs à la fusion de la COB et du CMF. Après les interventions de **MM. Paul Loridant, Joël Bourdin, Yann Gaillard et Philippe Marini, rapporteur**, la commission a adopté ces trois amendements ainsi que, par coordination, un amendement de suppression de l'article 17 relatif au collège de la COB.

La commission a ensuite adopté l'article 18 relatif à la délégation de signature au sein de la COB, puis une division additionnelle avant l'article 18 *bis*, puis l'article 18 *bis* nouveau qui réforme les structures nationales du Groupe des Banques populaires.

La commission a ensuite adopté six articles additionnels après l'article 18 *bis* :

- l'un transposant en droit français les dispositions d'une directive dite « finalité des règlements » ;

- le deuxième instaurant un mécanisme de résiliation et de compensation généralisées de certaines créances, et sur lequel **M. Paul Loridant** a émis quelques réserves touchant le droit de la faillite ;

- le troisième assouplissant le plafond d'émission de certificats coopératifs d'investissement et de certificats coopératifs d'associés dans les établissements de crédits coopératifs et permettant au Crédit agricole, comme l'a souligné **M. Paul Loridant**, de mettre en place un « organisme coté en bourse » capable de lever des fonds sur les marchés des capitaux ;

- les trois derniers prévoyant l'éligibilité des salariés des groupes bancaires coopératifs et mutualistes aux options d'achat et de souscription d'actions.

A l'article 19 relatif à l'extension de la liste des professions soumises aux dispositions de la loi anti-blanchiment, la commission a adopté un amendement rédactionnel.

A l'article 20 relatif à l'extension du champ de déclaration de soupçon, la commission a adopté deux amendements tendant à mettre en conformité la rédaction retenue avec la directive européenne du 10 juin 1991 et à imposer au Gouvernement d'établir de sa propre initiative la liste des Etats ou territoires jugés non coopératifs. Puis elle a adopté, sans modification, l'article 20 bis nouveau relatif à la création d'un comité de liaison.

A l'article 21 relatif aux sanctions à l'encontre des centres financiers extraterritoriaux, la commission a adopté un amendement qui supprime la référence aux recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI), dépendant de l'organisation de coopération et de développement économique.

A l'article 21 bis nouveau relatif au rapport sur les mesures de déclaration automatique ou de restriction des opérations, la commission a adopté un amendement de coordination avec les amendements précédents supprimant la référence au GAFI.

Puis elle a adopté, sans modification, l'article 21 ter nouveau relatif à la communication des pièces liées à une opération ayant fait l'objet d'une information transmise par les services de l'Etat ou des collectivités publiques et l'article 22 relatif aux moyens d'information de TRACFIN.

A l'article 22 bis nouveau relatif aux informations sur les décisions de justice définitivement prononcées, la commission a adopté un amendement de coordination.

Ensuite, la commission a adopté, sans modification, l'article 22 ter nouveau relatif aux informations sur les suites données aux déclarations de soupçon et l'article 23 relatif à l'adaptation du code des assurances aux dispositions de lutte contre le blanchiment.

Par ailleurs, la commission a adopté un amendement de suppression de l'article 23 bis nouveau relatif à l'extension du champ des sanctions administratives.

A l'article 24 relatif à l'obligation d'immatriculation au registre du commerce pour les sociétés créées avant 1978, la commission a adopté deux amendements d'ordre rédactionnel.

Puis, la commission a adopté, sans modification, l'article 25 relatif à la participation à une société de malfaiteurs, l'article 25 bis nouveau relatif à la création d'une nouvelle infraction et l'article 26 relatif à la sanction complémentaire en cas de contamination de blanchiment.

La commission a ensuite décidé d'examiner par priorité les articles 55 A nouveau à 75 nouveau, réservant les articles 27 A nouveau à 54 ter nouveau.

Elle a adopté un amendement de suppression de l'article 55 A nouveau relatif aux droits des comités d'entreprise. A cette occasion, **M. Paul Loridant** a fait remarquer que cette disposition était inutile si les comités d'entreprise avaient les mêmes prérogatives que les actionnaires minoritaires.

Puis elle a adopté, sans modification, l'article 55 relatif à l'objet des articles du titre 1^{er} et l'article 55 bis nouveau relatif à la clarification des formalités de transformation des sociétés existantes en sociétés par actions.

Elle a également adopté deux articles additionnels après l'article 55 bis visant à alléger les modalités, d'une part, de transformation d'une société par actions simplifiée en société anonyme et, d'autre part, d'émissions d'obligations auprès d'investisseurs privés.

Puis la commission a adopté un amendement de suppression de l'article 56 A nouveau relatif à la réduction du nombre maximal de membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance.

Elle a ensuite adopté, sans modification, l'article 56 B nouveau relatif à la modification de l'intitulé de la sous-section I relative au conseil d'administration.

A l'article 56 relatif aux rôles du conseil d'administration et de son président, la commission a adopté des amendements tendant à mieux définir les fonctions respectives du conseil d'administration et de son président, à

regrouper les règles relatives à la convocation du conseil d'administration, à tenir compte de la codification et à offrir aux entreprises la faculté de dissocier les fonctions de président et de directeur général.

A l'article 57 relatif aux rôles et statuts du directeur général et des directeurs généraux délégués, la commission a adopté des amendements visant à tenir compte de la codification, à permettre aux statuts de fixer librement le nombre de directeurs généraux délégués, à autoriser le conseil d'administration et à pouvoir révoquer le directeur général *ad nutum*.

La commission a ensuite adopté un amendement de suppression de l'article 58 relatif aux conditions de révocation des membres du directoire ou du directeur général unique.

A l'article 59 relatif à la possibilité pour le conseil d'administration et le conseil de surveillance de prendre certaines décisions par « visioconférence », la commission a adopté des amendements visant à tenir compte de la codification et à permettre l'utilisation des moyens de visioconférence même en l'absence de modification du règlement intérieur prévoyant cette faculté.

A l'article 60 relatif à la limitation du cumul des mandats sociaux, la commission a adopté des amendements visant à tenir compte de la codification, à limiter le nombre de mandats d'administrateur et de membre du conseil de surveillance à cinq sans prendre en compte les mandats exercés à l'intérieur d'un groupe pour le calcul du cumul des mandats, à limiter le nombre de mandats de président du conseil d'administration et de directeur général à deux tout en tenant compte de la spécificité des groupes et à autoriser le cumul de deux mandats de membre du directoire ou de directeur général unique sans prendre en compte les mandats exercés au sein d'un groupe.

A l'article 61 relatif à l'extension du régime d'autorisation des conventions entre les sociétés et leurs dirigeants, la commission a adopté des amendements visant à tenir compte de la codification, à fixer à 10 % des droits de vote le seuil à partir duquel les conventions passées par une société avec l'un de ses actionnaires sont soumises à autorisation préalable, à préciser les conditions de présentation à l'assemblée générale de la liste et l'objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales, à mettre la liste et l'objet des dites conventions à la disposition des actionnaires et à les inclure dans l'annexe visée à l'article L.123-12 du code de commerce afin que seuls les éléments significatifs soient mentionnés et, enfin, à prévoir que les conventions « normales » soient communiquées aux commissaires aux comptes et que tout associé ait le droit d'en obtenir communication.

A l'article 61 bis nouveau relatif à la création d'une procédure de contrôle a posteriori de convention contractée par les associations et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, la commission a adopté un amendement rédactionnel.

Puis, la commission a adopté un article additionnel après l'article 61 bis visant à unifier le statut des commissaires aux comptes.

A l'article 62, la commission a adopté deux amendements visant à tenir compte de la codification, à exiger que les demandes formulées par les actionnaires portent sur une ou plusieurs opérations représentant un enjeu significatif au niveau du groupe puis un amendement rédactionnel.

A l'article 63 relatif à la participation aux assemblées générales, la commission a adopté deux amendements tenant compte de la codification et précisant que les moyens de télécommunication utilisés pour participer à distance aux assemblées générales doivent permettre d'identifier l'actionnaire.

A l'article 64 relatif à l'information des actionnaires sur les rémunérations, avantages, mandats et fonctions des mandataires sociaux, la commission a adopté deux amendements visant à tenir compte de la codification et à exclure de l'obligation de publication les rémunérations des dix salariés les mieux rémunérés.

Puis la commission a adopté, sans modification, l'article 64 bis nouveau relatif à la répartition des sommes allouées aux administrateurs en rémunération de leurs activités par le conseil d'administration et l'article 64 ter nouveau relatif à l'approbation par l'assemblée générale des comptes consolidés.

A l'article 65 relatif à la représentation et à l'identification des actionnaires non résidents, la commission a adopté trois amendements visant à tenir compte de la codification, à supprimer la référence à l'arrêté du ministre chargé de l'économie pour la fixation de la rémunération de la SICOVAM et à permettre aux sociétés d'identifier les détenteurs de titres financiers autres que les titres aux porteurs identifiables qu'elles émettent.

A l'article 66 relatif à la notion de contrôle conjoint exercé dans le cadre d'une action de concert, la commission a adopté un amendement visant à préciser les conditions dans lesquelles deux concertistes sont reconnus comme déterminant le contrôle conjoint d'une société.

Puis, la commission a adopté un article additionnel après l'article 66 visant à clarifier la notion d'action de concert.

Ensuite, la commission a adopté, sans modification, l'article 67 relatif au recours aux injonctions de faire et aux demandes en référé et l'article 68 relatif aux injonctions de faire.

Par ailleurs, après avoir entendu **M. Jean-Jacques Hyest, rapporteur pour avis de la commission des lois**, proposer un dispositif visant à encadrer la libération échelonnée des apports en numéraire, la commission a réservé son vote sur l'article 68 bis nouveau relatif à l'aménagement des règles d'apport lors de la constitution d'une société.

A l'article 69 relatif à la sanction des comportements fautifs des dirigeants d'une société par actions simplifiée, la commission a adopté un amendement tenant compte de la codification.

Puis la commission a adopté un amendement de suppression de l'article 69 bis nouveau relatif aux délais accordés aux conseils d'administration et aux conseils de surveillance pour diminuer le nombre de leurs membres.

A l'article 70 relatif aux délais d'application des dispositions relatives au cumul de mandats et au mandat de directeur général délégué, la commission a adopté un amendement visant à accorder un délai de dix-huit mois au conseil d'administration pour convoquer l'assemblée générale extraordinaire et à introduire une injonction de faire pour s'assurer que ladite assemblée sera convoquée.

A l'article 70 bis nouveau relatif au renforcement des règles de transparence, la commission, après un large débat, a estimé inopportune la publication des options nominatives consenties aux dix plus importants bénéficiaires salariés et des options levées par ces derniers. Puis elle a adopté des amendements visant à tenir compte de la codification, à supprimer la référence à un décret pour définir les critères d'évaluation du prix de souscription des actions de sociétés non cotées, à intégrer dans le rapport prévu à l'article L.225-184 du code de commerce les dispositions visant à informer l'assemblée générale sur les options nominatives consenties aux mandataires sociaux et sur les options levées par ces mêmes mandataires, à supprimer le paragraphe assimilant les options de souscriptions ou d'achats d'actions aux conventions réglementées et, enfin, à limiter, au sein d'un groupe aux seuls mandataires sociaux d'une société non cotée la faculté de bénéficier d'options donnant droit à la souscription ou à l'achat de titres.

A l'article 70 ter nouveau relatif à la modification du régime fiscal des stock-options, la commission a adopté un amendement modifiant entièrement le dispositif proposé par le Gouvernement.

A l'article 70 quater nouveau relatif aux mesures en faveur des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise, la commission a adopté un amendement visant à préciser que le seuil minimal de 25 % de détention du capital par une personne physique nécessaire pour l'attribution desdits bons de souscription doit être apprécié à la date d'attribution des bons.

Puis la commission a adopté trois articles additionnels après l'article 70 quater visant à étendre les modifications de la présente loi à l'outre-mer, à relever les plafonds de déductibilité fiscale des jetons de présence et à renforcer le contrôle de l'Etat sur les entreprises de réassurance.

Avant l'article 71 A, la commission a adopté un article additionnel permettant aux entreprises dont le capital est détenu à plus de 20 % par l'Etat de procéder à des offres publiques d'échange.

Elle a ensuite adopté, sans modification, l'article 71 A nouveau relatif à la représentation des usagers au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises assurant une mission de service public et l'article 71 relatif à l'élargissement de la représentation de l'Etat aux entreprises privées dont il est indirectement actionnaire.

Puis la commission a supprimé les articles 72 et 73, qui instaurent des contrats d'entreprise pluriannuels signés entre l'Etat et les entreprises du secteur public.

Elle a adopté, sans modification, l'article 74 (information du Parlement sur la situation économique et financière du secteur public et sur le transfert au secteur privé d'entreprises publiques), puis l'article 75 nouveau (mise à disposition de fonctionnaires de la Caisse des dépôts et consignations à la société CDC Finance).

La commission a enfin procédé à l'examen de la deuxième partie du texte relative à la régulation de la concurrence précédemment réservé.

Elle a tout d'abord adopté, sans modification, s'en remettant à l'avis de la commission des affaires économiques, les articles 27 A nouveau (autorisations des ententes contribuant au progrès économique par la création ou le maintien d'emplois), 27 B nouveau (dérogation aux autorisations nécessaires aux ventes « aux déballages » réalisées par les associations caritatives), 27 (encadrement des annonces de prix promotionnels sur les fruits et légumes frais), 27 bis nouveau (garantie d'un prix minimum d'achat aux producteurs de fruits et légumes).

Elle a ensuite adopté un amendement de suppression de l'article 27 ter nouveau, jugeant inapplicables ses dispositions qui exigent un

contrat écrit pour la rémunération de services rendus par les fournisseurs à leurs clients.

A l'article 28, elle a adopté un amendement de clarification et de cohérence juridique, tendant à créer, au sein de la commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles, un collège spécial de magistrats chargé d'examiner, dans le respect des droits de la défense, les litiges individuels. Puis elle a adopté sans modification l'article 28 *bis* nouveau relatif à la prohibition des ententes réalisées par l'intermédiaire de sociétés implantées hors de France. Elle a, en revanche, voté un amendement de suppression de l'article 28 *ter* nouveau exigeant une lettre de change en cas de délai de paiement de plus de 45 jours, jugeant cette disposition inapplicable.

A l'article 29, elle a adopté un amendement de synthèse, tendant à bien distinguer les pratiques discriminatoires des autres pratiques prohibées, et à regrouper tout ce qui concerne les abus de dépendance, en y incluant la notion de puissance de vente qui relevait jusqu'à présent exclusivement de l'abus de position dominante.

La nouvelle rédaction de cet article exclut la possibilité pour le ministre de demander des dommages et intérêts en réparation des préjudices subis par les victimes. Elle vise également les « accords de gamme ».

S'en remettant à nouveau à l'avis de la commission des affaires économiques, elle a adopté, sans modification, les articles 30 (étiquetage et présentation des produits agricoles), 30 *bis* nouveau (définition des modes de production raisonnée en agriculture), 31 (conditions d'utilisation simultanée d'une marque commerciale et d'un signe d'identification de la qualité ou de l'origine d'un produit agricole), 31 *bis* nouveau (étiquetage de produits vendus sous marque de distributeurs), 31 *ter* (protection de certaines dénominations de chocolat), 31 *quater* nouveau (conditions d'utilisation du qualificatif « fermier » pour les produits agricoles et alimentaires), et, enfin 31 quinquies (modification des règles applicables aux sociétés coopératives de commerçants).

Elle a ensuite adopté un amendement de suppression de l'article 31 *sexies* dont elle a jugé inapplicables les dispositions prévoyant d'inclure dans le prix de revente tous les avantages financiers, quels qu'ils soient, offerts aux clients par les distributeurs ou leurs fournisseurs.

Passant ensuite à l'examen du titre II concernant la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, elle a tout d'abord adopté un amendement rédactionnel tendant à modifier l'intitulé du chapitre premier. Elle a voté ensuite deux autres articles additionnels, tendant à renforcer l'indépendance du Conseil de la concurrence en modifiant le mode de désignation de ses

membres et de ses rapporteurs. Puis, elle a adopté, sans modification, l'article 32 relatif aux attributions des rapporteurs généraux. Elle a ensuite adopté, aux mêmes fins, un amendement insérant un article additionnel après l'article 32 qui autorise le Conseil à se saisir de questions de principe du droit de la concurrence. Puis, afin de rétablir, dans sa version initiale, l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L.420-2 du code de commerce, elle a voté un amendement tendant à supprimer l'article 32 *bis*.

Elle a ensuite adopté sans modification les articles 32 *ter* nouveau (actes interruptifs de la prescription) et 33 (notification des griefs et délais de consultation). A l'article 34 concernant la procédure simplifiée, elle a adopté un amendement technique. Ayant ensuite adopté sans modification l'article 35 relatif à la protection du secret des affaires, elle a adopté, à l'article 36 un amendement tendant à introduire certaines limitations des possibilités prévues de recours à des experts.

Elle a adopté sans modification l'article 37 concernant les mesures conservatoires prises par le Conseil. Mais, à l'article 38, elle a adopté trois amendements, le premier tendant à atténuer le durcissement des sanctions prévues dans le paragraphe I ; le deuxième améliorant la rédaction du paragraphe II concernant les entreprises qui ne contestent pas les faits qui leur sont reprochés ; le troisième, enfin, perfectionnant la procédure de clémence visée par le paragraphe III.

Puis, elle a adopté sans modification l'article 39 relatif aux conditions de recevabilité des saisines et de continuation des procédures. A l'article 40, elle a voté un amendement tendant à rétablir un alinéa supprimé par l'Assemblée nationale qui permet au Conseil de la concurrence de classer sans suite des affaires qui ne portent pas d'atteinte substantielle à la concurrence sur le marché. Elle a alors adopté un amendement de suppression de l'article 40 *bis* nouveau qui transfère au Conseil de la concurrence le contentieux des actes et contrats administratifs anticoncurrentiels.

Elle a ensuite adopté sans modification l'article 41 concernant les pouvoirs des enquêteurs, mais à l'article 42, elle a adopté un amendement tendant à ce que les indices sur le fondement desquels une enquête peut être déclenchée soient clairs et concordants. Puis, elle a adopté sans modification l'article 42 *bis* nouveau relatif aux informations données au rapporteur général du Conseil en ce qui concerne l'initiation et l'issue des investigations diligentées par le ministre de l'économie. Après cet article, elle a adopté un amendement technique concernant l'interdiction faite au rapporteur général et aux rapporteurs d'assister aux délibérés des affaires dont le Conseil a été saisi. Elle a adopté sans modification l'article 42 *ter* nouveau concernant la destruction des pièces et documents non réclamés, puis, à l'article 43 nouveau concernant la mise à disposition d'enquêteurs, elle a adopté deux

amendements tendant à renforcer les prérogatives du rapporteur général. Elle a ensuite adopté sans modification les articles 44 (compétences territoriales des fonctionnaires habilités à effectuer des visites), 45 (spécialisation des tribunaux en matière de litiges relatifs au droit de la concurrence), 46 (coopération entre le Conseil de la concurrence et ses homologues étrangers). Puis, elle a voté un amendement de suppression de l'article 47 *bis* nouveau étendant aux atteintes à la concurrence la non-déductibilité fiscale des pénalités jusqu'ici limitée aux seules infractions à la législation sur les prix.

Elle a alors adopté sans modification les articles 48 (définition des opérations de concentration) et 49 (opérations soumises à contrôle ministériel). Puis elle a adopté un amendement tendant à insérer un article additionnel qui créé une procédure simplifiée pour les concentrations qui ne portent pas sur une part de marché significative. A l'article 50 relatif aux obligations de notification, elle a voté un amendement permettant l'autosaisine du Conseil sur ces questions. L'article 51 concernant l'autorisation par le ministre des opérations notifiées a fait l'objet de la part de la commission du vote d'un amendement de coordination avec les précédents. A l'article 52 concernant les délais et conditions d'autorisation de concentration, la commission a souhaité, par l'adoption d'un amendement, donner aux parties la possibilité de saisir directement le Conseil. A l'article 53, concernant les avis du Conseil et la sanction du non-respect des règles d'autorisation de concentration, la commission a adopté trois amendements, le premier de coordination, le deuxième visant à ce que les décisions du ministre soient conformes à l'avis du Conseil et le troisième tendant à ce que ce dernier puisse prendre en compte la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale.

Ayant adopté ensuite sans modification les articles 54 (conciliation du secret des affaires avec l'audition de tiers et la publicité des décisions) et 54 *bis* nouveau (non rétroactivité des règles de procédure du présent projet), elle a voté un amendement de suppression de l'article 54 *ter* nouveau, estimant que le comité d'entreprise disposait, en cas de concentration, d'autres moyens d'information que ceux rendus obligatoires par cet article.