

N° 437

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2004-2005

Annexe au procès-verbal de la séance du 29 juin 2005

AVIS

PRÉSENTÉ

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, pour la **confiance** et la **modernisation de l'économie**,*

Par M. François-Noël BUFFET,

Sénateur.

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

Voir les numéros :

Assemblée nationale (12^{ème} législ.) : 2249, 2342, 2329, 2333 et T.A. 458

Sénat : 433, 436, 438 (2004-2005)

Politique économique.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS.....	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL.....	7
I. LA NÉCESSITÉ DE MESURES NOUVELLES DESTINÉES À FACILITER LE FONCTIONNEMENT ET L'ACTIVITÉ DES ENTREPRISES	8
A. UN DROIT DES SOCIÉTÉS EN QUÊTE D'UNE PLUS GRANDE SOUPLESSE ET D'UNE MEILLEURE TRANSPARENCE	9
B. UNE MODERNISATION DU DROIT DES SÛRETÉS INDISPENSABLE POUR ASSURER UN MEILLEUR FINANCEMENT DES ENTREPRISES	11
II. LE CHAMP DE LA SAISINE DE VOTRE COMMISSION DES LOIS : LES MESURES RELATIVES AU STATUT JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS ET DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS, AU DROIT DES SÛRETÉS AINSI QU'AU DROIT DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES	12
A. DES AMÉNAGEMENTS PONCTUELS OPPORTUNS AU DROIT DES SOCIÉTÉS	12
B. UN ASSOUPPLISSEMENT UTILE DES LIMITES D'ÂGE DANS LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DE L'ÉTAT	13
C. UNE HABILITATION D'AMPLEUR POUR UNE RÉNOVATION PROFONDE ET NÉCESSAIRE DU DROIT DES SÛRETÉS	14
D. DES DISPOSITIONS DESTINÉES À RÉFORMER LE DROIT DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES	15
III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES LOIS : APPROUVER LES ORIENTATIONS DU PROJET DE LOI TOUT EN CONFORTANT SES DISPOSITIONS	16
A. AMÉLIORER LA COHÉRENCE JURIDIQUE DES DISPOSITIONS RELATIVES AU DROIT DES SOCIÉTÉS ET AU DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE.....	16
B. ACCEPTER LA RÉFORME PAR ORDONNANCE DU DROIT DES SÛRETÉS SOUS RÉSERVE DE LA SUPPRESSION DU PRET VIAGER HYPOTHÉCAIRE.....	17
EXAMEN DES ARTICLES.....	19
TITRE PREMIER – ADAPTER L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	19
• <i>Article premier</i> (art. L. 225-37 et L. 225-82 du code de commerce) Participation au conseil d'administration et au conseil de surveillance par des moyens de télétransmission	19
• <i>Article 2</i> (art. L. 225-96, L. 225-98 et L. 225-99 du code de commerce) Règles de quorum dans les assemblées générales et spéciales des sociétés anonymes	25

• <i>Article 2 ter (nouveau)</i> (art. L. 225-102-1 et L. 225-235 du code de commerce) Information de l'assemblée générale ordinaire sur les éléments de rémunération et les avantages reçus par chaque mandataire social	32
• <i>Article 3</i> (art. 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public) Alignement des règles de limite d'âge des dirigeants des établissements publics de l'Etat sur celles applicables aux sociétés anonymes	37
• <i>Article 3 bis (nouveau)</i> Exercice des fonctions de conseil et d'audit des commissaires aux comptes au sein des personnes morales contrôlées par l'Etat	42
• <i>Article 6</i> Habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures visant à réformer le droit des sûretés	44
 TITRE III – SIMPLIFIER L'ACCÈS AU MARCHÉ ET RENFORCER LA CONFIANCE DES INVESTISSEURS	61
 CHAPITRE II RENFORCER LA CONFIANCE DES INVESTISSEURS	61
• <i>Article 12</i> (art. L. 233-3, L. 233-7, L. 233-8 et L. 233-9 du code de commerce) Modification des règles relatives au contrôle des sociétés et aux obligations déclaratives en cas de franchissement de seuils de participation	61
• <i>Article 23</i> Extension de l'habilitation à modifier et codifier le droit relatif aux propriétés publiques	76
• <i>Article 24 (nouveau)</i> Autorisation d'aliénation d'un immeuble du domaine public de l'Etat	80
 ANNEXES	83
 ANNEXE 1 – LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR M. FRANÇOIS-NOËL BUFFET, RAPPORTEUR POUR AVIS	85
 ANNEXE 2 – LISTE DES AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR VOTRE COMMISSION DES LOIS	87

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Réunie le mercredi 29 juin 2005 sous la présidence de M. Jean-Jacques Hyest, président, la commission a examiné le **rapport pour avis de M. François-Noël Buffet sur les dispositions entrant dans le champ de sa compétence du projet de loi n° 2249** (A.N, XIIème législature) **pour la confiance et la modernisation de l'économie.**

Exposant l'économie générale du projet de loi, le rapporteur pour avis a souligné que le texte entendait assurer la transparence nécessaire et apporter les éléments de modernisation souhaitables pour favoriser la croissance et l'investissement. Il a souligné que la saisine pour avis de la commission des Lois portait sur les mesures relatives au droit des sociétés, au droit des sûretés et au droit public, domaines relevant de sa compétence.

Il a souligné que si les mesures relatives au droit des sociétés n'avaient qu'un caractère ponctuel, le texte proposait en revanche une réforme globale du droit des sûretés en autorisant le Gouvernement à l'effectuer par ordonnance. Il a jugé que le recours à la procédure des ordonnances ne pourrait être acceptable en cette matière que si son exercice était particulièrement encadré et son domaine précisément délimité, saluant les modifications apportées sur ce point par l'Assemblée nationale.

La commission des Lois a adopté **11 amendements** tendant, outre à apporter des modifications de précision ou d'ordre rédactionnel, à :

- définir un **régime juridique unique et simplifié pour la tenue des conseils d'administration et des conseils de surveillance des sociétés anonymes par des moyens de visioconférence ou de télécommunication** (article 1^{er}) ;

- préciser la **nature des engagements liant la société à ses dirigeants devant être soumis à la procédure des conventions réglementées** (article 2 *bis*) ;

- préciser la **nature des engagements liant la société à ses dirigeants devant faire l'objet d'une obligation d'information spécifique dans le rapport annuel** présenté à l'assemblée générale de la société (article 2 *ter*) ;

- préciser et clarifier le dispositif relatif aux limites d'âge des dirigeants des établissements publics et des entreprises publiques relevant de l'Etat (article 3) ;

- **préciser certains aspects de l'habilitation accordée au Gouvernement à réformer par ordonnance le droit des sûretés tout en supprimant toute possibilité d'introduire en droit français la pratique du prêt viager hypothécaire** (article 6).

Sous le bénéfice de ces observations et des amendements qu'elle a adoptés, la commission a donné un avis favorable à l'adoption des dispositions du projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie dont elle s'est saisie.

Mesdames, Messieurs,

Le Sénat est saisi, en première lecture, du projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie adopté, après déclaration d'urgence, par l'Assemblée nationale le 28 juin 2005.

Ce texte, comportant initialement 23 articles et désormais constitué de 37 articles depuis son adoption par l'Assemblée nationale, tend à modifier divers aspects de notre législation afin d'éviter des situations de blocages qui pénalisent le fonctionnement et le financement des entreprises, freinant ainsi la croissance et les créations d'emplois qui l'accompagnent.

Comportant, pour l'essentiel, des dispositions devant figurer, à l'origine, dans un projet de loi plus global en faveur des entreprises et de l'économie, que le Gouvernement a souhaité scinder en deux projets de loi distincts¹, le texte qui vous est soumis se compose de **cinq titres**. Il comporte des mesures destinées à :

- « *adapter l'environnement juridique des entreprises* » (titre premier) ;

- « *moderniser les outils de financement des entreprises* » (titre II) ;

- « *simplifier l'accès au marché et renforcer la confiance des investisseurs* » (titre III) ;

- « *financer la croissance par la mobilisation de l'épargne* » (titre IV) ;

Il comporte un dernier titre comprenant des dispositions diverses (titre V).

¹ Les autres dispositions figurant dans le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, adopté en première lecture par le Sénat le 16 juin 2005, texte adopté n° 120 (Sénat, 2004-2005).

Le présent projet de loi a été renvoyé, pour son examen au fond, à la commission des Finances qui a désigné notre excellent collègue Philippe Marini en qualité de rapporteur. Votre commission des Lois a cependant souhaité se **saisir pour avis de 10 articles** se situant dans son champ traditionnel de compétence.

Cette démarche l'a conduite à examiner :

- les mesures concernant de manière spécifique le **droit des sociétés**. Ainsi, votre commission a souhaité examiner les **articles 1 à 2 ter** du projet de loi, qui tendent à apporter certaines améliorations ponctuelles aux conditions de fonctionnement et d'information des sociétés anonymes, ainsi que l'**article 12** concernant les obligations d'information en cas de franchissement de seuils de participations ;

- les mesures relatives, d'une part, à la limite d'âge applicable aux **dirigeants des établissements publics et entreprises de l'Etat (article 3)** et, d'autre part, à l'exercice des **missions de commissaire aux comptes** au sein de ces entités (**article 3 bis**) ;

- la disposition tendant à habiliter le Gouvernement à **réformer en profondeur, par ordonnance, le droit des sûretés (article 6)** ;

- les dispositions relatives, d'une part, à l'adoption, par ordonnance, du **code des propriétés publiques (article 23)** et, d'autre part, à la **vente de certains locaux parisiens** affectés à l'Ecole nationale d'administration (**article 24**).

I. LA NÉCESSITÉ DE MESURES NOUVELLES DESTINÉES À FACILITER LE FONCTIONNEMENT ET L'ACTIVITÉ DES ENTREPRISES

Ainsi que le relève l'exposé des motifs du projet de loi, bien que la situation financière des entreprises ait rarement été aussi saine, « *nombre de projets d'investissement ne trouvent pas leurs financements* » et nombre de capitaux se trouvent « *en jachère* ». Les mesures figurant dans le présent projet de loi ont donc pour objet d'apporter les réformes nécessaires à la reprise de l'investissement et de la croissance.

A. UN DROIT DES SOCIÉTÉS EN QUÊTE D'UNE PLUS GRANDE SOUPLESSE ET D'UNE MEILLEURE TRANSPARENCE

La confiance des investisseurs dans les structures économiques est l'élément clé de toute croissance. Or, cette confiance a été largement altérée, dans les dernières années, par des scandales dont les affaires Enron, aux Etats-Unis, en 2001, et Parmalat, en Italie, en 2004, sont les exemples les plus symptomatiques.

Depuis cette date, les pouvoirs publics, mais également les acteurs économiques eux-mêmes, ont pris conscience de la nécessité de réformes destinées à accroître la transparence des activités économiques et financières tout en en garantissant la souplesse, dans un monde des affaires qui, plus que jamais, revêt une dimension internationale.

La transparence de l'entreprise est, depuis quelques années, au cœur de la politique du Gouvernement. Sur ce plan, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière a constitué une étape importante. Toutefois, cette loi n'a pas réglé toutes les difficultés et de nouvelles réflexions ont été engagées depuis son entrée en vigueur.

Les **acteurs économiques** eux-mêmes ont cherché à renforcer la transparence dans la gouvernance des entreprises. Si cette démarche a été entamée dès le milieu des années 1990, en particulier avec les rapports sur le gouvernement d'entreprise rendus successivement en juillet 2005 et juillet 1999 par M. Marc Viénot, puis en septembre 2002, par M. Daniel Bouton, la réflexion s'est poursuivie au delà de l'adoption de la loi de sécurité financière. A ainsi été notamment soutenue l'idée de développer un véritable « statut du dirigeant ».

Le **Parlement** s'est aussi penché sur cette question. Ainsi, la commission des Lois de l'Assemblée nationale a constitué une mission d'information sur la réforme du droit des sociétés. Ses travaux ont donné lieu à l'adoption d'un rapport d'information, en décembre 2003, présenté par M. Pascal Clément, alors président de cette commission¹.

Au terme de leurs réflexions, nos collègues députés ont préconisé trois axes complémentaires de réforme. Ils ont souhaité, d'une part, réhabiliter l'actionnaire, cette orientation conduisant la mission d'information à prévoir notamment la certification par le commissaire aux comptes de la sincérité des informations relatives aux rémunérations individuelles ainsi que le renforcement de la possibilité pour l'actionnaire de faire valoir l'existence d'un préjudice personnel distinct du préjudice social en cas de consécration de la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion.

¹ *Rapport d'information n° 1270 (A.N., XIIème législature) de M. Pascal Clément au nom de la mission d'information de la commission des Lois sur la réforme du droit des sociétés.*

La mission d'information a, d'autre part, souhaité responsabiliser davantage le conseil d'administration, cette volonté la conduisant en particulier à préconiser une limitation du nombre des administrateurs et des aménagements dans la procédure de nomination de ceux-ci.

Les députés de la commission des Lois de l'Assemblée nationale ont également recherché une clarification des pratiques en matière de rémunération consistant, notamment, à davantage faire ressortir le lien entre performance et rémunération, ainsi qu'à charger l'Autorité des marchés financiers de fournir un formulaire normalisé sur les règles de présentation des rémunérations et de présenter des tableaux récapitulant les rémunérations des dirigeants de sociétés du SBF 120.

Sur la base de ces travaux, deux propositions de loi ont d'ailleurs été déposées à l'Assemblée nationale¹.

Au niveau européen, les institutions communautaires ont adopté trois directives visant à harmoniser les législations des différents Etats membres dans le but d'améliorer la transparence de l'information économique.

Ainsi, la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, couramment appelée « directive abus de marché », a harmonisé le cadre légal des dispositions de droit interne visant à préserver l'intégrité des marchés financiers.

La directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation a permis d'améliorer les conditions d'information des investisseurs dans le cadre des opérations publiques.

Enfin, la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE a cherché à accroître, dans l'ensemble des Etats membres, la transparence des informations données aux investisseurs, dès lors que « *la divulgation d'informations exactes, complètes et fournies aux moments adéquats sur les émetteurs de valeurs mobilières est garante d'une confiance durable des investisseurs et permet d'apprécier en connaissance de cause les*

¹ Proposition de loi n° 1304 relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux des sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées, de M. Christophe Caresche, déposée le 17 décembre 2003 ; proposition de loi n° 1407 rectifiée sur la gouvernance des sociétés commerciales, de M. Pascal Clément et plusieurs de ses collègues, déposée le 4 février 2004.

résultats économiques et les actifs de ces émetteurs, ce qui renforce à la fois la protection des investisseurs et l'efficacité du marché »¹.

Au surplus, la Commission européenne a lancé récemment une vaste campagne de consultation destinée à recueillir des contributions afin d'instituer de nouvelles réformes en vue d'une harmonisation plus large du droit des sociétés et des règles du gouvernement d'entreprise au sein des Etats membres de l'Union européenne. Ces consultations se fondent d'ailleurs sur l'approche nouvelle retenue par la Commission dans sa communication du 21 mai 2005 intitulée « *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - Un plan pour avancer* ».

B. UNE MODERNISATION DU DROIT DES SÛRETÉS INDISPENSABLE POUR ASSURER UN MEILLEUR FINANCEMENT DES ENTREPRISES

Le droit des sûretés, à l'origine inclus exclusivement dans le code civil, a, contrairement au droit des personnes et de la famille, été très peu modifié depuis 1804.

Ces réformes ponctuelles ayant été menées sans cohérence d'ensemble, il se trouve actuellement dispersé dans des textes épars : code de la consommation, code monétaire et financier, diverses Lois. Par ailleurs, la pratique des affaires a créé un certain nombre d'instruments, de fait très utilisés, comme le droit de rétention ou la garantie autonome, qui, bien que consacrés par la jurisprudence, n'ont pas de reconnaissance légale.

Il en résulte un manque de lisibilité et de cohérence particulièrement dommageable, qui nuit à la diffusion de notre droit à l'étranger et à la sécurité juridique.

Or, le droit des sûretés est essentiel au développement économique. En effet, il détermine les règles relatives au crédit et aux investissements.

Un travail de lisibilité et de modernisation apparaît donc indispensable. Le président de la République a, lors du bicentenaire du code civil, souhaité sa rénovation dans un délai de cinq ans.

Un groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi a été mis en place en juillet 2003 à l'initiative du ministère de la justice et a rendu son rapport en mars 2005. Il préconise tout d'abord de regrouper dans le titre IV du code civil actuellement consacré à Mayotte les dispositions relatives aux sûretés du livre III du code civil, mais également du code de la consommation et du code monétaire et financier. Par ailleurs, il vise à établir des principes directeurs, à moderniser le cautionnement, à assouplir le principe de spécialité des sûretés réelles, et à consacrer de nouveaux instruments comme le gage

¹ Premier considérant de la directive 2004/109/CE.

sans dépossession, l'antichrèse-bail, l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire.

Parallèlement, le ministère de l'économie et des finances a souhaité réformer le crédit hypothécaire afin de soutenir la consommation et l'investissement. Il a donc chargé l'inspection générale des finances, le conseil général des ponts et chaussées et l'agence nationale pour l'information sur le logement d'étudier la possibilité d'introduire en droit français le prêt viager hypothécaire, qui permettrait à des personnes âgées de mobiliser leur actif résidentiel pour obtenir du crédit, et qui ne serait remboursable (capital et intérêts) que lors de leur décès ou de la vente de l'immeuble. L'inspection générale des finances et l'inspection générale des services judiciaires ont également remis en novembre 2004 un rapport consacré à l'hypothèque et au crédit hypothécaire, qui propose plusieurs mesures tendant à permettre de développer le crédit hypothécaire mobilier.

II. LE CHAMP DE LA SAISINE DE VOTRE COMMISSION DES LOIS : LES MESURES RELATIVES AU STATUT JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS ET DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS, AU DROIT DES SÛRETÉS AINSI QU'AU DROIT DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES

A. DES AMÉNAGEMENTS PONCTUELS OPPORTUNS AU DROIT DES SOCIÉTÉS

A l'instar du projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, le présent projet de loi entend apporter au droit des sociétés divers aménagements ponctuels destinés à lever certaines rigidités. Celles-ci peuvent en effet constituer un frein au fonctionnement efficace des entreprises et, partant, au développement de l'économie. Dans ce cadre, le présent projet de loi, tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, présente cinq aménagements ponctuels dont votre commission a souhaité se saisir.

La possibilité d'une **participation au conseil d'administration et au conseil de surveillance de sociétés anonymes est assouplie en permettant l'utilisation de tout procédé de télétransmission** alors que, depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, seule la visioconférence est autorisée pour faire participer des personnes non physiquement présentes lors de la réunion de ces organes (**article premier**).

Afin de mettre un terme à une situation souvent rencontrée en pratique consistant dans le fait que les assemblées d'actionnaires ne sont quasiment jamais en mesure de se prononcer valablement sur première

convocation, le texte propose d'abaisser **les seuils de quorum tant pour les assemblées générales ordinaires que les assemblées générales extraordinaires**. Cet aménagement devrait faciliter la prise de décision au sein de la société anonyme (**article 2**).

A l'initiative de l'Assemblée nationale, deux dispositions destinées à imposer une **plus grande transparence dans les rémunérations et compléments de rémunération de toute nature offerts aux mandataires sociaux** ont été adoptées en vue :

- pour l'une, **d'informer l'assemblée générale sur tous les éléments de rémunération ou avantages consentis par la société aux dirigeants sociaux**, y compris les sommes versées au titre de la prise de fonction, couramment appelées « golden hellos » et les indemnités de retraites ainsi que les indemnités de fin de mandat telles que les « golden parachutes » et les pensions ou compléments de retraite (**article 2 bis**) ;

- pour l'autre, de **soumettre à la procédure des conventions réglementées l'octroi d'éléments de rémunération ou d'avantages liés à la cessation de fonction des dirigeants sociaux** (**article 2 ter**).

Afin d'assurer une plus grande transparence et une meilleure information tant des actionnaires que des investisseurs, le présent projet de loi prévoit enfin d'améliorer les dispositifs relatifs au contrôle des sociétés et aux obligations déclaratives en cas de franchissement de seuils de participations (**article 12**).

B. UN ASSOUPPLISSEMENT UTILE DES LIMITES D'ÂGE DANS LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DE L'ÉTAT

Le souci du Gouvernement d'assouplir un cadre juridique jugé souvent trop rigide, même lorsqu'il s'agit d'entreprises publiques ou d'établissements de droit public exerçant une activité de nature économique, l'a conduit à prévoir un **alignement partiel des limites d'âges des présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'Etat sur celles applicables aux sociétés commerciales**.

Ainsi, dans les sociétés commerciales contrôlées par l'Etat, le droit commun s'appliquerait. Dans les établissements publics de l'Etat, la limite d'âge de ces dirigeants serait fixée, par principe, à soixante-cinq ans, les textes régissant ces entités pouvant cependant prévoir un autre butoir (**article 3**).

C. UNE HABILITATION D'AMPLEUR POUR UNE RÉNOVATION PROFONDE ET NÉCESSAIRE DU DROIT DES SÛRETÉS

L'article 6 autorise le Gouvernement à prendre des ordonnances dans un délai de neuf à douze mois suivant la publication de la présente loi, chaque ordonnance devant ensuite faire l'objet d'un projet de loi de ratification déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de sa publication.

Le projet de loi initial prévoyait une habilitation extrêmement large puisqu'elle concernait toutes les sûretés visées par le code civil, qu'elles soient personnelles (cautionnement) ou réelles (nantissement, gage, antichrèse, hypothèque).

Par ailleurs, il proposait également de réformer la délégation, la cession de créance, la subrogation personnelle, la novation, le contrat de rente viagère et la vente à réméré, qui constituent des **obligations** pouvant pour certaines d'entre elles être utilisées comme sûretés.

De plus, il prévoyait la **réception de certaines pratiques des affaires** reconnues par la jurisprudence comme la garantie autonome, la lettre d'intention et le droit de rétention.

Il tendait en outre à insérer dans le code civil les dispositions relatives à la clause de réserve de propriété et à réformer les règles relatives à **l'expropriation forcée** afin de rétablir l'efficacité des sûretés et à apporter les **coordinations** nécessaires au code du commerce, au code des assurances, au code monétaire et financier et au code de la consommation.

L'Assemblée nationale a, à l'initiative du président et rapporteur de la commission des Lois, M. Philippe Houillon, et avec l'avis favorable tant du Gouvernement que de la commission des Finances, considérablement **restreint et précisé le champ de cette habilitation**, en considérant que l'absence de précision quant aux finalités poursuivies ne respectait pas les exigences de l'article 38 de la Constitution.

En effet, il est apparu que la concertation sur les propositions formulées par le groupe de travail de réforme du droit des sûretés n'était pas encore achevée et que de nombreuses questions n'avaient pu être tranchées par la Chancellerie.

Par conséquent, l'Assemblée nationale a **supprimé les habilitations concernant le cautionnement**, sûreté personnelle très utilisée par les particuliers, **le nantissement de meubles incorporels**, très controversé, et les **privilèges**, ainsi que celles ne concernant pas directement le droit des sûretés (**délégation et cession de créance, subrogation personnelle, novation, contrat de rente viagère et vente à réméré**).

Elle a par ailleurs **précisé les finalités de l'habilitation concernant les sûretés réelles mobilières**, en permettant d'introduire dans le code de commerce des dispositions permettant le **nantissement de stocks des entreprises**, et de modifier les dispositions du code civil pour simplifier la constitution des sûretés réelles mobilières et leurs effets, **étendre leur assiette** (sur un ensemble de biens, présents ou futurs) et autoriser le **gage sans dépossession** (mais publié), le gage avec dépossession perdurant.

S'agissant des **sûretés réelles immobilières**, elle a prévu la **consécration de l'antichrèse-bail**, qui autorise le créancier à donner à bail l'immeuble dont le débiteur s'est dépossédé à titre de garantie et a visé le développement du crédit hypothécaire en permettant l'introduction de deux nouveaux instruments anglo-saxons, le **crédit hypothécaire rechargeable et le prêt viager hypothécaire**, en simplifiant la mainlevée de l'inscription hypothécaire et en diminuant son coût, tout en veillant à protéger les intérêts des personnes en bénéficiant.

D. DES DISPOSITIONS DESTINÉES À RÉFORMER LE DROIT DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES

L'article 34 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit avait **autorisé le Gouvernement à intervenir dans le domaine de la loi** afin de prendre les « *mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter les dispositions relatives à la définition, à l'administration, à la protection et au contentieux du domaine public et du domaine privé, mobilier comme immobilier, de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics, à l'authentification des actes passés par ces personnes publiques, au régime des redevances et des produits domaniaux, tant en ce qui concerne leur institution que leur recouvrement, ainsi que celles relatives à la réalisation et au contrôle des opérations immobilières poursuivies par ces collectivités, afin de les simplifier, de les préciser, de les harmoniser, d'améliorer la gestion domaniale et de les codifier* ».

Au terme du délai imparti pour cette première habilitation, cette codification à droit non constant n'avait cependant pu aboutir. Aussi la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit a-t-elle, en son article 89, prévu une nouvelle habilitation, pour un délai de six mois, expirant le 10 juin 2005.

Conscient qu'à nouveau, ce délai ne pourrait être respecté, le Gouvernement sollicite du Parlement une **nouvelle habilitation, d'une durée de six mois à compter de la publication de la présente loi, afin de voir le code des propriétés publiques définitivement adopté par ordonnance (article 23)**.

L'Assemblée nationale a également adopté une disposition plus ponctuelle, autorisant la vente, dans leur nature et leur affectation actuelle, de certains locaux actuellement occupés, à Paris, par l'Ecole nationale d'administration (**article 24**). Une disposition législative est nécessaire du fait que cet immeuble appartient au domaine public de l'Etat.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES LOIS : APPROUVER LES ORIENTATIONS DU PROJET DE LOI TOUT EN CONFORTANT SES DISPOSITIONS

Votre commission des Lois approuve pleinement les orientations du présent projet de loi qui visent à accroître la confiance des investisseurs pour favoriser la croissance de l'économie française. Elle vous soumet cependant **11 amendements** tendant, outre à apporter diverses améliorations rédactionnelles, à conforter les dispositifs du projet de loi.

A. AMÉLIORER LA COHÉRENCE JURIDIQUE DES DISPOSITIONS RELATIVES AU DROIT DES SOCIÉTÉS ET AU DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

Concernant la possibilité d'une **participation aux réunions du conseil d'administration ou du directoire** par le biais de la télétransmission, votre commission vous soumet un amendement tendant à simplifier le dispositif retenu par l'Assemblée nationale, en prévoyant un **régime unique applicable à l'ensemble des moyens de télécommunication réservant aux statuts la possibilité de prévoir une faculté d'opposition au profit d'une majorité d'administrateurs physiquement présents (article premier)**.

S'agissant des dispositifs introduits par l'Assemblée nationale relatifs aux **éléments de rémunération et aux avantages accordés aux dirigeants sociaux** (articles *2 bis* et *2 ter*), votre commission vous soumet plusieurs amendements tendant à **préciser le champ d'application du régime des conventions réglementées et des obligations d'information prévus par ces articles afin que les dispositifs en cause s'appliquent à toute contrepartie financière versée aux dirigeants**, cette formulation permettant notamment d'inclure les indemnités versées au titre d'une clause de non-concurrence.

Elle vous propose également de **préciser et de rendre plus lisible le dispositif relatif aux limites d'âge dans les entreprises et établissements publics de l'Etat (article 3)**.

B. ACCEPTER LA RÉFORME PAR ORDONNANCE DU DROIT DES SÛRETÉS SOUS RÉSERVE DE LA SUPPRESSION DU PRÊT VIAGER HYPOTHÉCAIRE

Pour la seconde fois en moins d'un an, le Gouvernement sollicite du Parlement une habilitation à réformer par ordonnances le code civil, en arguant de la grande technicité de la réforme et de l'encombrement de l'ordre du jour des deux assemblées.

Si la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit prévoyait une habilitation à réformer le droit de la filiation par ordonnances, cette réforme n'était présentée que comme un ensemble de mesures de coordinations permettant de tirer les conséquences de l'égalité des filiations, qu'elles soient légitimes ou naturelles, et d'harmoniser les actions judiciaires relatives à la filiation.

Cette fois-ci, **le dessaisissement du Parlement est d'autant plus préoccupant qu'il concerne un livre entier du code civil, et que les mesures proposées comportent des innovations importantes** en matière de droit des sûretés, comme l'assouplissement du principe de spécialité des hypothèques et l'introduction de deux nouveaux instruments controversés : l'hypothèque rechargeable et du prêt viager hypothécaire.

Or, votre rapporteur pour avis n'a pu avoir connaissance d'avant-projets d'ordonnances. De l'aveu même de la Chancellerie, la concertation est encore en cours, l'insertion de cette réforme dans le présent projet de loi n'ayant initialement pas été envisagée.

Dès lors, il pourrait apparaître prématuré de prévoir des réformes d'une telle importance. L'Assemblée nationale a d'ailleurs très justement supprimé des pans entiers de l'habilitation.

Votre commission vous propose de **supprimer la référence au prêt viager hypothécaire**, tous les rapports ayant souligné les risques qu'il comportait, tant pour les emprunteurs potentiels que pour les établissements financiers. Dès lors, en raison de l'importance des règles protectrices à mettre en place (notamment si l'on adopte le système de garantie fédérale en vigueur aux Etats-Unis), il ne paraît pas possible de décider d'une telle introduction en droit français par ordonnance. L'examen prochain par le Parlement d'un projet de loi de réforme du droit des successions pourrait permettre à la représentation nationale d'examiner l'opportunité et les modalités possibles d'une telle réception.

Par ailleurs, votre commission vous propose un **amendement de clarification** des définitions données à la garantie autonome, la lettre d'intention et le droit de rétention.

Enfin, si l'engagement pris par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, M. Thierry Breton, lors de l'examen du texte à l'Assemblée nationale, d'associer les parlementaires intéressés à la préparation des ordonnances, apparaît louable, il ne doit pas dispenser le Gouvernement de **veiller à ce que chacun des projets de loi de ratification soit inscrit le plus rapidement possible à l'ordre du jour des assemblées**, afin de permettre au Parlement de délibérer sur le contenu des ordonnances.

*

* *

Au bénéfice de ces observations et sous réserve des amendements qu'elle vous soumet, votre commission a donné un avis favorable à l'adoption du projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE PREMIER ADAPTER L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Article premier

(art. L. 225-37 et L. 225-82 du code de commerce)

Participation au conseil d'administration et au conseil de surveillance par des moyens de télétransmission

Cet article tend à autoriser la participation aux réunions du conseil d'administration et du conseil de surveillance par tout moyen de télétransmission.

1. Le droit en vigueur

L'article L. 225-37 du code de commerce détermine les conditions de quorum et de majorité dans lesquelles sont prises les décisions du conseil d'administration dans le cadre des sociétés anonymes à structure moniste. Aux termes de cette disposition, le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents, toute clause contraire des statuts étant réputée non écrite. Les décisions sont alors prises à la majorité des membres présents ou représentés, sauf si les statuts prévoient une majorité plus forte.

L'article L. 225-82 du même code prévoit un dispositif similaire pour les décisions du conseil de surveillance dans le cadre des sociétés anonymes à structure dualiste.

Afin de faciliter la tenue des séances de ces organes et de prendre en compte les moyens technologiques nouveaux, **l'article 105 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a permis, en l'encadrant, l'utilisation de moyens de visioconférence.**

Aux termes du dispositif actuel, le règlement intérieur du conseil d'administration ou du conseil de surveillance peut prévoir que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les administrateurs ou les

membres du conseil qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Le décret n° 2002-803 du 2 mai 2002 portant application de la troisième partie de la loi sur les nouvelles régulations économiques a précisé que ces moyens devaient « *satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant une participation effective à la réunion du conseil dont les délibérations sont retransmises de façon continue* »¹.

Toutefois, l'utilisation de la visioconférence est soumise à **deux types de restrictions** :

- d'une part, le recours à la visioconférence **ne doit pas être interdit par les statuts** ;

- d'autre part, et en tout état de cause, le procédé de la visioconférence **n'est pas autorisé pour la prise de certaines décisions**, limitativement énumérées.

Ainsi, dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, le recours à la visioconférence est interdit pour l'élection du président du conseil d'administration (article L. 225-47 du code de commerce), la désignation de directeurs généraux délégués (article L. 225-53), la révocation du directeur général et des directeurs généraux délégués (article L. 225-55), l'établissement de l'inventaire, des comptes annuels et du rapport de gestion (article L. 232-1) ainsi que l'établissement des comptes consolidés et du rapport de gestion de groupe (article L. 233-16).

Dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, le recours à la visioconférence est interdit pour la désignation des membres du directoire ou du directeur général unique (article L. 225-59 du code de commerce) ainsi que pour leur révocation (article L. 225-61), et pour l'élection du président et du vice-président du conseil de surveillance (article L. 225-81). L'établissement du rapport de gestion, des comptes annuels, éventuellement consolidés, ne figure pas dans les décisions pour lesquelles la visioconférence est exclue, dès lors que l'établissement de ces documents ressortit, en réalité, à la compétence du directoire.

La visioconférence n'a cependant connu qu'un succès relatif dans les sociétés anonymes françaises, notamment compte tenu de contraintes techniques particulières.

¹ Article 84-1 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales. Voir également l'article 108-1 du même texte qui renvoie à cette dernière disposition dans le cadre du conseil de surveillance.

2. Les modifications apportées par le projet de loi

Approfondissant la démarche initiée par le législateur dans le cadre de la loi précitée du 15 mai 2001, le présent article tend à dépasser le strict cas de la visioconférence pour concerner les « *moyens de télétransmission* » permettant la participation aux réunions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de personnes qui n'y seraient pas physiquement présentes.

Lors des auditions qu'il a conduites, votre rapporteur pour avis a pu constater qu'une telle mesure répondait à un souhait exprimé à de nombreuses reprises par les représentants des grandes sociétés. Ces derniers ont en effet mis en exergue le fait que l'accroissement du nombre d'administrateurs indépendants¹ au sein des conseils d'administration ou de surveillance, conformément aux préconisations des rapports Viénot et Bouton sur le gouvernement d'entreprise², rendait de plus en plus difficile la réunion de ces organes, alors même qu'il était de « bonne gouvernance » que ces derniers puissent se réunir plusieurs fois par an.

De fait, la participation par divers moyens de télécommunication aux réunions des organes des sociétés similaires aux sociétés anonymes est déjà reconnue par plusieurs législations étrangères. Tel est le cas notamment en Allemagne³ ainsi qu'en Italie⁴.

● Dans sa rédaction initiale, le premier paragraphe (I) du présent article prévoyait de modifier l'article L. 225-37 du code de commerce afin **d'autoriser, dans les conseils d'administration, l'usage de « *moyens de télétransmission dont la nature et les modalités d'utilisation* » seraient déterminées par décret en Conseil d'Etat**. La notion retenue était large, puisqu'elle permettait, outre des moyens de visioconférence, l'utilisation du téléphone voire des moyens résultant de l'Internet.

Selon les informations communiquées à votre rapporteur pour avis, ce renvoi au pouvoir réglementaire devrait permettre à ce dernier de prévoir la sécurisation de la transmission et la façon dont les administrateurs pourront

¹ C'est-à-dire qui n'entretiennent aucune relation avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement.

² Selon le document « *Principes de gouvernement d'entreprise résultant de la consolidation des rapports conjoints de l'AFEP et du MEDEF de 1995, 1999 et 2002* », « même si la qualité du conseil d'administration ne saurait se résumer en un pourcentage d'administrateurs indépendants, les administrateurs devant avant tout être compétents, actifs, présents et « impliqués », il est important d'avoir une présence au sein du conseil d'administration d'une proportion significative d'administrateurs indépendants qui non seulement répond à une attente du marché, mais également est de nature à améliorer la qualité des délibérations. La part des administrateurs indépendants doit être de la moitié des membres du conseil dans les sociétés au capital dispersé et dépourvues d'actionnaires de contrôle. Dans les autres, la règle « d'au moins un tiers » fixée par le rapport Viénot de juillet 1999 doit être respectée. » (pp. 14-15).

³ Article 108 de la loi sur les sociétés.

⁴ Article 2388 du code civil.

apporter la preuve qu'ils sont bien en communication permanente avec le conseil d'administration au cours de sa réunion. Le décret en Conseil d'Etat devrait, en particulier, exclure l'usage de la télécopie. Compte tenu de ses caractéristiques techniques, ce procédé est en effet jugé dépourvu de réelle force probante par la jurisprudence¹.

L'utilisation de ces moyens de télétransmission était cependant soumise à **trois types de limites** :

- d'une part, **l'utilisation** de moyens de télétransmission **était interdite lorsque le conseil d'administration se réunit**, en application de l'article L. 232-1 du code de commerce, **pour établir l'inventaire, les comptes sociaux et le rapport de gestion** destinés à être soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire des associés, ainsi que, en application de l'article L. 233-16 du même code, **pour établir les comptes consolidés** si la société est soumise à cette dernière obligation ;

- d'autre part, les **statuts** pouvaient, comme à l'heure actuelle, **interdire purement et simplement** l'utilisation de moyens de télétransmission ;

- enfin, les **statuts** pouvaient **limiter la nature des décisions susceptibles d'être prises** lors d'une réunion du conseil d'administration se tenant grâce à des moyens de télétransmission. Cette mesure était de nature à donner une certaine souplesse, chaque société pouvant décider, en fonction des désirs de ses actionnaires, de favoriser de manière plus importante la participation physique de ses administrateurs au cours des réunions du conseil d'administration.

Le second paragraphe (II) de cet article organisait, dans sa rédaction initiale, un dispositif similaire pour la tenue des séances du **conseil de surveillance**, modifiant à cette fin l'article L. 225-82 du code de commerce. Il prévoyait les mêmes types de limites que celles posées à l'égard du conseil d'administration et interdisait notamment l'utilisation de la télétransmission pour l'établissement des comptes annuels et des comptes consolidés, alors même que cet établissement ressortit à la compétence du directoire dans les sociétés anonymes dualistes.

• Le présent article a fait **l'objet d'une réécriture complète par l'Assemblée nationale**, à l'initiative de sa commission des Lois, le Gouvernement s'en étant remis à la sagesse des députés.

M. Philippe Houillon, rapporteur pour avis, a en effet souhaité, d'une part, **dissocier le régime de la visioconférence de celui applicable aux autres formes de télétransmission**. En conséquence, l'autorisation de recourir à la télétransmission serait définie dans un dispositif autonome par

¹ Cour de cassation, 1^{ère} ch. civile, 28 mars 2000, Bull. civ. I n° 106.

rapport à celui régissant la visioconférence. Par la même occasion, le régime de la visioconférence serait modifié afin d'**autoriser son utilisation pour la désignation de directeurs généraux délégués ;**

D'autre part, il a cherché à **encadrer davantage les conditions d'utilisation des procédés de télétransmission autres que la visioconférence**, tant au sein du conseil d'administration que du conseil de surveillance.

Aux termes de la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale, le premier paragraphe (I) du présent article **prévoit, pour le conseil d'administration**, que :

- les statuts devraient préciser les cas et les conditions dans lesquels l'utilisation des moyens de télétransmission devrait intervenir ;

- tant la nature que les modalités d'utilisation des moyens de télétransmission ainsi que la preuve de l'identité des administrateurs **devraient être déterminées par décret en Conseil d'Etat ;**

- **un administrateur puisse s'opposer à l'usage d'un moyen de télétransmission ;**

- **l'utilisation de la télétransmission serait interdite pour l'élection du président du conseil d'administration, la révocation du directeur général et des directeurs généraux délégués, l'établissement de l'inventaire, des comptes annuels et du rapport de gestion ainsi que l'établissement des comptes consolidés et du rapport de gestion de groupe.**

Un dispositif quasi-similaire serait défini pour les réunions du conseil de surveillance par le second paragraphe (II) de la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale.

Les deux seules différences par rapport au I seraient que :

- l'utilisation de moyens de télétransmission autres que la visioconférence ne serait pas autorisée pour la désignation des membres du directoire ou du directeur général unique et leur révocation, ainsi que pour l'élection du président et du vice-président du conseil de surveillance ;

- le recours à des moyens de télétransmission autres que la visioconférence ne pourrait « *en tout état de cause concerner la totalité des réunions du conseil de surveillance de chaque année* ». Cette restriction vise à **assurer la tenue d'au moins une séance du conseil de surveillance à laquelle participeraient seules les personnes physiquement présentes ou les personnes reliées par visioconférence chaque année.**

3. La position de votre commission des Lois

Bien qu'elle soit favorable à ce que le dispositif initial du projet de loi soit précisé, votre commission **regrette la complexité découlant du dispositif nouveau issu de l'Assemblée nationale.**

Elle estime en effet que l'institution d'un régime distinct de celui de la visioconférence pour les autres procédés de télétransmission n'est pas totalement pertinent. En outre, elle juge que les cas dans lesquels il pourrait être recouru à ces différents procédés méritent d'être élargis compte tenu de l'internationalisation des conseils d'administration et conseils de surveillance des sociétés françaises. Par ailleurs, s'il peut être opportun d'instituer un droit d'opposition à l'usage d'un procédé de télétransmission, votre commission craint que reconnaître ce dernier à un seul administrateur constitue une source de blocage de nature à empêcher, en pratique, le fonctionnement de ce nouveau dispositif.

Votre commission vous soumet donc un **amendement de réécriture globale** de cet article afin d'apporter les modifications suivantes :

- **instaurer un régime juridique unique tant pour la visioconférence que pour les autres procédés de télétransmission.** La rédaction proposée ferait néanmoins référence aux « moyens de télécommunication » par analogie avec les dispositions figurant à l'article L. 225-107 du code de commerce concernant la participation des actionnaires aux assemblées générales ;

- **exclure**, par parallélisme avec le dispositif proposé pour le conseil d'administration, **l'utilisation de moyens de télécommunication lorsque le conseil de surveillance est amené**, en application du sixième alinéa de l'article L. 225-68 du code de commerce, **à vérifier et contrôler les documents devant être présentés par le directoire à l'assemblée générale ordinaire ;**

- **permettre aux statuts de prévoir un droit d'opposition à la tenue d'une réunion du conseil d'administration ou du conseil de surveillance au profit d'un nombre librement déterminé d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance.**

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

Article 2

(art. L. 225-96, L. 225-98 et L. 225-99 du code de commerce)

**Règles de quorum dans les assemblées générales
et spéciales des sociétés anonymes**

Cet article a pour objet d'assouplir les conditions de quorum dans les assemblées générales et spéciales des sociétés anonymes. A cet effet, il modifierait les articles L. 225-96, L. 225-98 et L. 225-99 du code de commerce.

1. Le droit en vigueur

Dans les sociétés anonymes, les assemblées générales d'actionnaires ne délibèrent valablement que si une règle de quorum est respectée. Le quorum représente le nombre d'actionnaires qui doivent être présents ou représentés lors d'une assemblée afin que celle-ci prenne des décisions juridiquement valables. A défaut d'un tel quorum, l'assemblée ne délibère pas valablement et ses décisions sont soumises à un régime d'annulation ou de nullité.

En vertu de l'article L. 225-96, l'assemblée générale extraordinaire, qui est seule compétente pour modifier les statuts et changer la nationalité de la société, ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent, sur première convocation, le tiers des actions ayant le droit de vote et, sur deuxième convocation, le quart de celles-ci. Lorsque ce dernier quorum n'est pas atteint, la seconde assemblée convoquée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Ces quorums résultent de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, qui marquait déjà un assouplissement sur le droit antérieur qui fixait à la moitié des actions possédant le droit de vote le quorum requis sur première convocation.

Pour l'assemblée générale ordinaire, compétente pour l'ensemble des questions qui ne ressortissent pas à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, un quorum n'est requis que sur première convocation. Il s'élève au quart des actions ayant le droit de vote. Aucun quorum n'est en revanche requis sur seconde convocation¹.

Enfin, des quorums sont prévus dans le cadre des assemblées spéciales d'actionnaires regroupant les détenteurs d'une catégorie spécifique d'actions. Depuis l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du droit des valeurs mobilières et extension à l'outre-mer des dispositions ayant modifié la législation commerciale, les porteurs d'actions de préférence sont ainsi regroupés dans une assemblée spéciale, conformément à l'article L. 228-19 du code de commerce.

¹ Article L. 225-98 du code de commerce.

Ces assemblées spéciales ne délibèrent valablement que si :

- sur première convocation, les actionnaires présents ou représentés représentent au moins la moitié des actions dont il est envisagé de modifier les droits ;

- sur seconde convocation, ces actionnaires représentent au moins le quart de ces actions. En tout état de cause, à défaut de ce dernier quorum, l'assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois à celle à laquelle elle était initialement convoquée.

2. Les modifications apportées par le projet de loi

Les règles actuelles en matière de quorum dans les assemblées d'actionnaires de sociétés anonymes soulèvent certaines difficultés pratiques.

En effet, compte tenu de l'importante dispersion du capital de nombreuses sociétés entre différents types d'actionnaires (actionnaires institutionnels français ou étrangers, actionnaires individuels), il est fréquent que les assemblées ne puissent valablement se prononcer sur première convocation, le quorum requis n'étant pas atteint. Selon les informations recueillies par votre rapporteur pour avis, environ 40 % des sociétés du CAC 40 ne peuvent voir délibérer valablement leurs assemblées que sur seconde convocation. Cette situation est particulièrement marquée dans les sociétés dans lesquels une forte part du capital est détenue par des investisseurs étrangers.

La pratique a certes cherché à remédier à cette situation. Ainsi, de nombreuses sociétés convoquent en réalité directement sur seconde convocation leurs actionnaires aux assemblées générales, une note de bas de page ou un renvoi précisant souvent sur la feuille de convocation que l'assemblée est en fait convoquée à une date antérieure de quelques jours mais ne pourra vraisemblablement pas se réunir faute d'atteindre le quorum requis.

Une telle situation n'est évidemment pas satisfaisante. Aussi le présent article prévoit-il un **abaissement général des quorums** des assemblées d'actionnaires.

• Le premier paragraphe (I), modifiant l'article L. 225-96 du code de commerce, abaisserait ainsi, après une modification d'ordre rédactionnel apportée par l'Assemblée nationale à l'initiative de sa commission des Lois avec l'avis favorable du Gouvernement, les quorums pour **l'assemblée générale extraordinaire**. Ceux-ci seraient désormais fixés :

- sur première convocation, aux actionnaires présents ou représentés possédant au moins le **quart** des actions ayant le droit de vote ;

- sur seconde convocation, aux actionnaires présents ou représentés possédant au moins le **cinquième** de ces actions.

La modification proposée devrait donc être de nature à faciliter la tenue des assemblées générales extraordinaires de sociétés anonymes.

Cependant, le texte proposé prévoirait que les **statuts des sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne pourraient prévoir un quorum plus élevé**.

Cette possibilité tend à préserver les équilibres qui peuvent exister au sein des sociétés anonymes dites « fermées », c'est-à-dire dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et pour lesquels il n'est pas fait recours à la publicité, au démarchage, à des établissements de crédit ou à des prestataires d'investissement¹.

- Le deuxième paragraphe (II) modifierait l'article L. 225-98 du code de commerce afin d'abaisser le quorum exigé sur première convocation de **l'assemblée générale ordinaire** aux actionnaires présents ou représentés possédant au moins le **cinquième** des actions ayant le droit de vote. L'absence de tout quorum serait maintenue sur seconde convocation.

Le texte proposé prévoirait également que les **statuts des sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne pourraient prévoir un quorum plus élevé**.

- Le troisième et dernier paragraphe (III) de cet article, introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative de sa commission des Lois avec l'avis favorable du Gouvernement, modifierait quant à lui l'article L. 225-99 du code de commerce afin d'abaisser les règles de quorum applicables dans les **assemblées spéciales d'actionnaires**.

Aux termes du texte proposé, les quorums seraient désormais fixés :

- sur première convocation, aux actionnaires présents ou représentés possédant au moins le **tiers** des actions dont la modification des droits est envisagée ;

- sur seconde convocation, aux actionnaires présents ou représentés possédant au moins le **cinquième** de ces actions.

A l'instar des rédactions précédentes, **les statuts des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne pourraient imposer des quorums plus élevés**.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'article 2 **sans modification**.

¹ Voir l'article L. 411-1 du code monétaire et financier.

Article 2 bis (nouveau)

(art. L. 225-42-1, L. 225-90-1, L. 225-22-1
et L. 225-79-1 nouveaux du code de commerce)

**Application du régime des conventions réglementées
aux engagements constituant des éléments de rémunération
ou des avantages dus à raison de la cessation des fonctions
des dirigeants sociaux ou postérieurement à celle-ci**

Cet article, inséré par l'Assemblée nationale à l'initiative du Gouvernement et avec l'avis favorable de la commission des Finances, a pour objet de **soumettre au régime des conventions réglementées les engagements constituant des éléments de rémunération ou des avantages dus à raison de la cessation des fonctions des dirigeants sociaux ou postérieurement à celle-ci**. Il créerait à cette fin quatre nouveaux articles au sein du code de commerce.

Lors des débats, M. Thierry Breton, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, a indiqué que le dispositif proposé faisait suite « *à la légitime émotion suscitée par les indemnités versées à certains dirigeants d'entreprises* » dans les mois précédents¹. En effet, l'opinion publique ainsi que plusieurs dirigeants politiques se sont émus de l'importance des indemnités et pensions de retraite versées à certains dirigeants de sociétés cotées après que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance eut mis fin à leurs fonctions.

1. Le droit en vigueur

A l'heure actuelle, aucune disposition législative ou réglementaire ne définit précisément les conditions dans lesquelles sont pris les engagements par une société anonyme -voire par une société qui la contrôle ou est contrôlée par cette dernière- au bénéfice des dirigeants sociaux correspondant à des éléments de rémunération ou à des avantages dus, ou susceptibles de l'être, à raison de la cessation de leurs fonctions ou postérieurement à celles-ci.

En l'absence de texte spécifique, la question posée en doctrine et en jurisprudence a été de savoir si le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, selon que la société anonyme est constituée sous forme moniste ou dualiste, était seul compétent pour octroyer des indemnités de départ aux dirigeants sociaux évincés (appelées couramment « golden parachutes ») ainsi qu'une pension de retraite complémentaire.

Dans le même temps, la question s'est posée de savoir si ces engagements, de nature contractuelle, devaient être soumis au régime des conventions réglementées ou si, au contraire, constituant de simples éléments de rémunération, ils étaient librement définis par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance en application de l'article L. 225-47 du code de commerce.

¹ JO AN, débats du 22 juin 2005, 1^{ère} séance.

Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, l'article L. 225-38 du code de commerce dispose en effet que toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et, notamment, son directeur général ou l'un de ses directeurs généraux délégués, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration, la personne intéressée ayant l'obligation d'informer le conseil d'administration de l'existence d'une telle convention¹. Cette autorisation n'est toutefois pas requise pour les « *conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales* »². Les conventions conclues sans autorisation peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société, mais peuvent être ratifiées par l'assemblée générale se prononçant sur le rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie³.

Dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, des dispositions similaires s'appliquent⁴.

Au terme d'une jurisprudence nuancée, il apparaît que l'octroi de pensions et de compléments de retraite aux dirigeants sociaux n'est pas soumis au régime des conventions réglementées dès lors qu'il a pour contrepartie des services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de leurs fonctions et si l'avantage accordé est proportionné à leurs services et ne constitue pas une charge excessive pour la société⁵. En revanche, il semble que les indemnités de départ, qui ne sont pas considérées comme une rémunération au sens de l'article L. 225-47 du code de commerce, doivent être soumises à la procédure des conventions réglementées⁶.

La situation actuelle implique donc une certaine insécurité juridique quant au régime applicable et au contrôle qu'il convient d'exercer sur les avantages et rémunérations susceptibles d'être octroyés à des dirigeants sociaux après la cessation de leurs fonctions.

2. Les modifications apportées par le projet de loi

- Le premier paragraphe (I) du présent article créerait quatre nouveaux articles dans le code de commerce.

- Le 1^o de ce paragraphe insérerait un article L. 225-42-1 dans le code de commerce, afin, **dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, de soumettre, de manière expresse, au régime des conventions**

¹ Article L. 225-40 du code de commerce.

² Article L. 225-39 du même code.

³ Article L. 225-42 du même code.

⁴ Article L. 225-86 à L. 225-90 du même code.

⁵ Cour de cassation, ch. commerciale, 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64 ; 24 octobre 2000, Bull. civ. IV, n° 166.

⁶ Cour de cassation, ch. commerciale, 18 octobre 1994, Bull. civ. IV, n° 304.

réglementées l'ensemble des engagements pris au bénéfice des **présidents, directeurs généraux et directeurs généraux délégués** « *correspondant à des éléments de rémunération ou des avantages dus à raison de ou postérieurement à la cessation de ces fonctions* ».

La formulation retenue serait ainsi suffisamment large pour s'appliquer à tout type de rémunération ou d'avantage, englobant en particulier les « golden parachutes » ainsi que les pensions ou les compléments de retraite. En revanche, on peut se demander si elle est à même de viser les indemnités versées dans le cadre d'une clause de non concurrence. Rappelons en effet que certaines sociétés imposent des obligations de non concurrence en cas de cessation de fonctions de leurs dirigeants en contrepartie desquelles elles peuvent verser des indemnités dont les montants peuvent être extrêmement importants.

Elle viserait, par ailleurs, tant les **engagements liant les personnes susnommées à la société que ceux liant celles-ci à une société contrôlée** par la société dans laquelle elles occupent leurs fonctions **ou qui contrôle** cette dernière « *au sens des II et III de l'article L. 233-16* », c'est-à-dire qui exerce un contrôle conjoint ou exclusif sur celle-ci¹.

Aux termes de la rédaction proposée, ces engagements devraient ainsi être soumis à **l'autorisation préalable du conseil d'administration**, l'article L. 225-38 du code de commerce étant applicable. En revanche, le texte proposé ne rendant pas applicable l'article L. 225-39 du même code, le principe de l'autorisation préalable ne connaîtrait **aucune exception**.

Le bénéficiaire de l'engagement serait par ailleurs tenu d'en informer le conseil d'administration, en application de l'article L. 225-40 du code de commerce.

L'absence d'autorisation préalable serait sanctionnée par une **annulation qui ne pourrait être prononcée, conformément à l'article L. 225-42 du code de commerce, que si elle a eu des conséquences dommageables pour la société, l'assemblée générale pouvant néanmoins ratifier ces engagements**, sur le rapport spécial des commissaires aux comptes.

¹ Selon le II de l'article L. 233-16 du code de commerce, le contrôle exclusif résulte :

« 1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

« 2° 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 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

« 3° 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. »

Aux termes du III du même article, le contrôle conjoint « est 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 dispositif adopté par l'Assemblée nationale **ne serait toutefois applicable que dans les seules sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé**, c'est-à-dire les sociétés cotées. *A contrario*, dans les autres sociétés, la jurisprudence actuelle continuerait à s'appliquer.

- Le 2° de ce paragraphe créerait un article L. 225-90-1 au sein du code de commerce, qui instaurerait, **dans les sociétés anonymes à directoire et à conseil de surveillance dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, un dispositif identique** à celui prévu par le 1°. Seraient en conséquence visés les engagements concernant l'ensemble des membres du directoire.

- Le 3° de ce paragraphe créerait un article L. 225-22-1 du code de commerce, afin de tenir compte de l'hypothèse dans laquelle, au sein d'une société anonyme dotée d'un conseil d'administration dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, une **personne liée par un contrat de travail avec la société ou une société contrôlée par elle ou qui la contrôle**, au sens des II et III de l'article L. 233-16 du code de commerce, **serait nommée aux fonctions de président, de directeur général ou de directeur général délégué**. Cette disposition spécifique vise, en réalité, le cas très particulier dans lequel un contrat de travail serait conclu au profit d'une personne qui serait nommée, dans le même temps, en qualité de président, de directeur général ou de directeur général délégué.

Dans cette hypothèse, les **dispositions du contrat de travail qui correspondraient à « des éléments de rémunération ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de ou postérieurement à la cessation ou au changement de fonction »** seraient soumises au régime des conventions réglementées dans les mêmes conditions que celles prévues au 1° et au 2° du présent paragraphe. Ainsi, toute possibilité de contournement serait évitée.

- Le 4° du présent paragraphe insérerait, dans le code de commerce, un article L. 225-79-1, afin de prévoir, **au sein des sociétés anonymes à directoire et à conseil de surveillance dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, un dispositif identique au 3°** de ce paragraphe. Seraient en conséquence concernées les personnes nommées membres du directoire.

Votre commission vous soumet **trois amendements** tendant à préciser le **champ d'application des éléments soumis à la procédure des conventions réglementées afin que n'existe aucune ambiguïté sur le fait que seraient soumises à cette procédure les sommes versées en contrepartie d'une clause de non concurrence applicable au dirigeant ayant cessé ses fonctions ou ayant changé de fonctions**.

• Le second paragraphe (II) prévoirait une **application rétroactive au 1^{er} mai 2005 des dispositions du I** de cet article.

Cette rétroactivité tend à éviter les effets d'aubaine résultant du délai s'étant écoulé entre la prise de position du Gouvernement sur la nécessité d'une intervention législative sur la question des indemnités de fin de mandat et l'adoption de la présente loi. En effet, M. Thierry Breton, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, ayant publiquement annoncé, lors d'un entretien télévisé du 23 avril 2003, les intentions du Gouvernement en la matière, il convient d'éviter que des engagements soient, en masse, passés selon la procédure actuelle afin de prévenir l'application de la procédure nouvellement instituée.

Rappelons, en tout état de cause, que la rétroactivité de dispositions législatives à caractère non répressif n'est pas considérée par le Conseil constitutionnel comme contraire à la Constitution¹.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 2 *bis* **ainsi modifié**.

Article 2 ter (nouveau)

(art. L. 225-102-1 et L. 225-235 du code de commerce)

**Information de l'assemblée générale ordinaire
sur les éléments de rémunération et les avantages
reçus par chaque mandataire social**

Cet article a été inséré par l'Assemblée nationale à l'initiative de sa commission des Lois et de son président d'alors, M. Pascal Clément, avec l'avis favorable du Gouvernement, après une modification apportée par sa commission des Finances, avec l'avis favorable du Gouvernement. Il tend à renforcer **l'information de l'assemblée générale ordinaire sur les éléments de rémunération et les avantages reçus par chaque mandataire social**.

1. Le droit en vigueur

La nécessité d'une certaine transparence sur les rémunérations des mandataires sociaux est allée de pair, à partir de la fin des années 1990, avec l'accroissement, dans des conditions parfois considérables, des sommes versées par les sociétés à leurs dirigeants. Cette prise de conscience a conduit le législateur à intervenir dès 2001.

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, modifiée par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière et, plus récemment, par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du droit des valeurs mobilières et extension à l'outre-mer des

¹ Conseil constitutionnel, 18 janvier 1985, décision n° 84-183 DC, considérant n° 4.

dispositions ayant modifié la législation commerciale, a ainsi imposé à l'article L. 225-102-1 du code de commerce que le rapport annuel présenté à l'assemblée générale par le conseil d'administration ou le directoire rende compte :

- de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice social, à chaque mandataire social, y compris sous forme d'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances de la société ou des sociétés mentionnées aux articles L. 228-13 et L. 228-93¹ ;

- du montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice social de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 ou de la société qui contrôle, au sens du même article, la société dans laquelle le mandat est exercé.

Ces dispositions ne sont cependant pas applicables :

- depuis la loi précitée du 1^{er} août 2003, aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, par une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ;

- depuis l'ordonnance précitée du 24 juin 2004, aux mandataires sociaux ne détenant aucun mandat dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

Le dispositif actuel, bien que marquant une plus grande transparence dans les pratiques des rémunérations des mandataires sociaux, est cependant jugé imparfait.

Ainsi, si l'Autorité des marchés financiers (AMF) constatait, en mars 2004, que 80 % des documents sociaux développaient une information précise sur les rémunérations et avantages des mandataires sociaux, elle encourageait les sociétés « à s'inspirer des meilleures pratiques constatées en matière d'information sur les modalités de calcul des mandataires sociaux » qui comprenaient, en particulier, « une information sur les primes d'arrivée et de départ » et « un développement sur les régimes complémentaires de retraite spécifiques mis en place pour certains mandataires sociaux »².

¹ C'est-à-dire les sociétés qui possèdent directement ou indirectement plus de la moitié du capital social de l'émettrice ou dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital.

² Recommandations pour l'élaboration des documents de référence relatifs à l'exercice 2003, Revue mensuelle de l'AMF, n° 1, mars 2004, p. 19.

La mission d'information constituée au sein de la commission des Lois de l'Assemblée nationale a également jugé le droit positif incomplet, et préconisait que les rémunérations soient « *détaillées : partie fixe, critères de détermination et évolution de la partie variable, avantages en nature, plan de retraite, état des stocks options, et le cas échéant, rappel de tout élément de rémunération inscrit dans des conventions réglementées. Le non-respect de ces dispositions sera sanctionné par la nullité desdites rémunérations* »¹.

L'émoi suscité par l'octroi d'un plan de retraite d'un montant considérable au président du conseil d'administration de la société Carrefour, à l'occasion de son départ, a conduit la commission des Lois de l'Assemblée nationale à inscrire dans le présent projet de loi un dispositif reprenant partiellement la modification envisagée.

2. Les modifications apportées par le projet de loi

- Le premier paragraphe (I) de cet article modifierait l'article L. 225-102-1 du code de commerce afin de **définir précisément les éléments de rémunération et les avantages accordés aux dirigeants sociaux devant figurer dans le rapport présenté à l'assemblée générale ordinaire annuelle de la société** anonyme.

Ainsi, aux termes du 1^o de ce paragraphe, le rapport devrait détailler et distinguer les **éléments fixes, variables et exceptionnels** composant ces rémunérations et avantages ainsi que les **critères** en application desquels ils ont été calculés ou les **circonstances** en vertu desquelles ils ont été décidés.

En d'autres termes, l'information devrait désormais porter non seulement sur le montant précis de chaque élément constitutif de la « *rémunération totale* », déjà visée au premier alinéa de l'article L. 225-102-1 du code de commerce, mais également sur les motivations et le contexte ayant conduit à leur octroi.

Le rapport présenté à l'assemblée générale devrait également indiquer les **engagements** de toute nature, pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, **correspondant à des avantages ou éléments de rémunération dus ou susceptibles d'être dus à l'occasion de la prise, de la cessation ou du changement de leurs fonctions, ou postérieurement à l'un de ces événements**. Il s'agit donc de viser, en particulier, tant les « golden hello », c'est-à-dire les primes offertes, à l'occasion de sa prise de fonction, à un dirigeant social, que les compléments de retraite et les indemnités de départ dont pourraient bénéficier les mandataires sociaux.

Selon le texte proposé, l'information contenue dans le rapport devrait préciser les modalités de détermination de ces engagements. Alors que la commission des Lois souhaitait que soit également précisé le montant annuel

¹ Rapport d'information n° 1270 (A.N., XII^{ème} lég.), p. 43.

susceptible d'être versé à chaque mandataire, cette mention a été supprimée lors du débat, M. Gilles Carrez, rapporteur du projet de loi, ayant souligné que, « *dans la majorité des cas, le montant annuel ne peut être calculé* »¹.

Votre commission vous soumet un **amendement** afin de **lever toute ambiguïté sur le champ d'application matériel de ce dispositif**, en coordination avec les modifications qu'elle vous a proposées d'adopter à l'article 2 *bis* du présent projet de loi.

Un **régime de sanction** serait prévu en cas de non respect de ces nouvelles obligations d'information. Ainsi, les versements effectués et les engagements pris en violation de ces obligations pourraient faire l'objet d'une **annulation** juridictionnelle. Le recours au régime d'annulation et non de nullité impose donc qu'une action judiciaire soit engagée par une personne ayant un intérêt à agir. De nature facultative, elle conduirait à donner au juge saisi d'une demande en annulation un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité à faire droit à la demande qui lui est présentée.

Toutefois, le **texte réserverait l'hypothèse** dans laquelle les versements effectués ou les engagements pris en méconnaissance de ces nouvelles obligations seraient intervenus de **bonne foi**. Dans ce cas, aucune annulation ne pourrait intervenir.

Le 2° du présent paragraphe rendrait applicable, pour l'ensemble des informations visées par l'article L. 225-102-1 du code de commerce, les dispositions des deux derniers alinéas de l'article L. 225-102 du même code. Il s'agirait, par ce renvoi, de permettre la **mise en œuvre de l'injonction de faire** prévue par ces dernières dispositions.

En effet, les deux derniers alinéas de l'article L. 225-102 prévoient que, lorsque le rapport annuel présenté à l'assemblée générale ne comprend pas certaines mentions obligatoires, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer ces informations. Ils précisent que, s'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont alors mis à la charge des administrateurs ou des membres du directoire.

L'application de ce dispositif viendrait donc utilement conforter le régime d'annulation facultative prévu par le présent article en permettant aux actionnaires d'avoir connaissance des informations qui devaient leur être communiquées.

Le 3° du présent paragraphe procéderait à une **coordination** au dernier alinéa de l'article L. 225-102-1 afin que la nouvelle obligation ainsi instituée ne soit pas imposée, tout comme les autres obligations d'information

¹ JOAN, première séance du 22 juin 2005.

prévues par cette disposition, aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, par une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ainsi qu'aux mandataires sociaux ne détenant aucun mandat dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

• Le second paragraphe (II) de cet article modifierait, quant à lui, l'article L. 225-235 du code de commerce relatif aux **diligences des commissaires aux comptes** dans les sociétés anonymes.

Cette disposition impose aux commissaires aux comptes, en justifiant de leurs appréciations, de certifier :

- que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice ;

- que les comptes consolidés sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation, le cas échéant, après examen des travaux des commissaires aux comptes des entreprises comprises dans le périmètre de consolidation ou des professionnels chargés du contrôle des comptes de ces entreprises.

Elle leur donne pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier :

- les valeurs et les documents comptables de la société et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur ;

- la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes annuels ;

- la sincérité et la concordance avec les comptes consolidés des informations données dans le rapport sur la gestion du groupe.

Les commissaires aux comptes doivent également s'assurer que l'égalité a été respectée entre les actionnaires et présenter, dans un rapport joint au rapport mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100, leurs observations sur le rapport mentionné, selon le cas, à l'article L. 225-37 ou à l'article L. 225-68, pour celles des procédures de contrôle interne qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière.

Le texte proposé par le présent paragraphe imposerait une nouvelle **obligation pour les commissaires aux comptes de la société anonyme, consistant à attester « spécialement l'exactitude et la sincérité » des informations relative à la rémunération et aux avantages accordés aux dirigeants**, visées aux trois premiers alinéas de l'article L. 225-102-1.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 2 *ter* **ainsi modifié**.

Article 3

(art. 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984

relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public)

Alignement des règles de limite d'âge des dirigeants des établissements publics de l'Etat sur celles applicables aux sociétés anonymes

Cet article tend à aligner les règles relatives à la limite d'âge des dirigeants des établissements publics de l'Etat sur celles, plus souples, applicables aux sociétés anonymes. A cette fin, il procède à une réécriture complète de l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public.

1. Le droit en vigueur

La loi précitée du 13 septembre 1984 a **fixé de manière uniforme à soixante-cinq ans** la limite d'âge des présidents de conseil d'administration, directeurs généraux, directeurs ou membres du directoire de certaines sociétés, entreprises et établissements du secteur public.

Les entités concernées sont définies par l'article premier de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public. Il s'agit :

- des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat, autres que de ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public, et des autres établissements publics de l'Etat assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé ;

- des sociétés mentionnées à l'annexe I de cette loi ;

- des entreprises nationales, sociétés nationales, sociétés d'économie mixte ou sociétés anonymes dans lesquelles l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social ainsi que des sociétés à forme mutuelle nationalisées ;

- des sociétés anonymes dans lesquelles plus de la moitié du capital social est détenue, directement ou indirectement, depuis plus de six mois, à lui seul par l'un des établissements ou sociétés mentionnés à l'article premier de

la loi précitée du 13 septembre 1984, et dont le nombre de salariés employés en moyenne au cours des vingt-quatre derniers mois est au moins égal à 200 ;

- des autres sociétés anonymes dans lesquelles plus de la moitié du capital social est détenue, directement ou indirectement, depuis plus de six mois, conjointement par l'Etat, ses établissements publics ou les sociétés mentionnés au présent article, et dont le nombre de salariés employés en moyenne au cours des vingt-quatre derniers mois est au moins égal à 200.

Toutefois, de manière expresse, la limite d'âge de soixante-cinq ans est applicable quel que soit le nombre de salariés employés par ces deux dernières catégories de sociétés.

De plus, la limite d'âge s'applique dans les établissements publics de l'Etat et dans les autres sociétés dans lesquelles l'Etat, les collectivités ou personnes publiques, la Caisse des dépôts et consignations, ou les sociétés et entreprises précitées détiennent ensemble plus de la moitié du capital et dans lesquelles les nominations aux fonctions de président de conseil d'administration, de directeurs généraux, de directeurs ou de membres de directoire sont prononcées, approuvées ou agréées par décret. Cette limite est également applicable aux sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes en vertu de l'article 4 de la loi n° 55-435 du 18 avril 1955 portant statut des autoroutes et dans lesquelles l'Etat détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital social.

La limite d'âge posée se veut d'une portée absolue, puisqu'elle s'applique « *nonobstant toute disposition contraire* ». Toutefois, le texte actuel prévoit lui-même une exception à l'égard des fonctionnaires ou magistrats auxquels les statuts de certains établissements publics confèrent de droit la présidence. Pour ceux-ci, la limite d'âge est en effet fixée à soixante-huit ans, en application de l'article premier de la loi. Ils peuvent ainsi, jusqu'à ce qu'ils atteignent cette limite, exercer leurs fonctions de directeur.

2. Le dispositif initialement proposé par le projet de loi

Les motivations et objectifs de la loi précitée du 13 septembre 1984, qui étaient d'assurer une évolution comparable pour le secteur public à celle qu'a connu le secteur privé au sein duquel l'âge de la retraite avait été abaissé, ne correspondent plus totalement aux besoins des entreprises et établissements publics. Les dernières années ont en effet vu se rapprocher du droit privé ces entités, dont la forme juridique est variable, puisqu'il peut s'agir de sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou ses établissements détiennent des participations majoritaires ou des établissements publics, personnes morales de droit public dont les employés peuvent néanmoins être soumis au droit privé.

De nature protéiforme, l'ensemble constitué par les entreprises et établissements publics de l'Etat peut se voir appliquer des règles distinctes prenant en compte les particularités de chaque entité.

Dès 1984, votre commission des Lois avait d'ailleurs jugé que le dispositif alors à l'examen comportait une « *contradiction notable entre le fait de vouloir soumettre les sociétés nationales et les entreprises publiques au même régime et aux mêmes contraintes que les entreprises du secteur privé et, en même temps, de ne pas conférer à ces sociétés le bénéfice des dispositions des articles 110-1, 115-1 et 120-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales [devenus les articles L. 225-48, L. 225-54 et L. 225-60 du code de commerce] qui autorisent, le cas échéant, ces sociétés à insérer dans leurs statuts des dérogations de limite d'âge pour leurs dirigeants. Sur ce point, l'Etat prive ses entreprises d'un degré de souplesse sans justification réelle.* »¹ De même, il relevait une contradiction dans le fait que les pouvoirs publics avaient fait appel, dans certains cas, à des personnes âgées de plus de soixante-cinq ans parce qu'elles étaient dotées d'une expérience et d'une autorité incontestables pour mener à bien des tâches de direction dans certains établissements publics nationaux.

Plus de vingt ans plus tard, les mêmes motivations ont conduit le Gouvernement à présenter devant le Sénat, en juillet 2004, un amendement au projet de loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières² comportant un dispositif identique en tous points à celui proposé par le présent article.

M. Patrick Devedjian, alors ministre délégué à l'industrie, avait justifié la pertinence de cet amendement par le fait que les dispositions de l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984 étaient « *devenues archaïques. Elles peuvent notamment conduire à l'interruption prématurée des mandats des dirigeants dans des périodes où l'intérêt de l'entreprise exige une certaine continuité dans la mise en oeuvre de la stratégie ou du management.* »³

Cette disposition, adoptée tant par le Sénat que l'Assemblée nationale, fut cependant censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 2004 au motif que « *la modification apportée à l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984, qui affecte la limite d'âge des dirigeants de l'ensemble des établissements et des sociétés du secteur public, est, ainsi qu'il ressort des débats parlementaires, dépourvue de tout lien avec le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, qui comportait exclusivement*

¹ Rapport n° 494 (Sénat, 1983-1984) de M. Jacques Larché au nom de la commission des Lois, pp. 28-29.

² Devenu la loi n° 2004-803 du 9 août 2004.

³ Séance du 8 juillet 2004.

des dispositions relatives au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières »¹.

Uniquement liée au non respect des limites inhérentes au droit d'amendement, cette déclaration d'inconstitutionnalité n'a pas remis en cause la nécessité d'une modification du dispositif relatif à la limite d'âge. En conséquence, le présent article procéderait à la réécriture complète de l'article 7 de la loi précitée du 13 septembre 1984.

Le dispositif proposé ne concernerait désormais plus que les établissements publics de l'Etat. En leur sein, la limite d'âge des présidents de conseil d'administration, des directeurs généraux et des directeurs resterait fixée, **par principe, à soixante-cinq ans.** Toutefois, des **possibilités de dérogation** seraient offertes.

Les textes législatifs ou réglementaires régissant l'établissement concerné pourraient en effet prévoir une limite d'âge différente. Ce ne serait donc que de manière supplétive que la limite d'âge resterait fixée à soixante-cinq ans. En effet, en fonction des caractéristiques propres de l'établissement public concerné, le texte qui le régit pourrait soit relever cette limite d'âge, soit au contraire l'abaisser. Cet élément introduirait ainsi une souplesse de fonctionnement tout à fait bienvenue, à la discrétion du pouvoir législatif, lorsque l'établissement dispose d'une base législative, ou du pouvoir réglementaire, lorsque l'établissement n'a qu'un statut réglementaire.

L'absence de toute disposition, dans l'article 7, relative aux autres entités juridiques que les établissements publics aurait pour conséquence de **rendre applicables aux entreprises publiques les règles de droit commun en matière de limite d'âge.**

En particulier, lorsque les entreprises publiques concernées sont constituées sous la forme de sociétés anonymes, les limites d'âge imposées par les articles L. 225-48, L. 225-54 et L. 225-60 du code de commerce respectivement au président du conseil d'administration, au directeur général et au directeur général délégué, ainsi qu'aux membres du directoire ou du directeur général unique s'appliqueraient dans leur intégralité. Pour l'ensemble de ces dirigeants, la limite d'âge doit être fixée expressément par les statuts. A défaut, elle est fixée de manière supplétive à soixante-cinq ans. La sanction de la violation de la limite d'âge lors de la nomination à l'une de ces fonctions est la nullité de la décision. Dans l'hypothèse où l'un des dirigeants atteint la limite d'âge légale ou prescrite par les statuts, il est réputé démissionnaire d'office.

¹ *Décision n° 2004-501 DC, considérant n° 23.*

3. Les modifications apportées par l'Assemblée nationale

Cet article a fait l'objet d'une réécriture globale à l'initiative du Gouvernement, avec l'avis favorable de la commission des Finances de l'Assemblée nationale. Le dispositif initial du projet de loi a été complété par deux alinéas afin d'apporter deux précisions importantes.

D'une part, il a été précisé que les **règles relatives à la limite d'âge ne pourraient faire obstacle à ce que les présidents de conseil d'administration, les directeurs généraux ainsi que les directeurs d'établissements publics de l'Etat soient maintenus en fonction, au-delà de la limite prévue, pour continuer à les exercer « à titre intérimaire »**. Cette disposition a pour but d'éviter la vacance du poste de direction dans un établissement public, qui serait de nature à nuire à la continuité du service public assuré par l'établissement concerné.

D'autre part, la rédaction initiale de cet article a été complétée par un troisième alinéa destiné à **régler l'hypothèse dans laquelle les fonctions mentionnées au premier alinéa du texte proposé seraient exercées par des agents publics placés hors de leur corps d'origine**. Compte tenu de la possibilité désormais ouverte par le premier alinéa du texte proposé de prévoir, tant pour les établissements publics que pour les entreprises publiques, une limite d'âge excédant, le cas échéant, soixante-cinq ans, il convenait de préciser si les règles applicables au corps et prévoyant une limite d'âge inférieure faisant obstacle à ce que les agents concernés continuent à exercer leurs fonctions de direction au-delà de la limite prévue pour leur corps.

Ainsi, pour les agents publics placés hors de leur corps d'origine pour exercer des fonctions de président du conseil d'administration, de directeur général ou de directeur d'un établissement public de l'Etat, **le fait d'atteindre la limite d'âge prévue dans ce corps ne ferait pas obstacle à ce qu'ils continuent à exercer de telles fonctions jusqu'à ce qu'ils atteignent la limite d'âge prévue pour celles-ci**. Le texte proposé tirerait les conséquences de cette extension sur la radiation des cadres et la liquidation de la pension de l'agent public concerné. Ainsi, lorsqu'une telle hypothèse se réalise, **la radiation des cadres et la liquidation de la pension seraient différées jusqu'à la date de cessation des fonctions de direction occupées par l'intéressé**.

Ces mêmes **dispositions s'appliqueraient** à l'égard des agents publics placés hors de leur corps d'origine pour exercer les fonctions de président du conseil d'administration, directeur général, directeur ou membre du directoire d'une **société dont l'Etat, d'autres personnes morales de droit public ou des entreprises publiques détiennent ensemble plus de la moitié du capital**.

Votre commission vous soumet un **amendement de précision**.

En outre, à l'initiative de sa commission des Lois et avec l'avis favorable du Gouvernement, l'Assemblée nationale a également souhaité maintenir une **limite d'âge spécifique pour les fonctionnaires ou magistrats, fixée à soixante-huit ans, dans les établissements publics dont les statuts leur confèrent de droit la présidence**. Cette disposition tend en réalité à maintenir le dispositif figurant actuellement au dernier alinéa de l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984, la modification des statuts des établissements publics concernés ne pouvant, selon l'avis de la commission des Lois, intervenir avant l'entrée en vigueur de la présente loi, ce qui constituerait « *une solution de continuité difficilement acceptable pour les établissements eux-mêmes* »¹.

Dans la mesure où cette disposition constitue une dérogation expresse à la règle générale posée au premier alinéa du texte proposé pour l'article 7 de la loi précitée du 13 septembre 1984, votre commission vous soumet un **amendement tendant à la faire faire figurer dans ce premier alinéa**. L'intelligibilité du dispositif s'en trouverait ainsi améliorée.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 3 **ainsi modifié**.

Article 3 bis (nouveau)

**Exercice des fonctions de conseil
et d'audit des commissaires aux comptes
au sein des personnes morales contrôlées par l'Etat**

Cet article, introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative de sa commission des Finances avec l'avis favorable du Gouvernement, a pour objet **d'instituer, dans le cadre des personnes contrôlées par l'Etat, une dérogation à la règle selon laquelle un commissaire aux comptes ne peut avoir un intérêt auprès de la personne dont il est chargé de certifier les comptes ou d'une personne qui la contrôle ou est contrôlée par elle**.

Depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, l'article L. 822-11 du code de commerce pose un principe général d'interdiction de toute situation où, du fait d'un intérêt quelconque détenu directement ou indirectement par le commissaire aux comptes dans la société dont il est chargé de certifier les comptes ou dans une société qui la contrôle ou est contrôlée par elle, son indépendance pourrait être suspectée. La notion d'intérêt est large, puisqu'elle vise, comme le soulignait votre commission des Lois lors de l'examen de ce texte, « *tout ce qui est susceptible de placer le commissaire aux comptes en situation de conflits d'intérêts*. »² Cette interdiction porte tant sur la détention d'un intérêt auprès de la personne dont

¹ Avis n° 2333 (A.N. – XII^{ème} lég.) de M. Philippe Houillon au nom de la commission des Lois, p. 28.

² Avis n° 207 (Sénat, 2002-2003) de M. Jean-Jacques Hyest au nom de la commission des Lois.

le commissaire aux comptes doit vérifier et certifier les comptes qu'auprès de la personne contrôlant celle-ci ou contrôlée par elle au sens des I et II de l'article L. 233-3, c'est-à-dire de la société mère ou de la filiale selon le cas¹.

Une interdiction similaire vise le commissaire aux comptes affilié à un réseau national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun et qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes, qui ne peut certifier les comptes d'une personne qui, en vertu d'un contrat conclu avec ce réseau ou un membre de ce réseau, bénéficie d'une prestation de services, qui n'est pas directement liée à la mission du commissaire aux comptes.

Ces règles sont détaillées dans le cadre du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes.

L'application stricte de ces dispositions soulève certaines difficultés pour l'exercice du contrôle des comptes des établissements et entreprises publics.

En effet, dans un souci de bonne gestion, tant les sociétés dont l'Etat est actionnaire majoritaire que les établissements publics relevant de l'Etat font désormais appel à des commissaires aux comptes en les chargeant de missions de conseil ou de certification de leurs comptes. Or, comme l'a souligné lors des débats M. Thierry Breton, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, compte tenu de la règle posée à l'article L 822-11 du code de commerce, « *dès lors qu'un cabinet d'audit certifierait les comptes d'une entreprise contrôlée par l'État, il ne pourrait fournir de prestation de services à aucun ministère, aucune juridiction, et ce sur tout le territoire de la République.* »

La situation particulière de l'Etat, en sa qualité d'actionnaire majoritaire, doit en conséquence conduire à certains assouplissements.

En conséquence, le dispositif proposé instituerait **deux dérogations limitées au principe d'interdiction.**

D'une part, **le commissaire aux comptes d'une personne contrôlée par l'Etat**, au sens des I et II de l'article L. 233-3 du code de commerce, **pourrait désormais exercer une mission de conseil** ou toute autre prestation **au profit de l'Etat, à la condition**, toutefois, que ces conseils et prestations **n'aient pas d'incidence directe sur la certification des comptes** de la personne contrôlée.

D'autre part, prenant en compte l'hypothèse d'une appartenance éventuelle du commissaire à un réseau, le second alinéa de cet article prévoirait **qu'un commissaire aux comptes peut certifier les comptes d'une personne contrôlée par l'Etat même si le réseau auquel il appartient**

¹ Sur ces notions, voir *infra*, le commentaire de l'article 12 du présent projet de loi.

fournit des conseils ou toute autre prestation à l'Etat. Là encore, pour que cette certification puisse régulièrement intervenir, les **conseils et les prestations fournis ne devraient avoir aucune incidence directe sur la certification des comptes** de la personne contrôlée.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 3 *bis* **sans modification.**

Article 6

Habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures visant à réformer le droit des sûretés

L'article 6 du projet de loi tend à habilitier le Gouvernement à **prendre par ordonnances, dans un délai de neuf à douze mois à compter de la publication de la loi, les mesures législatives nécessaires à la réforme du droit des sûretés** figurant principalement au sein du code civil. Pour chaque ordonnance, un projet de loi de ratification devra être déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de sa publication.

Le droit des sûretés, contrairement au droit des personnes et de la famille, a été **très peu modifié depuis 1804**. Il est désormais traité dans des textes épars et incomplets ne reprenant pas tous les instruments créés par la pratique. Il en résulte un **manque de cohérence d'ensemble**, alors que ce droit est **essentiel au développement économique, le droit des sûretés étant le droit du crédit et des investissements**. Un travail de lisibilité et de modernisation apparaît donc indispensable pour promouvoir sa diffusion à l'étranger. Le président de la République a, lors du bicentenaire du code civil, souhaité sa rénovation dans un délai de cinq ans.

Un **groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi** a été mis en place en juillet 2003 à l'initiative du ministère de la justice et a rendu son rapport en mars 2005. Il préconise tout d'abord de **regrouper dans le titre IV du code civil** actuellement consacré à Mayotte les dispositions relatives aux sûretés du livre III (articles 2011 et suivants et 2071 et suivants) du code civil, sans définitions ni plan d'ensemble, mais également du code de la consommation et du code monétaire et financier. Il présente ainsi un véritable avant-projet de réforme globale du droit de sûretés, en établissant des principes directeurs, en modernisant le cautionnement, en assouplissant le principe de spécialité des sûretés réelles, et en consacrant de nouveaux instruments comme le gage sans dépossession, l'antichrèse-bail, l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire.

Cependant, l'objectif de cohérence est perturbé par les travaux parallèles menés, d'une part, par le groupe de travail présidé par le professeur Pierre Catala, chargé de proposer une réforme du droit des obligations et des contrats et, d'autre part, par le groupe de travail chargé de l'introduction en France de la fiducie. En outre, des coordinations devront être apportées après

l'adoption définitive du projet de loi de sauvegarde des entreprises réformant le droit des procédures collectives.

Le Gouvernement justifie le choix de la **procédure d'habilitation à légiférer par ordonnances** par la grande technicité de la réforme et l'encombrement de l'ordre du jour des deux assemblées.

Le recours aux ordonnances suppose une autorisation du législateur qui accepte ainsi de se dessaisir au profit de l'exécutif. L'article 38 de la Constitution prévoit que *« le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi »*.

Le Conseil constitutionnel a exigé du Gouvernement qu'il spécifie la finalité des mesures qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation. Dans sa décision n° 77-72 DC du 12 janvier 1977 (Election des députés du territoire des Afars et des Issas), le Conseil constitutionnel énonce ainsi que *« s'il est (...) spécifié à l'alinéa 1^{er} de l'article 38 (...) de la Constitution que c'est pour l'exécution de son programme que le Gouvernement se voit attribuer la possibilité de demander au Parlement l'autorisation de légiférer par voie d'ordonnances, (...) ce texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre »*.

Cette exigence implique de limiter le champ de l'habilitation à légiférer par ordonnance aux seuls domaines pour lesquels les projets du Gouvernement sont suffisamment avancés pour que la finalité des mesures envisagées puisse être précisée. S'agissant du présent projet de loi d'habilitation, votre rapporteur n'a pu avoir connaissance d'avant-projets d'ordonnances. De l'aveu même de la Chancellerie, la concertation est encore en cours, l'insertion de cette réforme dans le présent projet de loi n'ayant initialement pas été envisagée.

Cependant, ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, le Gouvernement s'il a l'obligation d'indiquer *« le domaine d'intervention »* des mesures envisagées, ne peut être *« tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra »*.

Cette incertitude est d'autant plus inquiétante que l'on assiste à une **banalisation périlleuse du recours aux ordonnances pour réformer le code civil**. Déjà, lors de l'examen de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, avait été demandée par le Gouvernement une habilitation à réformer le droit de la filiation par ordonnances. Le dessaisissement demandé au Parlement est important, puisqu'il concerne ici un

livre entier du code civil. L'engagement pris par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, M. Thierry Breton, lors de l'examen du texte à l'Assemblée nationale, d'associer les parlementaires intéressés à la préparation des ordonnances, est paradoxal et ne doit pas dispenser le Gouvernement de **veiller à ce que chacun de ces projets de loi de ratification soit inscrit le plus rapidement possible à l'ordre du jour des assemblées.**

En effet, si aucune disposition n'impose formellement leur inscription à l'ordre du jour parlementaire, une ratification expresse constitue l'unique moyen pour le Parlement jusque-là dessaisi de délibérer sur le contenu des ordonnances et permet par ailleurs de conférer valeur législative à l'ensemble des mesures prises sans attendre que cette onction résulte au cas par cas de modifications ultérieures.

1. La réforme du droit des sûretés mobilières

Le 1° de cet article visait initialement à permettre au Gouvernement d'« *opérer la refonte des dispositions du code civil relatives au cautionnement, au nantissement, au gage, à l'antichrèse, aux privilèges et aux hypothèques, afin d'en améliorer l'efficacité et la souplesse, de simplifier la constitution de ces garanties, d'en faciliter la transmission et de développer le crédit hypothécaire* ».

L'ampleur de cette habilitation, qui concernait les sûretés tant mobilières qu'immobilières, a été soulignée par le rapporteur pour avis et président de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, M. Philippe Houillon, qui a considéré que les exigences constitutionnelles tenant à la précision du domaine d'intervention de l'habilitation n'étaient pas satisfaites.

L'Assemblée nationale a donc à son initiative et avec l'avis favorable du Gouvernement et de la commission des Finances adopté un amendement tendant à restreindre et préciser le champ de l'habilitation, en distinguant plus clairement les habilitations portant sur les sûretés mobilières et immobilières.

a) La réforme des sûretés réelles mobilières corporelles

Le 1° vise désormais le seul **nantissement**, que le code civil définit comme « *le contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette* », et donc une **sûreté réelle avec dépossession**. Ce nantissement s'appelle gage lorsqu'il concerne une chose mobilière et antichrèse lorsqu'il concerne une chose immobilière, mais le groupe de travail propose de réserver le terme de gage aux sûretés relatives à des meubles corporels et celui de **nantissement à celles concernant des meubles incorporels**, l'antichrèse continuant de désigner une sûreté concernant un immeuble.

L'habilitation tend désormais à :

- introduire dans le code de commerce des dispositions permettant le **nantissement de stocks des entreprises** ;

- modifier les dispositions du code civil pour **simplifier la constitution des sûretés réelles mobilières et leurs effets, étendre leur assiette et autoriser le gage sans dépossession.**

Seraient donc reprises les préconisations du rapport du groupe de travail présidé par le professeur Grimaldi, s'agissant des **gages de meubles corporels.**

L'assiette du gage serait assouplie afin de permettre le **gage sur une chose future ou un ensemble de biens, présents ou futurs, à condition qu'ils soient déterminables.** Ceci permettrait notamment de gager des stocks et de développer le crédit commercial. Le détenteur pourrait aliéner le bien gagé à condition de le remplacer par un bien équivalent.

Enfin, il semble que les termes de l'habilitation, qui visent la simplification des effets des sûretés réelles mobilières, devraient autoriser le **pacte comissoire**, qui permet au créancier de se faire consentir le droit de s'approprier lui-même sans avoir recours au juge la chose remise en gage faute de paiement à l'échéance (sous réserve que la valeur du bien soit identifiable). Les avocats sont cependant très réservés quant à cette proposition.

La création d'un **gage sans dépossession** inspiré du *security interest* américain vise à remédier à l'éparpillement actuel en dehors du code civil de textes spéciaux permettant d'éviter la dépossession, qu'il s'agisse des automobiles, de warrants pour le matériel agricole ou du nantissement de marchandises du fonds de commerce.

Le gage sans dépossession requerrait une publicité et donc la création d'un registre personnel. Le gage avec dépossession continuerait à exister, notamment pour les emprunteurs désireux d'éviter une publicité et pour les créanciers intéressés par le droit de rétention.

b) L'abandon de l'habilitation relative au nantissement de meubles incorporels, au cautionnement et aux privilèges

L'Assemblée nationale a largement restreint le champ de l'habilitation.

• Les propositions relatives au **nantissement de meubles incorporels** ont été abandonnées.

Le rapport du groupe de travail proposait une refonte du nantissement de créances (notamment les assurances-vie), qui pourrait porter également sur des créances futures (notamment le chiffre d'affaires d'une entreprise), la réception en droit français des nantisements de monnaie scripturale (qui permettent d'affecter à la garantie d'une créance des fonds inscrits sur un compte bancaire bloqué), de toute façon inopportune en raison de l'examen parallèle du projet de loi de sauvegarde des entreprises, ainsi que

l'aménagement (d'ailleurs contesté par les professionnels) et l'insertion dans le code civil des dispositions relatives aux nantissements d'instruments financiers actuellement inscrites dans le code monétaire et financier. L'abandon de ces propositions contestées du champ de l'ordonnance apparaît donc opportun.

- Est également supprimée l'habilitation concernant **les privilèges**, droits que la loi reconnaît à certains créanciers en raison de la qualité de leurs créances d'être préférés à d'autres sur tout ou partie des biens du débiteur. En effet, bien que le rapport Grimaldi formule quelques propositions consistant principalement à énoncer clairement les principes de classement des privilèges mobiliers, la finalité de l'habilitation n'était pas précisée. Cette exclusion semble donc justifiée.

- Est enfin supprimée l'habilitation concernant **le cautionnement**, contrat par lequel une personne « *se soumet envers le créancier à satisfaire à (une) obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* », et qui présente donc un caractère accessoire.

Seule sûreté personnelle reconnue par le code civil, elle n'a été que ponctuellement modifiée depuis 1804, en 1984 et 1998, avant que la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique introduise une distinction entre le cautionnement des personnes physiques (dans le code de la consommation) et celui des personnes morales. Le droit commun du cautionnement figure donc désormais dans le code de la consommation, tandis que l'obligation d'information est dispersée entre le code civil, le code de la consommation et le code monétaire et financier.

Si le rapport Grimaldi vise principalement à réunir ces dispositions dans le code civil, il propose également une série de réformes de fond.

Certaines sont censées améliorer la protection des cautions personnes physiques non professionnelles, en simplifiant les dispositions relatives à leur information (inscription de leur main du montant de leur engagement en chiffres et en lettres lors de la constitution de la caution, information annuelle et unique sur le montant de la caution -capital et intérêts, consécration dans le code civil du principe de proportionnalité de l'engagement de la caution par rapport à ses revenus). D'autres sont beaucoup plus **controversées** et visent à restaurer l'efficacité de l'exécution du cautionnement, en interdisant sauf exception à la caution de se prévaloir des délais de paiement ou de l'extinction de l'obligation à la suite d'une procédure d'insolvabilité.

S'il est d'ores et déjà acquis que les propositions les plus controversées, comme la possibilité d'introduire une clause tenant les héritiers responsables de dettes postérieures au décès du débiteur, ne seront pas retenues, la Chancellerie a indiqué à votre rapporteur que les premiers résultats de la concertation faisaient apparaître de fortes réticences.

S'agissant d'une sûreté très utilisée par les particuliers et donc particulièrement sensible, il semble effectivement à votre commission pour avis qu'un tel domaine ne peut être soustrait à l'examen du Parlement. Elle vous propose donc de maintenir la suppression de cette habilitation, tout en ayant conscience que cette forte limitation du champ de l'habilitation ne peut que nuire à l'objectif premier de lisibilité et de mise en cohérence du droit des sûretés. Néanmoins, le calendrier choisi par le Gouvernement et le choix du recours à la procédure de l'habilitation à légiférer par ordonnances l'imposent. **Afin de respecter l'objectif de lisibilité et de cohérence, il serait très opportun que ces dispositions soient introduites dans le projet de loi de ratification, afin de permettre à la représentation nationale de se prononcer sur ces questions.**

2. La réforme des sûretés immobilières

Le 2° de cet article visait initialement à autoriser le Gouvernement à modifier par ordonnance l'ensemble des dispositions du code civil consacrées **à la délégation et à la cession de créance, à la subrogation personnelle, à la novation, au contrat de rente viagère et à la vente à réméré.**

Il s'agit de mécanismes du droit des obligations qui pour certains peuvent être utilisés comme des sûretés. Aucune finalité n'était mentionnée pour ces réformes, dont ne traite pas le rapport Grimaldi. A l'initiative du président et rapporteur pour avis de la commission des Lois, M. Philippe Houillon, et avec l'avis favorable tant de la commission des Finances que du Gouvernement, l'Assemblée nationale a supprimé cette habilitation. Ceci paraît d'autant plus opportun qu'un groupe de travail présidé par le professeur Catala travaille actuellement à proposer une réforme de ces mécanismes.

Le 2° précise dorénavant les différents axes de la rénovation du régime de **l'antichrèse et de l'hypothèque** :

- améliorer le fonctionnement de l'antichrèse, en autorisant le créancier à donner à bail l'immeuble dont le débiteur s'est dépossédé à titre de garantie ;

- développer le crédit hypothécaire, notamment au profit des particuliers, en permettant le crédit hypothécaire rechargeable et le prêt viager hypothécaire, en simplifiant la mainlevée de l'inscription hypothécaire et en diminuant son coût, en veillant à protéger les intérêts des personnes en bénéficiant, cette dernière précision ayant été ajoutée à l'initiative du rapporteur de la commission des Finances, M. Gilles Carrez.

a) La réforme du régime de l'hypothèque

L'hypothèque est un droit réel qui grève un immeuble au profit du créancier, en garantie du paiement de sa dette, sans entraîner dessaisissement du propriétaire. Du fait de son caractère accessoire, la créance à garantir doit être déterminée (principe de spécialité) quant à son montant et à sa cause (fait générateur). Le créancier non payé à l'échéance peut faire saisir et vendre

l'immeuble en quelque main qu'il se trouve (droit de suite) et se payer sur le prix correspondant, avant les créanciers chirographaires (droit de préférence).

Le ministère de l'économie et des finances, considérant que le développement du crédit hypothécaire, notamment mobilier, permettrait de **soutenir la consommation**, a souhaité la réforme du régime de l'hypothèque.

- L'objectif de **développement du recours à l'hypothèque**

La France se caractérise par un moindre recours à l'hypothèque (dans la mesure où la caution est utilisée pour plus de 40 % des prêts immobiliers des particuliers) que dans de nombreux pays européens et aux Etats-Unis. Sont mis en cause son coût élevé (la mainlevée correspondant à 0,4 % du capital emprunté au-delà de 16.800 euros), ainsi que la difficulté de mise en oeuvre de la procédure d'exécution des saisies immobilières. Or, le cautionnement offre le même niveau de garantie, notamment grâce à l'inscription par le banquier d'une hypothèque en cas de défaut.

L'ordonnance devrait suivre les préconisations du groupe de travail présidé par le professeur Grimaldi :

- **permettre de garantir des créances futures**, si elles sont déterminables, à condition d'en indiquer la cause ;

- faire figurer le montant de la garantie dans l'acte de constitution avant même l'inscription ;

- prévoir un droit à la résiliation moyennant un préavis de trois mois lorsque l'hypothèque a une durée indéterminée (le débiteur restant tenu des dettes antérieures) ;

- prévoir la **mainlevée de l'hypothèque par le simple dépôt au bureau du conservateur d'une attestation notariée** mentionnant le consentement des parties intéressées, pour en baisser le coût ;

- alléger les procédures de réalisation en permettant au créancier hypothécaire de **demande l'attribution judiciaire de l'immeuble ou d'obtenir un pacte comissoire** (ce qui est très contesté par les avocats) sous réserve d'une expertise et qu'il ne s'agisse pas de la résidence de la famille ;

- consacrer la pratique notariale de la **purge amiable** ;

- remplacer les privilèges immobiliers spéciaux (les plus notables étant le privilège du vendeur d'immeuble et le privilège du prêteur de deniers) par des hypothèques légales spéciales.

L'Assemblée nationale a en outre complété l'habilitation afin d'autoriser expressément la création de deux nouveaux instruments, l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire.

- **L'introduction de l'hypothèque rechargeable**

Le rapport conjoint de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale des services judiciaires de novembre 2004 consacré à l'hypothèque et au crédit hypothécaire propose de mettre en place l'hypothèque rechargeable, qui existe déjà depuis de nombreuses années dans d'autres pays européens (notamment la Belgique) et aux Etats-Unis (« *equity release* »), et permet aux ménages de mobiliser leur actif immobilier pour en extraire des sources de financement.

Il s'agit de favoriser le **recours à l'hypothèque à d'autres fins que le financement de l'achat immobilier. Actuellement, la place en France des prêts hypothécaires mobiliers est restreinte. L'ouverture de crédit**, en pratique réservée à une clientèle choisie, est une convention par laquelle une banque s'oblige à mettre à la disposition de son client des fonds en fonction de ses besoins de trésorerie. L'hypothèque consentie en garantie de ce contrat peut donc porter sur une créance éventuelle ou conditionnelle. Par ailleurs, les **prêts hypothécaires de restructuration des dettes** permettent à des ménages très endettés d'obtenir auprès d'un établissement le regroupement en un seul prêt de prêts et dettes afin de désintéresser l'ensemble des créanciers. Le montant des mensualités est réduit par un allongement de la durée de la dette restructurée.

Cette hypothèque, consentie pour garantir l'emprunt ayant permis l'acquisition de l'immeuble, pourrait être ensuite affectée à la garantie de créances autres que celles visées par l'acte constitutif (des travaux d'amélioration du logement, l'achat de biens durables ou de consommation), **pourvu que celui-ci le prévoie expressément, contrairement au principe de spécialité**, qui impose que l'hypothèque ait une cause unique, déterminée lors de sa constitution. En particulier, la créance garantie doit être déterminée ou déterminable et son montant en capital être indiqué dans l'acte de constitution de l'hypothèque, avec mention des intérêts et de la date de leur point de départ. Ceci permet aux tiers de connaître avec précision les biens grevés et le montant des créances garanties (du moins à la date de leur inscription). Une hypothèque ne peut garantir toutes les dettes que le constituant (débitéur) aurait dans l'avenir, avec le créancier bénéficiaire, par exemple son banquier. Le principe de spécialité interdit l'hypothèque flottante que le créancier déplacerait d'une créance à l'autre.

Au contraire, lors de l'inscription d'une hypothèque rechargeable, seuls devraient être déterminés le montant maximum de la créance à garantir, la durée de l'inscription et la désignation du bien apporté en garantie. Il est proposé que cette nouvelle sûreté soit assise exclusivement sur des biens immobiliers appartenant à des ménages et réservée à la garantie de crédits aux particuliers.

L'emprunteur conclurait avec un prêteur un **premier contrat notarié** de prêt stipulant que le crédit accordé est garanti par une hypothèque rechargeable, clairement identifiée (en effet toutes les hypothèques ne seraient pas systématiquement rechargeables). L'inscription de cette hypothèque devrait également permettre de l'identifier comme rechargeable.

Pendant toute la durée de la garantie et au fur et à mesure du remboursement du premier prêt consenti, l'emprunteur pourrait, dans la limite du montant fixé lors de la première inscription hypothécaire, obtenir de nouveaux concours bancaires, ces contrats de prêt étant conclus sous seing privé.

Aucune nouvelle inscription hypothécaire ne serait requise, seule une **mention du nouveau prêt devant figurer en marge du document d'origine**. Ainsi que le souligne le rapport conjoint de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale des services judiciaires, s'agissant de l'emprunteur, *« la dispense de nouvelles inscriptions hypothécaires, pour les prêts qui lui sont, par la suite, consentis par le même prêteur, le décharge des formalités et du coût du recours à l'acte authentique imposé pour ces inscriptions. Il lui est donc plus facile d'obtenir du crédit auprès de l'établissement financier à qui il a consenti une hypothèque initiale. »*

Cependant, le rapport poursuit : *« En contrepartie, l'emprunteur risque de se trouver captif du même établissement financier pendant toute la durée de l'inscription de l'hypothèque et, en tout cas, tant qu'il n'a pas totalement remboursé les différents prêts que celui-ci lui a successivement consentis. Il lui sera également plus difficile d'obtenir du crédit auprès d'autres prêteurs dont l'intérêt à recourir à une garantie hypothécaire de second rang sera encore diminué [...] Les autres créanciers doivent présumer que l'immeuble reste hypothéqué durant toute la durée de l'inscription, à hauteur du plein montant de la créance inscrite outre les intérêts de celle-ci. Les créanciers titulaires d'une inscription de second rang dont le titre est plus ancien verront leur situation dégradée par rapport au système actuel. En effet, ils vont être primés par toutes les créances venues reconstituer, dans la limite du montant inscrit, le crédit hypothécaire. Même nées postérieurement à l'inscription de la garantie des créanciers de second ou troisième rang, ces créances leur seront opposables sans avoir été spécifiquement portées à leur connaissance, puisque dispensées de la publicité foncière attachée à la prise d'hypothèque. »* Dans ces conditions, ainsi que le conclut le rapport, l'hypothèque pourrait ne plus intéresser qu'un seul créancier.

La mise en place de ce nouveau produit nécessitera en outre de veiller à assurer la **protection du consommateur** et de préciser les règles prudentielles applicables. En effet, un tel instrument encourage l'endettement permanent des ménages. Il faudrait notamment éviter que les emprunteurs mobilisent leur hypothèque pour de faibles montants et mettent ainsi en danger leur logement pour des enjeux mineurs.

L'hypothèque rechargeable, un outil de soutien de l'économie ?

L'introduction de cet instrument permettra-t-elle véritablement de soutenir la croissance, comme l'espère le ministère de l'économie et des finances ? Le Bulletin de décembre 2004 de la Banque de France : « *crédit hypothécaire et soutien à la consommation : quelles leçons tirer du modèle anglo-saxon ?* » et le rapport conjoint de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale des services judiciaires se montrent assez dubitatifs.

Si une étude de l'OCDE suggère que l'extraction hypothécaire a pu significativement contribuer à soutenir la croissance de la consommation des ménages au cours des dernières années aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Australie, aux Pays-Bas et au Canada en phase décroissante du cycle de l'activité et en présence d'un boum immobilier important, la Banque d'Angleterre et le Système fédéral de réserve relèvent que seuls 15 % hors équipement du logement des fonds obtenus par extraction hypothécaire ont été utilisés à des fins de consommation.

De plus, le recours accru au financement hypothécaire mobilier tient à la conjonction de taux d'intérêt bas et de prix de l'immobilier élevés. Le retournement des taux et du prix des logements pourrait avoir des conséquences négatives en réduisant les capacités d'endettement des ménages, ce qui pourrait peser sur la consommation.

En outre, la Banque de France souligne que l'étendue de l'extraction hypothécaire est indissociable des caractéristiques structurelles du marché du logement et du marché du crédit. En France, les pratiques des banques, exigence d'apport personnel et évaluation des garanties au coût historique, sont plus prudentes qu'au Royaume-Uni. Une réforme du crédit hypothécaire visant à encourager l'extraction hypothécaire signifierait à plus ou moins long terme un changement de modèle de fonctionnement du système de crédit au prix d'une prise de risque supplémentaire par le système bancaire et par les ménages (endettement accru, crédit majoritairement à taux variable, hypothèque valorisée au prix du marché).

De plus, la Banque de France considère qu'une réforme du crédit hypothécaire viendrait aujourd'hui à contretemps, puisqu'en réduisant les coûts de transaction des emprunts immobiliers, elle contribuerait à stimuler un marché immobilier déjà en surchauffe. Ensuite, en facilitant l'accès au crédit hypothécaire pour financer des dépenses de consommation, elle encouragerait l'endettement des ménages, alors qu'il atteint un niveau record (près de 61 % du revenu disponible brut et de 40 % du produit intérieur brut à la fin juin 2004) et qu'on compte 15.000 nouveaux dossiers de ménages surendettés par mois. Le bulletin conclut que « *l'opportunité d'encourager le développement du crédit hypothécaire aujourd'hui n'est pas clairement établie* ».

Sous ces réserves, les premiers résultats de la concertation opérée par la Chancellerie laissent apparaître un certain intérêt pour cet instrument, ce qui est loin d'être le cas du prêt viager hypothécaire.

• **Le manque de pertinence de l'introduction du prêt viager hypothécaire**

L'introduction en droit français du *reverse mortgage* anglo-saxon pratiqué au Royaume-Uni, aux Etats-Unis et dans une moindre mesure au Canada, est une proposition du ministère de l'économie et des finances.

Ses modalités de mise en oeuvre ont été étudiées par le rapport conjoint de l'inspection générale des finances, du conseil général des ponts et chaussées et de l'agence nationale pour l'information sur le logement remis en juillet 2004 et consacré au prêt viager hypothécaire et à la mobilisation de l'actif résidentiel des personnes âgées, qui ne dissimule pas ses interrogations. Le rapport du groupe de travail de réforme du droit des sûretés est pour sa part très réservé sur son opportunité.

Le prêt viager hypothécaire, ou hypothèque inversée, repose sur une **hypothèque qui garantit un prêt dont le principal et les intérêts sont remboursables *in fine*, en une seule fois, soit au décès de l'emprunteur, soit lors de la vente de l'immeuble hypothéqué.**

Du fait de son caractère viager, il s'adresse aux **personnes âgées**, dont le logement représente la plus grande partie du patrimoine, alors que leur besoin de trésorerie devrait prochainement s'accroître.

L'emprunteur pourrait ainsi mobiliser à partir d'un certain âge la valeur du logement qu'il possède par un prêt gagé sur ce bien (sous forme de rente ou de capital), pour faire face à des dépenses imprévues (dépendance, réparation de logement), améliorer son niveau de vie, voire réaliser des donations au bénéfice des descendants, sans perdre la jouissance du bien.

Au décès de l'emprunteur, les héritiers devraient soit rembourser la dette accumulée, soit laisser l'établissement bancaire lever l'hypothèque et exécuter le gage, en leur versant le cas échéant le surplus issu de la vente (en cas de montant de la dette inférieur à celui de la vente du bien), les héritiers n'étant pas tenus de compenser la différence si la valeur de cession du bien s'avérait inférieure à la dette, **la dette étant plafonnée à la valeur du logement au moment du remboursement.**

Contrairement à l'hypothèque rechargeable, le prêt viager hypothécaire n'appelle pas de modifications importantes de la législation. Il conviendrait néanmoins d'en organiser la publicité, de porter la durée de l'inscription de l'hypothèque de 35 à 50 ans et de permettre au créancier d'être colloqué (c'est-à-dire de se voir attribuer un rang par le juge) pour la totalité des intérêts au rang de l'inscription.

Si l'on ne dispose d'**aucune évaluation globale sur l'hypothèque inversée dans les pays anglo-saxons**, il apparaît d'ores et déjà que les **effectifs demeurent très faibles**, même si l'envolée du prix des logements depuis 1998 dans un contexte de taux d'intérêt bas a provoqué une hausse du

recours à ces prêts. En 2003, on comptait 23.000 nouveaux prêts au Royaume-Uni, 18.000 aux Etats-Unis et 1.200 au Canada.

Les prêts sont le plus souvent tirés une fois (pour financer des dépenses médicales, le gros entretien ou l'amélioration du logement). L'âge moyen de l'emprunteur est de 75 ans.

Le rapport Grimaldi et le rapport de l'inspection générale des finances, du conseil général des ponts et chaussées et de l'agence nationale pour l'information sur le logement soulignent que ce nouvel instrument n'est **pas sans risques, tant pour les personnes âgées que pour les banques.**

Les établissements financiers sont ainsi soumis au risque de longévité exceptionnelle de l'emprunteur, mais aussi de retournement de l'immobilier, si la dette (capital et intérêts) dépasse la valeur du bien (« *cross over* »). En effet, le montant dû par l'emprunteur ou ses héritiers est plafonné à la valeur du logement lors du remboursement du prêt. De plus, il faut prendre en considération l'éventualité d'un dénouement avant décès (en cas de déménagement par exemple dans une maison de retraite) et le problème éventuellement posé par la concurrence des créances, si une autre dette de rang supérieur devient exigible. **Aux Etats-Unis, il a donc été prévu un système de garantie fédérale.** Du fait de ces risques financiers spécifiques, le taux de ces prêts hypothécaires et le coût d'émission apparaissent plus élevés que ceux des prêts hypothécaires normaux.

Par ailleurs, s'agissant de personnes âgées, on peut craindre une vulnérabilité accrue, un risque **d'encouragement de l'endettement indolore**, une multiplication du **contentieux pour vice du consentement**. Ces produits pourraient donner lieu à des pratiques douteuses de la part de personnes intéressées par l'utilisation des sommes rendues disponibles (vente de produits ou de services sans utilité pour les intéressés ou dont ils mesureraient mal le coût). De plus, cet engagement a une **lourde implication familiale car il se dénoue en principe seulement lors de l'héritage** et peut donner aux héritiers le sentiment d'être lésés.

L'emprunteur doit prendre l'exacte mesure des engagements souscrits, et notamment prendre conscience des conséquences d'un non respect des clauses du contrat (utiliser le logement comme résidence principale, l'entretenir convenablement, et ne pas souscrire d'autres dettes qu'il serait incapable d'honorer). Aux Etats-Unis, la garantie fédérale au profit des établissements financiers est subordonnée au recours à un conseil indépendant avant la signature du prêt, chargé d'expliquer à l'emprunteur potentiel les caractéristiques du produit, les risques encourus, ainsi que les autres options ouvertes. Au Royaume-Uni, les principaux prêteurs ont établi un code de bonne conduite prévoyant notamment l'assistance à l'emprunteur par un juriste indépendant du prêteur et le plafonnement de la dette à la valeur du logement.

La référence à la nécessaire détermination de règles protectrices des emprunteurs introduite à l'initiative du rapporteur de la commission des Finances de l'Assemblée nationale, M. Gilles Carrez, paraît insuffisante à votre commission. Certes, le prêt viager hypothécaire ne constituerait qu'un instrument supplémentaire, les personnes demeurant libres d'y recourir ou non. Néanmoins, **en raison de l'importance des règles protectrices à mettre en place (notamment si l'on adopte le système de garantie fédérale en vigueur aux Etats-Unis), il ne paraît pas possible de décider d'une telle introduction en droit français par ordonnance. L'examen prochain par le Parlement d'un projet de loi de réforme du droit des successions** pourrait permettre à la représentation nationale d'examiner publiquement l'opportunité et les modalités possibles d'une telle novation.

Votre commission vous propose donc de **supprimer du champ de l'habilitation le prêt viager hypothécaire.**

b) La consécration de l'antichrèse-bail

L'antichrèse est le contrat par lequel un créancier acquiert pour sûreté de sa créance la faculté de percevoir les fruits d'un immeuble qui lui est remis par son débiteur. Il s'agit d'une sûreté immobilière avec dépossession.

A l'initiative du rapporteur pour avis de la commission des Lois, l'Assemblée nationale a, avec l'avis favorable du Gouvernement et de la commission des Finances, repris une préconisation du rapport du groupe de travail présidé par le professeur Grimaldi en prévoyant explicitement la consécration de l'antichrèse-bail, issue de la pratique et déjà reconnue par la jurisprudence, qui permet au créancier de louer l'immeuble, notamment au débiteur.

Votre commission est tout à fait favorable à cette utile précision.

3. L'insertion dans le code civil de la clause de réserve de propriété

Le 3° de cet article a pour objet d'autoriser le Gouvernement à consacrer, par ordonnance, la jurisprudence ayant reconnu la **clause de réserve de propriété**, en insérant les dispositions correspondantes au sein du code civil.

La propriété garantie ne fait pour l'heure l'objet d'aucune disposition spécifique dans le code civil, malgré le développement des propriétés sûretés, très efficaces, fonctionnant sans dépossession et généralement sans publicité. On les retrouve dans trois secteurs : le matériel et l'équipement avec le crédit-bail, les actifs incorporels avec le gage-espèces, la garantie des contrats à terme et le bordereau Dailly, et enfin les marchandises avec la clause de réserve de propriété.

La **propriété retenue à titre de garantie, ou réserve de propriété**, n'est réglementée que dans le cas d'insolvabilité du débiteur par les dispositions du livre sixième du code de commerce. Le rapport du groupe de travail sur la réforme du droit des sûretés préconise de la reconnaître et la définit comme la convention par laquelle les parties suspendent l'effet translatif d'un contrat au complet paiement de l'obligation. Cette clause permet au vendeur, pour garantir sa créance, de se réserver la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur. Il s'agit de l'une des garanties les plus utilisées.

L'Assemblée nationale a adopté un amendement présenté par le président et rapporteur pour avis de la commission des Lois, M. Philippe Houillon, tendant à préciser que l'insertion de ces dispositions dans le code civil doit s'opérer **à droit constant**, c'est-à-dire sans modification des règles dégagées par la jurisprudence. Ceci est conforme aux préconisations du rapport du groupe de travail, qui a choisi de ne pas consacrer la réserve de propriété élargie du droit allemand, qui permet de garantir d'autres dettes de l'acheteur.

Au contraire, la **propriété cédée à titre de garantie**, prévue par quelques Lois particulières et notamment celle du 2 janvier 1981 qui a institué la cession de créances professionnelles dite cession Dailly, codifiée au code monétaire et financier, n'est pas concernée par l'habilitation, en raison de travaux parallèles d'une commission ayant pour mission de faire des propositions sur l'introduction de la fiducie en droit français. En effet, la fiducie-sûreté se définit comme un transfert de propriété à titre de garantie.

4. La reconnaissance d'instruments issus de la pratique

Le 4° de cet article vise à permettre au Gouvernement de donner par ordonnance un fondement légal à trois pratiques des affaires reconnues par la jurisprudence, la garantie autonome, la lettre d'intention et le droit de rétention. L'Assemblée nationale a adopté, à l'initiative du président et rapporteur pour avis de la commission des Lois et avec l'avis favorable tant du Gouvernement que de la commission des Finances, un amendement tendant à définir ces trois instruments. Votre commission pour avis s'interroge sur l'opportunité de définir précisément ces trois instruments, s'agissant d'une simple habilitation, d'autant plus que les définitions proposées ne semblent pas totalement pertinentes. Elle vous propose donc d'adopter un **amendement** de clarification.

- La **garantie autonome** est ainsi définie par le texte de l'habilitation comme une garantie conventionnelle renforcée obligeant le garant, sauf fraude manifeste, à payer dès qu'il est sollicité.

Le groupe de travail propose pour sa part de la définir comme l'engagement par lequel un tiers s'oblige, en contemplation d'une obligation, à verser une certaine somme (et non garantir la dette d'un autre), soit à la première demande, soit suivant des modalités convenues (par exemple lors de

la production de pièces justificatives). Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie puisque contrairement au cautionnement, qui constitue également une sûreté personnelle, la garantie autonome n'est ni subsidiaire, ni accessoire par rapport à l'engagement du débiteur. Du fait de son extrême rigueur, le groupe de travail propose de l'exclure dans le cas de crédits à la consommation.

Votre commission pour avis vous propose de clarifier cette rédaction afin d'inclure le crédit documentaire, qui prévoit que le garant doit payer sur présentation d'une simple pièce sans possibilité de vérification.

- La **lettre d'intention**, (parfois appelée lettre de confort, de parrainage ou de patronage), est définie par l'habilitation comme un document par lequel un tiers exprime à un créancier son intention de soutenir le débiteur pour que ce dernier soit en mesure de respecter son engagement.

En pratique, les lettres d'intention sont principalement utilisées par les groupes de société, lorsqu'une société-mère s'engage auprès d'un banquier, créancier d'une de ses filiales.

Le groupe de travail, divisé sur l'opportunité de l'introduction de cette sûreté personnelle, s'est finalement prononcé en sa faveur. Le MEDEF, entendu par votre rapporteur pour avis, considère pour sa part que cette sûreté, avant tout de nature commerciale, devrait figurer dans le code de commerce et non dans le code civil. L'amendement adopté par l'Assemblée nationale, qui prévoit de lui donner une base légale et non plus de l'insérer dans le code civil, paraît à cet égard pertinent. Votre commission pour avis vous propose cependant quelques précisions rédactionnelles.

- Le **droit de rétention** est défini par l'habilitation comme la faculté, reconnue au créancier qui détient la chose de son débiteur, d'en refuser la délivrance tant qu'il n'a pas reçu complet paiement.

S'il semble utile de lui donner une base légale, bien qu'il ne s'agisse pas d'une sûreté, puisqu'il constitue un moyen de pression très efficace pour contraindre le débiteur à payer son créancier, votre commission pour avis vous propose de préciser que ce droit s'exerce sur une chose qu'il doit remettre, qu'elle appartienne ou non au débiteur.

5. La réforme de l'expropriation forcée

Le 5° de cet article a pour objet d'habiliter le Gouvernement à modifier par ordonnance les dispositions du code civil concernant **l'expropriation forcée**.

La saisie immobilière, instituée par la loi du 21 mai 1858, n'a connu depuis lors que des réformes ponctuelles. On lui reproche sa lenteur, sa complexité et son coût.

Le texte initial de l'habilitation prévoyait de « *réformer les dispositions du livre III du code civil relatives à l'expropriation forcée et aux ordres entre les créanciers et adapter en conséquence toutes dispositions de*

nature législative pour assurer la cohérence avec les modifications ainsi apportées ».

L'Assemblée nationale a, sur proposition du président et rapporteur pour avis de la commission des Lois, M. Philippe Houillon, et avec l'avis favorable tant du Gouvernement que de la commission des Finances, adopté un amendement tendant à supprimer la référence jugée ambiguë parce que trop générale aux « *ordres entre les créanciers* », et en la remplaçant par la référence à la « *procédure de distribution du prix de vente des immeubles* ». En effet, le Gouvernement a indiqué ne pas souhaiter modifier les règles de distribution du prix des immeubles (procédure d'ordre), qui permettent de classer les créances en fonction des privilèges dont elles sont assorties et dont la fixation est particulièrement sensible, mais seulement le déroulement de la procédure elle-même.

L'amendement précise en outre que la réforme par ordonnance des dispositions du code civil relatives aux procédures d'expropriation forcée a pour finalité de simplifier les procédures civiles d'exécution immobilière, de les rapprocher des procédures civiles d'exécution mobilière, de renforcer le contrôle du juge et de favoriser la vente amiable. La référence aux coordinations nécessaires est supprimée, ceci étant renvoyé au 6°.

Le projet de réforme envisagé par le Gouvernement permettrait au juge de l'exécution de conserver le contrôle de la procédure de saisie immobilière, en privilégiant autant que possible son caractère amiable, maintiendrait la représentation obligatoire par avocat et rapprocherait les règles d'exécution de la saisie immobilière de celles qui sont appliquées pour les procédures civiles d'exécution mobilière, ce qui conduirait à un raccourcissement des délais. Enfin, la saisie ne pourrait être pratiquée qu'en vertu d'un titre exécutoire constituant une créance liquide et exigible. La consignation du prix de vente, qui conditionne le transfert de la propriété, devrait intervenir dans un délai de deux mois à compter de la date d'adjudication, faute de quoi des intérêts seraient dus aux créanciers. La consignation produirait à l'égard du débiteur les effets d'un paiement à l'expiration d'un an. Si le créancier poursuivant tardait à poursuivre la distribution du prix de vente, le créancier le plus diligent, voire le débiteur lui-même, pourrait la poursuivre à sa place.

Cette habilitation paraît d'autant plus nécessaire que les tentatives de réforme précédentes n'ont pu être menées à bien. Un rapport préparatoire de septembre 1993 d'un groupe de travail présidé par le professeur Roger Perrot est ainsi resté sans suite, tandis que le groupe de travail de la Chancellerie comprenant notamment les professeurs Guinchard et Théry mis en place en 1995 interrompait ses travaux en avril 1997.

6. Coordinations

Le 6° de cet article vise à autoriser le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures nécessaires pour tirer les conséquences des ordonnances mentionnées aux 1° à 5° et permettre leur mise en oeuvre.

Le projet de loi initial énumérait les codes susceptibles d'être modifiés : code de commerce, code des assurances, code monétaire et financier et code de la consommation.

Afin de permettre, conformément aux préconisations du rapport Grimaldi, un **regroupement de l'ensemble du droit des sûretés au sein du livre IV du code civil** (l'actuel livre IV relatif à Mayotte devenant alors un livre V), l'Assemblée nationale a, sur proposition du président et rapporteur pour avis de la commission des Lois, et avec l'avis favorable tant du Gouvernement que de la commission des Finances, supprimé cette énumération et visé un réaménagement des codes, afin notamment de permettre de réorganiser la structure du code civil, indépendamment de son contenu. Cette disposition sera particulièrement utile et devrait permettre de remplir l'objectif de lisibilité et de mise en cohérence du droit des sûretés, malgré la réduction du champ de l'habilitation.

7. Délais relatifs à la publication des ordonnances et au dépôt des projets de loi de ratification

L'avant-dernier alinéa de cet article fixe les **délais dans lesquels les ordonnances devront être prises**.

Il prévoit que ces ordonnances devront avoir été publiées au plus tard neuf mois après la publication de la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, ce délai étant toutefois porté à un an pour les ordonnances prises en vertu du 6° de cet article, destinées à réorganiser les dispositions des différents codes pour procéder aux coordinations et regroupements nécessaires du fait des modifications opérées par les ordonnances prévues aux 1° à 5°.

Ces délais paraissent raisonnables. A titre de comparaison, l'article 92 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, qui habilitait le Gouvernement à procéder par ordonnances à de nombreuses modifications techniques, prévoyait des délais généralement fixés à neuf ou douze mois, mais pouvant atteindre dix-huit mois.

Enfin, le dernier alinéa de cet article fixe à trois mois à compter de la publication de chaque ordonnance le **délai laissé au Gouvernement pour déposer un projet de loi de ratification**. Le respect de ce délai est essentiel puisque l'article 38 de la Constitution prévoit qu'à défaut, les ordonnances deviennent caduques.

L'inscription de ces projets de loi de ratification d'ordonnances à l'ordre du jour pourra également être l'occasion de redonner à cette réforme du droit des sûretés toute sa cohérence, puisque des pans entiers de l'habilitation ont été retirés par l'Assemblée nationale face au constat du manque d'avancement de la concertation.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 6 **ainsi modifié**.

TITRE III SIMPLIFIER L'ACCÈS AU MARCHÉ ET RENFORCER LA CONFIANCE DES INVESTISSEURS

CHAPITRE II RENFORCER LA CONFIANCE DES INVESTISSEURS

Article 12

(art. L. 233-3, L. 233-7, L. 233-8 et L. 233-9 du code de commerce)

Modification des règles relatives au contrôle des sociétés et aux obligations déclaratives en cas de franchissement de seuils de participation

Cet article tend à modifier les règles actuelles relatives au contrôle des sociétés et aux obligations déclaratives en cas de franchissement de seuils de participation au sein des sociétés commerciales. A cette fin, il modifierait les articles L. 233-3, L. 233-7, L. 233-8 et L. 233-9 du code de commerce.

L'objet de cette disposition est d'apporter plusieurs améliorations à l'information de la société concernée et de l'Autorité des marchés financiers quant à l'évolution des participations des différents actionnaires au sein du capital social. Ainsi serait notamment assurée la transposition des articles 9 à 12 de la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE. Cette directive, entrée en vigueur le 20 janvier 2005, doit en effet être transposée avant le 20 janvier 2007.

Sur le plan de la méthode, le Gouvernement a choisi, afin de permettre une transposition complète de la directive précitée, de **renvoyer à plusieurs reprises au règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF)**, autorité administrative indépendante créée par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière. Rappelons que la

jurisprudence du Conseil constitutionnel autorise la dévolution d'un pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes pour des mesures « *de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* »¹.

Le règlement général de l'AMF, dont l'existence et l'objet sont définis aux articles L. 621-6 et L. 621-7 du code monétaire et financier, a été homologué par arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 12 octobre 2004. Il a, depuis lors, connu plusieurs modifications. La parfaite transposition de la directive 2004/109 exigera donc de nouvelles modifications, à la lumière des dispositions nouvellement introduites par le présent article.

1. L'extension de la notion de contrôle d'une société (article L. 233-3 du code de commerce)

Le premier paragraphe (I) du présent article compléterait l'article L. 233-3 du code de commerce afin **définir un quatrième cas de contrôle d'une société sur une autre.**

Pour assurer une certaine transparence à l'égard des actionnaires des sociétés concernées, mais également vis-à-vis des investisseurs, candidats potentiels à l'actionnariat, le code de commerce impose un certain nombre de règles tendant à limiter les effets pervers que peuvent avoir les participations croisées ainsi que les actions d'auto-contrôle, et reposant sur la notion de contrôle d'une société sur une autre.

L'existence de participations -directes ou indirectes et éventuellement croisées- entre plusieurs sociétés peut en effet conduire à des abus, caractérisés en particulier par un verrouillage des organes de direction² et la limitation des possibilités d'exercer des offres publiques d'achat. Pour contrer ces pratiques, les articles L. 223-29 et suivants du code de commerce mettent ainsi en place des dispositifs interdisant les participations directes au-delà d'un pourcentage déterminé ou limitant les pouvoirs attachés aux actions d'auto-contrôle³.

Afin de déterminer le champ d'application de ces dispositions, l'article L. 233-3 du code de commerce prévoit, dans sa rédaction actuelle,

¹ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, « Liberté de communication ».

² Les administrateurs communs des sociétés d'un même groupe peuvent profiter de ces participations réciproques pour assurer leur réélection dans chacune des sociétés grâce aux actions détenues par les autres sociétés du groupe.

³ L'auto-contrôle est caractérisé lorsqu'une société assure son propre contrôle par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dont elle détient elle-même, directement ou indirectement, le contrôle.

qu'une société est considérée comme en contrôlant une autre dans trois hypothèses distinctes :

- lorsque la société détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de l'autre société ;

- 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 non contraire à l'intérêt de la société. Cette disposition tend à prendre en compte l'existence de conventions de vote entre actionnaires. Aux termes d'une jurisprudence nuancée, de telles conventions sont licites à la condition qu'elles ne suppriment pas totalement la liberté de vote d'un actionnaire et ne soient pas contraires à l'intérêt social¹ ;

- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société. Le texte précise d'ailleurs que deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

Il institue, par ailleurs, une présomption de contrôle lorsque la société 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.

Le dispositif actuel ne recouvre cependant pas le cas de figure dans lequel, sans se situer dans l'une des trois situations prévues, une société exerce son contrôle sur une autre grâce au pouvoir qu'elle détient, en qualité d'actionnaire ou d'associé de cette société, de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

Or, la définition d'un tel cas de contrôle d'une société sur une autre devient particulièrement souhaitable compte tenu de l'introduction en droit français de la catégorie nouvelle des actions de préférence. Ces dernières étant définies par l'article L. 228-11 du code de commerce, introduit par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières et extension à l'outre-mer des dispositions ayant modifié la législation commerciale, comme des « *actions avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* », des sociétés pourraient décider d'octroyer à certains actionnaires

¹ Ainsi, la jurisprudence estime valable une convention assurant la stabilité du financement des activités de la société ou palliant les insuffisances des règles applicables aux groupes de sociétés (Cour de cassation, ch. commerciale, 24 février 1987, Bull. civ. IV, n° 54). En revanche, est nulle la convention par laquelle un associé renonce irrévocablement à son droit de vote.

des droits politiques les mettant à même de nommer ou de révoquer la majorité des membres de ces organes.

L'insertion en droit français de ce nouveau cas de contrôle constitue par ailleurs une obligation découlant de la directive 2004/109/CE précitée. Prévoyant un renforcement des législations des Etats membres de la Communauté européenne en matière d'information et de transparence, l'article 2 de ce texte définit l'« entreprise contrôlée » comme celle, notamment, « dont une personne physique ou morale possède le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance, et est en même temps détenteur d'actions ou associé de l'entreprise en question »¹.

La modification apportée par le présent article reprendrait, dans une rédaction quasi-identique, les dispositions de la directive précitée, assurant ainsi sa parfaite transposition en droit français.

2. L'aménagement des obligations d'information en cas de franchissement de seuils (articles L. 233-7 et L. 233-9 du code de commerce)

Afin d'assurer la transparence des participations tant dans la société concernée que sur l'ensemble du marché, les articles L. 233-7 à L. 233-10 imposent des mesures d'information obligatoires. Le non-respect de ces mesures est sanctionné :

- par la privation du droit de vote attaché aux actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée² ;

- par une amende de 18.000 euros à l'encontre de la personne physique tenue à l'obligation ou des présidents, administrateurs, membres du directoire, gérants ou directeurs généraux de la personne morale³.

Sans bouleverser radicalement les dispositifs existants, les deuxième (II) et quatrième (IV) paragraphes du présent article instituerait un équilibre plus optimal destiné à assurer une information plus complète de la société et du marché sur les franchissements de seuils de participation, tout en supprimant l'application de ces dispositifs dans des hypothèses où elle ne s'impose pas. Les articles L. 233-7 et L. 233-9 du code de commerce seraient, à cette fin, entièrement réécrits.

¹ ii) du f) du 1 de l'article 2 de la directive 2004/109/CE.

² Article L. 233-14 du code de commerce.

³ I de l'article L. 247-1 du code de commerce.

a) *L'instauration de nouveaux seuils*

L'article L. 233-7 du code de commerce impose **l'information de la société et de l'AMF sur le nombre total d'actions ou de droits de vote possédés lorsque**, dans une société ayant son siège sur le territoire français et dont les actions sont inscrites en compte chez un intermédiaire habilité¹, **une personne physique ou morale**, agissant seule ou de concert², **vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital ou des droits de vote.**

Cette rédaction résulte de l'ordonnance précitée du 24 juin 2004 modifiée, à l'initiative de votre commission des Lois, lors de sa ratification par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit. En effet, votre commission avait estimé regrettable que « *l'ordonnance, tout en modifiant les règles de franchissement de seuil afin de prendre en compte la possibilité nouvelle d'avoir des titres au porteur dans les sociétés non cotées, ait supprimé l'obligation de déclaration de franchissement de seuils pour les porteurs de titres nominatifs, même au sein des sociétés cotées.* »³ Elle avait donc proposé un amendement visant, tout en ratifiant l'ordonnance précitée, à restaurer cette obligation.

Malgré le but clairement affiché dans les travaux préparatoires de soumettre toutes les actions nominatives à l'obligation de déclaration, la doctrine s'est récemment inquiétée que la rédaction adoptée maintienne une référence aux « *actions inscrites en compte chez un intermédiaire habilité* », alors que les actions nominatives peuvent également être inscrites en compte chez l'émetteur. Dans ces conditions, la question de savoir si ces actions devaient être prises en compte dans le cadre des obligations déclaratives pouvait être discutée.

Sur ce point, la nouvelle rédaction proposée remplacerait l'expression litigieuse par celle d'« *actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire habilité* ».

¹ Dans les conditions prévues par l'article L. 211-4 du code monétaire et financier.

² Cette notion est définie par l'article L. 233-10 du code de commerce -non modifié par le présent projet de loi- comme le fait de conclure un accord « en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique vis-à-vis de la société. » Aux termes de cette disposition, un tel accord est présumé exister dans quatre hypothèses :

1° entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants ;

2° entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ;

3° entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes ;

4° entre les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle.

³ Rapport n° 5 (Sénat, 2004-2005) de M. Bernard Saugey au nom de la commission des Lois, p. 286.

Ainsi, l'ensemble des actions nominatives serait concerné, sans doute possible, qu'il s'agisse d'actions inscrites en compte chez l'émetteur ou d'actions inscrites en compte chez un intermédiaire habilité.

L'article L. 233-7 serait par ailleurs réécrit dès lors qu'il ne satisfait plus totalement aux exigences communautaires.

Le 1 de l'article 9 de la directive 2004/109 précitée impose en effet une information lors du dépassement ou, à l'inverse, du passage en dessous du seuil de 25 % des droits de vote de la société. Le texte proposé soumettrait, en conséquence, l'actionnaire concerné à une **obligation de déclaration de franchissement de seuil en cas de dépassement du quart du capital ou des droits de vote** ou si le nombre d'actions ou de droits de vote détenu devient inférieur à ce seuil.

Si la directive impose également, en principe, de retenir des seuils de 30 % et de 75 %, elle permet aux Etats dont la législation prévoit déjà des seuils d'un tiers et de deux tiers de ne pas modifier leurs dispositions sur ce point¹. Le présent article ne prévoit donc aucune modification sur ce point.

La nouvelle rédaction proposée imposerait **également une information lors du dépassement des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote**, c'est-à-dire du seuil de **95 %**. Cette nouvelle obligation, non exigée par la directive, répond au souci de faciliter la présentation d'offres publiques de retrait².

En effet, aux termes des articles L. 236-1 et L. 236-2 du règlement général de l'AMF, les personnes qui détiennent au moins 95 % des droits de vote d'une société dont les actions ou les certificats d'investissement et, le cas échéant, les certificats de droit de vote sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou ont cessé de l'être, peuvent se voir imposer par l'AMF de déposer une offre publique de retrait. La nouvelle obligation de déclaration envisagée devrait donc permettre de renforcer l'efficacité des dispositions relatives à l'exercice des offres publiques de retrait.

Les dispositions figurant actuellement aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 233-7 ne seraient pas modifiées, mais ceux-ci deviendraient respectivement les deuxième et troisième alinéas du I de cet article.

Par ailleurs, le texte proposé reprendrait sans modification de fond, au sein du III de l'article L. 233-7, les dispositions figurant actuellement au cinquième alinéa de cet article tendant à autoriser les statuts à prévoir une obligation d'information lors du franchissement de seuils inférieurs au

¹ Point 3 de l'article 9 de la directive 2004/109/CE du 15 décembre 2004.

² Prévues à l'article L. 433-4 du code monétaire et financier, cette offre permet aux actionnaires minoritaires de se retirer de la société en faisant acquérir leurs titres.

vingtième du capital ou des droits de vote. La sanction du non-respect de cette obligation, figurant actuellement au sixième alinéa, serait également reprise sans modification de substance au VI de l'article L. 233-7.

Reprenant les dispositions du septième alinéa de l'article L. 233-7 dans sa rédaction actuelle, le VII de cet article imposerait à la personne dépassant le dixième ou le cinquième du capital et des droits de vote dans une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, de dévoiler les **objectifs qu'elle a l'intention de poursuivre** au cours des douze mois à venir. Cette déclaration devrait être adressée à la société concernée ainsi qu'à l'AMF.

En cas de changement d'intention, qui ne pourrait toujours être motivé que par « *des modifications importantes dans l'environnement, la situation ou l'actionnariat des personnes concernées* », une nouvelle déclaration devrait être établie et portée à la connaissance du public dans des conditions fixées par l'AMF. Le texte proposé préciserait désormais que cette déclaration devrait également être « *communiquée à la société et à l'Autorité des marchés financiers* ». Cette précision ne ferait que confirmer la pratique actuelle.

b) La prise en compte de la création de marchés d'instruments financiers autres que des marchés réglementés pour l'information de l'Autorité des marchés financiers

Le texte proposé pour le II de l'article L. 233-7 reprendrait, avec certaines modifications, les dispositions figurant actuellement au deuxième alinéa de cet article. Son objet serait d'imposer l'information de l'AMF lorsque les seuils susmentionnés ont été franchis. Par rapport au droit en vigueur, les ajouts du projet de loi seraient de deux types :

- d'une part, le texte proposé prendrait en **compte la possibilité nouvellement offerte de créer des marchés d'instruments financiers autres que des marchés réglementés**.

L'ordonnance précitée du 24 juin 2004 a en effet permis aux sociétés commerciales d'émettre des titres au porteur hors des marchés réglementés. En France, la société Euronext Paris SA a créé, sur cette base, un marché organisé dénommé « Alternext »¹. Y sont admis les titres librement négociables et transférables émis par une société ayant déposé ses comptes annuels et, le cas échéant, ses comptes consolidés au titre des deux années précédant la demande d'admission et s'étant assuré que les cessions de blocs de titres qui conduiraient à la détention par une ou plusieurs personnes agissant de concert

¹ Compte tenu de sa création récente, la cote d'Alternext ne compte actuellement que quatre sociétés.

donneraient lieu à la mise en œuvre d'une garantie de cours¹. L'émetteur doit, à cette fin, s'adresser à un dépositaire central² qui ouvre et tient, pour le compte de ses adhérents³, des comptes courants de titres. La circulation des titres s'effectue par des virements de compte à compte.

Désormais, **l'obligation de déclaration auprès de l'AMF, prévue par l'article L. 233-7, viserait donc également les actions admises sur un marché d'instruments financiers autre qu'un marché réglementé. Toutefois, cette obligation n'aurait pas un caractère automatique, contrairement à la situation existant à l'égard des actions admises sur un marché réglementé. Il reviendrait, en effet, au gestionnaire du marché organisé de décider si cette obligation doit ou non être appliquée dans le cadre de son marché.** Cette disposition donnerait donc une souplesse réelle dans l'organisation des marchés autres que réglementés ;

- d'autre part, le texte **renverrait au règlement général de l'AMF le délai et les conditions dans lesquelles la personne franchissant les seuils de participation susvisés devrait informer cette autorité administrative indépendante, ainsi que les modalités de calcul des seuils de participation.**

Actuellement, le règlement général de l'AMF précise, dans son article 222-12 que « *les informations mentionnées aux articles L. 233-7 à L. 233-10 du code de commerce sont portées à la connaissance du public par l'AMF* » et qu'une « *instruction de l'AMF précise les conditions dans lesquelles ces informations lui sont transmises* ». Aux termes de cette disposition, l'AMF peut également « *demande aux sociétés dont le siège social n'est pas situé en France des informations équivalentes* ».

En conséquence, ces dispositions devront être elles-mêmes modifiées pour prendre en compte le nouvel état du droit résultant du présent article et, tout particulièrement, pour fixer les modalités de calcul des seuils de participation. Celles-ci sont en effet prévues par la directive elle-même mais relèvent par nature du pouvoir réglementaire. Il a semblé plus opportun de confier, au niveau national, la détermination de ces modalités à l'autorité de marché.

c) L'extension des cas d'assimilation aux actions détenues par la personne titulaire de l'obligation de déclaration

Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 233-9 du code de commerce **assimile aux actions et droits de vote « possédés » par la personne tenue à**

¹ En vertu de cette garantie, qui doit s'appliquer pendant au moins dix jours de bourse, les cessionnaires doivent se porter acquéreur de tous les titres présentés à la vente sur Alternext et ce, au cours auquel la cession de bloc a été réalisée ou doit l'être.

² Euroclear est actuellement le seul dépositaire central admis en France.

³ Ces adhérents peuvent être des teneurs de comptes-conservateurs, des établissements français ou étrangers ou d'autres dépositaires centraux.

déclaration de franchissement de seuils, au sens de l'article L. 233-7 du code de commerce, **quatre types d'actions ou droits de vote** :

- ceux possédés par d'autres personnes pour le compte de la personne tenue à l'information sur les franchissements de seuils ;

- ceux possédés par la ou les sociétés contrôlant, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, la personne tenue à l'information ;

- ceux possédés par un tiers agissant de concert avec la personne tenue à l'information ;

- ceux que la personne tenue à l'information ou que les personnes susmentionnées sont en droit d'acquérir, à leur seule initiative, en vertu d'une convention.

● Le **I** de l'article L. 233-9, issu du quatrième paragraphe (IV) du présent article, compléterait cette liste en ajoutant **quatre nouvelles hypothèses d'assimilation** imposées par la directive 2004/109 précitée :

- les actions dont la personne tenue à déclaration en application de l'article L. 233-7 détient seulement **l'usufruit**. Cette disposition transposerait le point d) de l'article 10 de la directive 2004/109.

Les actions peuvent en effet faire l'objet d'un démembrement de propriété, l'article 581 du code civil disposant que la distinction entre l'usufruitier, qui jouit des fruits du bien, et le nu-propiétaire, qui est titulaire d'un droit de propriété excluant toute capacité à en percevoir les fruits, peut être exercée sur « *toute espèce de biens meubles ou immeubles* ».

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

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

Les aménagements statutaires en matière de vote sont cependant soumis au contrôle du juge judiciaire. La jurisprudence en cette matière laisse

néanmoins place à certaines incertitudes. Ainsi, il est acquis que les statuts ne peuvent supprimer totalement le droit de vote reconnu à l'usufruitier, qui doit au moins voter sur l'affectation des bénéfices¹. Concernant la privation totale de droit de vote du nu-propiétaire, des débats demeurent après que certains arrêts eurent admis que celui-ci ne pouvait simplement pas être privé de son droit de « *participer aux décisions collectives* »².

L'usufruitier d'actions est donc à même d'exercer des prérogatives importantes dans le cadre des droits politiques attachés aux actions de la société concernée. Cette position peut lui, si le nombre d'actions dont il a l'usufruit est important, de jouer un rôle le mettant à même d'influencer la stratégie de la société ;

- les actions ou les droits de vote possédés par un tiers avec lequel cette personne a conclu un **accord de cession temporaire** portant sur ces actions ou droits de vote. Ce cas d'assimilation assure la transposition du point b) de l'article 10 de la directive 2004/109. Toutefois, son champ d'application est plus large dans la mesure où la cession temporaire d'actions serait également visée. Cette extension se justifie par le fait que le droit français rend obligatoires les déclarations lors du franchissement de seuils intéressant tant les droits de vote que les actions.

Les cessions temporaires de titres sont actuellement organisées par les articles L. 432-5 et suivants du code monétaire et financier. Elle peuvent prendre la forme d'un prêt de titres ou d'une mise en pension, cette dernière se définissant comme « *l'opération par laquelle une personne morale, un fonds commun de placement ou un fonds commun de créances cède en pleine propriété à une autre personne morale, à un fonds commun de placement ou à un fonds commun de créances, moyennant un prix convenu, des valeurs, titres ou effets définis ci-après et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les valeurs, titres ou effets, le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus* »³ ;

- les **actions déposées** auprès de la personne tenue à déclaration, à **condition que celle-ci puisse exercer les droits de vote qui leur sont attachés comme elle l'entend en l'absence d'instructions spécifiques des actionnaires**. Cette disposition assure la transposition du point f) de l'article 10 de la directive 2004/109 ;

- les **droits de vote que cette personne peut exercer librement en vertu d'une procuration en l'absence d'instructions spécifiques des**

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

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

³ Article L. 432-12 du code monétaire et financier.

actionnaires concernés. Cette assimilation résulte des dispositions du point h) de l'article 10 de la directive 2004/109.

• En revanche, le II de l'article L. 233-9 **exclurait**, conformément à l'article 12 de la directive 2004/109, **certaines actions** de l'assimilation proposée par le I. **Deux exclusions** seraient prévues et concerneraient :

- les **actions détenues par les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) gérés par une société de gestion de portefeuille contrôlée par la personne tenue à déclaration**. Cette exclusion se justifie en effet par le fait que les OPCVM doivent « *agir dans l'intérêt exclusif des souscripteurs* »¹. Dans ces conditions, leurs décisions et leurs stratégies ne sont en principe pas distinctes de celles de la personne qui en détient le contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce.

Toutefois, le texte proposé permettrait au règlement général de l'Autorité des marchés financiers de définir des exceptions à cette règle de non assimilation ;

- les **actions détenues dans un portefeuille géré par un prestataire de services d'investissement contrôlé par la personne soumise à l'obligation de déclaration, dans le cadre du service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers**, dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

La formulation retenue tend à inclure tant les sociétés d'investissement, visées à l'article L. 532-9 du code monétaire et financier, qui exercent l'activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers à titre principal, que les autres prestataires de services d'investissement exerçant un service de gestion de portefeuille à titre accessoire. Les conditions dans lesquelles ces prestataires exercent l'activité de gestion de portefeuille sont actuellement précisées aux articles 322-1 à 322-92 du règlement général de l'AMF.

Toutefois, par exception, le règlement général de l'AMF pourrait prévoir que ces actions devraient être prises en compte dans le cadre de l'obligation de déclaration. Selon les informations communiquées par la direction du Trésor, cette exception générale tend à reprendre celles prévues par le 5 de l'article 12 de la directive 2004/109/CE. En effet, cette disposition pose le principe selon lequel l'entreprise mère d'une entreprise d'investissement agréée n'est pas tenue, sous certaines conditions, d'agrèger ses participations avec les participations qui sont gérées par cette entreprise d'investissement de manière individualisée.

¹ Article L. 214-3 du code monétaire et financier.

Toutefois, malgré cette exemption, elle prévoit que l'obligation déclarative subsiste si l'entreprise mère, ou une autre entreprise contrôlée par celle-ci, a investi dans des participations gérées par ladite entreprise d'investissement et que celle-ci « ne peut exercer comme elle l'entend les droits de vote attachés à ces participations et ne peut exercer ces droits de vote que sur instructions directes ou indirectes de l'entreprise mère ou d'une autre entreprise contrôlée par l'entreprise mère. » Ce dispositif serait donc repris dans le règlement général de l'AMF.

d) L'instauration d'exceptions à l'obligation d'information

Contrepartie du renforcement des obligations d'information en matière de franchissement de seuils, le présent article instaurerait un certain nombre d'**exceptions justifiées par le fait que**, comme le relève l'exposé des motifs du projet de loi, **certaines activités excluent**, par leur nature même, « **toute volonté d'influencer la stratégie d'une entreprise, comme les activités d'arbitrage et de négociation pour compte propre des entreprises d'investissement dans leur portefeuille de négociation** ». Les exceptions prévues seraient la reprise de celles autorisées par la directive 2004/109 précitée.

- Les actions non soumises à l'obligation de déclaration

Le **IV** du texte proposé pour l'article L. 233-7 viserait **quatre situations distinctes** :

- celle dans laquelle ces actions auraient été **acquises aux seules fins de la compensation, du règlement ou de la livraison d'instruments financiers, dans le cadre habituel du cycle de règlement à court terme** défini par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Cette exclusion reprendrait l'hypothèse visée au point 4 de l'article 9 de la directive 2004/109 ;

- celle dans laquelle les **actions seraient détenues par les teneurs de comptes conservateurs** dans le cadre de leur activité de tenue de compte et de conservation. Cette disposition procéderait à la transposition du point 5 de l'article 9 de la directive 2004/109 ;

- celle dans laquelle les **actions seraient détenues par un prestataire de services d'investissement dans « son portefeuille de négociation »**¹, à condition que ces actions ne représentent pas une quotité du capital ou des droits de vote de l'émetteur de ces titres supérieure à un seuil fixé par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers et que **les droits de vote attachés à ces titres ne soient pas exercés ni autrement utilisés pour intervenir dans la gestion de l'émetteur**. Cette hypothèse découle du point 6 de l'article 9 de la directive 2004/19, qui ouvrirait une simple option aux Etats membres. Votre commission souligne que, pour la transposition de cette dernière disposition soit correcte, il conviendra que le règlement général de l'AMF fixe à 5 % le seuil maximum des droits de vote détenus dans le portefeuille de négociation.

Votre commission souligne que le fait de retenir cette option ne devra pas conduire les prestataires de services d'investissement à contourner les obligations prévues au 8 de l'article L. 533-4 du code monétaire et financier. Cette disposition impose, en effet, depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, aux sociétés de gestion de portefeuille, qui constituent une catégorie particulière de prestataires de service d'investissement, *« d'exercer les droits attachés aux titres détenus par les organismes de*

¹ Cette notion est définie par le 6 de l'article 2 de la directive 93/6/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit comme un portefeuille comprenant :

« - a) les positions propres en instruments financiers qui sont détenues par l'établissement en vue de leur revente et/ou qui sont prises par cet établissement dans l'intention de profiter à court terme des écarts réels et/ou escomptés entre leurs prix d'achat et de vente, ou d'autres variations de prix ou de taux d'intérêts, et les positions résultant d'achats et de ventes simultanés effectués pour compte propre (matched principal broking), ou les positions détenues en vue de couvrir d'autres éléments du portefeuille,

« - et b) les risques liés aux opérations non dénouées, aux transactions incomplètes et aux instruments dérivés hors bourse, visés aux points 1, 2, 3 et 5 de l'annexe II, les risques liés aux opérations de mise en pension et aux prêts de titres, portant sur des titres compris dans le portefeuille de négociation au sens du point a) ci-dessus, visés au point 4 de l'annexe II, et, à condition que les autorités compétentes l'autorisent, les risques liés aux opérations de prise en pension et aux emprunts de titres, visés au même point 4, qui satisfont soit aux conditions énoncées aux points i), ii), iii) et v), soit aux conditions énoncées aux points iv) et v) figurant ci-après: i) les risques sont évalués quotidiennement au prix du marché selon les procédures prévues à l'annexe II; ii) la garantie est adaptée de manière à tenir compte des variations significatives de la valeur des titres sur lesquels porte l'opération ou la transaction en question, selon une règle jugée acceptable par les autorités compétentes; iii) l'opération ou la transaction prévoit que les créances de l'établissement sont automatiquement et immédiatement compensées avec les créances de sa contrepartie en cas de défaillance de cette dernière; iv) il s'agit d'une opération ou d'une transaction interprofessionnelle; v) ces opérations et transactions sont réservées à leur usage accepté et approprié, les transactions artificielles, et plus spécialement celles qui ne sont pas à court terme, étant exclues,

« - et c) les risques sous forme de droits de courtage, commissions, intérêts, dividendes et dépôts de marge concernant des instruments dérivés négociés en bourse qui sont directement liés aux éléments compris dans le portefeuille et visés au point 6 de l'annexe II. L'inclusion d'éléments particuliers dans le portefeuille de négociation ou leur exclusion s'effectue selon des procédures objectives comprenant, le cas échéant, les normes comptables dans l'établissement concerné ; ces procédures, ainsi que leur application sur une base continue, font l'objet d'un examen par les autorités compétentes ».

placement collectif en valeurs mobilières qu'elles gèrent, dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts de ces organismes de placement collectif en valeurs mobilières et rendre compte de leurs pratiques en matière d'exercice des droits de vote dans des conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.» Selon la même disposition, lorsqu'elles n'exercent pas ces droits de vote, ces sociétés doivent alors expliquer leurs motifs aux porteurs de parts ou actionnaires des organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Les champs d'application de ces dispositions sont distincts et l'obligation voulue par la loi précitée du 1^{er} août 2003 conserve toute sa vigueur ;

- celle des **actions qui seraient remises aux membres du Système européen de banques centrales (SEBC) ou par ceux-ci dans l'exercice de leurs fonctions d'autorités monétaires**, dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Cette hypothèse vise à transposer l'article 11 de la directive 2004/109. Pour assurer une transposition complète, votre commission souligne que le règlement général devra préciser que cette exemption ne s'applique qu'aux transactions portant sur une courte période et que les droits de vote attachés aux actions ne pourront être exercés.

- Les personnes non soumises à l'obligation de déclaration

Le **V** du texte proposé pour l'article L. 233-7 **exclurait de l'obligation de déclaration deux catégories de personnes :**

- d'une part, le **teneur de marché**, uniquement dans l'hypothèse d'un franchissement du seuil du vingtième du capital social ou des droits de vote, dans le cadre de son activité de tenue du marché. Cette exclusion n'interviendrait que **dans la mesure où le teneur de marché n'interviendrait pas dans la gestion de l'émetteur concerné**. Cette disposition transposerait le point 5 de l'article 9 de la directive 2004/109.

- d'autre part, les **personnes mentionnées aux I et II contrôlées au sens de l'article L. 233-3 par une entité elle-même soumise à l'obligation prévue aux I et II pour les actions détenues par cette personne ou si cette entité est elle-même contrôlée au sens de l'article L. 233-3 par une personne elle-même soumise à l'obligation prévue aux I et II pour ces mêmes actions**. Cette mesure tend à transposer le point 3 de l'article 12 de la directive 2004/109. Elle se justifie par le souci de ne pas imposer de doubles déclarations de franchissement de seuils, par nature inutiles.

Votre commission vous soumet un **amendement tendant à améliorer la rédaction de cette disposition**, en supprimant par ailleurs une référence inutile.

3. Le renforcement de l'obligation d'information sur le nombre total de droits de vote et d'actions dans la société (article L. 233-8 du code de commerce)

Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 233-8 du code de commerce impose aux sociétés anonymes d'informer leurs actionnaires du nombre total de droits de vote existants dans les quinze jours suivant l'assemblée générale ordinaire.

Si, entre deux assemblées générales ordinaires, le nombre de droits de vote varie d'un pourcentage fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie, par rapport au nombre déclaré antérieurement, la société doit, lorsqu'elle a connaissance de cette variation, informer ses actionnaires et, si ses actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, l'Autorité des marchés financiers, du nouveau nombre à prendre en compte. Le pourcentage est actuellement fixé à 5 % en vertu de l'arrêté ministériel du 14 décembre 1989. Cette information est portée à la connaissance du public dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

La nouvelle rédaction de l'article L. 233-8 du code de commerce, proposée par le troisième paragraphe (III) du présent article, maintiendrait sans changement l'obligation d'information à l'égard des actionnaires de la société.

En revanche, elle **renforcerait l'obligation d'information concernant le capital des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé**. Celles-ci seraient en effet tenues de publier chaque mois le nombre total des droits de vote et le nombre d'actions composant le capital social si ces derniers ont varié par rapport à ceux publiés antérieurement. Il reviendrait au règlement général de l'AMF de déterminer les conditions et les modalités dans lesquelles cette publication devrait intervenir.

L'accomplissement de cette formalité -plus contraignante pour la société- ne rendrait pas nécessaire le respect des obligations visées au I de l'article L. 233-8, c'est-à-dire l'information des actionnaires.

4. La modification, par coordination, des articles L. 233-13 et L. 233-14 du code de commerce

A l'initiative de sa commission des Lois, l'Assemblée nationale a, avec l'avis favorable du Gouvernement, complété le présent article par deux paragraphes afin d'apporter deux coordinations rendues nécessaires par le nouveau dispositif de déclaration de franchissement de seuils.

Le cinquième paragraphe (V) du présent article modifierait l'article L. 233-13 du code de commerce, qui impose que le rapport présenté

aux actionnaires sur les opérations de l'exercice mentionne l'identité des personnes détenant des participations ou des droits de vote atteignant les seuils visés à l'article L. 233-7. Ces seuils, énumérés par l'article L. 233-13, ne correspondant plus à ceux qui résulteraient de la réécriture de l'article L. 233-7, ce paragraphe procéderait aux substitutions nécessaires.

Le sixième paragraphe (VI) modifierait l'article L. 233-14 du code de commerce qui détermine les sanctions applicables à défaut de déclaration du franchissement des seuils de participation ou de droit de vote. Le texte proposé procéderait à diverses substitutions de renvois et prendrait en compte la création de marchés d'instruments financiers autres que des marchés réglementés.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 12 **ainsi modifié**.

Article 23

Extension de l'habilitation à modifier et codifier le droit relatif aux propriétés publiques

Cet article a pour objet d'**habiliter le Gouvernement, pour six nouveaux mois à compter de la publication de la présente loi, à créer à droit non constant un code des propriétés publiques**. Initialement prévue par le 2° de l'article 31 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit pour dix-huit mois à compter de la publication de la loi, cette habilitation a déjà été prorogée par le I de l'article 89 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, pour une durée de six mois à compter de la publication de la loi.

L'habilitation tend à autoriser le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions législatives nécessaires pour **modifier, compléter et codifier la réglementation relative au domaine public et privé de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics**. Elle vise ainsi à permettre au Gouvernement d'établir un code des propriétés publiques.

Comme le Gouvernement l'avait indiqué lors de la première habilitation prévue par la loi précitée du 2 juillet 2003, le code des propriétés publiques, dont la création avait été suggérée par le Conseil d'Etat, devait en particulier s'inspirer du travail interministériel, présidé par M. Max Querrien, conseiller d'Etat honoraire, qui avait abouti à un rapport en juin 1999.

Le champ d'habilitation initialement prévu est assez large. En effet, seraient concernés les domaines public et privé, immobilier comme mobilier, de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics, les dispositions relatives à leur définition, à leur mode d'acquisition, à leur administration, à leur protection et au contentieux dont ils font l'objet pouvant

être modifiées et complétées, de même que celles relatives à l'authentification des actes passés par ces personnes publiques, au régime de leurs redevances et de leurs produits domaniaux, tant s'agissant de leur institution que de leur recouvrement, ainsi qu'à la réalisation et au contrôle des opérations immobilières poursuivies.

Toutefois, comme l'avait déjà souligné notre excellent collègue M. Bernard Saugey dans son rapport de première lecture sur le projet de loi tendant à habiliter le Gouvernement à simplifier le droit¹, la présente habilitation **répond aux exigences constitutionnelles** posées en la matière, en précisant quel serait son domaine d'intervention -les modifications et compléments apportés aux dispositions actuellement en vigueur n'ayant pour finalité que de les simplifier, les adapter, les harmoniser ou d'améliorer la gestion domaniale. En outre, de nombreux éléments avaient été fournis pour préciser la teneur des modifications souhaitées par le Gouvernement, tant par le contenu de l'exposé des motifs que par les éléments recueillis par le rapporteur². Il convient également de rappeler que, dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a affirmé que cette habilitation ne faisait l'objet d'aucune difficulté quant à sa conformité à la Constitution³.

Il est apparu **impossible au Gouvernement d'adopter le code des propriétés publiques au cours des dix-huit mois** initialement accordés par la loi précitée habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. Il convient toutefois de noter qu'une ordonnance a tout de même été prise sur le fondement de cette habilitation. Il s'agit de l'ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le code du domaine de l'Etat, ratifiée par le Parlement dans la loi précitée du 9 décembre 2004 tendant à simplifier le droit⁴.

¹ Rapport n° 266 Sénat (2002-2003) de M. Bernard Saugey au nom de la commission des Lois.

² Rapport précité n° 266 Sénat (2002-2003).

³ Décision du Conseil constitutionnel 2003-473 DC du 26 juin 2003 : « Considérant, en l'espèce, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation accordée au Gouvernement par l'article 34 de la loi déferée en vue de modifier, de compléter et de codifier diverses législations tend, sans en bouleverser l'économie générale, à adapter ces législations à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat ; que cette habilitation ne remet pas en cause la libre administration des collectivités territoriales ; qu'elle n'autorise pas le Gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ; que, dans ces conditions, l'article 34 de la loi déferée n'est pas contraire à l'article 38 de la Constitution ».

⁴ Rapport n° 5 Sénat (2004-2005) de M. Bernard Saugey au nom de la commission des Lois.

Le Parlement a accepté une première fois de prolonger, comme cela a déjà été indiqué, la durée de l'habilitation à créer à droit non constant ce code des propriétés publiques dans la loi précitée du 9 décembre 2004 tendant à simplifier le droit, pour six nouveaux mois à compter de la publication de la loi. Cette nouvelle habilitation a pris fin le 10 juin dernier, sans que le Gouvernement ait pu de nouveau disposer du temps nécessaire pour achever son travail de codification.

Le présent article propose en conséquence de renouveler l'habilitation pour six nouveaux mois.

D'après les informations fournies à votre rapporteur par le Gouvernement, les six mois supplémentaires se sont avérés indispensables du fait de l'intervention de la commission supérieure de codification dont l'avis a été sollicité dans le cadre de la création de ce code des propriétés publiques. En effet, le temps nécessaire pour que cette dernière mène à bien son étude sur les travaux effectués jusqu'ici par le Gouvernement et le Conseil d'Etat et la volonté de prendre en compte ses remarques n'ont pas permis d'adopter l'ordonnance dans le délai d'habilitation fixé par la loi du 9 décembre 2004.

Votre commission salue l'intervention de la commission supérieure de codification dans le cadre de cette codification à droit non constant. Elle avait déjà, dans son rapport précité sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, indiqué que, si la compétence de la commission supérieure de codification semblait être exclusivement prévue pour la codification à droit constant, en vertu du décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission supérieure de codification, il était toutefois « *souhaitable que le Gouvernement ne se prive pas des connaissances et des compétences acquises par cette commission pour l'important travail de codification qu'il doit mener [à droit non constant]* »¹. Lors de son audition devant votre commission des Lois, M. Guy Braibant, vice-président de la commission supérieure de codification, s'était d'ailleurs déclaré favorable, tout en mentionnant cette difficulté juridique, à l'examen par la commission de tout projet de code, qu'il soit réalisé à droit constant ou non constant.

Le premier paragraphe (I) du présent article **prévoyait initialement un champ d'habilitation quasiment identique au précédent**, seul étant toutefois ajoutée la possibilité de modifier, compléter et insérer dans le code des propriétés publiques les modes d'acquisitions du domaine public et privé de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics.

En première lecture, outre un amendement rédactionnel présenté par la commission des Lois, **l'Assemblée nationale a adopté un amendement du Gouvernement tendant à apporter quelques modifications au champ de cette habilitation.**

¹ Rapport précité n° 266 Sénat (2002-2003).

Ainsi, le code des propriétés publiques comprendrait également les dispositions applicables au domaine des « *personnes publiques dotées de la personnalité morale* », souhaitant ainsi inclure toutes les personnes publiques, « *même les plus atypiques* ». Cette insertion viserait en particulier les autorités administratives indépendantes et la Banque de France.

La codification à droit non constant concernerait également la prise en location et la gestion des biens détenus en jouissance par les personnes publiques, la rédaction initiale pouvant laisser croire que seuls seraient concernés les biens dont ces personnes publiques détiennent la pleine propriété.

Enfin, le présent article tel qu'issu de l'Assemblée nationale précise également que les opérations immobilières pour lesquelles seraient codifiées les dispositions relatives à leur réalisation et à leur contrôle seraient les « *opérations de prises en location, d'acquisition et d'aliénation* ».

Ces modifications apportées au champ de l'habilitation visent à permettre que le périmètre du code des propriétés publiques soit le plus cohérent et le plus approprié possible. Comme l'a expliqué M. Thierry Breton, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, lors de l'examen de cet amendement à l'Assemblée nationale, il s'agit ainsi de préciser encore davantage le champ de l'habilitation qui, « *pourtant soigneusement ciselé, [pouvait] sur certains points techniques apparaître encore imprécis, et [risquait] d'empêcher l'adoption d'un code unique embrassant toute la matière* »¹.

Le second paragraphe (II) du présent article précise quant à lui, conformément aux dispositions de l'article 38 de la Constitution, **le délai d'habilitation** ainsi que **le délai au cours duquel le projet de loi de ratification de cette ordonnance devrait être déposé** devant le Parlement.

Ainsi, l'ordonnance devrait être prise dans un délai de **six mois à compter de la publication de la présente loi** et le projet de loi de ratification déposé dans un délai de **trois mois à compter de la publication de l'ordonnance**.

Votre commission considère que **ce nouveau code des propriétés publiques devrait répondre à une véritable demande et permettre de clarifier la réglementation applicable en matière de domanialité publique et privée des personnes publiques.**

Elle comprend à la fois la **nécessité de demander un nouveau délai** pour prendre l'ordonnance et la **volonté d'adapter au mieux le champ de l'habilitation afin de parvenir à une codification cohérente du droit**. Elle espère toutefois que **cette nouvelle habilitation sera suffisante pour que l'ordonnance puisse enfin être adoptée**, conformément aux garanties fournies à votre rapporteur.

¹ *Compte-rendu analytique AN, 2^{ème} séance du mercredi 22 juin 2005.*

En outre, conformément à ce qu'elle avait indiqué lors de l'examen de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, **votre commission réaffirme la nécessité que cette ordonnance soit, une fois adoptée, rapidement ratifiée par le Parlement**, au regard de l'importance, tant en terme quantitatif que qualitatif, des dispositions concernées.

Sous réserve d'un amendement rédactionnel, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 23 **ainsi modifié**.

Article 24 (nouveau)
**Autorisation d'aliénation d'un immeuble
du domaine public de l'Etat**

A l'initiative de M. Georges Tron et de la commission des Finances et avec l'avis favorable du Gouvernement, l'Assemblée nationale a adopté en première lecture ce nouvel article, ayant pour objet de **permettre la vente d'un immeuble appartenant à l'Etat, situé au 13 rue de l'Université à Paris et jusqu'ici affecté à l'Ecole nationale d'administration (ENA)**. Une disposition législative est nécessaire car cet immeuble appartient au domaine public de l'Etat.

Depuis 2003, le Gouvernement a décidé de poursuivre le transfert de l'ENA à Strasbourg, suivant ainsi les préconisations du rapport de la commission, présidée par M. Yves-Thibault de Silguy, chargée par le ministre de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de l'aménagement du territoire de « *proposer les axes d'une réforme ambitieuse de l'Ecole nationale d'administration* »¹.

Tous les enseignements suivis par les différentes promotions de l'école sont désormais donnés à Strasbourg. Une extension des bâtiments y est d'ailleurs prévue pour offrir aux élèves les meilleures conditions d'accueil possibles. Seuls demeureront à Paris certains personnels administratifs dont la présence s'y avère encore nécessaire ainsi que les formations continues de courte durée et les activités de coopération internationale -en particulier le mastère franco-allemand- assurées par l'école.

Tirant les conséquences de ce transfert, le Gouvernement a décidé de procéder à la vente de l'immeuble situé au 13 rue de l'Université à Paris et jusqu'à présent affecté à l'ENA. Cette dernière conserverait en revanche l'usage de l'immeuble se trouvant avenue de l'Observatoire, qui regrouperait l'ensemble des activités de l'école demeurant nécessaires à Paris.

¹ *Rapport au ministre de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de l'aménagement du territoire, « Moderniser l'Etat : le cas de l'ENA », présenté par la commission sur la réforme de l'ENA et la formation des cadres supérieurs des fonctions publiques, présidée par M. Yves-Thibault de Silguy, rendu en 2003.*

La vente de cet immeuble entre dans le cadre de la politique d'aliénation du patrimoine immobilier de l'Etat lancée par le Gouvernement en 2003. En effet, la loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 portant loi de finances pour 2004 avait inscrit en recettes les sommes issues de la cession de 10 % des immeubles à usage de bureaux de l'Etat en 2004, sur un total de 10,3 millions de m² de bureaux. Nettement moins importantes que prévues par la loi de finances initiale, les recettes issues du produit de la cession d'éléments du patrimoine immobilier de l'Etat se seraient toutefois élevées à près de 100 millions d'euros en 2004. La loi n° 2004-1484 portant loi de finances pour 2005 a quant à elle évalué pour cette année à 700 millions d'euros le montant des recettes devant résulter de la mise en oeuvre du programme de cession d'éléments du patrimoine immobilier de l'Etat.

Afin de parvenir à la cession de ces biens immobiliers, une ordonnance précitée n° 2004-825 du 19 août 2004¹ a été prise par le Gouvernement en vertu de l'habilitation prévue au 2° de l'article 34 de la loi précitée du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et ratifiée par la loi précitée du 9 décembre 2004 tendant à simplifier le droit². Modifiant les articles L. 2 et L. 54 du code du domaine de l'Etat, elle vise à préciser le statut des immeubles à usage de bureaux de l'Etat ou de l'un de ses établissements publics, en indiquant qu'ils font partie de leur domaine privé. Leur cession est ainsi plus aisée dans la mesure où ils ne sont pas soumis au principe d'inaliénabilité frappant les biens ressortissant au domaine public de l'Etat, en vertu de l'article L. 52 du code du domaine de l'Etat.

S'agissant de l'immeuble du 13 rue de l'Université à Paris, **son prix de cession pourrait s'élever à plus de 40 millions d'euros.** N'étant pas exclusivement destiné à un usage de bureaux mais également à des enseignements, le présent immeuble ne peut entrer dans le champ de l'ordonnance précitée du 19 août 2004 et ressortir de ce fait au domaine privé de l'Etat. **Au contraire, affecté à un service public et ayant fait l'objet d'un aménagement spécial à cet effet, il appartient à son domaine public.** Dans la mesure où, au regard des règles protégeant la domanialité publique, tout bien ressortissant au domaine public de l'Etat est en principe inaliénable et imprescriptible³, **seule une disposition législative peut autoriser sa vente.** Tel est l'objectif du présent article.

En outre, l'immeuble situé avenue de l'Observatoire devant subir certains travaux de rénovation afin de recevoir l'ensemble des activités de l'ENA demeurant à Paris, le présent article prévoit le **maintien provisoire par l'école de l'usage des locaux implantés au 13 rue de l'Université.** Il prévoit ainsi que l'immeuble peut être vendu *« occupé dans sa nature et sa*

¹ Ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le code du domaine de l'Etat.

² Voir le commentaire de l'article 23 du présent projet de loi.

³ Article L. 52 du code du domaine de l'Etat.

destination actuelle ». Dans la mesure où cette aliénation ne saurait porter atteinte au principe de valeur constitutionnelle de continuité du service public, il est également précisé que l'acte d'aliénation devrait comporter « *des clauses permettant de préserver la continuité du service public* ».

Souscrivant à la volonté de développer une bonne gestion des biens immobiliers de l'Etat, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'**article 24 sans modification**.

*

* *

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

ANNEXES

ANNEXE 1

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR M. FRANÇOIS-NOËL BUFFET, RAPPORTEUR POUR AVIS DE VOTRE COMMISSION DES LOIS

Personnalités qualifiées

- M. Michel GRIMALDI, professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas), président de l'association H. Capitant, président du groupe de travail « Réforme du droit des sûretés »

AFEP

- Mme Odile de BROSSE, directrice adjointe des services juridiques

MEDEF

- Mme Joëlle SIMON, directeur des affaires juridiques
- M. Nicolas STOOP, chargé de mission (droit financier, droit des associations et des syndicats professionnels)
- Mlle Karine GROSSETÊTE, chef de service, chargée des relations avec le Parlement français

Chancellerie

- M. Marc GUILLAUME, directeur des affaires civiles et du Sceau
- M. Stéphane NOËL, conseiller au cabinet du Garde des Sceaux
- Mme Aude AB DER HALDEN, adjointe au chef du bureau du droit commercial

Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

- M. Jean-Baptiste CARPENTIER, conseiller juridique au cabinet du Ministre
- M. Laurent PERDIOLAT, adjoint au chef de bureau Epargne et Marché financier de la direction générale du Trésor et de la politique économique
- M. Benoît SELLAM, conseiller auprès du sous-directeur Financement et compétitivité des entreprises de la Direction générale du Trésor et de la politique économique
- M. Alexis ZAJDENWEBER

ANNEXE 2

LISTE DES AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR VOTRE COMMISSION DES LOIS

Article premier

Rédiger comme suit cet article :

I. - Le troisième alinéa de l'article L. 225-37 du code de commerce est ainsi rédigé :

« Sauf lorsque le conseil est réuni pour procéder aux opérations visées aux articles L. 232-1 et L. 233-16 et sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les administrateurs qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective, dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs. »

II. - Le troisième alinéa de l'article L. 225-82 du même code est ainsi rédigé :

« Sauf lorsque le conseil est réuni pour procéder aux opérations visées au cinquième alinéa de l'article L. 225-68 et sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité des membres du conseil de surveillance qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective, dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé de membres du conseil de surveillance. »

Article 2 bis

I. Dans le texte proposé par le 1° du I de cet article pour l'article L. 225-42-1 du code de commerce, remplacer les mots :

éléments de rémunération ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de ou postérieurement à la cessation de ces fonctions

par les mots :

éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci.

II. En conséquence, procéder au même remplacement dans le texte proposé par le 2° du I de cet article pour l'article L. 225-90-1 du code de commerce.

Article 2 bis

Dans le texte proposé par le 3° du I de cet article pour l'article L. 225-22-1 du code de commerce, remplacer les mots :

les seules éventuelles dispositions dudit contrat correspondant à des éléments de rémunération ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de ou postérieurement à la cessation de fonctions

par les mots :

les dispositions dudit contrat correspondant, le cas échéant, à des éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de fonctions, ou postérieurement à celles-ci.

Article 2 bis

Dans le texte proposé par le 4° du I de cet article pour l'article L. 225-79-1 du code de commerce, remplacer les mots :

les seules éventuelles dispositions dudit contrat correspondant à des éléments de rémunération ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de ou postérieurement à la cessation ou au changement de fonctions

par les mots :

les dispositions dudit contrat correspondant, le cas échéant, à des éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de fonctions, ou postérieurement à celles-ci.

Article 2 *ter*

Après les mots :

correspondant à

rédiger comme suit la fin de la deuxième phrase du texte proposé par le 1° du I de cet article pour insérer un alinéa après le deuxième alinéa de l'article L. 225-102-1 du code de commerce:

des éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de leurs fonctions ou postérieurement à celles-ci.

Article 3

I. Compléter le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 par une phrase ainsi rédigée :

Toutefois, les fonctionnaires ou magistrats dont la limite d'âge est fixée à soixante-huit ans en application de l'article 1er continuent à présider, jusqu'à ce qu'ils atteignent cette limite, les établissements publics dont les statuts leur confèrent de droit la présidence.

II. En conséquence, supprimer le dernier alinéa du texte proposé par cet article pour ce même article.

Article 3

Après les mots :

directeur général,

rédiger comme suit la fin de la dernière phrase du troisième alinéa du texte proposé par cet article pour l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984:

directeur général délégué ou membre du directoire d'une société dont l'Etat, d'autres personnes morales de droit public ou des entreprises publiques détiennent conjointement, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital.

Article 6

Dans le 2° de cet article, supprimer les mots :

et le prêt viager hypothécaire

Article 6

Rédiger ainsi le 4° de cet article :

« 4° Donner une base légale à la garantie autonome, qui oblige le garant, sauf fraude manifeste, à payer dès qu'il est sollicité ou selon des modalités préalablement convenues, à la lettre d'intention, par laquelle un tiers exprime à un créancier son intention de soutenir le débiteur dans l'exécution de son obligation, ainsi qu'au droit de rétention, qui permet au créancier qui détient une chose qu'il doit remettre d'en refuser la délivrance tant qu'il n'a pas reçu complet paiement ;

Article 12

Rédiger comme suit le dernier alinéa (2°) du V du texte proposé par le II de cet article pour l'article L. 233-7 du code de commerce :

« 2° Lorsque la personne mentionnée au I est contrôlée, au sens de l'article L. 233-3, par une entité soumise à l'obligation prévue aux I et II pour les actions détenues par cette personne ou que cette entité est elle-même contrôlée, au sens de l'article L. 233-3, par une entité soumise à l'obligation prévue aux I à II pour ces mêmes actions.

Article 23

Dans le I de cet article, après les mots :

des établissements publics et des

insérer le mot :

autres