

N° 206

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2002-2003

Annexe au procès-verbal de la séance du 12 mars 2003

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi de **sécurité financière**,*

Par M. Philippe MARINI,
Sénateur.

Tome I : Rapport

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

Voir les numéros :

Sénat : 166 rect. et 207 (2002-2003)

Marchés financiers.

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS	10
---------------------------	----

EXPOSÉ GÉNÉRAL

I. LES DÉFIS JURIDIQUES D'UN SYSTÈME FINANCIER GLOBAL, COMPLEXE ET EN PLEINE MUTATION	11
A. LES ÉVOLUTIONS DES MARCHÉS ET DES TECHNIQUES	11
1. <i>La globalisation</i>	11
2. <i>La technologie et l'ingénierie financières</i>	12
B. LA CRISE DU SYSTÈME FINANCIER	13
1. <i>Les dysfonctionnements des marchés</i>	13
2. <i>Les doutes sur la qualité de l'information financière et comptable</i>	15
II. UN PROJET DE LOI SOUMIS À UNE DOUBLE CONTRAINTE	16
A. L'AUTONOMIE RÉDUITE DU LÉGISLATEUR NATIONAL	16
1. <i>Des questions transnationales</i>	16
2. <i>Le poids croissant du droit communautaire</i>	18
B. UNE LÉGISLATION À DURÉE DÉTERMINÉE ?	19
1. <i>Le vieillissement rapide de la législation financière</i>	19
2. <i>Les prochaines évolutions déjà en gestation</i>	21
III. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI	22
A. LA MODERNISATION DES AUTORITÉS DE CONTRÔLE	22
1. <i>L'Autorité des marchés financiers</i>	22
2. <i>La validation de positions anciennes de votre commission des finances</i>	22
3. <i>Les autorités prudentielles</i>	24
B. LA SÉCURITÉ DES ÉPARGNANTS ET DES ASSURÉS	25
1. <i>La réforme du démarchage</i>	25
2. <i>Le nouveau statut des conseillers en investissements financiers</i>	26
3. <i>Les dispositions diverses relatives à l'épargne et à la protection des déposants</i>	27
4. <i>Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages</i>	28
C. LE CONTRÔLE LÉGAL DES COMPTES	28
1. <i>Les initiatives des professionnels</i>	28

2. La création d'une autorité de surveillance extérieure à la profession : le Haut conseil du commissariat aux comptes.....	29
3. De nouvelles modalités de contrôle et une simplification des procédures disciplinaires.....	29
4. Des règles déontologiques renforcées et des obligations nouvelles.....	30
D. LA TRANSPARENCE ET LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE.....	32
1. Une évolution déjà engagée.....	32
2. L'information sur les procédures de contrôle interne.....	32
3. Les dispositions relatives à l'information des actionnaires.....	33
IV. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES.....	35
A. RENFORCER ET SÉCURISER LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LES RÉGULATEURS.....	35
1. Revoir l'articulation entre les procédures de sanction.....	35
2. Donner à la CCAMIP les moyens de son indépendance.....	36
3. Un cadre adéquat pour les analystes financiers et les agences de notation.....	36
B. AMÉLIORER LA PROTECTION DES ÉPARGNANTS.....	39
1. Assouplir le champ du démarchage mais en renforcer les conditions d'exercice.....	39
2. Préciser les règles déontologiques des conseillers en investissements financiers.....	40
3. Adapter la législation relative aux prestataires de services financiers.....	41
4. Mieux prévenir le surendettement.....	41
C. RENFORCER LA TRANSPARENCE DES COMPTES.....	41
1. Renforcer les modalités de séparation de l'audit et du conseil dans les groupes de sociétés.....	41
2. Rendre plus efficace le co-commissariat et améliorer la procédure d'alerte de l'Autorité des marchés financiers.....	42
3. Préserver la collégialité du conseil d'administration.....	42
D. CLARIFIER LES RÈGLES RELATIVES AU GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE.....	43
1. Instituer des règles minimales d'organisation et de mission pour les comités des comptes.....	43
2. Simplifier et rendre plus efficaces les obligations relatives à la transparence et au contrôle interne.....	43
E. VALORISER LE RÔLE DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES.....	44
1. Alléger la procédure d'agrément des associations d'investisseurs.....	45
2. Supprimer les entraves à l'action de ces associations.....	45
3. Clarifier les règles relatives aux gestionnaires de capitaux.....	46

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE PREMIER : MODERNISATION DES AUTORITÉS DE CONTRÔLE	47
CHAPITRE PREMIER : AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS	47
• ARTICLE PREMIER L’Autorité des marchés financiers	47
<i>Section 1 Missions et organisation</i>	49
• ARTICLE 2 Statut et missions de l’Autorité des marchés financiers	49
• ARTICLE 3 Structure et composition des instances dirigeantes de l’AMF	56
• ARTICLE 4 Règles de procédure relatives à la prise de décision	68
• ARTICLE 5 Prévention des conflits d’intérêts, secret professionnel et moralité	73
• ARTICLE 6 Délégations	79
• ARTICLE 7 Personnels et ressources	81
<i>Section 2 Attributions</i>	101
• ARTICLE 8 Pouvoir réglementaire et de décision individuelle	101
<i>Section 3 Surveillance et sanctions</i>	112
• ARTICLE 9 Contrôles et enquêtes	112
• ARTICLE 10 Champ des contrôles et des enquêtes de l’AMF	113
• ARTICLE 11 Les modalités d’exercice du pouvoir de contrôle et d’enquête de l’AMF	119
• ARTICLE 12 Mesures d’urgence	127
• ARTICLE 13 Pouvoirs d’injonction directe et de saisine du tribunal de grande instance	129
• ARTICLE 14 Pouvoir de sanction	134
• ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L’ARTICLE 14 Centralisation des affaires boursières au TGI de Paris	145
• ARTICLE 15 Exercice des droits de la partie civile	146
• ARTICLE 16 Réclamation, conciliation et médiation	149
• ARTICLE 17 L’article 40 du code de procédure pénale et l’avis à juridiction	151
• ARTICLE 18 Coopération internationale	154
• ARTICLE 19 Voies de recours contre les décisions de l’AMF	157
• ARTICLE 20 Dispositions pénales	161
CHAPITRE II : AUTORITÉS DE RÉGULATION DES ENTREPRISES D’ASSURANCE, DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DES ENTREPRISES D’INVESTISSEMENT	167
<i>Section 1 Comités consultatifs</i>	167
• ARTICLE 21 Comité consultatif du secteur financier	167
• ARTICLE 22 Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières	173
• ARTICLE 23 Régime des salariés membres des comités consultatifs	180
<i>Section 2 La réglementation</i>	182
• ARTICLE 24 Transfert au ministre du pouvoir normatif du Comité de la réglementation bancaire et financière	182
<i>Section 3 L’agrément</i>	185
• ARTICLE 25 Le Comité des entreprises d’assurances	185
<i>Section 4 Le contrôle</i>	192
• ARTICLE 26 Missions et composition de la CCAMIP	192

• ARTICLE 27 Pouvoirs de contrôle de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance	211
• ARTICLE 28 Dispositions diverses relatives à la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance	217
• ARTICLE 29 Prise en compte de la création de la CCAMIP dans les codes de la sécurité sociale et de la mutualité	224
• ARTICLE 30 Rapprochement de la Commission bancaire et de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance	230
CHAPITRE III : DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES	235
<i>Section 1 Dispositions diverses</i>	235
• ARTICLE 31 Marché des titres de créances négociables	235
• ARTICLES ADDITIONNELS APRÈS L'ARTICLE 31 Mécanismes de résiliation-compensation des créances et des dettes	241
• ARTICLE 32 Agrément des prestataires de services d'investissement	245
• ARTICLE 33 Tenue de compte-conservation	248
• ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 33 Dispositions relatives à l'analyse financière et aux agences de notation	252
• ARTICLE 34 Application aux acteurs de la gestion financière des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux	253
<i>Section 2 Dispositions d'abrogation, de coordination et d'entrée en vigueur</i>	257
• ARTICLE 35 Dispositions diverses	257
• ARTICLE 36 Continuité des règlements	271
• ARTICLE 37 Diverses abrogations	273
• ARTICLE 38 Mesures transitoires	279
TITRE II : SÉCURITÉ DES ÉPARGNANTS ET DES ASSURÉS	282
CHAPITRE PREMIER : RÉFORME DU DÉMARCHAGE EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE	282
• ARTICLE 39 Nouveau régime du démarchage bancaire et financier	282
• ARTICLE 40 Régime des infractions pénales relatives au démarchage	334
• ARTICLE 41 Dispositions diverses	342
• ARTICLE 42 Nouveau régime des conseillers en investissements financiers	345
• ARTICLE 43 Sanctions disciplinaires applicables aux conseillers en investissements financiers	364
• ARTICLE 44 Sanctions pénales applicables aux conseillers en investissements financiers	368
CHAPITRE II : SÉCURITÉ DES ÉPARGNANTS ET DES DÉPOSANTS	371
<i>Section 1 Mesures relatives aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et aux sociétés de gestion</i>	371
• ARTICLE 45 Modification de la liste des actifs éligibles des organismes de placement en valeurs mobilières et autorisation de l'utilisation des dérivés de crédit	371
• ARTICLE 46 Suppression de l'obligation d'émettre des parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) à tout moment de la vie de l'OPCVM	376

• ARTICLE 47 Introduction d'une étanchéité financière entre les différents compartiments d'un fonds à compartiments	382
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 47 Possibilité de créer différentes catégories de parts ou actions au sein d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières	385
• ARTICLE 48 Suppression de la distinction entre les sociétés de gestion collective et les sociétés de gestion de portefeuille	388
Section 2 Autres dispositions	392
• ARTICLE 49 Adhésion au mécanisme de garantie des titres de l'ensemble des prestataires de services d'investissement, à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille	392
• ARTICLE 50 Mesures relatives aux émetteurs et gestionnaires de monnaie électronique et d'autres moyens de paiement	395
• ARTICLE 51 Aggravation des sanctions disciplinaires et pécuniaires applicables aux personnes physiques et morales exerçant la profession de change manuel	403
• ARTICLE 52 Extension des possibilités d'échange d'information entre les autorités de régulation françaises et leurs homologues étrangères	406
• ARTICLE 53 Extension aux entreprises d'investissement de certaines dispositions applicables aux établissements de crédit en matière de contrôle de la structure du capital	410
• ARTICLE 54 Encadrement de la dissolution anticipée des établissements de crédit et des entreprises d'investissement	414
• ARTICLE 55 Garantie de la rémunération de l'administrateur provisoire ou du liquidateur d'un prestataire de services d'investissement	418
• ARTICLE 56 Suppression de la publication de la situation hebdomadaire de la Banque de France	421
CHAPITRE III : SÉCURITÉ DES ASSURÉS	423
Section 1 Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages	423
Sous-section 1 : Extension de la compétence du Fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse aux entreprises d'assurances de dommages.....	423
• ARTICLE 57 Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages	423
Sous-section 2 : Diverses extensions du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.....	442
• ARTICLE 58 Gestion et financement des majorations de rentes par le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages	442
Section 2 Transposition de la IV^{ème} directive relative à l'assurance automobile	445
• ARTICLE 59 Transposition de la IV^{ème} directive relative à l'assurance automobile	445
• DIVISION ADDITIONNELLE APRÈS L'ARTICLE 59 Dispositions diverses	454
• ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 59 Actions en responsabilité intentées par les fonds de garantie	455
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 59 Renforcement des garanties afférentes au crédit à la consommation	457

TITRE III : MODERNISATION DU CONTRÔLE LÉGAL DES COMPTES ET TRANSPARENCE	463
CHAPITRE PREMIER : DU CONTROLE LÉGAL DES COMPTES	463
• ARTICLE 60 Création d'une division en tête du titre II du livre VIII du code de commerce.....	463
• ARTICLE 61 Création d'une division regroupant les dispositions relatives au contrôle et à l'organisation de la profession.....	467
• ARTICLE 62 Création d'une division regroupant les dispositions relatives au statut des commissaires aux comptes	479
• ARTICLE 63 Création de deux divisions regroupant respectivement les dispositions relatives à l'inscription et la discipline d'une part, à la déontologie et l'indépendance d'autre part	480
• ARTICLE 64 Dispositions relatives à l'inscription et à la discipline.....	481
• ARTICLE 65 Dispositions tendant à prévenir les conflits d'intérêts.....	489
• ARTICLE 66 Procédure de désignation des commissaires aux comptes et modification de l'organisation du co-commissariat	503
• ARTICLE 67 Coordination.....	507
• ARTICLE 68 Information sur le montant des honoraires versés aux commissaires aux comptes	508
• ARTICLE 69 Coordinations	511
• ARTICLE 70 Incompatibilité avec le commissariat aux apports	513
• ARTICLE 71 Abrogations.....	515
• ARTICLE 72 Relations entre l'Autorité des marchés financiers et les commissaires aux comptes des personnes faisant publiquement appel à l'épargne.....	516
• ARTICLE 73 Dispositions transitoires.....	521
• ARTICLE 74 Disposition balai	523
• ARTICLE 75 Disposition balai	524
• ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 76 Organisation et missions du comité des comptes.....	525
CHAPITRE II : DE LA TRANSPARENCE DANS LES ENTREPRISES	527
• ARTICLE 76 Information des actionnaires sur les méthodes de travail du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.....	527
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 76 Représentation de la société par actions simplifiée.....	529
• ARTICLE 77 Amélioration de l'information des actionnaires en vue de la tenue de l'assemblée générale.....	531
• ARTICLE 78 Rapport du commissaire aux comptes sur les méthodes et procédures de contrôle interne	533
• ARTICLE 79 Publicité de certains mouvements de titres concernant une personne faisant appel public à l'épargne	536
• ARTICLE 80 Régime des conventions courantes conclues à des conditions normales	540
• ARTICLE 81 Abrogation des dispositions relatives à la déclaration de franchissement de seuils des intermédiaires inscrits.....	545
• ARTICLE 82 Droit d'ester en justice des associations d'investisseurs.....	550

• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 82 Exercice des droits de vote par les gérants de capitaux	554
CHAPITRE III : DISPOSITIONS DIVERSES	555
• ARTICLE 83 Bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise	555
• ARTICLE 84 Application aux dirigeants d'établissements publics de l'Etat exerçant une activité industrielle et commerciale de la législation sur le cumul de mandats sociaux	557
• ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 84 Harmonisation des dispositions relatives au cumul des mandats pour les mandats exercés dans les sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation	563
• ARTICLE 85 Définition du périmètre de consolidation	565
• ARTICLE 86 Extension du champ des établissements publics soumis à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes	570
• ARTICLE 87 Extension du champ de l'obligation d'établir des comptes consolidés pour les groupes publics	576
TITRE IV : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER	579
• ARTICLE 88 Application en outre-mer et habilitation du gouvernement au titre de l'article 38 de la Constitution	579
AUDITIONS DE LA COMMISSION	586
EXAMEN EN COMMISSION	597

AVANT-PROPOS

Le Conseil des ministres du 5 février 2003 a adopté le présent projet de loi de sécurité financière, qui comporte 88 articles répartis, sans compter l'exposé des motifs, sur 137 pages.

Comme l'avait été la loi n° 96-597 de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996, le présent projet de loi a été déposé en premier lieu sur le bureau du Sénat. Contrairement à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, son examen n'est pas soumis à la procédure d'urgence.

*

Le présent projet de loi est à la fois un aboutissement, une étape et un signal.

Un aboutissement car plusieurs de ses dispositions concrétisent des réformes mûries depuis de nombreuses années. Une étape car, compte tenu du caractère fortement évolutif des marchés et des techniques financières, il ne fait pas de doute qu'il faudra, d'ici peu d'années, modifier certaines des dispositions proposées. Un signal, enfin, car il constitue une réponse à des inquiétudes des marchés et des épargnants.

La recherche d'une meilleure sécurité financière y est organisée autour de trois axes : mettre en place des autorités de régulation fortes ; protéger les épargnants ; garantir la sincérité des comptes et la transparence du fonctionnement des entreprises. Il s'agit, en réalité, de mettre en œuvre les mesures adaptées à la préservation de la compétitivité de notre système financier.

Il n'est pas question, comme à d'autres époques, de « légiférer pour légiférer », ni de mettre en place une re-réglementation larvée. Il importe, sur le fond, de permettre au système financier de fonctionner dans la confiance et la transparence. Sur la forme, il s'agit de poser des principes et d'instituer des règles claires et lisibles, en se gardant de toute tentation d'affichage et de mesures de circonstances, qui se traduiraient, au mieux, par des proclamations sans portée normative et, au pire, par une complexification de notre droit.

EXPOSÉ GÉNÉRAL

I. LES DÉFIS JURIDIQUES D'UN SYSTÈME FINANCIER GLOBAL, COMPLEXE ET EN PLEINE MUTATION

A. LES ÉVOLUTIONS DES MARCHÉS ET DES TECHNIQUES

1. La globalisation

La globalisation des flux financiers comme des échanges commerciaux n'est pas un fait nouveau, mais a pris une **dimension inédite** au cours de la dernière décennie, à la faveur d'un cycle boursier de grande amplitude (hausse sans précédent et bulle spéculative jusqu'en septembre 2000, puis tendance baissière prolongée et soutenue, sporadiquement aggravée par des crises géopolitiques) et, en Europe, de l'avènement de la monnaie unique. Les opérateurs des marchés financiers ne se focalisent désormais plus sur une place nationale et tentent d'agréger une information surabondante et à l'échelle de plusieurs pays ou continents. La mondialisation de l'économie contraint à une comparaison et à un « benchmarking » permanents entre firmes multinationales.

La globalisation des marchés s'accompagne d'une spécialisation accrue des acteurs et se manifeste dans quatre domaines :

- **globalisation des acteurs et des investisseurs** : les institutionnels (fonds de placement, fonds de pension, assureurs, etc.) et les différents métiers de la chaîne de valeur de l'investissement (analyse financière, gestion des OPCVM, capital-investissement, courtage, conservation des titres...) se positionnent sur les principaux marchés mondiaux et entendent ainsi capter les moindres « niches » de rentabilité, et les allocations d'actifs tendent beaucoup moins à privilégier les marchés nationaux et se structurent désormais fréquemment en trois zones géographiques (marché national, zone euro et international) ;

- **globalisation des moyens et de l'offre de produits** : l'industrialisation des métiers de la finance conduit à la mise en place de « plate-formes » régionales (desservant par exemple l'Europe, l'Amérique du Nord, l'Amérique latine, le Japon et l'Asie du Sud-Est), les instruments

financiers et indices boursiers multi-pays se multiplient, l'analyse financière est davantage sectorielle, transversale et internationale ;

- **homogénéisation des comportements** : la recherche de la performance et de la maîtrise des risques conduit à l'observation permanente de la concurrence et du « consensus de place », qui constitue la référence tacite dont la majorité des opérateurs ne s'écarteront guère. Des « modes » se créent, se diffusent et s'évanouissent rapidement, particulièrement dans le domaine de la gestion collective où les « styles » de gestion (la préférence pour les valeurs de rendement a ainsi succédé à celle pour les valeurs dites « de croissance ») et les gammes de produits (fonds « éthiques », gestion alternative, fonds indiciels...) connaissent d'incessantes mutations dans lesquelles le mimétisme et la répliation plus ou moins prononcée des indices côtoient l'inventivité. Parallèlement, cette relative homogénéisation permet à des acteurs de plus petite taille de se différencier et de gagner en crédibilité par un positionnement original et une expertise pointue dans un nouveau sous-segment de marché ;

- **internationalisation des places boursières elles-mêmes** : le paysage des marchés boursiers réglementés a considérablement évolué, puisque ceux-ci sont désormais gérés par des entreprises de droit commun qui sont parfois elles-mêmes cotées en bourse, telle Euronext, et fusionnent ou constituent des alliances pour créer des synergies de coûts, acquérir la taille critique sur le plan mondial et trouver un meilleur positionnement qualitatif et tarifaire face à la multiplication des infrastructures non réglementées de négociation (ordres internalisés et plates-formes multilatérales).

Ces tendances lourdes rendent d'autant plus nécessaire l'adaptation des autorités de régulation, qui doivent elles-mêmes devenir plus globales et tournées vers l'international, ainsi que de la réglementation, qui doit être en phase avec un nouveau contexte pour la sécurité des placements et la compétitivité des offres de produits et services.

2. La technologie et l'ingénierie financières

La globalisation et l'habituelle recherche de l'optimisation du couple rendement/risque conduisent à un foisonnement de nouvelles techniques financières destinées à conférer à leurs utilisateurs un gain ou un **avantage concurrentiel** déterminant, au moins de manière temporaire, à **exploiter une inefficience de marché ou à transférer un risque de marché** sur d'autres acteurs. Ces nouvelles techniques sont particulièrement prégnantes dans les multiples stratégies de gestion alternative et décorrélée des marchés traditionnels (les « *hedge funds* »), qui impliquent souvent des modélisations et méthodes de valorisation très complexes et de compréhension malaisée pour les investisseurs. La **gestion collective** plus traditionnelle n'échappe pas non

plus à la diffusion de nouveaux outils présentant une plus grande technicité : dérivés de crédit, généralisation de l'utilisation des options, programmes de mesure instantanée du risque, ou encore utilisation d'indicateurs comptables et de création de valeur de plus en plus variés, contribuent à la sophistication de la gestion de fonds. Enfin la technologie financière est également très sollicitée dans la **gestion bilancielle et comptable**, dans le but d'améliorer les ratios de solvabilité et de rentabilité (obligations convertibles, titrisation de créances certaines ou futures, augmentation plus ou moins fictive des fonds propres par « *equity swap* », programmes de rachat et de stérilisation d'actions...).

La complexification croissante des outils financiers est certes **porteuse de risques**, comme en témoignent la faillite du fonds *Long Term Capital Management* en 1998 et les méthodes – parfois fatales aux entreprises – de déconsolidation exacerbée des actifs et d'extension des engagements hors-bilan, **mais peut également être facteur de sécurité, de croissance et de stabilité pour les investisseurs**. Ainsi les produits dérivés n'ont certainement pas une vocation exclusivement spéculative, mais ont aussi pour objet originel d'étendre les possibilités de couverture contre les risques de crédit, de change ou de marché. De même la titrisation, lorsqu'elle est suffisamment encadrée, permet aux secteurs privé comme public, de trouver des sources alternatives et pérennes de financement dans un contexte de raréfaction du crédit bancaire et de dégradation de la qualité moyenne des émetteurs de titres obligataires.

L'ingénierie financière ne doit donc pas être bridée, ne serait-ce que pour ne pas engendrer une fuite des capitaux, mais ses conséquences doivent être maîtrisées par un cadre réglementaire lisible, pragmatique dans ses modalités et ferme dans ses principes.

B. LA CRISE DU SYSTÈME FINANCIER

1. Les dysfonctionnements des marchés

Les trois dernières années ont constitué une période riche en soubresauts pour les marchés financiers. Ces évolutions heurtées ont d'abord laissé croire à une correction violente, mais logique compte tenu de la très forte hausse enregistrée au cours de la décennie 90. Mais la poursuite d'un cycle baissier, parfois qualifié de « krach larvé », a révélé l'étendue des possibles dysfonctionnements structurels et conjoncturels des marchés. Après que l'« exubérance irrationnelle » annoncée fut clairement constatée,

l'ampleur actuelle de la chute¹ des cours sème le doute quant à l'efficience présumée des marchés, c'est-à-dire leur capacité à refléter à tout moment l'ensemble des informations disponibles sur chaque titre.

Les **manifestations** des errements actuels des marchés sont connues et douloureuses pour les investisseurs, qu'ils soient particuliers ou professionnels : division par dix ou davantage de la capitalisation de certaines sociétés, « contagion » des difficultés boursières des secteurs de technologies et télécommunications aux secteurs réputés plus solides et réguliers, accroissement rapide de la volatilité (celle du CAC 40 a ainsi doublé pour atteindre 50 % au second semestre de 2002), perte de repères sur la capacité des marchés à valoriser correctement des sociétés pourtant rentables, variations quotidiennes très brutales ne s'expliquant pas toujours par l'information financière publique, absence de la reprise escomptée après une diminution inédite des taux d'intérêt des principales banques centrales, interrogations sur les niveaux de multiples de bénéfices pertinents et représentatifs d'une valorisation « raisonnable » des actifs, amertume devant ce qui apparaît parfois comme une capitulation ou une « loterie », et dont les conséquences macro-économiques sont notamment de perturber considérablement le financement des sociétés et de geler le marché des introductions en bourse.

Les **causes** de cette grave crise boursière sont logiquement plus difficiles à déterminer. Certains facteurs sont **structurels** et depuis longtemps exposés par la théorie économique et la théorie des jeux : mimétisme entre opérateurs, surréaction à toute information qui laisserait craindre ou espérer une inversion de tendance sur un titre, anticipations auto-réalisatrices et procycliques, immixtion d'ordres différents de rationalité (procédurale et économique), etc. D'autres facteurs sont plus **conjuncturels** et alternativement surestimés. On peut ainsi mentionner l'atonie de la croissance, les crises géopolitiques, l'impact de la croissance des *hedge funds* et des ventes à découvert, les seuils automatiques de vente prévus dans les processus de gestion de certains fonds de placement, ou les stratégies relatives et comptables de rachat par les sociétés de leurs propres actions.

La difficulté de l'analyse de la crise actuelle tient aussi à l'émergence d'une réflexion sur une crise supposée du fonctionnement même du capitalisme, et au **facteur exogène de la perte de fiabilité et de la difficulté croissante de la consolidation de l'information financière**, qui représente le déterminant essentiel de la formation des cours de bourse.

¹ Début mars 2003, l'indice phare du marché français, le CAC 40, perdait ainsi plus de 60 % par rapport à son point le plus haut (6944 points) de septembre 2000, et se trouvait au même niveau que six années auparavant.

2. Les doutes sur la qualité de l'information financière et comptable

Les affaires *Enron* ou *WorldCom* ont jeté un doute important sur la qualité de l'information financière et comptable aux Etats-Unis et cette suspicion s'est naturellement étendue à l'ensemble des entreprises internationales.

Les Etats-Unis, jusqu'alors plutôt partisans de l'auto-régulation, ont réagi promptement à la crise de confiance par le vote de la loi dite « Sarbanes-Oxley » (« *Corporate Accountability Act* ») adoptée par le Congrès et promulguée le 30 juillet 2002.

La loi, dont les dispositions s'appliquent dès lors qu'elles ont une répercussion sur une société cotée aux Etats-Unis (que cette société soit américaine ou étrangère), propose un certain nombre de solutions aux dysfonctionnements identifiés dans la régulation des marchés financiers américains. Notamment¹ :

a/ Concernant les conditions de certification des comptes et l'indépendance des auditeurs :

- la loi met fin au système d'auto-régulation en instituant le *Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)*, chargé de l'établissement des règles de la profession et de la surveillance des auditeurs et financé par les cotisations des sociétés cotées ;

- elle interdit la plupart des services de conseil que pourraient proposer les firmes d'audit à leurs clients ;

- elle impose une rotation des associés signataires des audits et commande une étude au *Comptroller General*² sur les coûts et avantages d'une rotation des firmes elles-mêmes ; elle contraint le recrutement des auditeurs par leurs clients.

b/ Concernant le gouvernement d'entreprise :

- la loi cherche à garantir aux comités d'audit des sociétés cotées un fonctionnement efficace et indépendant ; elle renforce les contrôles portant sur les procédures d'audit interne ;

- elle oblige les dirigeants des sociétés à certifier personnellement la validité des comptes qu'ils présentent à la *Securities and Exchange Commission (SEC)* et aux investisseurs ;

¹ Ces informations sont extraites d'une note du 12 août 2002 de la mission économique de l'ambassade de France aux Etats-Unis.

² Qui exerce notamment les fonctions de directeur général du *General Accounting Office*.

- elle soumet les transactions des mandataires sociaux sur les titres de leur compagnie à plus de contraintes et plus de transparence.

c/ Concernant la réforme des normes comptables :

- la loi transfère le financement du *Financial Accounting Standard Board (FASB)* de la profession comptable aux sociétés cotées ;

- elle demande l'émission de règles visant à rendre public l'ensemble des transactions hors-bilan ainsi que toutes les relations de la compagnie avec des entités non-consolidées qui seraient en mesure d'avoir à terme un impact financier ;

- elle commande à la *Securities and Exchange Commission (SEC)* une étude sur la faisabilité de l'introduction aux Etats-Unis d'une comptabilité qui établirait des principes mieux identifiés que les US-GAAP (*generally accepted accounting principles*) actuels.

d/ Concernant la déontologie des analystes financiers et la régulation des agences de notation :

- la loi valide les propositions faites par les places de marché visant à réduire les sources de conflits d'intérêts pour les analystes ;

- elle commande à la SEC une étude sur le rôle des agences de notation dans le fonctionnement des marchés financiers et les risques ou problèmes que ce rôle peut induire.

II. UN PROJET DE LOI SOUMIS À UNE DOUBLE CONTRAINTE

A. L'AUTONOMIE RÉDUITE DU LÉGISLATEUR NATIONAL

1. Des questions transnationales

Le présent projet de loi intervient dans un contexte de développement rapide de la réglementation en matière financière, émanant aussi bien d'autorités publiques que professionnelles.

Concernant les marchés financiers, le poids et l'influence de la SEC aux Etats-Unis sont manifestes. S'agissant tout particulièrement des nouveaux champs d'investigation des régulateurs, à savoir les moyens de contrôler l'activité de recherche financière et de mieux appréhender le travail

des agences de notation, la SEC apparaît comme le «leader» naturel de la réflexion mondiale sur ce sujet.

La loi Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002 a confié à la SEC la charge de prendre des mesures pour prévenir les conflits d'intérêts des analystes financiers, et renforcer l'objectivité de la recherche financière.

La SEC mène également une réflexion sur les agences de notation, dont il faut rappeler que les principales d'entre elles sont implantées aux Etats-Unis¹, même si l'une d'entre elle est majoritairement détenue par des capitaux européens, possède un siège à Londres² et des effectifs significatifs à Paris.

Concernant la transparence des comptes, les normes établies au niveau international (normes IAS, IFRS)³ sont déterminantes, puisque dès 2005, toutes les sociétés cotées de l'Union européenne (y compris les banques et les entreprises d'assurance) seront tenues d'appliquer des normes comptables internationales dans la préparation de leurs comptes consolidés. Les Etats membres pourront aussi autoriser ou obliger ces entreprises à appliquer ce système à leurs comptes annuels. Il sera même possible d'imposer la nouvelle réglementation à des sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne.

Il est tout à fait remarquable que la législation américaine ait vocation à s'appliquer à des entités situées hors de son cadre national. **Les dispositions de la loi Sarbanes-Oxley** s'appliquent dès lors qu'elles ont une répercussion sur une société cotée aux Etats-Unis (que cette société soit américaine ou étrangère), et notamment les dispositions concernant le commissariat aux comptes de ces sociétés.

Le législateur français est donc soumis à une forte pression internationale. Déjà, les recommandations de la Commission des opérations de bourse ou les normes de déontologie des organismes professionnels comme la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, tendent à s'aligner sur les pratiques internationales dominantes.

Le législateur a cependant son rôle à jouer, afin non seulement de prendre en compte la spécificité des entreprises européennes, mais également de conférer à la nouvelle Autorité des marchés financiers (AMF) les moyens

¹ Les quatre grandes agences agréées par la SEC (Nationally Recognised Statistical Rating Organisation) sont Standard & Poor's, Moody's Investors Service, Fitch Investors Service, Duff & Phelps' Credit Rating Company.

² Il s'agit de Fitch Investors Service, contrôlée par le groupe FIMALAC.

³ Les normes comptables internationales dites "International Accounting Standards" (IAS) sont adoptées par l'organisme international de normalisation comptable, « l'International Accounting Standards Board » (IASB) établi à Londres. Ces règles communes s'appelleront à l'avenir "International Financial Reporting Standards" (IFRS).

nécessaires pour devenir un régulateur de tout premier plan, capable de dialoguer avec ses homologues, la SEC américaine ou la FSA¹ britannique.

Cependant, notre législation ne doit pas être trop lourde, au risque de provoquer la délocalisation des entreprises et des actifs financiers, c'est-à-dire l'inverse de l'objectif recherché. Pour cette raison, il importe que l'essentiel des principes de transparence et de régulation du marché soient conformes à ceux définis à l'échelle de l'Union européenne.

2. Le poids croissant du droit communautaire

La législation communautaire connaît une phase intense de rénovation et d'extension de son champ d'intervention. Maintes directives récentes ou en cours de négociation ont ainsi traité aux activités financières et au droit des sociétés. Elles constituent la **toile de fond du présent projet de loi, déterminent une partie de ses dispositions et annoncent certaines orientations futures de la législation française**. Ces textes généralement techniques font parfois l'objet de débats animés, tant sont grandes leurs implications sur l'activité économique et financière. Les principaux textes récents sont les suivants :

- la directive du 3 décembre 2002 relative aux *opérations d'initiés et aux manipulations de marché*, adoptée dans le cadre de la nouvelle procédure dite « Lamfalussy », a pour objet de relever le niveau d'intégrité du marché, de contribuer à l'harmonisation des règles concernant les abus de marché dans toute l'Europe, de susciter un engagement résolu en faveur de la transparence et de l'égalité de traitement entre les acteurs du marché, et d'imposer une collaboration plus étroite entre les administrations nationales, afin de réduire les risques de discordance et les entorses potentielles ;

- la rénovation de la directive du 20 décembre 1985 sur les *OPCVM* : deux directives 2001/107/CE et 2001/108/CE, portant respectivement sur la réglementation relative aux sociétés de gestion et au prospectus simplifié et sur les placements des OPCVM, ont été adoptées le 21 janvier 2002 ;

- le règlement du 7 janvier 2002 dispose que toutes les sociétés européennes cotées en bourse, y compris les établissements bancaires et les compagnies d'assurance, devront publier leurs comptes consolidés selon les normes IAS (*International Accounting Standards*) d'ici le 1^{er} janvier 2005 ;

- la directive du 16 décembre 2002, relative à la *surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier*,

¹ Financial Services Authority.

renforce la surveillance prudentielle de ces groupes et la coopération entre organismes de régulation ;

- la directive du 18 septembre 2000 concernant *l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice* a pour objet de garantir la reconnaissance mutuelle de l'agrément et de la surveillance prudentielle de ces établissements ;

- la directive du 23 septembre 2002 concernant la *commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs* tend à harmoniser les législations nationales, notamment en matière d'information préalable, de communication des conditions contractuelles, de droit de rétractation et de modalités de paiement ;

- la directive du 6 juin 2002 relative aux *contrats de garantie financière* traite des compensations, sûretés et gages et tend à renforcer leur sécurité juridique ;

- la directive du 19 mars 2001 concernant *l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance* dispose notamment que la procédure de mise en faillite d'une entreprise d'assurance obéit aux règles de l'Etat de la maison-mère, et non plus à celles de chacun des Etats membres où la compagnie est présente ;

- enfin la directive du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie tend à permettre l'octroi d'un agrément unique et à harmoniser les systèmes de contrôle prudentiel.

Au delà de ces textes, **il importe que les concepts issus du droit français influencent la construction juridique communautaire**. Cela suppose un effort de présence auprès des instances concernées, et surtout une réflexion constante pour assimiler les problèmes du présent et tâcher d'anticiper ceux du futur.

B. UNE LÉGISLATION À DURÉE DÉTERMINÉE ?

1. Le vieillissement rapide de la législation financière

Sous l'influence des évolutions constatées dans le secteur financier et afin de suivre une législation communautaire dynamique en ce domaine, la législation en matière financière présente la caractéristique d'être souvent remaniée. Le législateur doit en tirer une grande humilité : dans ce domaine plus que dans beaucoup d'autres, il légifère dans un contexte donné. S'il doit veiller à la permanence des grands principes de notre droit, s'il doit garder le souci de la cohérence, il est souvent contraint non pas d'anticiper, mais de

prendre acte des évolutions enregistrées dans le secteur financier, et d'en tirer les conséquences qui lui semblent, à cet instant, les plus adaptées.

Pour ne prendre qu'un exemple en matière de législation des marchés financiers, la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier de 1989¹ a été substantiellement modifiée par l'intervention de la directive sur les services d'investissement en 1993, qui a nécessité l'adoption d'une loi de transposition en 1996, dite loi de modernisation des activités financières².

Depuis le vote de cette loi il y a moins de dix ans, les lois ESF³, NRE⁴, MURCEF⁵ et le présent projet de loi « remettent sur le métier » du législateur des pans entiers de notre législation financière qu'il convient d'adapter aux nouvelles réalités financières.

Il est bon d'observer que ces différents textes ont profondément réformé notre droit des sociétés commerciales, en l'absence d'un texte global que votre rapporteur appelait de ses vœux en 1996⁶. Il observe cependant que, la quasi-totalité des idées et propositions qu'il défendait alors ont été intégrées dans les textes précités, ou à l'occasion de l'adoption d'autres véhicules législatifs, ou le seront, très probablement, à l'issue de l'examen parlementaire du présent projet de loi. Même si le résultat technique est en définitive le même, il eut été préférable, assurément, d'anticiper sur des évolutions et des besoins manifestes dès 1996, notamment en matière de gouvernance des entreprises, de transparence et de prévention des conflits d'intérêt. **A la vérité, la conjugaison du conservatisme naturel aux organisations économiques et de l'approche idéologique, ou trop éloignée des réalités, du précédent gouvernement, explique le retard de notre droit, et son adaptation parcellaire, au gré des circonstances.**

L'évolution rapide de la législation financière rend regrettable l'absence d'inscription à l'ordre du jour du Sénat du projet de loi de **ratification du code monétaire et financier**⁷. Cela est d'autant plus dommage que progressivement, des modifications substantielles sont apportées au code non ratifié par diverses lois qui interviennent en matière financière (lois NRE, MURCEF, présent projet de loi, etc.). On peut considérer que le Parlement ratifie « petit à petit » ce code, à chaque article dont il adopte la modification.

¹ N° 89-531 du 2 août 1989.

² N° 96-597 du 2 juillet 1996.

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

⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁵ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

⁶ Philippe Marini, rapport au Premier ministre sur la modernisation du droit des sociétés, La documentation française, 1996.

⁷ Projet de loi portant ratification de l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du code monétaire et financier, n° 219 (2000-2001), déposé au Sénat le 7 février 2001.

En revanche, **on ne saurait considérer qu'il a implicitement ratifié l'ensemble de ce code**¹.

2. Les prochaines évolutions déjà en gestation

Près de dix ans après les premières mises en garde de votre commission des finances sur les chevauchements de compétences et l'absence de coordination institutionnelle entre la COB et les autorités fusionnées au sein du CMF², le présent projet de loi procède enfin à l'unification attendue. Dans le même temps, le contrôle des assurances et celui des mutuelles et des institutions de prévoyance est logiquement fusionné. Les premières passerelles organiques entre le contrôle des banques et celui des assurances sont mêmes jetées.

Ces évolutions, si elles sont souhaitables, ne sont-elles cependant pas déjà dépassées ? Compte tenu de l'évolution des métiers et des techniques financières, la frontière entre le contrôle prudentiel et le contrôle des marchés n'est-elle pas désormais largement artificielle ? Il est vraisemblable que, d'ici quelques années, l'unification des autorités prudentielles et des autorités de marché sera à l'ordre du jour, en tirant les leçons de l'expérience de la *Financial Services Authority* (FSA) britannique.

Les dispositions du projet de directive sur les services d'investissement (DSI) appelée, dans le cadre de la « procédure Lamfalussy », à remplacer la directive du 10 mai 1993, renforcent l'obligation de réfléchir à la création d'une autorité unifiée et laissent peu de doute sur la nécessité d'ajuster les dispositions du présent projet de loi dans un avenir proche³. Par exemple, lorsque les MTF (*Multilateral Trading Facilities*) et infrastructures de transactions internalisées seront autorisés et réglementés par le droit communautaire en tant que marchés organisés, dans quelles conditions, et sur quel fondement juridique, l'AMF sera-t-elle amenée à les contrôler (en particulier grâce aux règles de transparence pré-transaction et au bon routage des ordres non satisfaits vers les marchés réglementés) ? De même, selon quelles modalités le contrôle des prestataires multiservices et intégrés, qui tendent à façonner le nouveau paysage du secteur bancaire et financier, sera-t-il réparti entre l'autorité de marché et les autorités prudentielles ?

¹ On doit toutefois se féliciter de l'annonce faite par le gouvernement du prochain dépôt d'un projet de loi permettant la ratification d'un grand nombre d'ordonnances, dont l'ordonnance précitée n° 2000-1223.

² Voir sur ce point le 2 du A du III du présent exposé général.

³ Le projet de directive prévoit par ailleurs de rendre éligible au « passeport européen » un plus grand nombre de services et activités d'investissement, dont les conseillers en investissements financiers (CIF), auxquels le présent projet de loi confère un statut dans le droit français.

III. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI

A. LA MODERNISATION DES AUTORITÉS DE CONTRÔLE

1. L'Autorité des marchés financiers

L'organisation actuelle de la régulation financière dans notre pays est **peu lisible**, notamment pour nos partenaires étrangers. Or la régulation est un élément essentiel de la compétitivité d'une place et les « batailles de bourses » auxquelles nous assistons périodiquement plaident pour donner un système de régulation efficace à la Place de Paris.

En 1996, il a été choisi de mettre, **au même niveau**, deux autorités :

- l'une, « autorité administrative indépendante » (entité publique sans personnalité morale), la Commission des opérations de bourse (COB) ;

- et l'autre, « autorité dite professionnelle » (personne morale de droit privé), le Conseil des marchés financiers (CMF).

La mesure emblématique de ce projet de loi réside dans la suppression de ce dualisme par la **création de l'Autorité des marchés financiers (AMF)**, autorité boursière unique qui fusionne les trois autorités existantes : la Commission des opérations de bourse (COB), le Conseil des marchés financiers (CMF) et le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF).

Cette fusion est de nature à rendre notre dispositif de surveillance des marchés financiers plus efficace et plus lisible. La nouvelle autorité bénéficiera d'un statut inédit d'« *autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale* » qui lui confèrera une grande autonomie fonctionnelle mais aussi financière, lui permettant de recruter du personnel de très haut niveau (**articles 1^{er} à 20**).

2. La validation de positions anciennes de votre commission des finances

La juxtaposition depuis 1996 de la COB et du CMF a été source de **chevauchements de compétences** et **l'absence de coordination institutionnelle** entre elles n'en a pas permis la résolution en termes suffisamment simples, clairs et lisibles. En effet, les « cultures » des deux

institutions sont réellement dissemblables, ce qui peut les conduire à appuyer leurs décisions sur des concepts hétérogènes.

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

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

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

Les analyses de votre commission des finances, constantes depuis 1994, se trouvent donc parfaitement confirmées aujourd'hui par l'ensemble des acteurs de la place de Paris, avec, il est vrai, un certain retard ...

L'évolution aujourd'hui proposée aurait pu être réalisée plus rapidement sans les attermoissements du gouvernement précédent. Le 10 juillet 2000, devant les représentants de la place de Paris et les investisseurs internationaux qui avaient répondu à l'invitation de l'association Paris Europlace, M. Laurent Fabius, alors ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, avait annoncé sa volonté de réformer l'architecture actuelle des autorités de régulation en matière financière et notamment de proposer la fusion de la Commission des opérations de bourse (COB) et du Conseil des marchés financiers (CMF).

Votre rapporteur s'était réjoui d'une telle initiative largement justifiée sur le fond et qui confirmait ses propres analyses de l'architecture de notre système de régulation.

¹ « La mise en place du marché unique des services financiers - La transposition en droit français de la directive sur les services d'investissement », rapport de la commission des finances du Sénat, n° 578 (1993-1994), pages 82 et suivantes puis pages 160 et suivantes.

Le gouvernement a tout d'abord envisagé d'introduire cette réforme par voie d'amendement dans le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, en discussion au cours de l'année 2000 devant le Parlement.

Puis, se ravisant, il a décidé de rédiger un projet de loi spécifique intitulé « *Réforme des autorités financières* » déposé le 7 février 2001 sur le bureau de l'Assemblée nationale¹. Ce projet de loi, dont l'examen était prévu au printemps 2001, a subitement été retiré de l'ordre du jour de l'Assemblée nationale et son examen repoussé *sine die*. La fin de la précédente législature l'a rendu caduc.

Au cours de la précédente législature, votre rapporteur a déploré les tergiversations techniques et politiques du précédent gouvernement qui ont nui à la crédibilité de la place de Paris et, plus largement, à la réputation de la France. Il lui avait alors semblé indispensable de proposer sa conception de l'organisation de notre régulation financière, lors de l'examen en première lecture du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques², puis à nouveau dans le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier³.

En d'autres termes, **depuis deux ans, le Sénat a adopté à trois reprises, à l'initiative de votre commission des finances, le principe de la fusion entre la COB et le CMF.**

3. Les autorités prudentielles

La création de l'AMF ne doit pas éclipser une autre réforme de notre paysage institutionnel financier qui est tout aussi fondamentale : la création d'une **Commission de contrôle commune aux entreprises d'assurance, aux mutuelles et aux institutions de prévoyance (CCAMIP)**, par fusion des actuelles Commission de contrôle des assurances (CCA) et Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP). Depuis 2001, entreprises d'assurance, mutuelles et institutions de prévoyance sont soumises aux mêmes règles prudentielles : il est normal qu'elles soient désormais contrôlées par une même commission. Cette réforme devrait rendre notre dispositif de contrôle du secteur de l'assurance plus efficace et plus lisible (**article 26**).

¹ *Projet de loi n° 219, Assemblée nationale, XI^e législature.*

² *Voir rapport de la Commission des finances du Sénat n° 5 (2000-2001). Au cours de l'examen de ce projet de loi en nouvelle lecture, le Sénat, suivant sa commission des finances, avait pris acte du dépôt par le gouvernement d'un projet de loi ad hoc et n'avait pas estimé utile de réintroduire le dispositif voté en première lecture.*

³ *Voir rapport de la Commission des finances du Sénat n° 336 (2000-2001). Dans ce projet de loi, le Sénat avait adopté les propositions de sa commission des finances en première et en nouvelle lectures.*

En outre, dans un secteur financier où les lignes de partage entre métiers s'estompent petit à petit, **les mondes des banques et de l'assurance** ne peuvent plus s'ignorer. C'est pourquoi le gouvernement propose de **rapprocher leurs commissions de contrôle**, la Commission bancaire et la nouvelle CCAMIP (**article 30**) et de créer **deux nouvelles instances consultatives** qui se substituent aux multiples instances qui interviennent aujourd'hui, à des titres divers et avec des pouvoirs et des compositions hétérogènes, dans le secteur de la banque et de l'assurance : le Comité consultatif du secteur financier (CCSF) sera chargé d'étudier les relations entre les entreprises du secteur financier et leurs clientèles, et le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) chargé de donner un avis sur tous les textes normatifs en matière financière avant qu'ils ne soient définitivement adoptés (**articles 21 et 22**).

B. LA SÉCURITE DES ÉPARGNANTS ET DES ASSURÉS

1. La réforme du démarchage

La réglementation actuelle du démarchage bancaire et financier constitue un dispositif complexe, peu cohérent et obsolète, issu de trois lois du 28 mars 1885, du 28 décembre 1966 et du 3 janvier 1972. La nécessité d'une refonte complète fait l'objet d'un large consensus depuis de nombreuses années, et des projets de réforme ont été successivement élaborés. Votre rapporteur avait lui-même déposé une proposition de loi à sujet il y a plusieurs années¹.

Les dispositions du présent projet de loi sont ainsi largement inspirées des propositions du **rapport d'Emmanuel Rodocanachi**, remis au gouvernement en juillet 2000, qui soulignait déjà que la rénovation des règles du démarchage financier était un sujet de préoccupation pour les pouvoirs publics depuis la fin des années quatre-vingt. Les recommandations du rapport précité ont été reprises dans le volet relatif au démarchage du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier – déposé au Sénat le 30 mai 2001 mais qui n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour – qui constitue aujourd'hui l'essentiel de la réforme proposée.

La réforme du démarchage bancaire et financier, qui constitue un sujet complexe et doit respecter un difficile compromis entre effectivité et exhaustivité des situations potentielles à couvrir, répond à quatre impératifs :

¹ Proposition de loi n° 225, relative à l'activité et au contrôle des entreprises d'investissement et portant transposition de la directive n° 93/22 du Conseil des communautés européennes du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, enregistrée à la Présidence du Sénat le 16 février 1995, et présentée par MM. Philippe Marini, Jean Arthuis, Philippe Adnot, Bernard Barbier, Ernest Cartigny, Jean Clouet et Jacques Oudin.

- proposer une **définition** du démarchage qui soit cohérente avec l'évolution des techniques de vente, repose sur des critères précis et préserve la capacité commerciale des établissements financiers ;

- identifier plus clairement les **démarcheurs** et le champ des produits et services qu'ils sont susceptibles de proposer ;

- **mieux protéger les épargnants** personnes physiques ou morales des dérives constatées au cours de la période récente, et conforter leur capacité de jugement dans une relation plus équilibrée avec les démarcheurs ;

- préciser les **obligations et responsabilités** des démarcheurs comme de leurs mandants.

Dans un but de sécurisation de l'épargnant, le projet du gouvernement, qui constitue l'**article 39** du présent projet de loi, se structure ainsi selon les principaux axes suivants :

- une **définition du démarchage** selon des critères d'action (démarche non sollicitée), d'objet, de lieu et de produits (les plus risqués étant interdits de démarchage). Les personnes habilitées à y procéder sont également clairement identifiées, et tous les moyens techniques sont envisagés ;

- une **architecture** reposant sur un système de mandats successifs explicites, avec une forte responsabilité du mandant et une procédure d'enregistrement des démarcheurs auprès des autorités de régulation (AMF, CECEI ou CEA), qui tiendront un **fichier** centralisé et consultable des démarcheurs ;

- des conditions d'exercice renforcées par rapport à la situation actuelle et des **principes plus étendus de bonne conduite et d'information** de la personne démarchée ;

- des délais de **rétractation** (quatorze jours) et de **réflexion** (deux jours) protecteurs, ainsi que des sanctions disciplinaires et pénales plus homogènes pour les démarcheurs.

2. Le nouveau statut des conseillers en investissements financiers

Dans un champ connexe à celui du démarchage, le présent projet de loi innove, à l'**article 42**, en proposant un nouveau statut du conseiller en investissements financiers, qui ne fait aujourd'hui l'objet d'aucun texte – contrairement à ce qui prévaut chez certains de nos partenaires et en particulier au Royaume-Uni – et accèderait donc au **statut de profession réglementée**. Il s'agit tant de moraliser cette profession aux caractéristiques variées, en précisant son objet strictement limité au conseil et ses obligations

déontologiques (notamment les conditions de compétence des conseillers et les devoirs d'information sur l'offre de conseil ou la situation financière du client), que de définir son organisation interne. Le nouveau statut traduit ainsi le choix d'une **autorégulation** au sein des associations professionnelles, qui seraient toutefois encadrées par l'AMF.

3. Les dispositions diverses relatives à l'épargne et à la protection des déposants

La **sécurité** des épargnants et le souci d'une meilleure **compétitivité** de l'industrie française de la gestion suscitent également plusieurs dispositions relatives aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (**OPCVM**) cohérentes avec la réglementation et les pratiques communautaires : insertion des dépôts dans la liste des actifs éligibles et confirmation de la faculté d'utiliser des dérivés de crédit (**article 45**), suppression de l'obligation d'émettre des parts ou actions à tout moment de la vie du fonds (**article 46**), étanchéité financière des compartiments (**article 47**) et suppression, à compter du 13 février 2004, des sociétés de gestion collective à objet exclusif (**article 48**).

La protection des déposants fait l'objet de mesures variées tendant à **renforcer le cadre réglementaire de certaines professions et activités et à sécuriser les flux financiers**, notamment au regard de la lutte contre le blanchiment des capitaux. Figurent ainsi dans le titre II du présent projet de loi : l'adhésion, prévue à l'**article 49**, de l'ensemble des entreprises d'investissement (hormis les sociétés de gestion de portefeuille) au Fonds de garantie, une dérogation limitée au monopole bancaire au profit des gestionnaires de moyens de paiement, notamment les émetteurs de monnaie électronique (**article 50**), la mise en place de sanctions disciplinaires et pécuniaires plus dissuasives à l'encontre des changeurs manuels (**article 51**), l'extension des possibilités d'échange d'information sur les groupes financiers et mixtes entre les autorités de régulations françaises et étrangères (**article 52**), l'amélioration du contrôle de la structure capitalistique des entreprises d'investissement (**article 53**), un meilleur encadrement des conditions de cession anticipée d'activité des établissements de crédit et entreprises d'investissement (**article 54**) et la possibilité pour le Fonds de garantie des dépôts de garantir, sur invitation de la commission bancaire, le paiement de l'administrateur provisoire ou du liquidateur d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement (**article 55**).

4. Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

La création d'un **Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO)** s'inscrit dans la lignée des fonds de garantie (des dépôts bancaires, des cautions, des titres et des assurances de personnes) créés en 1999 dans la loi relative à l'épargne et à la sécurité financière. Ce nouveau fonds de garantie a pour objet de garantir les assurés qui ont souscrit une assurance obligatoire, contre les conséquences de la défaillance de l'entreprise d'assurance. On recense une centaine d'assurances obligatoires. Il s'agit, le plus souvent, d'assurances de responsabilité civile pour les professionnels, mais aussi de l'assurance de dommage dite « dommage ouvrage » (**article 57**).

C. LE CONTRÔLE LÉGAL DES COMPTES

Le présent projet de loi comprend de très nombreuses dispositions visant à renforcer la déontologie et l'indépendance des commissaires aux comptes, en premier lieu par l'institution d'un contrôle externe à cette profession sous la forme d'un Haut conseil du commissariat aux comptes. Ces dispositions interviennent à la suite d'initiatives prises, depuis plusieurs années, par la profession.

1. Les initiatives des professionnels

De même que les entreprises, qui ont engagé une réflexion depuis de nombreuses années sur le meilleur moyen de mettre en oeuvre une gestion moderne et plus transparente des sociétés, les commissaires aux comptes, qui font l'objet d'une réglementation contraignante, ont cherché à renforcer leurs normes professionnelles et leurs règles déontologiques.

Ils ont ainsi créé le **comité d'examen national d'activité (CENA)** qui est une émanation de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes et qui contrôle les commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne. Le programme de contrôle du CENA est établi conjointement avec la COB. Le CENA publie un rapport d'activité annuel.

Ils ont également créé, par un accord du 2 février 1999, le **comité de déontologie de l'indépendance (CDI)** des commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne. La mise en place de ce comité figurait parmi les recommandations présentées, en décembre 1997, par le groupe de travail de M. Yves Le Portz sur l'indépendance des commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne.

2. La création d'une autorité de surveillance extérieure à la profession : le Haut conseil du commissariat aux comptes

L'**article 61** du présent projet de loi propose de créer un Haut conseil, institué auprès du garde des sceaux, ministre de la justice, présidé par un membre de la Cour de Cassation, et comprenant douze membres dont une minorité de commissaires aux comptes (trois magistrats, le président de l'Autorité des marchés financiers ou son représentant, un représentant du ministre chargé de l'économie, un professeur des universités, trois personnalités qualifiées dans les matières économique et financière, trois commissaires aux comptes).

Le Haut conseil a pour mission d'assurer la surveillance de la profession, avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes.

Il est également chargé de veiller au respect de la déontologie et de l'indépendance de la profession, et de définir les bonnes pratiques professionnelles, d'organiser des contrôles périodiques, d'émettre un avis sur les normes d'exercice professionnel élaborées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes avant leur homologation par arrêté du garde des sceaux et enfin d'assurer l'inscription et, comme instance d'appel, la discipline des commissaires aux comptes.

La Compagnie nationale des commissaires aux comptes reçoit par ailleurs une consécration législative. Instituée auprès du garde des sceaux, elle est qualifiée d'établissement d'utilité publique, dotée de la personnalité morale, et chargée de représenter la profession de commissaire aux comptes auprès des pouvoirs publics. Elle concourt au bon exercice de la profession, à sa surveillance, ainsi qu'à la défense de l'honneur et de l'indépendance de ses membres (**article 61**).

3. De nouvelles modalités de contrôle et une simplification des procédures disciplinaires

Aujourd'hui, le **contrôle** des commissaires aux comptes, qui consiste en un examen national d'activité des commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne, est effectué par le comité d'examen national d'activité (CENA), émanation de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes.

Les modalités de contrôle sont modifiées (**article 61**) : le Haut conseil exercerait des contrôles périodiques de l'activité professionnelle des commissaires aux comptes, la Compagnie nationale continuant cependant d'exercer des contrôles occasionnels. Par ailleurs, il est précisé que la

Compagnie nationale procède, en collaboration avec l'Autorité des marchés financiers, aux contrôles des commissaires aux comptes des personnes faisant appel public à l'épargne.

De surcroît, deux autorités pourront faire diligenter une inspection, distincte du contrôle : le garde des sceaux avec le concours notamment de l'Autorité des marchés financiers et de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, et l'Autorité des marchés financiers pour les personnes faisant appel public à l'épargne, avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Si de cette inspection découlent des suites disciplinaires, le président de l'Autorité des marchés financiers ou son représentant ne siège pas lors de l'instance disciplinaire.

S'agissant des normes professionnelles, dites « normes d'audit », des règles plus simples sont prévues. Aujourd'hui, les normes professionnelles sont préparées, examinées et débattues au sein d'un comité constitué de commissaires aux comptes et mis en place par la Compagnie nationale, avec la collaboration des compagnies régionales. Désormais, le Haut conseil sera chargé d'émettre un avis sur les normes d'exercice professionnel élaborées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes avant leur homologation par arrêté du garde des sceaux.

S'agissant des **moyens**, le Haut conseil, pour remplir au mieux sa mission, pourra constituer en son sein des commissions consultatives et s'adjoindre des experts. Par ailleurs, les crédits nécessaires au fonctionnement du Haut conseil seront inscrits au budget du ministère de la justice, ce qui, sur ce plan, ne traduit pas un niveau élevé d'autonomie ...

Enfin, une refonte et une simplification des dispositions relatives à **l'inscription** des commissaires aux comptes sont proposées. Le recours contre les décisions de la chambre régionale de discipline peut être exercé devant le Haut conseil du commissariat aux comptes, à l'initiative des autorités de saisine ou du professionnel intéressé (**article 64**).

4. Des règles déontologiques renforcées et des obligations nouvelles

Il est proposé d'interdire au commissaire aux comptes chargé de certifier les comptes d'une société **de fournir toute prestation de service, notamment de conseil, avis ou recommandation**, à cette société ou aux personnes qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle. Seules les diligences directement liées à la mission sont autorisées (**article 65**).

Cette disposition introduit une **séparation stricte entre la certification des comptes et toutes les autres prestations de service**, qui sont désormais interdites, sauf dans le cadre de la mission de certification.

L'interdiction s'étend au réseau des commissaires aux comptes pour la société qui fait l'objet de la certification. Nul commissaire aux comptes d'un réseau national ou international ne peut certifier les comptes d'une société si le réseau auquel il appartient fournit à cette société des prestations de service, en dehors des diligences directement liées à la mission. Le Haut conseil du commissariat aux comptes est chargé d'apprécier ces diligences.

Il est également proposé d'interdire au **commissaire aux comptes, personne physique, ainsi qu'au membre signataire d'une société de commissaire aux comptes, de certifier pendant plus de six exercices consécutifs**, les comptes des personnes morales faisant appel public à l'épargne. Ces dispositions ne seraient applicables qu'à compter de la troisième année suivant la date de promulgation de la loi (**article 73**).

La non-coïncidence des mandats en matière de co-commissariat aux comptes, c'est-à-dire le fait que le mandat du deuxième commissaire aux comptes ne peut se recouper avec le mandat du premier sur une période supérieure à trois ans, deviendrait la règle. Par ailleurs, les deux commissaires aux comptes devraient examiner ensemble de manière contradictoire les conditions et les modalités d'établissement des comptes (**article 65**).

La nomination comme commissaire aux comptes de professionnels chargés, au cours des deux derniers exercices, de vérifier **les opérations d'apports ou de fusion** d'une société anonyme ou des sociétés que celle-ci contrôle, serait interdite (**article 70**).

Le montant des honoraires versés à chacun des commissaires aux comptes est mis, au siège de la personne contrôlée, à disposition des associés et actionnaires et, pour les associations, des adhérents et donateurs (**article 68**).

De nouvelles dispositions sont prévues pour **la désignation des commissaires aux comptes** : ils sont proposés à la désignation de l'assemblée générale par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, ne prennent pas part au vote sur le choix des commissaires aux comptes : le directeur général et le directeur général délégué, s'ils sont administrateurs ; les administrateurs liés par un contrat de travail à la société ou à une société la contrôlant ou à toute société contrôlée directement ou indirectement par elle (**article 66**).

Enfin, les commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne pourront **interroger l'Autorité des marchés financiers** sur toute question soulevée dans l'exercice de leur mission, et susceptible d'avoir un effet sur l'information financière de la société. Par ailleurs, les commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne informent l'Autorité de tout fait ou décision entraînant le refus de certification des comptes (**article 72**).

D. LA TRANSPARENCE ET LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

Le présent projet de loi comprend quelques dispositions relatives à la transparence et au gouvernement d'entreprise, mais ces dispositions sont peu nombreuses et laissent à penser que le gouvernement a simplement choisi d'accompagner certaines réflexions des entreprises.

1. Une évolution déjà engagée

La réflexion sur le gouvernement d'entreprise est ancienne. Les rapports Viénot I et II¹, et plus récemment le rapport Bouton² en 2002, ont tous souligné l'importance de développer un véritable gouvernement d'entreprise des sociétés cotées. Ces réflexions ont été complétées au début de l'année 2003 par un rapport intitulé « Mieux gouverner l'entreprise », rendu public par l'institut Montaigne.

Ces initiatives ont un certain impact, puisque de nombreuses entreprises n'ont pas attendu les textes législatifs récents ou le présent projet de loi pour mettre en place des règles de déontologie, de transparence à l'égard de leurs actionnaires ou d'amélioration de l'audit interne.

2. L'information sur les procédures de contrôle interne

Désormais, le président du conseil d'administration ou le président du conseil de surveillance aurait obligation de rendre compte, dans un rapport à l'assemblée générale, de l'application du règlement intérieur dans deux domaines : l'organisation des travaux du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, et la mise en place de procédures de contrôle interne (**article 76**).

En complément, il est proposé que les commissaires aux comptes présentent à l'assemblée générale un rapport comportant toutes observations utiles sur les procédures et méthodes de contrôles internes mises en place par la société, dans l'élaboration et le traitement de l'information comptable et financière (**article 78**).

Le président du conseil d'administration doit également indiquer les restrictions que le conseil apporte aux pouvoirs du directeur général (**article 76**).

¹ « Le Conseil d'administration des sociétés cotées » (juillet 1995) – « Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise » (juillet 1999). Rapports des deux groupes de travail présidés par M. Marc Viénot.

² « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées » - Rapport du groupe de travail présidé par M. Daniel Bouton – 23 septembre 2002.

3. Les dispositions relatives à l'information des actionnaires

Les mesures proposées dans ce domaine sont nombreuses et concrètes :

- obligation de **diffuser aux actionnaires les projets de résolution** inscrits à l'ordre du jour sur proposition d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires (**article 77**) ;

- **communication à l'assemblée des actionnaires de l'avis du comité d'entreprise**, lorsqu'elle est amenée à délibérer sur les questions relevant de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales (**article 77**) ;

- les **acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges de titres d'une personne faisant appel public à l'épargne, réalisés par certaines personnes physiques énumérées, sont communiqués à l'Autorité des marchés financiers et rendus publics** sans délai selon des modalités et conditions fixées par le règlement de celle-ci.

Les personnes concernées sont les mandataires sociaux, les membres du conseil d'administration, du directoire, du conseil de surveillance, le directeur général, le directeur général unique, les directeurs généraux délégués, le gérant de la personne morale ainsi que les personnes ayant des liens personnels avec eux (**article 79**).

- suppression de l'obligation de communication des **conventions courantes** au conseil d'administration lorsque, par leur objet ou leur montant, elles sont de faible importance pour l'ensemble des parties (**article 80**) ;

- **suppression de la condition d'agrément des associations de défense des investisseurs**. Celles-ci pouvaient être agréées, dans des conditions fixées par décret, après avis du ministère public et de la commission des opérations de bourse, compte tenu de leur représentativité sur le plan national ou local. Les associations doivent désormais, soit répondre à des critères de représentativité définis par décret, soit répondre aux critères de détention de droits de vote de l'article L. 225-120 du code de commerce si elles ont communiqué leurs statuts à l'Autorité des marchés financiers (**article 82**).

- **réforme des dispositions comptables relatives à la consolidation.**

Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors

qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci. Le contrôle exclusif par une société résulte notamment du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise.

La condition selon laquelle la société dominante doit être actionnaire ou associée de cette entreprise serait supprimée. Ainsi la consolidation ne serait plus conditionnée à la détention de capital, et ce conformément aux normes comptables internationales (**article 85**). On évitera sans doute ainsi le recours trop fréquent à des montages «déconsolidants», qui peuvent vider l'information financière d'une grande partie de son intérêt.

E. LES DISPOSITIONS DIVERSES

Plusieurs dispositions ont pour objet de **renforcer le contrôle des établissements publics de l'Etat.**

Il est proposé de traiter de manière égale les dirigeants de sociétés « têtes de groupe » ayant le statut d'établissement public national (Caisse des dépôts et consignations, EDF-GDF, La Poste, RATP, SNCF, ADP) de celles ayant le statut de société commerciale. Les dispositions régissant le cumul des mandats à l'intérieur des groupes leur seront applicables de la même manière (**article 84**).

Par ailleurs, actuellement, seuls les établissements publics ayant une activité industrielle ou commerciale et non soumis aux règles de la comptabilité publique supportent l'obligation de désigner au moins un commissaire aux comptes et un suppléant. Cette obligation serait étendue à l'ensemble des établissements publics de l'Etat non soumis aux règles de la comptabilité publique, sauf lorsque le nombre de salariés, le montant hors taxes du chiffre d'affaires ou des ressources et le total du bilan ne dépassent pas des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat (**article 86**).

IV. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. RENFORCER ET SÉCURISER LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LES RÉGULATEURS

1. Revoir l'articulation entre les procédures de sanction

On peut regretter que la rationalisation et le renforcement des autorités de régulation ne se soient pas accompagnés d'une réflexion sur l'organisation, les moyens et les procédures de la justice financière.

Votre commission des finances vous propose un premier pas dans cette direction en modifiant l'articulation entre, d'une part, la procédure de sanction administrative par l'AMF et, d'autre part, les poursuites devant le juge pénal. Cette proposition est destinée à la fois à clarifier une organisation peu compréhensible par les acteurs des marchés financiers et à poser les jalons d'une réforme de l'organisation et des procédures judiciaires en matière financière.

Dans le droit actuel, que le présent projet de loi ne propose pas de modifier, il peut en effet y avoir double poursuite et double peine pour des mêmes personnes et des mêmes faits. Afin de mieux articuler les deux procédures, votre commission des finances vous propose une **répartition des rôles plus claire, dans le temps, entre l'AMF et le juge pénal (article 14)**.

Clarification des rôles de l'AMF et du juge pénal en matière de sanctions : le dispositif proposé par votre commission des finances

- en cas de délit boursier mis en évidence dans un rapport d'enquête, le collège doit le transmettre au procureur de la République du tribunal de grande instance de Paris ;

- celui-ci dispose à compter de cette transmission de 10 jours pour indiquer à l'AMF si il compte ou non mettre en mouvement l'action publique ;

- s'il compte mettre en mouvement l'action publique, l'AMF dispose alors d'un délai de 6 mois pour achever sa procédure de sanction et l'action publique n'est déclenchée qu'une fois ces sanctions prises (au bout de six mois, si l'AMF est hors délai, sa procédure devient caduque et l'action publique peut être enclenchée de toute façon) ;

- si le procureur de la République ne souhaite pas mettre en mouvement l'action publique, ou si il le décide plus tard (soit qu'il ait changé d'avis, soit qu'il soit saisi par une partie civile), l'AMF poursuit sans contrainte particulière sa procédure de sanction. De plus, si la gravité de l'affaire le mérite à ses yeux, l'AMF décidera de se porter partie civile dans les conditions prévues à l'article 15 du présent projet de loi : elle demandera au parquet l'ouverture de l'action publique, se portera partie civile et ne pourra plus faire usage de sa propre procédure de sanction.

Dans le même ordre d'idée, il vous est également proposé une **centralisation des délits boursiers au tribunal de grande instance de Paris** afin de faciliter les relations entre l'autorité boursière et le juge pénal et de spécialiser ce juge sur des affaires qui présentent toujours un haut degré de technicité, et de favoriser la constitution d'un véritable pôle de compétences. La clef du succès de la mise en œuvre de ces propositions tient évidemment à l'octroi au juge financier de **moyens réellement adaptés aux enjeux (article additionnel après l'article 14)**.

Votre commission des finances profite, par ailleurs, de l'examen du présent projet de loi pour mettre fin à des survivances du passé dans notre ordre juridique. Les raisons pour lesquelles, en matière boursière, les délits commis par des professionnels relèvent du juge administratif tandis que les délits commis par des particuliers sont soumis au juge judiciaire sont historiques. Votre commission des finances vous propose **d'unifier ce contentieux au profit du juge judiciaire (article 19)**.

2. Donner à la CCAMIP les moyens de son indépendance

Votre commission des finances souhaite renforcer l'indépendance de la nouvelle CCAMIP **en lui conférant un statut adapté** à l'étendue de ses missions et à ses besoins humains et financiers.

La **personnalité morale** lui permettrait de percevoir directement la contribution pour frais de contrôle sur les acteurs de l'assurance, d'en décider l'emploi, notamment afin de renforcer ses moyens humains. La qualité et la quantité des contrôles dans le secteur des assurances ne pourront en être qu'améliorées. Cela serait bénéfique tant aux entreprises concernées qu'à leurs assurés (**article 26**).

3. Un cadre adéquat pour les analystes financiers et les agences de notation

Les analystes financiers et les agences de notation diffusent une information financière dont l'influence sur les marchés est croissante.

S'agissant des **analystes financiers**, il n'existe actuellement en France **aucune norme législative ou réglementaire les concernant**, mais seulement des dispositions dans le règlement général du Conseil des marchés financiers.

Le règlement dispose que les personnes physiques placées sous l'autorité ou agissant pour le compte d'un prestataire habilité doivent être titulaires d'une carte professionnelle lorsqu'elles exercent les fonctions

d'analyste financier. Les cartes professionnelles sont attribuées par l'employeur.

Le règlement évoque également les règles de bonne conduite applicables aux prestataires habilités, notamment concernant l'analyse financière. Les « règles de bonne conduite » édictées dans le règlement général du CMF ont été précisées dans sa décision n° 2002-01.

Une réglementation croissante de la profession des analystes financiers

- aux Etats-Unis, la loi Sarbanes-Oxley entrée en vigueur le 30 juillet 2002 a confié à la *Securities and Exchange Commission* (SEC), équivalent de la COB française, le soin, dans un délai d'un an, **de prendre des mesures pour prévenir les conflits d'intérêts des analystes financiers, et renforcer l'objectivité de la recherche financière.** La SEC est également chargée, dans un délai d'un an, de prendre des mesures pour exiger de tout analyste une publication, dans chaque rapport de recherche, des conflits d'intérêts à la date de distribution du rapport ;

- la réflexion sur la recherche financière existe également en Grande-Bretagne où la *Financial Services Authority* (FSA), a publié un rapport au mois de février 2003 sur le thème des analystes financiers¹ ;

- le paragraphe 5 de l'article 6 de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (dite « directive abus de marché ») dispose que « **les États membres s'assurent qu'il existe une réglementation appropriée pour garantir que les personnes qui réalisent ou diffusent des travaux de recherche concernant des instruments financiers ou des émetteurs d'instruments financiers ou les personnes qui produisent ou diffusent d'autres informations recommandant ou suggérant une stratégie d'investissement, destinés aux canaux de distribution ou au public, veillent, avec une attention raisonnable, à ce que l'information soit présentée de manière équitable et mentionnent leurs intérêts ou l'existence de conflits d'intérêts en rapport avec les instruments financiers auxquels se rapporte cette information. Ils portent cette réglementation à la connaissance de la Commission.** ».

Votre commission des finances considère que la liste des professions dont les conditions d'exercice sont précisées dans le règlement général de l'Autorité des marchés financiers² ne serait pas complète si elle n'incluait pas les analystes financiers. Il vous est donc proposé de **confier à l'Autorité des**

¹ Ce rapport traite également des agences de notation.

² Ce sont les personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier tel que modifié par l'article 10 du présent projet de loi. De façon un peu schématique, il s'agit des prestataires de services d'investissement agréés ou en libre établissement en France, des personnes autorisées à exercer la conservation et l'administration d'instruments financiers, des dépositaires centraux, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison d'instruments financiers, des membres des marchés réglementés, des entreprises de marché, des chambres de compensation d'instruments financiers, des organismes de placements collectifs et leurs sociétés de gestion, des intermédiaires en biens divers, des personnes habilitées à procéder au démarchage, des conseillers en investissements financiers.

marchés financiers un véritable rôle dans la réglementation (**article 8**), le contrôle (**article 10**) et la sanction (**article 14**) de la profession.

Il importe également d'affirmer dans la loi **le principe selon lequel les dirigeants d'entreprises qui produisent de l'analyse financière doivent s'abstenir de toute action auprès des analystes qui compromettrait l'information du marché**. Il s'agit en quelque sorte de transposer aux analystes les dispositions de l'article L. 533-11 du code monétaire et financier relatif aux règles de bonne conduite applicables aux prestataires de services d'investissement (**article additionnel après l'article 33**).

S'agissant des **agences de notation**, dont il faut rappeler qu'à l'exception d'une seule, les grandes agences internationales ont leur siège sur le territoire des Etats-Unis, toute législation sur le sujet se heurte à la question de l'**extraterritorialité**. En outre, contrairement aux règles applicables à la recherche financière, la loi Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002 se contente de demander à la SEC un rapport dans les six mois sur le rôle et le fonctionnement des agences de notation¹.

Le rapport de la SEC a été rendu public en janvier 2003. Il ne prévoit toutefois aucune mesure de régulation immédiate, mais renvoie à un nouveau rapport qui sera publié dans les deux mois.

Votre commission des finances vous propose sur ce point de **désigner l'AMF comme l'interlocuteur des autres grands régulateurs mondiaux en la matière**, et de lui confier le soin d'adapter, le moment venu, les règles internationales à appliquer à ce secteur. C'est pourquoi il est précisé que, de même que pour les analystes, l'AMF serait compétente en matière de contrôle (**article 10**) et de sanction (**article 14**) des agences de notation.

Votre commission des finances vous propose également de prévoir **l'obligation pour les analystes financiers et les agences de notation de conserver leurs documents préparatoires** pendant une période minimale de trois ans, afin de les tenir à disposition de l'Autorité des marchés financiers (**article additionnel après l'article 33**).

¹ *Le rapport de la SEC devait examiner le rôle des agences de notation dans l'évaluation des émetteurs de titres sur les marchés ; l'importance de ce rôle vis-à-vis des investisseurs et du fonctionnement du marché ; toute entrave à une appréciation juste par les agences de notation des ressources financières et des risques des émetteurs de titres ; les obstacles existants pour entrer dans le métier des agences de notation ; toute mesure qui serait nécessaire pour améliorer la diffusion de l'information concernant les ressources financières et les risques des émetteurs de titres ; tout conflit d'intérêt des agences de notation et les mesures pour les prévenir.*

B. AMÉLIORER LA PROTECTION DES ÉPARGNANTS

1. Assouplir le champ du démarchage mais en renforcer les conditions d'exercice

Le régime du démarchage proposé par le présent projet de loi (**article 39**) est satisfaisant mais mérite un certain nombre d'améliorations et précisions. Les principales propositions de votre commission des finances sont les suivantes :

- **assouplir et mieux adapter aux réalités le critère des investisseurs exclus du champ du démarchage** : il s'agit de substituer aux seuils quantitatifs prévus par le texte un critère qualitatif reposant sur la notion d'investisseur exerçant à titre professionnel des opérations sur instruments financiers. Un tel critère permettrait en effet de mieux tenir compte de la pratique et de la connaissance réelles des produits et services financiers des personnes sollicitées, notamment au sein des petites entreprises fortement internationalisées ;

- **intégrer dans le champ du démarchage les prises de contact effectuées par les filiales financières des sociétés de grande distribution ou par des sociétés financières spécialisées dans le cadre de contrats avec de telles sociétés, en vue de proposer des cartes de paiement et produits financiers** : l'application de la réglementation sur le démarchage à ces situations qui concernent quotidiennement les consommateurs n'est pas assez claire, de telle sorte que le particulier apparaît insuffisamment protégé et peut bénéficier de ce type d'offres sans en connaître réellement toutes les modalités. Il est donc proposé que de telles prises de contact, sollicitées ou non, relèvent du démarchage bancaire et financier dès lors qu'elles ont lieu dans des locaux implantés sur le même site ou situés à proximité du magasin de grande surface ;

- **exclure du champ du démarchage les crédits affectés, la vente à tempérament et la location-vente** : ces financements, dont un exemple caractéristique consiste en l'achat à crédit d'un véhicule dans une concession automobile, sont en effet accessoires à l'opération principale de vente et sont déjà soumis à des obligations et garanties prévues dans le code de la consommation ;

- **préciser le régime de l'épargne salariale au regard du démarchage** : l'article 39 du présent projet de loi prévoit déjà d'exonérer de la majorité des dispositions du nouveau régime les propositions que les entreprises font à leurs salariés au titre de l'épargne salariale. Il apparaît cependant nécessaire de compléter ces exonérations, en les étendant notamment à l'ensemble des bénéficiaires (et non pas uniquement aux

salariés), aux personnes mandatées par les entreprises pour vendre ces produits et aux titres d'entreprises non cotées faisant l'objet d'un dispositif d'épargne salariale ;

- **habiliter certaines mutuelles à recourir au démarchage** : les mutuelles qui procèdent à des opérations de capitalisation et d'assurance dans le cadre des dispositions du livre II du code de la mutualité se révèlent proches, tant par leur statut que par leur activité, des sociétés d'assurance, qui peuvent elles-mêmes avoir recours au démarchage pour proposer des produits et services financiers (mais non des opérations d'assurance, qui relèvent d'un régime particulier) ;

- **dans l'optique d'une meilleure protection des épargnants, accroître et préciser les obligations d'information auxquelles sont soumis les démarcheurs** à l'égard de leurs mandants comme des personnes démarchées : il est proposé que le démarcheur informe, dans un souci de transparence, ses mandants éventuels de l'ensemble des mandats qu'il détient, s'assure auprès de la personne démarchée de sa bonne compréhension des informations transmises, et lui soumette les modalités de sa rémunération.

2. Préciser les règles déontologiques des conseillers en investissements financiers

Le nouveau statut des conseillers en investissements financiers (CIF) (**article 42**) représente un progrès notable dans la législation financière, sans pour autant enserrer cette activité dans un carcan réglementaire paralysant. Certains aménagements des principes déontologiques de la profession demeurent toutefois possibles en vue de sécuriser la position du client :

- **introduire un devoir d'adéquation de l'offre du conseiller aux besoins du client** : les CIF ont une obligation de moyens (compétence, diligence, ressources et procédures, etc.), mais doivent également présenter à leurs clients une offre qui soit proportionnée et adaptée à leur situation ;

- **renforcer les obligations d'information des CIF** : il s'agit d'améliorer la transparence sur les éventuelles relations qu'ils entretiennent avec des établissements promoteurs de produits (la vente de produits financiers emportant alors soumission aux règles du démarchage).

3. Adapter la législation relative aux prestataires de services financiers

Votre commission des finances vous propose d'insérer les principales dispositions suivantes :

- préciser que les dirigeants des sociétés de change manuel sont **solidairement redevables de la sanction pécuniaire** prononcée à l'encontre de la personne morale (**article 51**) ;

- introduire, **après l'article 47**, un article additionnel ayant pour objet de donner la possibilité aux sociétés de gestion de **créer différentes catégories de parts au sein d'un même OPCVM**, notamment en vue de concilier les intérêts parfois divergents des porteurs de parts ou d'actions et d'accroître la transparence des frais de distribution pratiqués.

4. Mieux prévenir le surendettement

Votre commission des finances vous propose de modifier les **conditions de publicité du crédit à la consommation, et plus particulièrement du crédit renouvelable**.

Les abus en la matière (crédit soi-disant accordé sans condition, mention illisible du taux effectif global, ambiguïté entretenue sur le caractère même de crédit...) sont nombreux et préjudiciables à la bonne compréhension par les ménages des modalités de ces formules de crédit, qui certes améliorent momentanément la trésorerie mais peuvent prélude au surendettement lorsque les droits de tirage s'accumulent sans discernement.

Il importe donc de préciser les obligations formelles portant sur les mentions légales devant apparaître sur les documents publicitaires, et de mieux définir ce qui relève de la publicité mensongère ou tendancieuse.

C. RENFORCER LA TRANSPARENCE DES COMPTES

1. Renforcer les modalités de séparation de l'audit et du conseil dans les groupes de sociétés

S'agissant de l'indépendance des commissaires aux comptes, votre commission des finances vous propose de **renforcer les modalités de séparation de l'audit et du conseil**, afin de prendre en compte de manière plus satisfaisante les prestations de conseil réalisées par les membres d'un

réseau de commissaires aux comptes auprès des sociétés mère ou filiales de l'entreprise dont les comptes sont certifiés par un membre du réseau (**article 65**).

En effet, si le présent projet de loi pose un principe d'interdiction pour les prestations de service fournies par le réseau à l'égard de la société dont les comptes sont certifiés, il renvoie dans des conditions vagues au code de déontologie pour « *prendre en compte* » les prestations de services fournies par un réseau aux sociétés mère ou filiales de l'entreprise qui fait l'objet de la certification.

2. Rendre plus efficace le co-commissariat et améliorer la procédure d'alerte de l'Autorité des marchés financiers

Votre commission des finances vous propose également de **poser le principe d'un co-commissariat «équilibré»** pour les sociétés astreintes à publier des comptes consolidés. Les normes professionnelles devront notamment préciser les conditions dans lesquelles les commissaires aux comptes se livrent à un examen contradictoire des comptes, avec des moyens comparables (**article 65**).

S'agissant des **relations entre les commissaires aux comptes et l'Autorité des marchés financiers**, votre commission des finances vous propose que l'AMF soit obligatoirement avertie «en amont» d'une décision de refus de certification des comptes. Il ne s'agit pas d'introduire une obligation d'informer sur les faits ou décisions susceptibles d'entraîner des réserves de la part des commissaires aux comptes, mais d'une obligation d'informer l'AMF sur les faits les plus graves qui, s'ils n'étaient corrigés, aboutiraient au refus de certification (**article 72**).

3. Préserver la collégialité du conseil d'administration

Enfin, votre commission des finances vous propose de **supprimer les règles relatives à l'interdiction, pour la direction générale et les administrateurs salariés, de prendre part au vote lors du choix du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sur le nom des commissaires aux comptes** dont la désignation sera proposée à l'assemblée générale.

En effet, cette règle n'est pas de nature à renforcer l'indépendance des commissaires aux comptes puisque si elle exclut les dirigeants du vote, elle ne les empêche pas, dans les faits, de proposer le nom des auditeurs. Par ailleurs, elle contredit un principe essentiel de notre droit des sociétés, celui de la collégialité du conseil d'administration, en application duquel tous les

administrateurs doivent avoir les mêmes droits et les mêmes devoirs. Il ne doit pas exister, au sein de ce conseil, des administrateurs *a priori* suspects, et le conseil d'administration doit être en mesure de prendre une décision collégiale qu'il devra ensuite assumer solidairement (**article 66**)¹.

D. CLARIFIER LES RÈGLES RELATIVES AU GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

1. Instituer des règles minimales d'organisation et de mission pour les comités des comptes

Dans les dispositions consacrées au gouvernement d'entreprise, votre commission des finances vous propose un article additionnel **avant l'article 76** visant à **instaurer dans la loi la définition du comité des comptes**. La création d'un tel comité resterait évidemment facultative mais, dès lors qu'une entreprise déciderait de sa création, il devrait présenter un certain nombre de caractéristiques. Il s'agit en quelque sorte de créer un « label », destiné à prévenir la constitution de comités cosmétiques, ou disparates, de nature à fausser l'information des actionnaires.

Ce comité serait chargé d'examiner toute question relative aux comptes et documents financiers avant leur présentation au conseil d'administration et de s'assurer de la pertinence et de la permanence des méthodes comptables ; de participer à l'élaboration du programme de travail des commissaires aux comptes ; de proposer au conseil d'administration la rémunération, la nomination et le renouvellement éventuel des commissaires aux comptes ; et enfin d'établir un rapport annuel à l'attention du conseil d'administration.

2. Simplifier et rendre plus efficaces les obligations relatives à la transparence et au contrôle interne

Votre commission des finances vous propose également de **simplifier les modalités de communication du nouveau rapport sur les procédures de contrôle interne**, tout en prévoyant un mode de diffusion plus large qu'une simple communication à l'assemblée générale : le nouveau rapport serait joint au rapport annuel de gestion du conseil d'administration ou au rapport du président du conseil de surveillance, et au rapport général des commissaires

¹ On peut noter que cette disposition est contradictoire avec celle figurant à l'article 86 du présent projet de loi, qui dispose que c'est l'organe dirigeant d'un établissement public qui propose au ministre la désignation du commissaire aux comptes.

aux comptes pour le rapport qu'ils feront sur le contrôle interne en matière d'information économique et financière (**article 76**).

S'agissant de **l'obligation, pour les dirigeants et mandataires sociaux, de rendre publics leurs transactions et échanges de titres** dans les conditions prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, votre commission des finances vous propose de l'étendre aux transactions réalisées sur ces titres au moyen d'instruments financiers à terme. Elle vous propose également de retenir l'expression de la directive « abus de marché » en limitant la communication de ces informations aux personnes ayant des « *liens personnels étroits* », définis par décret en Conseil d'Etat, avec les dirigeants et mandataires sociaux (**article 79**).

Enfin, votre commission des finances vous propose une mesure de simplification. **L'article 80** du présent projet de loi propose de restreindre la communication des **conventions courantes** conclues à des conditions normales de marché, aux conventions n'ayant pas en raison de leur objet ou de leur implication financière, « *une faible importance pour l'ensemble des parties* ». Cette disposition vise à tenir compte de l'extraordinaire difficulté, pour les entreprises, à recenser et communiquer toutes leurs conventions courantes conclues à des conditions normales. L'information donnée aux commissaires aux comptes est surabondante ou partielle, mais manifestement peu susceptible d'apporter une transparence supplémentaire pour les actionnaires.

Bien que le Sénat ait adopté les dispositions de la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 relatives à la communication des conventions courantes, votre commission des finances ne peut que constater leur caractère inopérant. Or, les dispositions du présent projet de loi, en ajoutant de nouvelles conditions, risquent de compliquer encore un dispositif difficile à mettre en oeuvre. Il vous est donc proposé de supprimer les dispositions relatives aux conventions courantes conclues à des conditions normales, tout en soulignant qu'il appartient aux commissaires aux comptes de veiller, dans le cadre de leurs diligences, au partage des conventions courantes et réglementées entre l'une et l'autre catégories. Il leur appartient de s'assurer, grâce à leurs contrôles, de l'exhaustivité de la liste des conventions réglementées faisant l'objet de leur rapport spécial.

E. VALORISER LE RÔLE DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

Dès lors que l'on considère que l'existence d'un actionnariat individuel important est souhaitable dans notre pays, et dès lors que le contexte boursier actuel n'est pas propice à son développement, il importe de prendre les mesures susceptibles d'inverser la tendance et d'accompagner le redressement attendu des marchés.

Une condition essentielle du développement de l'actionnariat individuel est l'existence d'assemblées générales vivantes et transparentes. Faute de cette condition, les motivations pour les particuliers à orienter leur épargne vers les actions plutôt que d'autres produits financiers sont limitées.

Sur ce point, votre commission des finances vous fait trois propositions :

1. Alléger la procédure d'agrément des associations d'investisseurs

Votre commission des finances estime qu'il est nécessaire **d'alléger les contraintes pesant sur la formation et l'action des associations d'investisseurs agréées.**

Cependant, elle ne pense pas que la suppression de l'agrément, et son remplacement par un décret définissant les critères de représentativité des associations, dont les modalités ne sont pas encore précisées, serait de nature à modifier sensiblement la situation actuelle des associations d'investisseurs.

Votre commission des finances vous propose donc de maintenir une procédure d'agrément tout en inscrivant dans la loi des conditions minimales et très inférieures aux seuils actuels pour que ces associations soient agréées (six mois d'existence et 200 membres cotisant individuellement). En dehors de ces associations agréées seraient également représentatives les associations répondant aux critères fixés par le droit des sociétés pour l'expression des minoritaires, c'est-à-dire atteignant le seuil de 5 % de l'actionnariat (ce seuil étant abaissé jusqu'à 1 % pour les grandes entreprises) d'une entreprise déterminée.

2. Supprimer les entraves à l'action de ces associations

Votre commission des finances vous propose également de supprimer une entrave actuelle à l'action des associations d'investisseurs agréées. L'article L. 452-2 du code monétaire et financier dispose que lorsque plusieurs investisseurs ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune, une association agréée peut, si elle a été mandatée par au moins deux des investisseurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction, au nom de ces investisseurs. Cependant, le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Votre commission des finances vous proposera de supprimer cette dernière disposition (**article 82**).

La suppression de cette interdiction de publicité, pour les seules associations de défense des investisseurs agréées, **n'aura bien évidemment d'effet que si ces mêmes associations développent une activité et jouissent d'une représentativité suffisantes pour dégager les ressources nécessaires** à cette communication. Il est aisé de comprendre que ces dispositions supposent que les dirigeants des associations concernés répondent aux critères d'honorabilité et de compétence sanctionnés par l'octroi de l'agrément.

3. Clarifier les règles relatives aux gestionnaires de capitaux

Dans le contexte actuel de dégradation de la confiance de nos concitoyens dans les marchés financiers, des signaux forts et convergents doivent être donnés aux investisseurs pour lever toute ambiguïté sur les éventuels conflits d'intérêt des intermédiaires financiers.

Une part croissante des opérations financières est réalisée pour compte de tiers par des gérants de capitaux.

Les gérants de capitaux doivent agir de manière transparente afin qu'ils ne soient pas soupçonnés d'avoir partie liée avec d'autres actionnaires ou avec des groupes financiers ou bancaires susceptibles de défendre leurs propres intérêts.

Dans la ligne des préconisations qu'elle avait formulées lors de l'examen de la loi relative à l'épargne retraite, dite «loi Thomas », pour les gestionnaires des actifs des plans d'épargne retraite, votre commission des finances vous propose donc d'**obliger les gérants de capitaux à exercer leurs droits de vote ou, s'il ne le font pas, à motiver leurs positions.**

*

La commission des lois s'est saisie pour avis du titre III du présent projet de loi. Votre rapporteur se félicite de la qualité de sa collaboration avec le rapporteur pour avis au nom de la commission des lois, notre collègue Jean-Jacques Hyest.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE PREMIER :

MODERNISATION DES AUTORITÉS DE CONTRÔLE

CHAPITRE PREMIER : AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

ARTICLE PREMIER

L'Autorité des marchés financiers

Commentaire : le présent article prend acte, dans l'architecture du code monétaire et financier, de la création de l'Autorité des marchés financiers.

Le livre VI du code monétaire et financier, relatif aux institutions bancaires et financières, comporte actuellement un titre II intitulé « Les autorités des marchés financiers ». Ce titre se divise lui-même en trois chapitres, correspondant chacun à une autorité :

- un chapitre I^{er} « Commission des opérations de bourse »,
- un chapitre II « Conseil des marchés financiers »,

- un chapitre III « Conseil de discipline de la gestion financière ».

La fusion de ces trois autorités existantes en une nouvelle autorité unique, l'Autorité des marchés financiers, permet de renommer le titre II « L'Autorité des marchés financiers » et de remplacer les trois chapitres existants par un chapitre unique lui-même intitulé « L'Autorité des marchés financiers ».

C'est l'objet du présent article, qui n'est qu'un **simple article d'architecture du code monétaire et financier**.

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

Section 1
Missions et organisation

ARTICLE 2

Statut et missions de l'Autorité des marchés financiers

Commentaire : le présent article précise le statut de l'Autorité des marchés financiers (AMF), «*autorité publique indépendante dotée de la personne morale*». Il prévoit également que l'AMF exerce une triple mission spécifique, identique à celle actuellement dévolue à la Commission des opérations de bourse (COB) : la protection de l'épargne investie en produits financiers, l'information des investisseurs, le bon fonctionnement des marchés.

I. LE STATUT DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

A. LES STATUTS DES AUTORITÉS EXISTANTES SONT DIVERS

Les trois autorités des marchés financiers existantes présentent des statuts juridiques distincts.

La COB est une autorité administrative indépendante (AAI), comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel en 1989¹. Le législateur a entériné cette qualification en 1996². Aujourd'hui, elle se retrouve à l'article L. 621-1 du code monétaire et financier. Partie intégrante de l'Etat comme toute AAI, la COB **n'est pas dotée de la personnalité morale.**

Le Conseil des marchés financiers (CMF) a connu des qualifications juridiques diverses : le législateur l'a qualifié d'« **autorité professionnelle dotée de la personnalité morale** »³ ; la Cour d'Appel de

¹ CC n° 89-260 DC, 28 juillet 1989.

² Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières qui a notamment modifié l'article 1er de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse.

³ Ce que prévoit explicitement l'article L. 622-1 du code monétaire et financier.

Paris, d'« organisme privé »¹ ; le Conseil d'Etat, d'« organisme administratif »². Une partie de la doctrine a ainsi pu lui reconnaître le statut d'**AAI** à raison notamment de sa composition collégiale et de ses pouvoirs propres, mais la notion d'autorité « administrative » (c'est-à-dire faisant partie intégrante de l'Etat), dotée d'une personnalité morale propre (c'est-à-dire distincte de l'Etat) heurte les raisonnements traditionnels.

Quant au **Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF)**, s'il n'est pas qualifié dans les textes législatifs, il est reconnu par la doctrine comme réunissant les caractéristiques d'une **AAI**, à raison notamment de sa composition et de son pouvoir disciplinaire à l'égard des gestionnaires de l'épargne collective. En toute logique, le CDGF **ne dispose pas de la personnalité morale**.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT : UNE AUTORITÉ PUBLIQUE DOTÉE DE LA PERSONNALITÉ MORALE

Dans le nouvel article L. 621-1 du code monétaire et financier, tel que proposé par le présent article, l'AMF inaugure un nouveau statut, celui d'« **autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale** »³.

L'AMF est assurément **une « autorité »**. Elle dispose de prérogatives de puissance publique qui vont au-delà d'un simple rôle consultatif puisqu'il est prévu, comme pour la COB actuellement, que l'AMF soit dotée de nombreux pouvoirs de décision, d'injonction, d'avis, de sanction, d'investigation.

Le gouvernement a en outre conféré **la personnalité morale** à l'AMF, ce qui la distingue de la COB et du CDGF. Cette qualification juridique présente essentiellement trois avantages :

1- la personnalité morale permet de renforcer la souplesse de fonctionnement de l'AMF (tant à l'égard de ses ressources puisqu'elle peut disposer de recettes fiscales affectées, que de son patrimoine ou de son personnel) ;

2- elle permet également à l'AMF d'être pleinement responsable de ses actes, ce qui devrait renforcer son autorité : elle peut agir en justice¹ et être

¹ Cour d'Appel de Paris, 11 juin 1997.

² CE Ass, 3 décembre 1999, Didier ; CE, 28 décembre 2000, Jessua ; CE, 20 décembre 2000, Géniteau.

³ Cette formulation a été préférée à une rédaction précédemment envisagée par le gouvernement qui était celle d'une « autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale de droit public ». Comme indiqué plus haut, il était en effet peu concevable d'envisager une autorité à la fois partie de l'Etat (par son statut d'autorité administrative) et distincte de celui-ci (par sa personnalité morale autonome).

attraite devant les tribunaux² et ce n'est désormais plus la responsabilité de l'Etat qu'elle engage par ses actes dommageables mais sa responsabilité propre ;

3- elle permet de renforcer la visibilité internationale de l'autorité.

L'AMF est **une personne publique**, ce qui la distingue du CMF qui est doté d'une personnalité privée. Parmi les personnes publiques, on dénombre ordinairement, outre l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les groupements d'intérêt public. L'AMF ne ressortit d'aucune de ces catégories existantes de personnes publiques. Il s'agit donc bien d'une personne publique *sui generis*, comparable à la Banque de France³. Il s'agit donc d'une innovation très importante qui rompt avec le schéma classique établissement public (doté d'une personnalité différente de l'Etat mais soumis à sa tutelle) ou AAI (institution indépendante mais appartenant à l'Etat).

Il appartiendra au législateur d'apprécier, au cas par cas, s'il est souhaitable que cette solution soit transposée à l'avenir à d'autres AAI. C'est en particulier ce que votre rapporteur vous proposera s'agissant de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP).

Enfin, le texte précise que **l'AMF est « indépendante »**. Le simple octroi de la personnalité morale ne garantit pas l'indépendance. En effet, un établissement public est une personne morale de droit public dont l'indépendance est limitée par l'exercice du pouvoir de tutelle. Dans le cas de l'AMF, ses principales règles de fonctionnement confirment ce caractère d'indépendance puisqu'elle n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique du ministre ni à sa tutelle : elle ne reçoit ni ordre ni instruction du gouvernement ; sa composition collégiale (avec notamment la présence de membres des hautes juridictions), le statut de ses membres et notamment le caractère irrévocable de leur mandat, la durée fixe et longue de celui-ci, et le régime des incompatibilités, la dispense de contrôle financier préalable, sont autant d'éléments qui attestent cette indépendance. Elle constitue une garantie renforcée de l'impartialité de notre système de régulation, particulièrement

¹ Alors même que la COB n'est pas dotée de la personnalité juridique, depuis 1996, son président peut, dans l'accomplissement des missions qui sont confiées à la Commission, agir au nom de l'Etat devant toute juridiction, à l'exception des juridictions pénales. Voir en ce sens CE, 5 novembre 1993, COB, ainsi que l'actuel article L. 621-20 du code monétaire et financier. La possibilité pour la COB de se porter partie civile devant les juridictions pénales est proscrite par le Conseil constitutionnel. Voir en ce sens CC n° 89-260 DC, 28 juillet 1989.

² La COB ne le pouvait pas : c'était la responsabilité de l'Etat qui était engagée par ses actes.

³ Qui dispose aussi d'une personnalité morale de droit public. Voir en ce sens avis du Conseil d'Etat, 9 décembre 1999, Banque de France.

importante pour la crédibilité internationale de décisions à caractère économique et financier¹.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

L'octroi à cet organisme de la personnalité morale a fait couler beaucoup d'encre et les avantages et inconvénients des deux formules (avec ou sans personnalité morale) sont très débattus².

Votre rapporteur est personnellement favorable à l'octroi de la personnalité morale de droit public à l'AMF. Il semble en effet important pour la crédibilité de la future autorité :

- Qu'elle soit dotée d'une grande indépendance à l'égard de l'Etat (et c'est particulièrement important à l'égard des autres places financières internationales où notre tendance à l'« étatismisme » a mauvaise presse) ;
- Sans pour autant que l'Etat se désengage de cette institution (tous les membres de l'AMF sont nommés par des autorités publiques, le règlement général de l'AMF est homologué par arrêté du ministre, le commissaire du gouvernement aura une présence significative).

C'était d'ailleurs la solution qu'il avait lui-même retenue lorsque, à l'occasion de l'examen de la loi sur les nouvelles régulations économiques, il avait proposé la création d'une « Autorité de régulation des marchés financiers »³.

¹ Comme le souligne le rapport public 2001 du Conseil d'Etat : « (...) dans un contexte de concurrence internationale accrue entre places financières, la capacité de définir un corpus de normes accepté par les acteurs et de le mettre en œuvre avec efficacité et souplesse constitue un avantage concurrentiel déterminant pour la crédibilité d'une place boursière ou d'un marché. »

² Un récent avis du Conseil économique et social (« Des autorités de régulation financières et de concurrence : pour quoi, comment ? », M. Jean-Pierre Moussy, 2003) a suggéré qu'une étude soit confiée à des juristes pour distinguer avantages et inconvénients de cette formule.

³ Voir les articles additionnels après l'article 17 du Rapport du Sénat n° 5 (2000-2001).

II. LES MISSIONS DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

A. LA REPRISE DES MISSIONS DE LA COB

Le nouvel article L. 621-1 proposé par le présent article définit également les missions de l'AMF.

Pour ce faire, il reprend les mêmes termes que ceux utilisés par l'actuel article L. 621-1 relatif aux missions de la COB.

L'AMF demain, comme la COB depuis 1967, veillera :

- « à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne »¹,
- « à l'information des investisseurs »,
- « et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers ».

Il s'agit donc d'un champ de compétence très vaste, avec trois missions qui à la fois sont indépendantes et se complètent. L'adjonction des compétences du CMF à celles de la COB ne nécessite pas d'adopter une définition plus large puisque le « bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers », qui constituait le cœur de compétence du CMF, était déjà cité dans les missions de la COB.

B. LA PARTICIPATION À LA RÉGULATION INTERNATIONALE DES MARCHÉS D'INSTRUMENTS FINANCIERS

Le nouvel article L. 621-1 précise en outre, que l'AMF « apporte son concours à la régulation européenne et internationale de ces marchés ».

Cette précision, qui n'est au demeurant pas très normative, permet néanmoins de rappeler que **l'AMF n'exerce pas ses missions dans un cadre strictement national**. Elle sera appelée, comme la COB aujourd'hui, à s'insérer dans des mécanismes de coopération internationale, formels ou informels, existants ou à créer, européens ou internationaux.

¹ Cette mission s'exerce sur tous les « instruments financiers » tels que définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier. Les « autres placements », faisant également appel public à l'épargne et qui entrent donc à ce titre dans le champ de compétence de l'AMF peuvent prendre des formes très diverses (pierres précieuses, quirats, wagons, parts de sociétés d'épargne forestière ou de sociétés civiles de placement immobilier); ces produits ne sont pas des instruments financiers mais sont néanmoins placés dans le public par des sociétés de gestion.

Les mécanismes de coopération internationale existants

Outre de nombreux accords conclus avec leurs homologues étrangers dans un cadre bilatéral, la COB et le CMF se sont insérés dans des mécanismes de coopération multilatérale depuis plusieurs années :

- La COB est membre de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV-IOSCO) qui arrête des principes internationaux de régulation que ses membres s'engagent à appliquer.

- Au plan européen, le « Forum des régulateurs » (FESCO), créé en 1997, a été transformé en 2001, dans le cadre du processus « Lamfalussy »¹, en un Comité européen des régulateurs de valeurs mobilières (CESR) qui formalise et approfondit l'expérience de FESCO. En outre, les échanges d'informations sont organisés par plusieurs textes communautaires et une convention multilatérale d'échange d'informations a été conclue par FESCO en 1999 afin de préciser les modalités concrètes de cette coopération.

- Enfin, il convient de signaler la constitution en 2001 d'un accord entre les régulateurs de la « zone Euronext » (France, Pays-Bas, Belgique, Portugal et Royaume-Uni) afin d'assurer une surveillance conjointe de cette entreprise de marché multinationale.

Source : d'après ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

C. DES LIENS FORTS AVEC LES AUTORITÉS DE CONTRÔLE PRUDENTIEL BANCAIRE

L'AMF exercera également ses missions en lien avec d'autres autorités particulièrement importantes pour le contrôle du secteur financier, et en particulier, les autorités bancaires (Banque de France, Commission bancaire et CECEI). C'est pourquoi l'exposé des motifs du présent article mentionne **qu'un protocole récapitulera les mécanismes de coopération et d'échange d'informations entre l'AMF et les autorités bancaires.**

En effet, l'activité des autorités boursières et bancaires est imbriquée dans plusieurs domaines d'intérêt commun (surveillance des prestataires de services d'investissement, des chambres de compensation, des systèmes de règlement livraison et du marché des titres de créances négociables).

D'ores et déjà, les textes législatifs et réglementaires organisent l'articulation des pouvoirs de ces institutions, et diverses conventions lient actuellement la COB² ou le CMF³ à l'une ou l'autre des autorités bancaires.

¹ Le processus Lamfalussy résulte d'une initiative française qui a fait confier en juillet 2000 un mandat à un « comité des sages » présidé par l'ancien président de l'Institut Monétaire Européen Alexander Lamfalussy, en vue de donner un rôle accru aux autorités de régulation boursière, à la fois dans l'élaboration des normes et dans leur application.

² La COB emploie 7 agents détachés de la Banque de France et ses relais régionaux sont les directeurs régionaux de la Banque de France.

³ Le CMF a conclu avec la Commission bancaire un protocole d'accord prévoyant le recours aux inspecteurs de la Commission pour des missions de contrôle (sur le fondement du II de l'article L. 622-9 du code monétaire et financier et de l'article 1^{er} du décret n° 98-1016 du 9 novembre 1998).

Ce protocole, qui sera conclu après l'adoption de la loi, devrait :

- récapituler les différents domaines dans lesquels les textes prévoient une intervention conjointe ;

- mettre en place un mécanisme d'échange d'informations et de coopération concernant les domaines d'intérêt commun (organismes post-marché, marché des titres de créances négociables) ;

- prévoir le recours de l'AMF aux ressources de la Banque de France, qu'il s'agisse du contrôle ou de la représentation dans les régions et départements.

Dans l'immédiat, ces liens permettront à l'AMF d'exercer ses responsabilités, mais **il paraît clair à votre rapporteur que, d'ici peu d'années, une nouvelle réforme conduira à réunir, au sein d'un même régulateur, le contrôle des opérations financières, le contrôle déontologique des opérateurs** (les deux fonctions exercées par l'AMF) **et le contrôle prudentiel des acteurs appartenant à la banque et à l'assurance** (la fonction exercée par la Commission bancaire et la Commission de contrôle des assurances).

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

ARTICLE 3

Structure et composition des instances dirigeantes de l'AMF

Commentaire : le présent article prévoit que l'Autorité des marchés financiers (AMF) sera composée de deux instances principales indépendantes, le collège et la commission des sanctions, ainsi qu'éventuellement de commissions spécialisées et consultatives.

Le présent article propose d'insérer, à la suite du nouvel article L. 621-1 du code monétaire et financier relatif au régime juridique et aux missions de l'AMF, un nouvel article L. 621-2 relatif à sa structure et à sa composition.

I. L'ARCHITECTURE GÉNÉRALE DE L'AMF

A. LES ARCHITECTURES ACTUELLES DE LA COB ET DU CMF

À la différence de **la Commission des opérations de bourse (COB) qui est un collège plénier** dont les textes ne prévoient pas qu'il puisse se subdiviser en sous-commissions ou s'adjoindre des experts pour constituer des commissions consultatives, **le Conseil des marchés financier (CMF) peut constituer en son sein des « formations spécialisées »** auxquelles peuvent s'adjoindre des experts¹, ainsi que des « **formations disciplinaires** »².

B. L'ARCHITECTURE DE L'AMF PROPOSÉE PAR LE PRÉSENT ARTICLE

Le **paragraphe I** du texte proposé pour l'article L. 621-2 précise, dans son premier alinéa, que l'AMF est l'ensemble formé par :

- **un collège** qui exerce, « *sauf disposition contraire* », les attributions confiées à l'AMF (sa composition est détaillée dans le paragraphe II) ;

- **une commission des sanctions** chargée d'exercer le pouvoir de sanction confié par la loi à l'Autorité (sa composition est détaillée dans le paragraphe IV) ;

¹ Article L. 622-3 du code monétaire et financier.

² Article L. 622-4 du code monétaire et financier.

- enfin, « *le cas échéant* », **des commissions spécialisées et des commissions consultatives** (dont les modalités de constitution sont détaillées dans le paragraphe III).

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est globalement favorable à l'architecture proposée qui permet une très bonne sécurisation juridique de la procédure de sanction, au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme¹, grâce à l'instauration d'une commission des sanctions distincte du collège.

L'existence de commissions spécialisées au sein du collège permettra également d'alléger utilement ses ordres du jour.

Quant aux commissions consultatives, elles sont susceptibles d'apporter une réelle valeur ajoutée aux travaux et réflexions que mènera l'AMF, dans des domaines qui sont le plus souvent très techniques et pour lesquels elle dispose pas toujours des compétences en interne.

Dans un précédent projet d'autorité boursière unique voté par le Sénat à l'initiative de votre commission², on pouvait retrouver les principaux éléments de l'architecture proposée : un collège plénier, une commission des sanctions (mais qui émanait du collège à la différence de celle qui nous est proposée dans le présent article) et, le cas échéant, autant de commissions spécialisées que le collège plénier souhaitait en constituer en son sein.

II. UNE INSTANCE À COMPÉTENCE GÉNÉRALE : LE COLLÈGE

A. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

1. La compétence générale du collège de l'AMF

Le collège est l'instance principale, de droit commun, de l'AMF. Cette compétence générale de principe lui est conférée par le second alinéa du paragraphe I du nouvel article L. 621-2 du code monétaire et financier : « **Sauf**

¹ Pour mémoire, un arrêt du 7 mars 2000 de la Cour d'appel de Paris avait annulé une sanction prononcée par la COB pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon cet article, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Ces prescriptions s'appliquent aux sanctions pécuniaires prononcées par la COB. Celle-ci doit donc respecter les principes de la présomption d'innocence, du contradictoire et celui de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement. Deux décrets du 1^{er} août 2000 ont modifié la procédure de sanction de la COB pour renforcer la séparation entre l'enquête préalable, la procédure d'instruction et de décision.

² Voir rapport du Sénat n° 5 (2000-2001) sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques.

disposition contraire, les attributions confiées à l'Autorité des marchés financiers sont exercées par le collège».

2. La composition du collège de l'AMF

a) Rappel des compositions de la COB et du CMF

(i) La composition de la COB (article L. 621-2 du code monétaire et financier)

La commission est composée **d'un président et de neuf membres.**

Le président de la commission est nommé par décret en conseil des ministres pour six ans. Son mandat n'est pas renouvelable.

Les membres sont les suivants :

- **un conseiller d'Etat** désigné par le vice-président du Conseil d'Etat,
- **un conseiller à la Cour de cassation**, désigné par le premier président de la cour,
- **un conseiller-maître à la Cour des comptes**, désigné par le premier président de la cour,
- **un représentant de la Banque de France**, désigné par le gouverneur,
- **le président du Conseil des marchés financiers** ou, en cas d'empêchement, son représentant, membre du Conseil des marchés financiers,
- **le président du Conseil national de la comptabilité**,
- **trois personnalités qualifiées** nommées respectivement, par le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale et le président du Conseil économique et social, et choisies à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne.

Le président est soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics.

Le mandat des membres est de **quatre ans**. Il est renouvelable une fois. Le mandat du président et des membres n'est pas interrompu par les règles concernant la limite d'âge éventuellement applicable aux intéressés.

(ii) La composition du CMF (article L. 622-1 du code monétaire et financier)

Le conseil comprend **seize membres** nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie, pour une **durée de quatre ans**. Leur mandat est **renouvelable une fois**.

Quatorze membres sont nommés après consultation des organisations professionnelles ou syndicales représentatives :

- six représentent les intermédiaires de marché, dont deux au moins les entreprises d'investissement ;

- un membre représente les marchés de marchandises ;

- trois représentent les sociétés industrielles et commerciales dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ;

- trois représentent les investisseurs, dont un les gestionnaires pour compte de tiers ;

- un représente les salariés des entreprises ou établissements prestataires de services d'investissement, les salariés des entreprises de marché et ceux des chambres de compensation.

Deux membres sont choisis parmi des personnalités qualifiées en matière financière.

Le président du Conseil des marchés financiers est élu, en son sein, par les membres du conseil. Mention est faite de cette élection au *Journal officiel* de la République française.

Selon des modalités définies par décret en Conseil d'État, le conseil est renouvelé par moitié tous les deux ans.

b) La composition du collège de l'AMF

Le paragraphe II du texte proposé pour l'article L. 621-2 du code monétaire et financier précise la composition du collège qui compterait seize membres :

- **un président**, nommé par décret¹ ;
- **un conseiller d'Etat**, désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ;
- **un conseiller à la Cour de cassation**, désigné par le Premier président ;
- **un conseiller-maître à la Cour des Comptes**, désigné par le Premier président ;
- **un représentant de la Banque de France**, désigné par le gouverneur ;
- **le président du Conseil national de la comptabilité** ;
- **trois membres désignés**, à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers, respectivement, **par le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale et le président du Conseil économique et social**² ;
- **six membres désignés**, à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers, **par le ministre**

¹ C'est-à-dire par décret du Président de la République et non plus, comme l'était le président de la COB, par décret en Conseil des ministres.

² Les présidents des trois assemblées constitutionnelles (Sénat, Assemblée nationale et Conseil économique et social) nomment actuellement à la COB, chacun, une « personnalité qualifiée ». La rédaction du nouvel article L. 621-2 est donc beaucoup plus précise quant aux compétences requises de ces personnalités.

chargé de l'économie après consultation des organisations représentatives¹ des sociétés industrielles et commerciales dont les titres font l'objet d'appel public à l'épargne, des sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs² et des autres investisseurs, des prestataires de services d'investissement, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux³ ;

- **un représentant des salariés actionnaires** désigné par le ministre chargé de l'économie après consultation des organisations syndicales et des associations représentatives.

3. Le mandat des membres de l'AMF

a) Le mandat des membres de la COB et du CMF

Le mandat des membres de la **COB** est de **quatre ans, renouvelable une fois**. En revanche, **celui de son président est de six ans, non renouvelable**.

Au **CMF**, le mandat des membres (y compris le président qui est élu par et parmi les membres) est de **quatre ans, renouvelable une fois**. En outre, le **CMF** est **renouvelé par moitié** tous les deux ans.

b) Le mandat des membres de l'AMF

La durée du mandat du président de l'AMF est de cinq ans à compter de sa nomination. Ce mandat n'est **pas renouvelable** afin d'assurer au président une plus grande indépendance à l'égard de son autorité de nomination. Comme pour le président de la COB, le président de l'AMF exerce ses fonctions à titre exclusif et à temps plein puisqu'il est soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics⁴.

¹ Les critères de représentativité sont fixés par les textes (article L. 133-2 du code du travail pour les organisations syndicales, article L. 452-1 du code monétaire et financier prochainement modifié par l'article 82 du présent projet de loi et décret n° 90-235 du 16 mars 1990 pour les associations d'investisseurs) ou, à défaut, par la jurisprudence (le juge prend en considération le nombre d'adhérents mais également les résultats aux élections professionnelles, l'ancienneté et l'expérience de l'association).

² Voir l'article 48 du présent projet de loi.

³ Ces membres « professionnels » ne sont pas sans rappeler la composition de l'actuel CMF dont 14 membres sont nommés après consultation des organisations professionnelles ou syndicales représentatives. Toutefois la consultation est élargie à toutes les associations d'investisseurs, professionnelles ou non, et aux organisations représentatives de l'ensemble des sociétés industrielles et commerciales qui font appel public à l'épargne (et pas seulement des sociétés cotées).

⁴ Ces règles, prévues à l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique, posent l'interdiction pour les fonctionnaires d'exercer une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, en particulier d'exercer des fonctions d'administrateur ou de dirigeant de société commerciale. Elles ont été étendues par la jurisprudence à l'ensemble des agents publics.

La durée du mandat des autres membres, à l'exception du représentant de la Banque de France et du président du Conseil national de la comptabilité qui sont nommés *ès qualités*, **est de cinq ans** à compter de la date de la première réunion du collège¹. Ce mandat est **renouvelable une fois**. Après l'expiration de la période de cinq ans, les membres restent en fonction jusqu'à la première réunion du collège dans sa nouvelle composition.

En cas de vacance d'un siège de membre du collège, à l'exception de celui du président, *« pour quelque cause que ce soit »*, il est procédé à son remplacement pour la durée du mandat restant à courir. Un mandat exercé pendant moins de deux ans n'est pas pris en compte pour l'application de la règle d'un seul renouvellement.

Selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat, **le collège est renouvelé par moitié** tous les trente mois. Ce renouvellement partiel est de nature à conférer une certaine stabilité, permanence et transmission d'expérience au collège.

4. La possibilité de créer des sous-formations

a) Le modèle des « formations spécialisées » du CMF et du comité consultatif de la gestion financière

Le CMF peut constituer en son sein des **« formations spécialisées »**² qui préparent et instruisent ses décisions³. La création d'une formation spécialisée est décidée à la majorité des deux tiers du CMF. Ces formations sont présidées par le président du CMF, membre de droit, ou par un membre délégué par lui à cet effet. Ainsi, ont été créées au sein du CMF deux formations spécialisées : la formation « taux et change » et la formation « conservation et règlement livraison d'instruments financiers ».

En outre, en tant que de besoin, le CMF peut proposer au ministre chargé de l'économie de nommer **des experts** qui participent avec voix délibérative et pour une durée déterminée aux réunions des formations spécialisées. En pratique, les formations spécialisées associent systématiquement des membres du conseil et des experts. Enfin, le président d'une formation spécialisée peut inviter des **personnalités qualifiées** à participer, à titre consultatif, aux travaux de cette formation. Cela a été fait à quelques reprises.

¹ On remarquera que la règle selon laquelle le mandat du président et des membres n'est pas interrompu par les règles concernant la limite d'âge éventuellement applicable aux intéressés (article L. 621-2 pour la COB) n'a pas été reprise car elle est garantie par une jurisprudence désormais bien établie (voir CE Ass., 7 juillet 1989, Ordonneau) : il n'est donc plus nécessaire de le préciser dans la loi.

² Article L. 622-3 du code monétaire et financier.

³ Dans des matières autres que la réglementation des offres publiques.

La composition de l'actuel **Comité consultatif de la gestion financière** (CCGF)¹ est également intéressante. Ce comité est composé de sept membres nommés pour quatre ans par le ministre chargé de l'économie : un membre de la COB, président, deux membres du CMF et quatre dirigeants de sociétés de gestion. Son rôle est d'émettre un avis sur les matières relatives à la gestion.

b) Les « commissions spécialisées » et les « commissions consultatives » de l'AMF

Le paragraphe III du texte proposé pour l'article L. 621-2 du code monétaire et financier propose que le collège de l'AMF puisse créer deux types d'instances spécialisées.

Des « commissions spécialisées », peuvent être créées par le collège pour prendre des décisions de portée individuelle, dans des matières fixées par décret en Conseil d'Etat². A titre d'exemple, on peut d'ores et déjà penser que la gestion pourra faire l'objet d'une commission spécialisée, si le collège le juge nécessaire.

Ces commissions sont exclusivement composées de membres du collège et, afin d'assurer une cohérence totale avec celui-ci, elles sont présidées par le président de l'AMF. Comme l'indique l'exposé des motifs du présent projet de loi, le décret en Conseil d'Etat précisera le mode de désignation et de fonctionnement de ces commissions et notamment leur articulation avec la compétence du collège (droit d'évocation ou possibilité de renvoyer une question devant le collège à l'initiative d'un nombre minimal de membres).

Des « commissions consultatives » peuvent également être créées par le collège pour préparer ses décisions. Il peut y nommer des experts, le cas échéant. Leur composition, leur champ de compétences et leurs modalités de fonctionnement seront prévus par le collège dans le règlement général de l'autorité.

B. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Il n'est pas contestable que les magistrats tant de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat seront d'un apport précieux au sein de l'AMF dont les décisions requièrent une grande expérience juridique. Le représentant de la Banque de France a également un rôle à jouer : certaines matières sont communes à la banque centrale et à l'AMF (marché des titres de créances négociables, etc.), les participations croisées des régulateurs sont souhaitables,

¹ Articles L. 621-28 et L. 621-29 du code monétaire et financier.

² Par exemple : agréments d'experts indépendants chargés de rendre un avis sur une offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire, avis sur les programmes d'activité de gestionnaires de portefeuille pour compte de tiers, habilitations aux prestataires hors Union européenne, etc.

et cette présence permet de supprimer certains avis de la Banque de France requis sur des actes de l'autorité boursière.

En revanche, et sans contester la très grande qualité des personnalités de la Cour des comptes qui ont été nommées à la COB depuis 1967, l'apport de compétences de la Cour des comptes à l'AMF est moins net. En conséquence, votre commission vous soumet **un amendement tendant à supprimer la présence d'un membre de la Cour des comptes à l'AMF**¹.

Votre rapporteur est favorable à la nomination de **professionnels** au collège de la COB, sans répartition *a priori* des sièges pour tel ou tel métier. Il s'agit en effet moins de représenter des catégories d'acteurs que de choisir des personnalités compétentes et impartiales.

Il est également favorable à la présence de représentants des **investisseurs individuels** au sein du collège. L'une des lacunes des autorités actuelles est en effet la sous-représentation de ces investisseurs. Ceux-ci pourront être représentés au sein du collège de l'AMF au titre des représentants des « investisseurs » ou, à tout le moins, grâce à la présence d'un représentant des actionnaires salariés. Ces derniers représentent en effet une part importante de l'épargne individuelle directe : on dénombre plus de 1.662.500 actionnaires salariés sur un total de près de 3.566.000 actionnaires particuliers de sociétés françaises cotées.

IV. UNE INNOVATION : LA COMMISSION DES SANCTIONS

A. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Alors que l'opportunité de la création des commissions spécialisées ou consultatives est laissée à la discrétion du collège, la « commission des sanctions » est une instance de l'AMF créée par la loi. Cette commission est chargée **d'exercer le pouvoir de sanction** de l'AMF.

¹ On notera que les membres de la Cour des comptes pourront continuer à apporter leur concours au fonctionnement de l'AMF en tant que rapporteurs devant la commission des sanctions (cf. article 14 du présent projet de loi). On notera également que la présence d'un membre de la Cour à la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance n'est pas remise en cause, compte tenu des compétences particulières qu'il apporte à la Commission (cf. article 26 du présent projet de loi).

1. La composition de la commission des sanctions de l'AMF

a) Rappel de la composition du CDGF et des formations disciplinaires du CMF

En vertu de l'article L. 623-1 du code monétaire et financier, le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) comprend neuf membres nommés pour quatre ans :

- un président désigné par le vice-président du Conseil d'État ;
- le président d'une association représentant les organismes de placement collectif en valeurs mobilières, désignée par arrêté du ministre chargé de l'économie ;
- deux membres nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie, sur proposition de l'association susvisée ;
- un membre nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie, sur proposition du CMF ;
- deux membres nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie après consultation, respectivement, de l'organisme représentatif des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et d'une association représentant les sociétés d'assurance désignée par arrêté du ministre chargé de l'économie ;
- un représentant des salariés des prestataires de services d'investissement agréés pour fournir le service d'investissement mentionné au 4 de l'article L.321-1 nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après consultation des organisations syndicales représentatives ;
- un membre désigné par le président de la COB.

Des membres suppléants sont désignés dans les mêmes conditions.

Quant aux **formations disciplinaires du CMF** qui exercent les attributions disciplinaires dévolues au conseil¹, elles sont, chacune, constituées de six membres du CMF (dont le représentant des salariés). Elles sont présidées par le président du CMF, membre de droit, ou par un membre délégué par lui à cet effet.

b) La composition de la commission des sanctions

A la différence des formations disciplinaires du CMF, **la commission des sanctions de l'AMF ne sera pas constituée au sein du collège** : les

¹ Article L. 622-4 du code monétaire et financier.

fonctions de membre de la commission des sanctions seront incompatibles avec celle de membre du collège.

La commission des sanctions comprendra donc **douze membres, dont aucun ne pourra être commun avec le collège :**

- **deux conseillers d'Etat** désignés par le vice-président du Conseil d'Etat ;

- **deux conseillers à la Cour de cassation** désignés par le Premier président ;

- **six membres désignés**, à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers, **par le ministre chargé de l'économie** après consultation des organisations représentant les sociétés industrielles et commerciales dont les titres font l'objet d'appel public à l'épargne, les sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs¹ et les autres investisseurs, les prestataires de services d'investissement, les entreprises de marché, les chambres de compensation, les gestionnaires de systèmes de règlement livraison et les dépositaires centraux ;

- **deux représentants des salariés** des entreprises ou établissements prestataires de services d'investissement, des salariés des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de système de règlement livraison et des dépositaires centraux, désignés par le ministre chargé de l'économie après consultation des organisations syndicales représentatives.

Le président de la commission des sanctions sera choisi par ses membres parmi les deux conseillers d'Etat et les deux conseillers à la Cour de cassation.

2. Le mandat des membres de la commission des sanctions

La durée du mandat des membres de cette commission est de cinq ans à partir de la date de sa première réunion. Ce mandat est **renouvelable une fois**. Après l'expiration de la période de cinq ans, les membres restent en fonction jusqu'à la première réunion de la commission des sanctions dans sa nouvelle composition.

En cas de vacance d'un siège de membre de la commission «*pour quelque cause que ce soit*», il est procédé à son remplacement pour la durée du mandat restant à courir. Un mandat exercé pendant moins de deux ans n'est pas pris en compte pour l'application de la règle d'un seul renouvellement.

¹ Voir l'article 48 du présent projet de loi.

Selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat, **la commission des sanctions est renouvelée par moitié** tous les trente mois. Ce renouvellement partiel, tous les deux ans et demi, est de nature à conférer une certaine stabilité, permanence et transmission d'expérience à cette commission.

3. La possibilité de créer des sous-sections

En outre, la commission pourra constituer en son sein des sous-commissions de six membres, présidées par un conseiller d'Etat ou un conseiller à la Cour de cassation. La composition de la commission facilement divisible par deux fera certainement incliner pour la création de deux sous-commissions. Il est en effet probable que **la charge de travail de l'AMF en matière de sanctions sera lourde** (une trentaine d'affaires par an). Les sous-sections permettront à la fois de répartir cette charge de travail et d'assurer une certaine **spécialisation du contentieux**.

B. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est favorable à l'instauration de la commission des sanctions, même si, dans son propre « projet d'autorité de régulation des marchés financiers », présenté au cours des débats sur la loi relative aux nouvelles régulations économiques, elle avait choisi de faire de la commission des sanctions, une sous-commission du collège plénier.

Il faut reconnaître que l'architecture retenue par le gouvernement permet à la fois de conférer **une très grande sécurité juridique** à la procédure de sanction (distinction totale entre les phase d'enquête jusqu'à la notification des griefs, d'instruction et de sanction) tout en maintenant, conformément à la directive sur les abus de marché, dans une **autorité unique**, la recherche, la prévention et la sanction des manquements. En outre, l'instauration d'une commission séparée permettra également d'améliorer l'efficacité de l'autorité, en **désengorgeant les ordres du jour** du collège plénier.

Votre commission est également favorable à la présence de **représentants des salariés des entreprises du secteur financier** qui permettront d'apporter un éclairage concret sur les pratiques internes des entreprises. En outre, la commission sera amenée à prendre des sanctions contre des salariés : il paraît donc légitime que leurs représentants soient présents à la commission des sanctions.

Votre commission exprime néanmoins quelques craintes quant à la structuration de la commission des sanctions en **sous-sections**. Il faudra veiller à ce que les personnes sanctionnées ne puissent se plaindre d'avoir été jugées « au rabais » par une sous-section et non par la commission plénière. Le cas échéant, il conviendra de prévoir que seules les sous-sections exercent le pouvoir de sanction, sans pouvoir ni d'appel ni d'évocation par la commission.

V. LES DROITS DES SALARIÉS MEMBRES DE L'AMF

Le paragraphe V du texte proposé pour l'article L. 621-2 prévoit que les salariés désignés comme membres de l'AMF disposent du temps nécessaire pour assurer la préparation des réunions, et pour s'y rendre et y participer. Ce temps est assimilé à du travail effectif pour la détermination des droits aux prestations d'assurances sociales. Le salarié concerné doit informer son employeur lors de sa désignation et, pour chaque réunion, dès réception de la convocation.

Ces droits sont valables pour tous les salariés membres de l'AMF¹, et pas seulement pour les représentants des salariés. Tous les membres du collège (y compris les personnalités nommées en tant qu'expert dans les commissions consultatives) et tous ceux de la commission des sanctions pourront donc en bénéficier. Ces dispositions sont inspirées du statut des conseillers prud'hommes² dont elles reprennent une partie.

La **rémunération des membres** de l'AMF sera fixée par décret, en fonction de la charge de travail prévisible de la nouvelle autorité. Pour mémoire, les rémunérations perçues par les membres de la COB et du CMF sont de 182,94 euros par séance, soit 4.000 euros par an environ pour la COB et 6.000 euros par an environ pour le CMF.

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

¹ Ces droits ne trouveront, bien entendu, pas à s'appliquer au président puisque son mandat est un temps plein et qu'il est soumis aux règles d'incompatibilités prévues pour les emplois publics : un salarié nommé président doit démissionner de son entreprise.

² Article L. 514-1 du code du travail.

ARTICLE 4

Règles de procédure relatives à la prise de décision

Commentaire : le présent article fixe les principales règles de procédure relatives à la prise de décision au sein de l’Autorité des marchés financiers (AMF), avec la présence d’un commissaire du gouvernement et des procédures de vote très classiques.

Le présent article propose un nouvel article L. 621-3 du code monétaire et financier relatif aux règles de procédures applicables à la prise de décision au sein de l’AMF. Il prévoit la présence d’un commissaire du gouvernement, sans voix délibérative (paragraphe I), ainsi que les règles de majorité et les procédures de vote au sein de l’AMF (paragraphe II).

I. LA PRÉSENCE D’UN COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

A. L’ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Par principe, les ministres ne disposent pas de pouvoir hiérarchique ni de pouvoir de tutelle à l’égard des autorités administratives indépendantes (AAI) existantes. Mais le législateur a presque toujours prévu qu’ils puissent être présents, par l’intermédiaire d’un représentant ou d’un commissaire du gouvernement, dans le fonctionnement de l’AAI pour faire valoir leur point de vue sur les affaires traitées.

C’est le cas à la Commission des opérations de bourse (COB). L’actuel article L. 621-3 du code monétaire et financier prévoit qu’un « *représentant du ministre chargé de l’économie peut être entendu par la commission sauf en matière de décisions individuelles. Il peut soumettre toute proposition à la délibération de la commission sauf dans les mêmes cas* ».

En pratique, ce représentant assiste à toutes les séances portant sur des questions d’ordre général à la COB, mais bien entendu **sans voix délibérative** : il est donc systématiquement entendu puisqu’il participe à tous les débats (budget et moyens, adoption de règlements, avis sur des projets de texte communautaire, de loi ou de décret, orientations sur des questions de principe, préparation de consultations publiques). Les questions qu’il a soumises au collège de la COB ont été nombreuses (demandes d’avis sur des

textes législatifs et réglementaires, définition des positions françaises dans les instances communautaires et internationales, réflexions sur certaines tendances de l'évolution des marchés, etc.).

Le Conseil des marchés financiers (CMF) dispose quant à lui, et en vertu de l'article L. 622-2 du code monétaire et financier, d'un « **commissaire du gouvernement** (...) désigné par le ministre chargé de l'économie ». Celui-ci « *participe également¹ aux formations disciplinaires [du CMF]* ». En outre, « *en tant que de besoin, le ministre peut nommer un commissaire du gouvernement auprès de chaque des formations spécialisées du Conseil (...). Le commissaire du gouvernement n'a pas voix délibérative. Il peut, en toute matière, demander une seconde délibération² dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

Au Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) est également prévue la présence d'un **commissaire du gouvernement** « *nommé par le ministre chargé de l'économie* » (article L. 623-1 du code monétaire et financier). Il assiste également à toutes les séances du CDGF, y compris aux délibérés.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **paragraphe I** du nouvel article L. 621-3 du code monétaire et financier qui prévoit l'existence d'un « **commissaire du gouvernement** auprès de l'Autorité des marchés financiers, désigné par le ministre chargé de l'économie » propose donc une institution devenue classique dans les autorités de régulation des marchés financiers. Le dispositif retenu s'apparente à ce qui existe aujourd'hui au CMF.

Le commissaire du gouvernement « *siège auprès de toutes les formations* », c'est à dire le collège, la commission des sanctions (y compris ses éventuelles sections) et, si elles existent, toutes les commissions spécialisées et consultatives³. Il est donc le seul membre commun à toutes ces formations.

La seule restriction posée est, afin d'assurer une procédure de sanction équitable, que « *les décisions de la commission des sanctions sont prises hors de sa présence* » : il pourra ainsi assister aux audiences mais pas au délibéré. Actuellement, le commissaire du gouvernement assiste aux audiences et au délibéré du CMF et du CDGF. En revanche, à la COB, le

¹ Sous-entendu : aux réunions du collège du CMF mais aussi à ses formations disciplinaires.

² Ce pouvoir n'a jamais été utilisé.

³ Au CMF, d'autres commissaires du gouvernement peuvent être nommés dans les formations spécialisées.

représentant du ministre ne peut assister à aucune réunion relative à des décisions individuelles.

N'ayant **pas de voix délibérative**, son seul pouvoir formel est celui de demander, sauf en matière de sanctions, **une seconde délibération** dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est **favorable au maintien de l'institution du commissaire du gouvernement** qui, sans faire peser un quelconque pouvoir hiérarchique ou de tutelle sur l'autorité, présente de nombreux avantages.

Le commissaire du gouvernement peut, en étant présent aux réunions de l'autorité, avoir une vision concrète des problèmes posés par la réglementation en vigueur ; il veille à la conformité des décisions prises avec le cadre juridique existant ou en préparation ; il veille également à la prise en compte permanente de l'intérêt général ; enfin, il permet de préparer un accord en amont sur des matières qui seront soumises à l'agrément du ministre (par exemple, une modification du règlement général de l'AMF).

Votre rapporteur estime toutefois qu'il convient que le commissaire du gouvernement **n'assiste pas aux travaux de la commission des sanctions**, ni aux **délibérations du collège susceptibles de déboucher sur des décisions de caractère individuel**.

Votre commission vous soumet un **amendement** en ce sens.

II. LES PROCÉDURES DE VOTE

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

A la COB¹, comme au CMF² et au CDGF³, la règle de vote est la même : les décisions sont prises à la majorité des voix et en cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante. Cela dit, en pratique, les décisions dans ces trois autorités se prennent presque toujours au consensus.

¹ L. 621-3 du code précité.

² L. 622-2 du code précité.

³ L. 623-1 du code précité (la règle de la majorité des voix est sous-entendue).

Afin d'accélérer les prises de décision, des procédures de consultation écrites « *en cas d'urgence constatée par le président* » sont prévues à la COB¹ (« *sauf en matière de sanctions* ») et au CMF² (« *sauf en matière disciplinaire* »). La procédure est très utilisée au CMF (une à deux fois par mois) en raison de la brièveté des délais dans lesquels il doit se prononcer. En revanche, la procédure étant très récente à la COB³, elle n'a été utilisée qu'exceptionnellement.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **paragraphe II** du nouvel article L. 621-3 du code monétaire et financier prévoit de façon également très classique que les décisions de chaque formation⁴ de l'AMF sont prises à la **majorité des voix**, avec, en cas de partage égal des voix, la **voix prépondérante du président** de la formation concernée, afin d'éviter toute possibilité de blocage et donc de déni de justice.

De façon maintenant tout aussi classique, « *en cas d'urgence constatée par son président, le collège peut, sauf en matière de sanctions*⁵, *statuer par voie de consultation écrite* ». On constate que le collège est la seule formation à bénéficier de cette procédure de consultation écrite. Elle n'aurait pas été admissible pour la commission des sanctions pour laquelle la collégialité des débats doit être maintenue. Elle n'a pas non plus été retenue pour les sous-formations du collège qui constituent déjà en elles-mêmes un moyen d'alléger l'ordre du jour du collège plénier.

Il est prévu qu'un décret en Conseil d'Etat fixe plus en détail « *les règles applicables à la procédure*⁶ *et aux délibérations des formations de l'AMF* » et que le règlement général de l'AMF définisse à son tour les modalités de mise en œuvre de ces règles.

¹ L. 621-5 du code précité ; disposition introduite par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

² L. 622-2 du code précité.

³ Publication du décret nécessaire le 14 mars 2002.

⁴ Le collège, la commission des sanctions, éventuellement ses sections, les commissions spécialisées ou consultatives éventuelles.

⁵ Pour mémoire, on rappellera que le collège a quelques attributions en matière de sanctions puisque c'est lui qui décide de l'ouverture de la procédure de sanction et qui notifie les griefs (cf. article 14 du présent projet de loi).

⁶ Il s'agit, au-delà des seules procédures de vote, de toutes les règles de procédure de l'AMF et notamment des règles de la procédure de sanction qui sont d'ordre réglementaire (rôle du rapporteur, convocations et droits de la défense, déroulement des audiences, délibéré, suites de la décision, etc.).

Votre commission est favorable à l'édiction de ces règles désormais classiques dans les autorités de régulation, qui leur apportent une certaine souplesse de fonctionnement tout étant entourées de garanties suffisantes (constatation d'une urgence par le président, exclusion de la procédure écrite pour les sanctions, maintien de la règle de la majorité des voix).

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

ARTICLE 5

Prévention des conflits d'intérêts, secret professionnel et moralité

Commentaire : le présent article établit les règles de prévention des conflits d'intérêts, de secret professionnel et de moralité applicables aux membres et collaborateurs de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

I. LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Les membres de la Commission des opérations de bourse (COB)¹, comme ceux du Conseil des marchés financiers (CMF)², font l'objet, depuis 1996, de dispositions relatives à la prévention des conflits d'intérêts. Pour les membres du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF), même sans texte, les mêmes règles sont appliquées.

Ces dispositions s'articulent en deux temps :

1- Une obligation de révélation des intérêts.

Dans le cas de la COB, cette obligation pèse sur tous ses membres, y compris son président et c'est la commission dans son ensemble qui est tenue informée. Dans le cas du CMF, les membres du Conseil doivent informer le président et les informations transmises par les membres, ainsi que celles relatives au président, sont tenues à la disposition des membres du conseil. Ces deux mécanismes, différents en droit, aboutissent en pratique au même résultat.

Dans le cas de la COB comme dans celui du CMF, l'obligation de révélation s'applique au début du mandat mais court également tout au long de celui-ci. Elle porte sur trois types d'intérêts : les intérêts³ qu'un membre détient ou vient à détenir ; les fonctions qu'il exerce ou vient à exercer dans une activité économique ou financière ; tout mandat qu'il détient ou vient à détenir au sein d'une personne morale.

¹ Voir article L. 621-4 du code monétaire et financier.

² Voir article L. 622-5 du même code.

³ La notion d'intérêts est large. Elle recouvre notamment les participations significatives en instruments financiers, les actifs détenus susceptibles de placer la personne concernée en situation de conflit d'intérêts, etc.

2- Une interdiction de siéger en cas de conflit d'intérêts.

L'objectif de la règle de révélation est d'éviter qu'un membre de l'autorité de régulation ne délibère dans une affaire¹ dans laquelle il serait en « conflit d'intérêts ». C'est pourquoi il est prévu, tant à la COB qu'au CMF, que ni le président ni aucun membre « *ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle lui-même, ou le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il exerce des fonctions ou détient un mandat a un intérêt* ».

Il est en outre prévu qu' « *il ne peut davantage participer à une délibération concernant une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il exerce des fonctions ou détient un mandat a représenté une des parties intéressées* ». Cette dernière règle s'applique, à la COB, sur les 36 mois précédant la délibération, et au CMF sur les 18 mois précédents.

La sanction de l'inobservation de ces règles est la nullité de l'acte prononcée par le juge saisi par une personne ayant un intérêt à agir.

Compte tenu des profils « professionnels » d'un certain nombre de membres de la COB et du CMF, ces règles trouvent souvent à s'appliquer.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 621-4 du code monétaire et financier pour prévoir les obligations de prévention des conflits d'intérêts auxquelles seront soumis les membres de l'AMF².

Le I de ce nouvel article reprend les règles bien établies à la COB et au CMF de prévention des conflits d'intérêts.

S'agissant de **l'obligation de révélation des intérêts**, c'est le schéma actuel du CMF qui est retenu : chaque membre informe le président et les informations le concernant sont tenues à la disposition de l'ensemble de ses collègues membres de l'AMF³. L'obligation de révélation est plus étendue que dans l'état actuel du droit puisque l'information donnée au début du mandat doit également concerner tous les intérêts, fonctions ou mandats détenus **au cours des deux années précédant la nomination**.

¹ Il s'agit donc exclusivement des délibérations et votes portant sur une décision individuelle.

² Les règles applicables aux personnels de l'AMF seront fixées par le règlement intérieur.

³ Il est peut-être utile de préciser que n'ont la qualité de membre de l'AMF que les 16 membres du collège (y compris son président) et les 12 membres de la commission des sanctions (y compris son président). Le commissaire du gouvernement n'est, bien entendu, jamais considéré comme un « membre » de l'AMF.

La règle applicable en matière **d'interdiction de délibérer** dans une affaire où surgirait un conflit d'intérêt est également maintenue pour l'AMF avec également l'extension de la recherche des conflits d'intérêts aux **deux années précédant la nomination**.

Comme actuellement au CMF, il est prévu que **le président de l'AMF** « *prend les mesures appropriées pour assurer le respect (de ces obligations et interdictions)* », et l'AMF « *détermine dans son règlement général les modalités de prévention des conflits d'intérêts* »¹.

A ces règles de prévention des conflits d'intérêts, s'ajoutent des **exigences nouvelles en matière d'honorabilité et de moralité des membres de l'AMF**.

Le **III** du texte proposé par le présent article pour l'article L. 621-4 prévoit en effet que :

- d'une part, ne pourront être membres de l'AMF que les personnes n'ayant pas fait l'objet des condamnations mentionnées dans la loi de 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles² ;

- d'autre part, nul ne peut être nommé membre du collège ou de la commission des sanctions s'il a été sanctionné (sanction administrative ou judiciaire) au cours des cinq années passées, au titre des dispositions du code monétaire et financier.

Il s'agit bien, dans l'esprit du gouvernement, de prévoir qu'en cas de condamnation, au titre de la loi de 1947 ou du code monétaire et financier, le membre de l'AMF sera déchu d'office³.

¹ Il s'agit de l'application des règles exposées ci-dessus (déclarations au président, conditions dans lesquelles la non-délibération est organisée, délais de mises à jour) mais aussi d'autres règles telles que l'interdiction de gérer en propre un portefeuille d'instruments financiers, la consultation du président avant d'effectuer certaines opérations, etc. Le règlement général de l'AMF pourra aussi prévoir les obligations auxquelles sont soumis les experts nommés dans des commissions consultatives qui pourront être des obligations allégées comme c'est actuellement prévu par le règlement général du CMF.

² Loi n° 47-1635 du 30 août 1947. Il s'agit, entre autres, de condamnations pour crime, vol, escroquerie, abus de confiance, recel, soustractions commises par les dépositaires de deniers publics, attentats aux mœurs, outrages aux bonnes mœurs, délit d'usure, infraction aux lois sur les maisons de jeu, sur les cercles, sur les loteries et les maisons de prêt sur gages, création ou extension irrégulière d'établissement commercial ou industriel, exercice illégal d'une profession commerciale ou industrielle, etc.

³ Conformément à ce qui est prévu à l'article 3 du présent projet de loi, la vacance de son siège emportera le remplacement par l'autorité de nomination initiale pour la durée du mandat restant à couvrir (sauf pour le président).

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Dans la phrase relative à la sanction d'un membre de l'AMF au titre des dispositions du code monétaire et financier, votre rapporteur vous soumet un **amendement de précision** visant à ne plus indiquer, que « *nul ne peut être nommé membre du collège ou de la commission des sanctions* » mais plutôt que « *nul ne peut être membre de l'AMF* ». Cet amendement présente deux avantages :

- il prévoit de façon explicite que les membres du collège ou de la commission des sanctions seront **déchus d'office en cas de sanction au cours de leur mandat** au titre d'une disposition du code monétaire et financier ;

- il reprend, pour éviter toute confusion, **la formulation « membre de l'AMF » qui est utilisée partout ailleurs** dans le texte (et qui, comme indiqué précédemment, recouvre la même réalité que l'expression « *membre du collège ou de la commission des sanctions* »).

Sous réserve de cette **précision rédactionnelle**, votre rapporteur est **favorable à l'ensemble de ces dispositions** qui garantissent l'honorabilité des membres de l'AMF.

II. LES RÈGLES DE SECRET PROFESSIONNEL

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

1. A la COB

En vertu de l'article L. 621-11 du code monétaire et financier, les « **membres et les agents de la (COB)** sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions ».

L'article L. 621-22 prévoit en outre que « **toute personne qui participe ou a participé au contrôle des sociétés ayant une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers** » est tenue au secret professionnel. Ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre soit d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'une société ayant une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, soit d'une procédure pénale.

Enfin, l'article L. 621-28 prévoit que « *toute personne qui participe aux travaux du [Comité consultatif de la gestion financière]*¹ est tenue au secret professionnel ».

2. Au CMF

En vertu de l'article L. 622-6, au **CMF**, ce sont « *les membres ainsi que les salariés et préposés* » du conseil, mais aussi « *les experts et les personnes consultées* » qui sont tenus au secret professionnel.

L'article L. 622-10 prévoit également que « *toute personne qui participe ou a participé* » **aux contrôles du CMF** est tenue au secret professionnel. Ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

3. Au CDGF

Le **CDGF** faisant exclusivement appel aux agents de la COB, le secret professionnel ne s'applique qu'à ses « *membres* » (article L. 623-1).

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **II** de l'article L. 621-4 dans sa rédaction proposée par le présent article reprend en les agrégeant les dispositions prévues pour la COB, le CMF et le CDGF.

Sont tenues au secret professionnel² les personnes suivantes:

- les « *membres* » de l'AMF,
- ses « *salariés* »,
- ses « *préposés* » (il peut s'agir de stagiaires, d'agents d'autorités homologues étrangères, de professeurs de droit assurant une prestation de conseil, etc.),

¹ Pour mémoire, on rappelle que le Comité consultatif de la gestion financière exerce deux missions principales (voir article L. 621-29 du code monétaire et financier) : d'une part, il émet un avis sur l'agrément accordé par la COB aux sociétés de gestion de portefeuille ainsi que sur l'approbation des programmes d'activité pour le service de gestion pour compte de tiers accordée par la COB ; d'autre part, il est consulté par la COB sur le règlement qu'elle prend sur les conditions d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille ainsi que sur toute disposition de caractère réglementaire touchant aux activités de gestion de portefeuille.

² « dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 642-1 ». Pour un commentaire de ce renvoi voir l'article 20 du présent projet de loi relatif à la rupture du secret professionnel.

- les « *experts et les personnes consultées* » (présents au sein des commissions consultatives),

- les « *personnes participant ou ayant participé aux contrôles et enquêtes (...)*¹ ».

Ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre soit d'une procédure pénale, soit d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'une personne soumise au contrôle de l'AMF².

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Quelques remarques peuvent être formulées quant à la liste des personnes soumises au secret professionnel au titre de leurs activités à l'AMF :

- les « *salariés* » de l'AMF recouvre mal l'ensemble des statuts des personnels de l'AMF : contrats de droit privé, contrats de droit public et fonctionnaire détachés ; le terme de « *personnels* » serait donc plus adapté ;

- les « *experts et les personnes consultées* » semble en partie redondant et peut-être trop large : en effet, seuls les experts nommés dans les formations consultatives de l'AMF ont vocation à être soumis au secret professionnel, mais pas les personnes consultées par exemple les associations professionnelles consultées dans le cadre de l'élaboration d'un texte réglementaire ; l'expression « *experts nommés dans les commissions consultatives* » semble plus adaptée ;

- les « *personnes participant ou ayant participé aux contrôles et enquêtes* » est redondant avec la mention des « *préposés* » qui recouvre aussi les personnes associées pour les pouvoirs d'enquête ou de contrôle et qui sont liées à l'AMF par des contrats autres que des contrats de travail, ce qui inclut également les prestataires extérieurs ; il semble donc préférable de supprimer la référence aux « *personnes participant ou ayant participé aux contrôles et enquêtes* ».

C'est en ce sens que votre rapporteur vous soumet **un amendement** de réécriture de la liste des personnes soumises au secret professionnel au titre de leurs activités à l'AMF.

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

¹ Il s'agit plus précisément des contrôles et enquêtes mentionnés aux articles L. 621-9 et L. 621-9-2. Voir articles 10 et 11 du présent projet de loi.

² Personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier. Voir article 10 du présent projet de loi.

ARTICLE 6

Délégations

Commentaire : le présent article prévoit les cas de délégations de pouvoir ou de signature au sein de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

L'article L. 621-5 du code monétaire et financier prévoit trois cas de délégation de pouvoir ou de signature à **la Commission des opérations de bourse (COB)** (dont les conditions sont fixées par un décret en Conseil d'Etat) :

- le président peut déléguer son pouvoir d'agir en justice ;
- la COB peut donner une délégation de signature au président (ou, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci, à l'un de ses membres) pour signer les décisions à caractère individuel relevant de sa compétence (à l'exception des injonctions et des sanctions) ;
- le président peut également déléguer sa signature dans les matières où il détient une compétence propre.

En vertu de l'article L. 622-2 du même code, **le Conseil des marchés financiers (CMF)** peut déléguer au président (ou à son représentant membre du collège) le pouvoir de prendre, à l'égard des organismes soumis à son contrôle et sous réserve de l'information préalable du commissaire du gouvernement, des décisions de portée individuelle, sauf en matière disciplinaire. Les conditions et limites de ces délégations sont fixées par le règlement général du CMF.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose une nouvelle rédaction de l'article L. 621-5 du code monétaire et financier pour prévoir **trois cas de délégation**, dont « *les conditions et les limites* » seront fixées par un décret en Conseil d'Etat.

1° **Le collège** peut donner délégation **au président** (ou, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci, à un autre membre) pour prendre les **décisions à caractère individuel** relevant de sa compétence. Par exemple, on

peut imaginer qu'une fois les règles bien fixées par le collège, celui-ci puisse donner délégation au président pour prendre des décisions d'agrément. Il est donc bien prévu qu'en aucun cas ce pouvoir de décision individuelle ne peut être délégué aux services.

2° **Le collège** peut donner délégation à **une commission spécialisée** (conformément à ce qui est prévu par l'article 3 du présent projet de loi). Il conviendra que le décret prévu précise les rôles respectifs du collège et de la commission spécialisée (règles de compte-rendu, éventuelle possibilité d'évocation par le collège, etc.).

3° **Le président de l'AMF** peut déléguer sa signature dans les matières où il détient une compétence propre.

Il s'agit essentiellement de pouvoirs d'urgence (comme la suspension des cours par exemple) mais aussi de la représentation en justice de l'AMF. Le dispositif proposé ne précise pas qui sera bénéficiaire de cette délégation de signature mais la solution du décret en vigueur concernant la COB¹ pourrait être retenue : en matière de gestion interne ou de mesures d'urgence, ce seront plus vraisemblablement les services (et en particulier le secrétaire général) qui seront délégataires.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est favorable au présent article qui confèrera à l'AMF la souplesse de fonctionnement dont disposent aujourd'hui la COB et le CMF.

Elle souhaite toutefois préciser le texte proposé afin que la délégation du collège se fasse à «*un autre de ses membres* » afin qu'il soit bien clair qu'il s'agit d'un membre du collège et non d'un membre de l'AMF. Elle vous soumet ainsi un **amendement rédactionnel** en ce sens.

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

¹ Décret n° 2002-371 du 14 mars 2002.

ARTICLE 7

Personnels et ressources

Commentaire : le présent article contient les dispositions législatives relatives aux personnels et aux ressources de l’Autorité des marchés financiers (AMF).

Le présent article propose d’insérer dans cinq nouveaux articles dans la section du code monétaire et financier¹ relative aux règles de fonctionnement de l’AMF :

- un article L. 621-5-1 relatif aux services de l’AMF ;
- un article L. 621-5-2 relatif aux attributs de la personnalité morale ;
- un article L. 621-5-3 relatif à l’assiette et au taux des taxes perçues par l’AMF ;
- un article L. 621-5-4 relatif au recouvrement de ces taxes ;
- un article L. 621-5-5 relatif à son régime comptable.

I. LES SERVICES DE L’AMF

A. DES SERVICES DIRIGÉS PAR UN SECRÉTAIRE GÉNÉRAL

Le premier alinéa de l’article L. 621-5-1 prévoit que l’AMF dispose de **services dirigés par un secrétaire général**.

Ce dernier est **nommé par le président après avis du collège**. Sa nomination sera soumise à **l’agrément du ministre chargé de l’économie**².

Le troisième alinéa prévoit que **le collège fixe les éléments les plus importants du régime du personnel**, sur proposition du secrétaire général :

¹ Section 3 du chapitre unique du titre II du livre VI.

² Comme c’est aujourd’hui le cas au CMF et à la COB. L’agrément se fait sous la forme d’une lettre de non opposition.

- le règlement intérieur,
- les règles de déontologie applicables au personnel de l'AMF¹,
- et le cadre général des rémunérations².

Enfin, **le secrétaire général rend compte de la gestion** des services au collège dans des conditions fixées par celui-ci.

L'exposé des motifs du présent projet de loi précise que « *pour l'ensemble des décisions de gestion, les textes réglementaires prévoient une étroite association des présidents des formations de sanction, d'une part pour rendre un avis sur les nominations et, d'autre part, pour arrêter leur propre budget* ».

B. DES PERSONNELS DE STATUTS TRÈS DIVERS

Au 31 décembre 2002, **les effectifs de la COB³** s'élevaient à **270 agents** dont 265 en poste à la COB et 5 mis à disposition⁴. Parmi ces 270 agents, **235 sont contractuels de droit public** et **35 sont détachés** d'autres institutions publiques (magistrature, fonction publique parlementaire, fonction publique d'Etat, Banque de France). **Les effectifs du CMF** s'élèvent à **44 agents sous contrats de droit privé** (dont 5 fonctionnaires ou magistrats hors cadre).

Par comparaison, les effectifs de la *Securities Exchange Commission* (SEC) américaine s'élevaient en 2002 à 3.500 personnes et ceux de la CONSOB italienne à 385 personnes (dont 111 cadres).

Le deuxième alinéa du nouvel article L. 621-5-1 prévoit que le personnel des services de l'AMF est composé :

- **d'agents contractuels de droit public ;**

¹ Les règles de déontologie applicables aux agents de la COB figurent dans le « régime du personnel » arrêté par le président après avoir entendu le collège. Au CMF, ces règles figurent dans le règlement intérieur du Conseil. Dans les deux cas, il s'agit d'interdire la gestion en propre d'un portefeuille d'instruments financiers, d'instaurer un régime de déclaration de patrimoine et de prévoir les modalités de contrôle.

² Le cadre général est fixé par le régime du personnel de la COB (grille proche sur le principe de celle de la fonction publique) et par décision du secrétaire général du CMF. Pour l'AMF, il s'agira d'adopter des décisions cadres en matière de rémunération : grille en fonction des catégories d'emplois, revalorisations, conditions dans lesquelles les primes peuvent être attribuées.

³ Le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) n'a pas de services propres mais dispose de ceux de la COB.

⁴ de la Commission européenne, du pôle financier et du comité de déontologie et d'indépendance des commissaires aux comptes.

- **de salariés de droit privé.**

En outre, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, elle pourra bénéficier du concours d'**agents publics** (fonctionnaires, magistrats, agents de la Banque de France) en position de détachement, de placement hors cadre ou de mise à disposition.

L'AMF bénéficiera ainsi de tous les statuts actuellement présents tant à la COB qu'au CMF.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

1. Sur la nomination du secrétaire général

Votre rapporteur s'interroge sur les modalités de nomination du secrétaire général proposées par le présent article. Certes, elles permettront d'assurer une proximité du président avec les services.

Mais il faut éviter autant que possible que le collège ne se considère comme totalement étranger au bon fonctionnement des services et qu'une dichotomie trop marquée n'apparaisse entre le président et le secrétaire général d'une part, et le collège d'autre part.

Plusieurs dispositions devraient permettre de limiter ce risque (l'avis du collège sur la nomination du secrétaire général ainsi que les nombreux pouvoirs propres conférés au secrétaire général de l'AMF au détriment du président), mais sont-elles suffisantes ?

Afin de renforcer l'indépendance du président à l'égard des services et du lien entre le secrétaire général et le collège, **vosre commission vous soumet un amendement** prévoyant la nomination du secrétaire général au terme d'une procédure d'avis concerté avec le collège : le président soumet une proposition au collège qui en délibère et formule un avis dans le délai d'un mois ; ce n'est qu'à l'issue de ce délai, que le président nomme le secrétaire général.

2. Sur les personnels

(i) Permettre le recrutement d'agents très qualifiés

Votre commission est favorable au maintien de la possibilité pour la future AMF de recruter tant des agents contractuels de droit public que des salariés de droit privé. Il est en effet indispensable que la future autorité

dispose de ressources humaines, en quantité suffisante pour assurer correctement l'ensemble de ses missions, mais surtout de **très grande qualité et le plus souvent dotées d'une expérience professionnelle préalable dans le secteur privé.**

Il faudra donc que le « cadre général des rémunérations » fixé par le collège et le niveau des ressources de l'AMF permettent de tels recrutements¹.

Du strict point de vue de la gestion des ressources humaines de l'AMF, il faut aussi noter que la coexistence de deux statuts différents au sein d'une même autorité ne sera pas sans poser de difficiles problèmes de gestion de deux catégories de personnels.

(ii) Revoir la procédure sur le « pantouflage »

Il faut également s'interroger sur les **règles dites de « pantouflage »** qui régissent les départs d'agents d'autorités publiques vers le secteur concurrentiel. Ces règles peuvent être de nature à décourager certaines personnes de se faire embaucher par l'AMF.

Certes, on ne connaît à ce jour qu'un seul cas d'avis négatif rendu par la commission de déontologie, mais très fréquemment les avis favorables sont néanmoins assortis de conditions (interdiction de contacts avec la COB pendant une longue durée, par exemple).

Il n'est pas dans l'intention de votre rapporteur de modifier le droit applicable, mais de **prévoir, par exception, que l'avis** sur la compatibilité avec leurs fonctions précédentes des activités dans le secteur concurrentiel que souhaitent exercer les personnels de l'AMF quittant les services de l'Autorité, **n'est pas rendu par la commission de déontologie² mais par le collège de l'AMF³**, qui sera plus à même d'apprécier les risques liés au départ de l'agent concerné. Votre commission vous soumet un **amendement** en ce sens.

(iii) Prévoir les droits collectifs du personnel

L'absence de tous droits collectifs du personnel prévue à ce stade est étonnante et il convient d'insérer dans la loi un dispositif *ad hoc*. Dans le cas contraire, ce sont les juges qui se chargeront de combler cette lacune, avec de forts risques de divergences de jurisprudence entre le juge administratif saisi pour les agents de droit public et le juge judiciaire saisi pour les personnels de droit privé.

¹ Cf. *infra* sur le niveau des ressources de l'AMF.

² Prévue à l'article 87 de la loi n° 93-122 du 19 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

³ Idéalement, le collège confiera cette responsabilité à une commission spécialisée constituée en son sein conformément aux dispositions prévues à l'article 3 du présent projet de loi.

Votre commission vous soumet ainsi un **amendement** qui met en place des institutions représentatives du personnel dans les conditions de droit commun du code du travail pour l'ensemble du personnel de l'AMF. Cette solution permet d'éviter, pour une structure de la taille de l'AMF, d'avoir à gérer en parallèle deux types d'institutions représentatives du personnel ayant chacune leurs règles propres.

II. LES ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

A. L'AUTONOMIE FINANCIÈRE

La personnalité morale n'est pas toujours synonyme d'autonomie financière : certaines personnes juridiques peuvent en effet être soumises à une approbation préalable de leur budget.

Or, l'article L. 621-5-2 prévoit explicitement que l'AMF « *dispose de l'autonomie financière* ».

Cette autonomie financière signifie :

1- que **l'AMF peut percevoir directement ses ressources** (sans passer par le budget général de l'Etat) : l'article L. 621-5-2 précise que ses ressources sont constituées du produit des taxes établies dans l'article suivant¹ ;

2- que l'AMF peut gérer son budget de manière autonome : l'article L. 621-5-2 précise ainsi que **l'AMF arrête son budget, sur proposition du secrétaire général** ;

3- que **l'AMF peut exécuter son budget sans contrôle financier a priori** : l'article L. 621-5-5 prévoit, comme pour la COB actuellement², que l'AMF n'est pas soumise au contrôle *a priori* des dépenses engagées³.

B. LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

L'article L. 621-5-2 prévoit également que **le président de l'AMF a qualité pour agir au nom de l'autorité devant toute juridiction**. Ce pouvoir

¹ A l'article L. 621-6-3.

² Voir le II de l'article L. 621-3 du code monétaire et financier.

³ Elle n'est pas soumise aux dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées.

avait été reconnu au président de la COB - même non dotée de la personnalité morale - , sauf devant les juridictions pénales.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission est très favorable à l'autonomie financière conférée à l'AMF. Elle souhaite néanmoins vous soumettre **deux amendements visant à supprimer toute ambiguïté rédactionnelle** :

- la deuxième phrase du 1^{er} alinéa de l'article L. 621-5-2 prévoit que « *l'AMF arrête son budget* » ; même s'il est clair que la commission des sanctions n'est investie d'aucune compétence de gestion et qu'il est néanmoins souhaitable qu'elle soit associée à la détermination de son propre budget¹, il semblerait moins ambigu d'indiquer que **c'est le collègue qui arrête le budget de l'autorité** ;

- la rédaction du deuxième alinéa du même article (« *les ressources de l'AMF sont constituées du produit des taxes (...)* ») semble écarter toute autre ressource pour l'AMF : elle ne pourrait alors pas percevoir le produit de la vente de publication, de dons et legs, le produit de la vente d'un immeuble et pas même les produits financiers de la gestion de sa trésorerie ; il convient de ne pas exclure ces possibles sources de financement par une rédaction trop stricte.

III. LES TAXES PERÇUES PAR L'AMF

Le présent article introduit deux articles dans le code monétaire et financier relatifs aux taxes perçues par l'AMF :

- l'article L. 651-5-3 en détermine le taux et l'assiette ;
- l'article L. 621-5-4 en fixe les modalités de recouvrement.

A. LA NATURE JURIDIQUE DES RESSOURCES DE L'AMF

Les ressources actuelles de la COB (redevances²) et du CMF (cotisations³) sont rassemblées dans plusieurs articles instaurant désormais des

¹ Cf. extrait de l'exposé des motifs du présent projet de loi précédemment cité.

² Article 1^{er} de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1976 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse et article 8-1 du décret n° 68-23 du 23 janvier 1968.

³ Décisions générales du CMF n°s 2001-03, 2001-04 et 2001-05.

« contributions de toutes natures », conformément à l'analyse faite par le Conseil d'Etat dans son rapport public pour 2001¹.

S'agissant donc de telles contributions, la jurisprudence du Conseil constitutionnel impose que soient désormais fixés dans la loi leur assiette, leur taux (éventuellement sous la forme d'une fourchette à l'intérieur de laquelle un décret fixe le taux effectif) et leurs modalités de recouvrement. Cela rigidifie quelque peu le système puisque, pour opérer des modifications sur le régime de financement de l'AMF, il faut désormais avoir recours au législateur (création d'une nouvelle contribution par exemple) ou au Premier ministre (modification d'un taux par exemple).

Ces contributions peuvent néanmoins être affectées directement à l'AMF qui dispose de la personnalité morale.

B. LA REPRISE DES TAXES PERÇUES PAR LE CMF ET LA COB

1. Assiette et taux

Quelques innovations sur l'assiette des taxes actuellement perçues par le CMF et la COB sont prévues.

Quant aux taux, ils se présentent désormais sous la forme de **fourchettes** à l'intérieur desquelles un décret précisera le taux effectif.

Les personnes et entités soumises au contrôle de l'AMF seront ainsi redevables de deux types de taxes :

- des **droits fixes** à raison de certaines tâches entrant dans le domaine de compétence de l'autorité ;
- des **contributions variables** à raison des contrôles effectués.

¹ Il avait en effet estimé que les sommes perçues au titre du contrôle ne pouvaient être des « redevances » pour service rendu mais qu'elles constituaient des « contributions de toutes natures ».

Tableau sur les recettes de la COB et du CMF – Simulations pour l'AMF

Rappel de l'existant (Redevable / Opération / autorité bénéficiaire de la redevance ou de la cotisation)	Taux ou forfait actuel	Montant perçu en 2000 / 2001 / 2002 (prév)	Projet de loi Redevable / Opération	Taux ou forfait plancher / plafond	Projection AMF au taux /forfait plancher pour 2002	Projection AMF au taux/forfait plafond pour 2002
<u>Cotisation fixe / Redevance forfaitaire</u>			<u>Droit fixe</u>			
Déclaration de franchissement de seuil ou déclaration de clauses d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions (CMF)	750 €	2000 : 445 913 2001 : 487 075 2002 : 603 000	Déclaration de franchissement de seuil	500 €/1000 €	402 000	804 000
Dérogation à l'obligation de déposer une offre (CMF)	3200 €	2000 : 103 665 2001 : 79 273 2002 : 153 600	Dérogation à l'obligation de déposer une offre	2000 €/4000 €	96 000	192 000
Contrôle du document de référence (COB)	800 €	2000 : 254.651 2001 : 270.170 2002 : 330.466	Contrôle du document de référence	500 €/1000 €	206.541	413.082
Autorisation de commercialisation d'un OPCVM étranger en France (COB) ; forfait calculé par compartiment ou par OPCVM	2000 € et 1500 € la 1 ^{re} année	2000 : 1.240.000 2001 : 936.000 2002 : 938.000	Autorisation de commercialisation d'un OPCVM ou d'un compartiment d'OPCVM étranger en France	1000 €/2000 €	469.000	938.000
Programme d'émission de titres de créance (COB)	1500 €	2000 : 1.248.095 2001 : 509.709 2002 : 319.110	Enregistrement préalable d'un document d'information sur un programme d'émission de titres de créance	1000 €/2000 €	212.740	425.480
Opérations sur warrants (COB) ; forfait calculé par tranche d'émission	150 €	2000 : 491.400 2001 : 924.465 2002 : 1.187.196	Programme d'émission de warrant	150 €	1.187.196	1.187.196

Contribution proportionnelle			Contribution proportionnelle			
Les offres publiques et les garanties de cours (COB) Valeur des instruments financiers achetés, échangés, présentés ou indemnisés ----- Les offres publiques d'acquisition (CMF) Valeur des instruments financiers achetés, échangés, présentés ou indemnisés	0,15 pour mille Plancher de 1000 € ----- 11000 ou 9.000€ ¹ + fonction du montant des titres obtenus ²	2000 : 6.091 446 2001 : 3.638.510 2002 : 1.437.774 2000 : fixe : 1 301 750 var : 773 894 2001 : fixe : 1 044 600 var : 484 843 2002 ¹ : fixe : 1 191 100 var : 756 600	Offres publiques d'acquisition : Valeur des instruments financiers achetés, échangés, présentés ou indemnisés	10.000€ par opération Pas de taux min. Taux max : 0,30 pour mille (titres de capital) et 0,15 pour mille (titres de créances)	3 824 000³	5 500 000⁴
Emission d'instruments financiers (COB) : Admission d'instruments financiers aux négociations sur un marché réglementé Cession d'instruments financiers dans le public (APE) : Fusion, scission, apport partiel d'actifs ; Programmes de rachat de titres	- Taux de 0,15% ⁵ - Taux de 0,05 pour mille et assiette plafonnée à 100M€ ⁶	2000 : 26.760.538 2001 : 9.628.918 2002 : 3.608.334 2000 : 1.239.099 2001 : 536.425 2002 : 287.564	Visa d'une opération (émission, cession, admission à la cote ou rachat) : l'assiette est la valeur des instruments financiers lors de l'opération	Pas de taux min. Taux max : 0,20 pour mille (titres de capital) et 0,05 pour mille (titres de créance)	2.371.480⁷ (capital) 510.696 (créance)	4.742.959¹ (capital) 1.276.740 (créance)

¹ Selon que l'offre donne lieu à centralisation par l'entreprise de marché ou pas.

² 0,125 pour mille jusqu'à 75 millions €; 0,0625 pour mille de 75 millions € à 150 millions €; 0,025 pour mille au delà de 150 millions €.

³ La simulation est effectuée sur un taux de 0,20 pour mille pour les titres de capital et 0,075 pour mille pour les titres de créance.

⁴ La simulation est effectuée sur un taux de 0,30 pour mille pour les titres de capital et 0,015 pour mille pour les titres de créance.

⁵ Documents contrôlés lors des opérations réalisées sur les marchés réglementés et par APE.

⁶ Opérations sur titres de créances négociables ou assimilés.

⁷ La simulation est effectuée sur un taux fixé à 0,10 pour mille pour les titres de capital et 0,02 pour mille pour les titres de créance.

<u>Contribution annuelle</u>			<u>Contribution annuelle</u>			
PSI, à l'exception des sociétés exerçant à titre principal l'activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers ; par service d'investissement Membres non PSI des marchés réglementés Succursales établies en France de PSI ayant leur siège social dans un Etat membre de l'EEE (Contributions CMF)	4800 €	2000 : 4 853 062 2001 : 5 043 318 2002: 5 580 000	PSI exerçant leur activité en France et teneurs de comptes conservateurs :	Montant par service : 2000 €/3000 €	4 817 000	6 725 000
Membre d'un marché réglementé non PSI (contributions CMF)	Cf supra		Membres des marchés réglementés non PSI	500 €/1000€	35 000	70 000
Contribution annuelle fixée en accord avec l'opérateur (contributions CMF)	525 000 € Euronext Clearnet, 325 000 € Euroclear France	2000 : 1 375 000 2001 : 1 375 000 2002: 1 375 000	Contribution annuelle proportionnelle au produit d'exploitation des dépositaires centraux et gestionnaires de système de règlement-livraison, entreprises de marché, chambres de compensation et des personnes morales ayant pour objet principal ou unique l'activité de compensation d'instruments financiers	Pas de minimum. Simulation effectuée avec un taux de 0,15% du CA. Maximum de 0,3% du CA	870 000⁴	1 740 000:

¹ La simulation est effectuée sur un taux fixé à 0,02 pour mille pour les titres de capital et 0,05 pour mille pour les titres de créance

² majorée de 50, 100, 200 ou 300 % en fonction du niveau des fonds propres ; minorée de 50 % pour les personnes morales dont les fonds propres sont inférieurs à 45 MEuros et pour les succursales de PSI européens ; dans la limite d'un plafond global par groupe ou ensemble fixé à 250.000 euros.

³ Contribution forfaitaire par service d'investissement (sauf gestion) et service connexe pour lequel agrément ; multipliée en fonction du niveau des fonds propres ; dans la limite d'un plafond global par groupe ou ensemble fixé à 250.000 €.

⁴ Estimation à partir des CA de Euronext et Euroclear France.

<u>Contribution annuelle proportionnelle à l'encours géré (redevances COB / gestion)</u>			<u>Contribution annuelle proportionnelle à l'encours géré</u>			
<p>Sociétés de gestion de portefeuille</p> <p>PSI autorisés à fournir le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers</p> <p>SICAV</p> <p>Sociétés de gestion de fonds communs de placement</p> <p>SCPI</p> <p>Sociétés de gestion de FCC</p>	<p>Redevance annuelle¹</p> <p>0,005 pour mille</p> <p>Plancher 1500 €</p> <p>0,01 pour mille</p> <p>0,01 pour mille</p> <p>Plancher 1500 €</p> <p>0,01 pour mille</p> <p>0,01 pour mille</p> <p>Plancher 1500 €</p>	<p>2000 : 6.688.220</p> <p>2001 : 8.006.811</p> <p>2002 : 7.936.542</p> <p>2000 : 15.614.000</p> <p>2001 : 17.193.000</p> <p>2002 : 14.000.000²</p>	<p>SGP et PSI autorisés à fournir le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers</p> <p>SICAV autogérés</p> <p>SGO</p> <p>Sociétés de gestion de SCPI</p> <p>Sociétés de gestion de FCC</p>	<p>Montant égal à l'encours des parts ou actions des OPCVM, des FCC et des SCPI et de l'encours géré sous mandat, multiplié par un taux de 0,015 pour mille, sans pouvoir être inférieur à 1500 €</p>	<p>24.520.000³</p>	<p>24.520.000</p>
Biens divers (COB)	8000 €	<p>2000 : 9.230</p> <p>2001 : 2.948</p> <p>2002 : ND</p>	Biens divers	6000 €/8000 €	2001 : 2.211	2001 : 2.948

¹ fixée à 1.500 € ou à la somme la plus élevée : d'une part, de 0,005 pour mille des encours gérés sous mandat et d'autre part, de 0,01 pour mille de l'encours des parts qu'elles gèrent

² Extrapolation des cotisations sur les 11 premiers mois.

³ Montant global pour les redevances sur encours pour tous les produits, à l'exception des produits européens autorisés à la commercialisation en France.

Total COB + CMF		2000 : 68 489 963 € 2001 : 50 161 065 € 2002 : 39 707 234 €	Total pour l'AMF		39.699.864 € en 2002	48.537.405 € en 2002
------------------------	--	--	-------------------------	--	---------------------------------------	---------------------------------------

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

2. Modalités de recouvrement

Le nouvel article **L. 621-5-4** prévoit que les taxes perçues par l'AMF sont liquidées, ordonnancées et recouvrées selon les modalités prévues pour le recouvrement des recettes des établissements publics administratifs de l'Etat.

Les contestations relatives à ces taxes sont portées devant le tribunal administratif qui connaît aujourd'hui des recours relatifs aux redevances de la COB et qui est compétent en matière de contributions indirectes.

Un décret fixera les conditions (notamment la date) dans lesquelles ces taxes seront acquittées.

Plusieurs dispositions sont prévues dans la loi pour **inciter les redevables** :

- **à payer leurs droits et contributions dans les temps** : à compter de la date de réception de l'avis de paiement, le délai de paiement est de trente jours. A compter du trente-et-unième jour, le montant dû est donc majoré du taux d'intérêt légal mensualisé par mois de retard (tout mois entamé étant compté en entier) ;

- **à fournir les renseignements demandés pour l'établissement de leur contribution** : si le redevable ne donne pas les renseignements demandés pour établir l'assiette de sa contribution et sa mise en recouvrement, il est soumis à une majoration du montant dû de 10 % ; il reçoit alors, par pli recommandé, une mise en demeure de déposer dans les trente jours ces renseignements ; s'il ne fournit toujours pas ces renseignements dans ce délai, la majoration peut être portée à 40 %, et même à 80 % en cas de deuxième mise en demeure ; ces majorations de 10 %, 40 % et 80 % ne peuvent être prononcées avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de la notification du document indiquant au redevable la majoration qu'il est envisagé de lui appliquer, les motifs de celle-ci et la possibilité dont il dispose de présenter dans ce délai ses observations.

Le contrôle des déclarations est effectué par les enquêteurs de l'AMF¹. A cette fin, ils peuvent demander tous renseignements, justifications ou éclaircissements relatifs aux déclarations souscrites.

¹ Sur leurs conditions d'habilitation, voir l'article 10 du présent projet de loi.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

1. Un mode de financement très volatile

Le mode de financement de l'AMF, qui reproduit celui de la COB et celui du CMF, est **très volatile** puisqu'il est en grande partie constitué par des ressources sur opérations¹ qui sont tributaires du dynamisme du marché.

Comme le montrent les tableaux ci-dessous pour la COB et le CMF, les différentes années présentent des profils très dissemblables selon la conjoncture sur les marchés financiers.

Le budget de la COB (1998-2002)

COB (en €)	2002 (prév.)	2001	2000	1999	1998
Dépenses de fonctionnement	31 663 956	26 984 500	24 104 900	21 950 600	19 460 000
Dépenses d'investissement	5 950 800	2 379 300	10 061 400	1 521 100	4 240 000
Recettes (redevances, rentrées diverses, produits des amortissements)	27 856 000	38 660 500	53 304 200	57 318 500	30 750 000
% <i>Redevances sur opérations</i>	50%	60%	67%	76%	63%
% <i>Redevances sur actifs gérés</i>	50%	40%	33%	24%	37%
Solde	- 3 873 956	9 296 800	19 137 800	33 846 800	7 050 000

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le budget du CMF (1998-2002)

CMF (en €)	2002 (prév.)	2001	2000	1999	1998
Charges	9 811 900	9 080 500	8 188 100	6 540 700	5 797 619
Investissements	812 800	862 200	1 817 100	1 330 400	N/a
Recettes (cotisations, vente de publications, produits financiers, produits exceptionnels)	9 792 000	8 553 800	8 885 200	11 199 600	8 447 825
% <i>des cotisations sur offres publiques</i>	19%	25%	30%	40%	32%
% <i>des cotisations sur PSI et assimilés</i>	59%	60%	55%	47%	48%
% <i>des cotisations sur infrastructures de marché</i>	22%	15%	15%	13%	20%
Résultat net	- 19 900	- 594 200	836 300	4 428 600	2 650 248

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

¹ Les tableaux ci-dessous indiquent qu'à la COB ces ressources peuvent représenter entre la moitié et les trois quarts des ressources ; au CMF, entre 20 et 40 %.

Le budget prévisible de l'AMF (2003-2005)¹

AMF (en M €)	2003	2004		2005	
		Hypothèse haute*	Hypothèse basse**	Hypothèse haute	Hypothèse basse
Dépenses de fonctionnement ²	42,9	45	-	47,4	-
Dépenses d'investissement	3,5	3,3	-	3,7	-
Recettes	39	50,5	46,3	51,2	47,1
Solde***	-7,3	2,2	-1,9	0,1	-4

* progression des marchés permettant d'accroître les contributions sur émissions de titres au niveau de la moyenne des années 98/2002 majorée de 20% ; accroissement des contributions sur prestataires et sur gestions de 5% par an

** progression des marchés permettant de fixer les contributions sur émissions au niveau de la moyenne des années 99/2002 ; accroissement des contributions sur prestataires et sur gestions de 5% par an

*** sans prise en compte de synergies ou de coûts de fusion.

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Ce profil de financement en « dents de scie » n'est pas véritablement adapté aux missions, pérennes et stables, de l'autorité boursière.

L'activité de régulation des marchés financiers français

	1999	2000	2001	2002
Marchés				
Capitalisation boursière sur les marchés réglementés	1493 Mds €	1541 Mds €	1319 Mds €	928 Mds €
Nombre de sociétés cotées sur des marchés réglementés	967 dont 165 étrangères	965 dont 155 étrangères	936 dont 142 étrangères	874
Transactions sur les systèmes et de gré à gré	N/s	N/s	1218 Mds €	1196 Mds €
	L'AMF contrôlera en outre les "infrastructures de marché" françaises (Euronext, Clearnet, Euroclear France), en liaison avec les régulateurs belge, néerlandais, portugais et britannique.			

¹ Par comparaison, les budgets 2002 de la SEC et de la CONSOB s'établissent respectivement à 450 millions de dollars (776 prévus en 2003 compte tenu de l'augmentation de la charge de travail liée à la loi Sarbanes-Oxley) et 56 millions d'euros.

² A effectifs constants.

Acteurs				
Prestataires de services d'investissement autres que SGP ¹	464 EC+ 162 EI	442 EC+ 166 EI	416 EC+ 164 EI	392 EC+ 151 EI
Sociétés de gestion de portefeuille (SGP) et d'OPCVM	473	484	520	536
Opérations et instruments financiers				
Encours des OPCVM de droit français (y compris à procédure allégée)	660 Mds€	766 Mds€	800 Mds€	803 Mds €
Visas de notes d'information	1630	2084	1482	1274
Offres publiques d'acquisition ouvertes dans l'année	131	123	84	96
Inspection et sanctions				
Situations de marché examinées (COB)	1212	1025	1283	1404
Missions d'inspection (CMF) et ouvertures d'enquêtes (COB)	32 + 89	44 + 89	27 + 90	44+ 80
Sanctions prononcées (COB + CMF + CDGF)	11 + 6 (+ 5 mises en garde) + 0	0 + 10 (+ 2 mises en garde) + 1	7 + 7 (+ 5 mises en garde) + 18	5 (+2 mises en garde) + 9

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

Afin de renforcer l'indépendance financière de l'AMF votre commission vous soumet un **amendement** prévoyant que **les décrets fixant les taux des taxes perçues par l'AMF sont pris sur proposition du collège de l'AMF** :

2. Des personnes contrôlées non contributrices

Il apparaît en outre des « **trous** » **dans le mode de financement de l'AMF** puisque certaines personnes contrôlées ne contribuent pas au financement de l'AMF :

- c'est le cas notamment des **conseillers en investissements financiers (CIF)** ; toutefois, avant d'envisager de mettre en place un droit fixe sur ces personnes, il conviendra d'envisager les coûts de recouvrement qu'il engendrerait pour l'AMF ;
- c'est également le cas des émetteurs qui ne font aucune opération alors que l'AMF exerce à leur profit le **contrôle de l'information permanente** : l'instauration d'une taxe modique sur l'ensemble

¹ EC : établissement de crédit ; EI : entreprise d'investissement.

des émetteurs faisant appel public à l'épargne pourrait ainsi être envisagée.

3. La position de votre commission des finances

C'est pourquoi votre commission vous soumet **deux amendements** visant à instaurer deux nouvelles taxes pérennes au profit de l'AMF :

- **l'une sur tous les émetteurs faisant appel public à l'épargne**, sous la forme d'un droit fixe annuel différencié selon que les titres émis donnent ou peuvent donner accès au capital (entre 3.000 et 5.000 euros), ou non (entre 1.000 et 3.000 euros)¹ ;

- **l'autre sur les CIF**, sous la forme d'un droit annuel fixé par décret entre 500 et 1.500 euros² ; cette taxe n'entrerait en vigueur qu'à compter du 1^{er} janvier 2005 afin de permettre au préalable la mise en place du statut.

Il faut rappeler toutefois que la COB dispose aujourd'hui d'un **confortable fonds de roulement**, de l'ordre de 55 millions d'euros au 31 décembre 2003³.

En outre, la mise en œuvre des taxes pourrait rapporter à l'AMF jusqu'à⁴ 7 millions d'euros supplémentaires par an par rapport à la situation actuelle de la COB et du CMF. Il conviendra donc de bien calibrer ces nouvelles taxes **afin qu'elles ne conduisent pas à la constitution d'un « trésor de guerre » à l'AMF**, qui serait mal ressenti par les personnes contrôlées.

Votre commission des finances souhaite en outre renforcer l'autonomie financière de l'AMF en prévoyant que **les décrets de fixation des taux** des taxes qu'elle perçoit **sont pris sur avis de son collègue**. Elle vous soumet **un amendement** en ce sens.

¹ En contrepartie, la taxe sur le document de référence est supprimée (3^o du I de l'article L. 621-5-3 proposé par le présent article).

² Au Royaume-Uni la taxe minimum est de 1.500 livres sterling. La population des CIF étant aujourd'hui très mal connue (1000, 2000, 3000 personnes ?), il est difficile d'évaluer le produit attendu d'une telle taxe. Il conviendra également d'évaluer si les coûts de recouvrement (à la charge de l'AMF) ne seront pas trop élevés s'agissant d'une population nombreuse et dispersée.

³ Grâce aux excédents cumulés qui génèrent en outre des produits financiers.

⁴ En cas d'application des taux plafonds.

IV. ASPECTS COMPTABLES

Le présent article introduit dans le code monétaire et financier un article L. 621-5-5 qui prévoit :

- que l'AMF, comme la COB actuellement, **n'est pas soumise au contrôle *a priori* de ses dépenses**¹ (conformément au principe de l'autonomie financière) ;

- qu'un décret en Conseil d'Etat fixe **le régime comptable de l'AMF** et les modalités d'application de cet article.

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

¹ C'est le sens de l'exclusion des dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées.

Section 2
Attributions

ARTICLE 8

Pouvoir réglementaire et de décision individuelle

Commentaire : le présent article est relatif au pouvoir réglementaire et de décision individuelle de l’Autorité des marchés financiers (AMF).

Le présent article propose :

- dans son **I**, un nouvel intitulé pour la section du code monétaire et financier actuellement relative au pouvoir réglementaire de la Commission des opérations de bourse (COB)¹ : « Réglementation et décisions » ;
- dans son **II**, une nouvelle rédaction de l’actuel article L. 621-6 pour conférer à l’AMF un pouvoir réglementaire et de décision ;
- dans son **III**, une nouvelle rédaction de l’actuel article L. 621-7 pour y détailler le contenu du règlement général de l’AMF ;
- dans son **IV**, un nouvel article L. 621-7-1 pour prévoir la compétence du ministre en cas de carence de l’AMF.

¹ Cette sous-section 1 de la section 4 du chapitre 1^{er} du titre II du livre V du code monétaire et financier est actuellement intitulée : « Réglementation ».

I. POUVOIR RÉGLEMENTAIRE ET POUVOIR DE DÉCISION

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

1. Le pouvoir réglementaire et de décision de la COB

Dans plusieurs de ses décisions¹, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne faisaient pas obstacle à ce qu'une loi confère un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante dans certaines conditions².

C'est ainsi que la COB, en tant qu'autorité administrative indépendante, dispose d'un **pouvoir réglementaire** d'application de la loi, subordonné et spécialisé.

L'article **L. 621-6** du code monétaire et financier dispose ainsi que « *pour l'exécution de sa mission, la commission peut prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle³ ou prescrivant des règles de pratique professionnelle* » qui s'imposent :

- aux émetteurs (« *aux personnes faisant publiquement appel à l'épargne* »),

- ainsi que notamment aux prestataires de services d'investissement (« *aux personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres⁴* »).

Ces règlements sont **publiés au Journal officiel** de la République française, après **homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie**.

En vertu du même article L. 621-6, la COB peut également adopter des **instructions et recommandations** qui ne sont pas des actes réglementaires. Ils visent à préciser l'interprétation et les modalités d'application de ses règlements. Ces actes sont publiés dans le bulletin de la COB à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la date de leur transmission au ministre chargé de l'économie.

¹ Décisions n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 et n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.

² Ce pouvoir s'exerce dans le respect des lois et décrets et ne porte que sur « des mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu ».

³ Lorsqu'ils concernent un marché déterminé, les règlements COB sont pris après avis de la ou des autorités du marché considéré.

⁴ L'article L. 621-7 du code précité précise que seule la COB est compétente pour établir les règles de bonne conduite relatives au service de gestion de portefeuille pour compte de tiers.

Par ailleurs, de nombreux articles du code monétaire et financier prévoient que la COB dispose en certaines matières et dans le cadre de sa mission, d'un **pouvoir de décision individuelle**.

2. Le pouvoir réglementaire et de décision du CMF

Le législateur peut aussi confier un pouvoir réglementaire à une personne autre que l'Etat. Le Conseil constitutionnel a encadré cette possibilité en prévoyant que la loi devait définir avec précision le champ de ces règles et que leur entrée en vigueur était conditionnée à une homologation ministérielle¹.

Le Conseil des marchés financiers (CMF), personne morale de droit privé, dispose ainsi d'un **pouvoir réglementaire** dans son champ de compétence. Il peut en effet, en vertu de l'article **L. 622-7** du code monétaire et financier, établir un **règlement général, homologué par arrêté du ministre chargé de l'économie**, après avis de la COB et de la Banque de France. L'arrêté du ministre et le règlement général sont **publiés au *Journal officiel*** de la République française.

Le CMF dispose en outre d'un **pouvoir de décision** prévu à l'article **L. 622-8** du code monétaire et financier : il peut ainsi, pour l'application de son règlement général et l'exercice de ses autres compétences, « **prendre des décisions de portée générale ou individuelle** ».

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 621-6 du code monétaire et financier : l'AMF, « *pour l'exécution de ses missions* », prend un « **règlement général** ». Celui-ci est publié au ***Journal Officiel*** de la République française après **homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie**². Le contenu de ce règlement général est précisé à l'article L. 621-7 dont la rédaction est issue du III du présent article.

L'exposé des motifs du présent projet de loi précise que l'AMF devra procéder à de larges **consultations avant de prendre ces textes**. Estimant qu'en faire une obligation de niveau législatif serait trop rigide, il suggère que l'AMF adopte un code de conduite sur les modalités de consultation

¹ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.

² On remarque que l'avis de la Banque de France, prévu pour le règlement général du CMF, n'est plus nécessaire dans la mesure où un représentant de la banque centrale siège désormais à part entière au collège de l'AMF (voir sur ce point le commentaire de l'article 3 du présent projet de loi).

(utilisation d'internet, délais, traitement des réponses, etc.) sur l'exemple du comité européen des régulateurs de valeurs mobilières.

Par ailleurs, l'AMF, comme la COB, peut publier¹ des actes non réglementaires tels que des **instructions et des recommandations** qui servent à préciser l'interprétation du règlement général.

Outre son règlement général, l'AMF peut prendre d'autres actes faisant grief : ce sont des **décisions individuelles**, prise pour l'application de son règlement général et l'exercice de ses autres compétences.

II. LE CONTENU DU RÈGLEMENT GÉNÉRAL DE L'AMF

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le contenu des règlements COB est actuellement déterminé par le champ, large, de l'article L. 621-6 précité du code monétaire et financier ainsi que par diverses dispositions éparpillées dans le même code et qui renvoient au cas par cas à un règlement COB.

A l'inverse, le contenu du règlement général du CMF est défini de façon très détaillée dans l'article L. 622-7 du même code.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **III** du présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 621-7 du code monétaire et financier qui détaille le contenu du règlement général de l'AMF en reprenant essentiellement le contenu actuel des règlements COB et du règlement général du CMF.

1. Un contenu très détaillé

Il est donc prévu que le règlement général de l'AMF détermine « *notamment* »² sept grandes catégories de règles, dont l'énumération constitue en quelque sorte le « plan » du futur règlement général.

¹ La procédure des 15 jours de délai après transmission au ministre, prévue pour la COB, disparaît.

² Cet adjectif peu normatif a été retenu afin de ne pas limiter de façon trop stricte le contenu du règlement général.

I. « *Les règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux émetteurs faisant **appel public à l'épargne**, ainsi que les règles qui doivent être respectées par les opérations sur des instruments financiers placés par appel public à l'épargne* ». Il s'agira de la reprise des règles contenues dans des règlements COB¹.

II. « *Les **règles relatives aux offres publiques d'acquisition** portant sur des instruments financiers émis par appel public à l'épargne* ». Aujourd'hui, ces règles sont fixées tant par la COB² que par le CMF³. Le champ couvert est toutefois plus large car il ne s'agira pas seulement des instruments cotés mais de tous les titres financiers émis par appel public à l'épargne.

La conditionnalité des offres publiques

Parmi les règles applicables aux offres publiques contenues dans le règlement général de l'AMF, figureront les règles relatives à la conditionnalité des offres publiques (aujourd'hui présentes dans le règlement général du CMF).

En décembre 2001, votre rapporteur, constatant que le droit boursier ne permettait pas de conditionner une offre publique d'acquisition à l'octroi d'une autorisation publique, avait déposé une **proposition de loi**⁴ modifiant le code monétaire et financier. Cette proposition de loi prévoyait :

1- d'inscrire dans la loi le principe d'irrévocabilité des offres ;

2- de prévoir que le règlement général du CMF précise les modalités d'application et d'appréciation de cette irrévocabilité et peut apporter des exceptions ou permettre que des offres publiques soient soumises à des conditions.

Un arrêté du 15 novembre 2002 a apporté satisfaction à ces propositions.

En effet, le règlement général du CMF a été modifié afin de prévoir la conditionnalité des offres publiques faisant l'objet d'une notification au titre du contrôle des concentrations, soit à la Commission européenne, soit au ministre chargé de l'économie, soit à une autre autorité compétente. Dans ce cas⁵, l'initiateur peut stipuler dans son offre une condition suspensive de la clôture de l'offre liée à l'obtention de l'autorisation attendue de l'autorité de la concurrence et son offre devient caduque dès lors qu'une procédure d'enquête approfondie est engagée par l'autorité de la concurrence.

III. « *Les règles de bonne conduite et les autres obligations professionnelles⁶ que doivent respecter à tout moment* » **les personnes placées sous le contrôle de l'AMF**⁷. Ces règles doivent « *tenir compte de la*

¹ Reprise d'une partie du texte de l'actuel article L. 621-6 du code précité.

² Voir article L. 621-8 du code précité.

³ Voir articles L. 433-1 et suivants du code précité qui renvoient au règlement général du CMF.

⁴ Proposition de loi Sénat n° 162 (2001-2002) relative à certaines adaptations du droit boursier.

⁵ Prévu au nouvel article 5-1-3-3 du règlement général.

⁶ Par rapport à la rédaction actuelle de l'article L. 622-7 du code précité, sont ajoutés les termes « et autres obligations professionnelles » afin d'y inclure des normes prudentielles de gestion.

⁷ Ce sont les personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9 du code précité tel que modifié par l'article 10 du présent projet de loi. De façon un peu schématique, il s'agit des prestataires de services d'investissement agréés ou en libre établissement en France, des personnes

compétence financière de la personne à laquelle le service est rendu »¹. Actuellement, ces règles sont fixées par le règlement général du CMF², à l'exception de celles relatives au service de gestion de portefeuille qui relèvent de la COB³.

IV. Diverses règles concernant les prestataires de services d'investissement (PSI), les entreprises de marché et les membres des marchés réglementés, les chambres de compensation et leurs adhérents. Ces règles figurent actuellement dans le règlement général du CMF⁴. Il s'agit :

1. des conditions d'exercice par les PSI des services d'investissement⁵ ;

2. des conditions d'exercice des activités des adhérents des chambres de compensation⁶ ;

3. des conditions dans lesquelles peut être délivrée ou retirée une carte professionnelle aux personnes physiques placées sous l'autorité ou agissant pour le compte des PSI, des entreprises de marché, des membres des marchés réglementés, des chambres de compensation et de leurs adhérents⁷ ;

4. des règles applicables aux PSI en libre prestation de services ou libre établissement⁸ ;

5. des conditions dans lesquelles certains PSI peuvent intervenir en qualité de non-ducroire⁹ ;

6. des conditions dans lesquelles certaines personnes physiques ou morales peuvent être habilitées à fournir les services d'exécution d'ordres pour

autorisées à exercer la conservation et l'administration d'instruments financiers, des dépositaires centraux, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison d'instruments financiers, des membres des marchés réglementés, des entreprises de marché, des chambres de compensation d'instruments financiers, des organismes de placements collectifs et leurs sociétés de gestion, des intermédiaires en biens divers, des personnes habilitées à procéder au démarchage, des conseillers en investissements financiers.

¹ Reprise d'une mention actuellement prévue à l'article L. 622-7 précité.

² Voir 1. du II de l'article L. 622-7 précité.

³ Voir l'article L. 621-7 du code précité.

⁴ Voir le II de l'article L. 622-7.

⁵ Voir première partie du 2. du II de l'article L. 622-7 précité.

⁶ Voir deuxième partie du 2. du II de l'article L. 622-7 précité.

⁷ Voir 3. du II de l'article L. 622-7 précité ; cet article prévoit également la délivrance et le retrait d'une carte professionnelle pour les personnes physiques agissant pour le CMF lui-même. Ces personnes auraient pu être des enquêteurs habilités par le CMF mais il ne s'est jamais servi de ces cartes professionnelles, la disposition est donc obsolète, elle n'est pas reprise.

⁸ Voir 6. du II de l'article L. 622-7 précité.

⁹ Voir 7. du II de l'article L. 622-7 précité.

le compte de tiers et de négociation pour compte propre sur un marché réglementé sans avoir la qualité de PSI¹ ;

7. des conditions dans lesquelles l'AMF approuve les règles des chambres de compensation², sans préjudice des compétences conférées à la Banque de France par l'article L. 141-4 du code monétaire et financier.

V. Diverses règles concernant les activités de gestion pour le compte de tiers et les placements collectifs. Ces règles relèvent actuellement des règlements COB. Il s'agit :

1. des conditions d'exercice de l'activité de PSI qui fournissent à titre exclusif ou principal le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers et des conditions d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille ;

2. des conditions d'agrément et d'exercice de l'activité des sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs ;

3. des conditions d'agrément des organismes de placements collectifs.

. VI. Diverses règles concernant la conservation et l'administration d'instruments financiers, les dépositaires centraux et les systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers. Ces règles relèvent actuellement du règlement général du CMF³. Il s'agit :

1. des conditions d'exercice des activités de conservation ou d'administration d'instruments financiers par les personnes morales qui effectuent des opérations par appel public à l'épargne et les intermédiaires habilités à ce titre⁴ ;

2. des conditions d'habilitation par l'AMF des dépositaires centraux ainsi que des conditions dans lesquelles elle approuve leurs règles de fonctionnement⁵ ;

3. des principes généraux d'organisation et de fonctionnement des systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers et les conditions dans lesquelles l'AMF approuve leurs règles de fonctionnement¹.

¹ Voir 8. du II de l'article L. 622-7 précité.

² Voir 4. du II de l'article L. 622-7 précité. L'ajout sur la compétence de la Banque de France est lié aux modifications intervenues récemment dans la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite MURCEF qui donnent compétence à la Banque de France en matière de surveillance de la sécurité des systèmes de compensation, de règlement et de livraison d'instruments financiers.

³ Voir IV de l'article L. 622-7 précité.

⁴ Voir 2. du IV de l'article L. 622-7 précité.

⁵ Voir 3. du IV de l'article L. 622-7 précité.

VII. Diverses règles concernant les marchés réglementés d'instruments financiers ; ces règles relèvent actuellement tant de la COB que du CMF². Il s'agit :

1. des principes généraux d'organisation et de fonctionnement que doivent respecter les marchés réglementés, ainsi que les règles relatives à l'exécution des transactions sur instruments financiers admis sur ces marchés³ ;

2. des conditions dans lesquelles l'AMF propose la reconnaissance ou le retrait de la qualité de marché réglementé⁴ ;

3. des conditions de dérogation à l'obligation de centralisation des ordres⁵ ;

4. des règles relatives à l'information de l'AMF et du public concernant les ordres et les transactions sur instruments financiers admis sur un marché réglementé⁶.

2. L'extension facultative de la compétence de l'AMF aux marchés non réglementés

Il est en outre prévu que le règlement général de l'AMF « *peut également fixer des règles de fonctionnement applicables aux marchés d'instruments financiers autres que les marchés réglementés* ».

On distingue les marchés réglementés (qui ne font pas l'objet d'une définition fonctionnelle mais qui sont ceux qui bénéficient de cette reconnaissance par arrêté du ministre chargé de l'économie⁷) et les « marchés d'instruments financiers autres que les marchés réglementés ».

Dans cette deuxième catégorie, la doctrine distingue les marchés de gré à gré « purs » (transactions bilatérales entre opérateurs) et les marchés organisés (par exemple le marché libre dont les règles de fonctionnement sont

¹ Voir 4. du IV de l'article L. 622-7 précité.

² Voir III de l'article L. 622-7 précité.

³ Voir 1. du III de l'article L. 622-7 précité.

⁴ Voir 2. du III de l'article L. 622-7 précité.

⁵ Voir 3. du III de l'article L. 622-7 précité.

⁶ Il s'agit en partie d'une reprise du 1. du III de l'article L. 622-7 qui mentionne le « compte-rendu et la publicité des transactions », mais de façon plus extensive puisque les ordres sont également visés, ce qui englobe donc aussi les ordres non exécutés qui n'entrent pas dans le champ de la rédaction actuelle de l'article L. 622-7.

⁷ En vertu de l'article L. 421-1 du même code : « La reconnaissance de la qualité de marché réglementé d'instruments financiers est décidée par arrêté du ministre chargé de l'économie sur la proposition du CMF et après avis de la COB ainsi que de la Banque de France ».

moins exigeantes que pour les marchés réglementés mais qui répondent néanmoins à un certain nombre d'exigences minimales).

On assiste actuellement à l'émergence et au développement de plateformes électroniques de négociation qui soit prennent la forme d'un marché réglementé, soit demeurent sous le simple statut de l'entreprise d'investissement (fournissant les services d'exécution d'ordre pour compte de tiers ou de négociation). Actuellement, le CMF contrôle ces plates-formes sous statut d'entreprise d'investissement en contrôlant leurs programmes d'activité et en vérifiant qu'ils comportent des règles minimales de fonctionnement pour le bon déroulement de leurs transactions.

Par la présente disposition, le gouvernement souhaite donner une base légale pour établir, le cas échéant, une réglementation de l'AMF sur ces plates-formes électroniques de négociation.

Précisons toutefois qu'il n'est pas question pour l'AMF de réglementer les marchés de gré à gré « purs ».

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Afin de confier à l'AMF le soin d'édicter, en tant que de besoin, une réglementation relative aux **analystes financiers**¹, votre commission vous soumet **un amendement** visant à prévoir que le règlement général de l'AMF fixe des règles applicables aux analystes financiers.

En effet, il n'existe actuellement en France aucune norme législative ou réglementaire concernant les analystes financiers, mais seulement des dispositions dans le règlement général du Conseil des marchés financiers.

Au titre II du règlement général du CMF concernant les prestataires de services d'investissement, les analystes financiers sont mentionnés dans le chapitre IV relatif aux règles d'organisation ces prestataires.

Le règlement dispose que les personnes physiques placées sous l'autorité ou agissant pour le compte d'un prestataire habilité doivent être titulaires d'une carte professionnelle lorsqu'elles exercent les fonctions d'analyste financier. Les cartes professionnelles sont attribuées par l'employeur.

Le titre III relatif aux règles de bonne conduite applicables aux prestataires habilités, évoque également l'analyse financière. Par décision

¹ En complément des dispositions législatives proposées par votre commission sous forme d'article additionnel après l'article 33 du présent projet de loi.

n° 2002-01, le CMF a précisé ces « règles de bonne conduite » édictées dans son règlement général.

Votre commission souhaite aller plus loin et confier à l'Autorité des marchés financiers un véritable rôle de réglementation de la profession.

Il faut rappeler que la loi Sarbanes-Oxley entrée en vigueur le 30 juillet 2002 a confié à la *Securities and Exchange Commission* (SEC), équivalent de la COB française, le soin, dans un délai d'un an, **de prendre des mesures pour prévenir les conflits d'intérêts des analystes financiers, et renforcer l'objectivité de la recherche financière.** La SEC est également chargée, dans un délai d'un an, de prendre des mesures pour exiger de tout analyste une publication dans chaque rapport de recherche des conflits d'intérêts à la date de distribution du rapport.

Si la situation de la recherche financière française n'est pas identique à celle de la recherche financière américaine, il apparaît pourtant nécessaire de **confier une compétence générale à l'Autorité des marchés financiers en la matière**, celle-ci étant par ailleurs l'interlocutrice privilégiée de la SEC américaine. On observera en complément que la réflexion sur la recherche financière existe également en Grande-Bretagne où la *Financial Services Authority* (FSA), a publié un rapport le mois dernier sur le thème des analystes financiers et des agences de notation.

Enfin, le paragraphe 5 de l'article 6 de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (dite « directive abus de marché ») dispose que « ***les États membres s'assurent qu'il existe une réglementation appropriée pour garantir que les personnes qui réalisent ou diffusent des travaux de recherche concernant des instruments financiers ou des émetteurs d'instruments financiers ou les personnes qui produisent ou diffusent d'autres informations recommandant ou suggérant une stratégie d'investissement, destinés aux canaux de distribution ou au public, veillent, avec une attention raisonnable, à ce que l'information soit présentée de manière équitable et mentionnent leurs intérêts ou l'existence de conflits d'intérêts en rapport avec les instruments financiers auxquels se rapporte cette information. Ils portent cette réglementation à la connaissance de la Commission.*** »

En conclusion, la disposition proposée permet :

1) **De définir dans la loi l'activité de production d'analyses financières** (*l'activité des personnes qui, à titre de profession habituelle, produisent ou diffusent des analyses financières sur les personnes morales émettrices d'instruments négociés sur un marché, ou dont l'admission à la négociation est demandée en vue de formuler, et le cas échéant diffuser une*

opinion sur l'évolution prévisible desdites personnes morales et, en conséquence sur l'évolution prévisible de leur cours de bourse) ;

2) De confier à l'AMF le soin de définir dans son règlement général **les règles de bonne conduite** s'appliquant aux personnes physiques placées sous l'autorité ou agissant pour le compte des personnes qui produisent ou diffusent des analyses financières, à titre de profession habituelle et les dispositions propres à assurer leur indépendance et la prévention des conflits d'intérêts.

III. UNE PROCÉDURE D'URGENCE EN CAS DE CARENCE DE L'AMF

A. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **III** du présent article propose d'insérer dans le code monétaire et financier un article L. 621-7-1 qui reprend des dispositions actuellement prévues pour le CMF¹ : *« En cas de carence de l'AMF, les mesures urgentes nécessitées par les circonstances sont prises par décret ».*

Il s'agit, selon le gouvernement, d'une sécurité en cas de carence de l'autorité telle que l'empêchement de l'autorité lié à des problèmes de fonctionnement ou encore l'impossibilité d'agir dans certaines matières régaliennes.

B. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur est très dubitatif sur l'opportunité de prévoir une telle mesure qui s'apparente à « l'article 16 » de la Constitution par lequel le Président de la République peut notamment dessaisir le Parlement de son pouvoir législatif ou encore au pouvoir de tutelle du préfet de département à l'encontre d'un maire défaillant. Introduire cette procédure de défiance près de quarante ans après la création de la COB ne paraît pas s'imposer.

Ajoutons que le gouvernement n'a jamais eu à se servir de cette « arme » au CMF et que son inexistence à la COB n'a, semble-t-il, jamais posé problème.

Afin de rendre l'intention du gouvernement plus compatible avec le principe de l'indépendance de l'AMF, votre commission vous propose **un amendement visant à prévoir que le décret de substitution ne peut intervenir qu'après mise en demeure faite par le ministre à l'AMF de prendre les mesures nécessitées par les circonstances, en en précisant bien entendu l'objet.**

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

¹ L'article L. 622-23 du code monétaire et financier est ainsi rédigé : *« En cas de carence du CMF, les mesures nécessitées par les circonstances sont prises d'urgence par décret ».*

Section 3
Surveillance et sanctions

ARTICLE 9

Contrôles et enquêtes

Commentaire : le présent article modifie un intitulé de sous-section du code monétaire et financier.

Le chapitre unique du titre II du code monétaire et financier, consacré à l'Autorité des marchés financiers (AMF), comportera, comme pour la Commission des opérations de bourse (COB) aujourd'hui, sept sections dont la quatrième est relative aux « Pouvoirs ».

La 3^{ème} sous-section de l'actuelle section 4 est actuellement intitulée « Enquêtes ». Cet objet semble quelque peu réducteur des pouvoirs de la COB puisque celle-ci procède non seulement à des enquêtes, décidées au cas par cas, mais aussi à des contrôles réguliers sur un certain nombre d'opérations et d'opérateurs¹.

C'est pourquoi le présent article, qui n'est qu'un **simple article d'architecture du code monétaire et financier**, propose de modifier l'intitulé de la sous-section 3 en « Contrôles et enquêtes ».

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

¹ L'article 10 du présent projet de loi prévoit de nouvelles dispositions relatives à cette activité de contrôle permanent.

ARTICLE 10

Champ des contrôles et des enquêtes de l'AMF

Commentaire : le présent article définit le champ du pouvoir de contrôle et d'enquête de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

A. A LA COB

1. Une mission de surveillance largement définie

D'une façon générale, l'article L. 621-1 qui définit les missions de la Commission des opérations de bourse (COB) précise que celle-ci « *veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers* ».

Il exclut explicitement de son contrôle deux catégories de marchés : « *les marchés d'instruments créés en représentation des opérations de banque* » qui correspondent au **marché interbancaire** et « *les marchés de titres de créances négociables* » (TCN), lesquels sont placés sous la supervision de la Banque de France.

2. Une compétence spécifique pour la gestion

L'article **L. 621-22** prévoit que seule la COB est compétente pour contrôler les prestataires de services d'investissement (PSI) agréés pour exercer le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers ainsi que les sociétés de gestion de portefeuille.

B. AU CMF

A la différence de la COB qui peut diligenter des enquêtes sur « toute personne », le CMF ne peut contrôler que certaines personnes déterminées.

En vertu du I de l'article **L. 622-9** du code monétaire et financier, le Conseil des marchés financiers (CMF) « *veille par des contrôles sur pièces et sur place* » **au respect des obligations professionnelles** (fixées par le code monétaire et financier et son règlement général) de plusieurs catégories de personnes :

- les prestataires de services d'investissement (PSI) exerçant leur activité en France,
- les intermédiaires habilités en vue de la conservation et de l'administration d'instruments financiers,
- les dépositaires centraux,
- les membres des marchés réglementés¹,
- les entreprises de marché,
- les chambres de compensation.

Ce contrôle s'exerce sous réserve des compétences de la Commission bancaire et, en matière de contrôle des personnes fournissant le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers, de la COB.

Le CMF **veille également à la régularité des opérations effectuées sur un marché réglementé.**

Le CMF est également compétent, en vertu de **l'article L. 532-20** du même code, pour **contrôler les PSI en libre prestation de services en France**. Dans le cadre de ce contrôle, « *il examine les conditions d'exercice de leurs activités et les résultats de celles-ci entreprise en tenant compte de la surveillance exercée par les autorités compétentes de l'Etat d'origine* ».

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose une nouvelle rédaction de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier.

¹ Mentionnés à l'article L. 421-8 du même code.

A. LE POUVOIR GÉNÉRAL DE SURVEILLANCE DE L'AMF

Dans le **I** de la rédaction proposée pour l'article L. 621-9, le présent article confère à l'AMF le **pouvoir d'effectuer des contrôles et des enquêtes**, « *afin d'assurer l'exécution de sa mission* ».

Il précise que l'AMF « *veille à la régularité des opérations effectuées sur des titres faisant l'objet d'appel public à l'épargne* ».

Sont expressément **exclus du contrôle de l'AMF** « *les marchés d'instruments créés en représentation des opérations de banque qui, en application de l'article L. 214-4, ne peuvent pas être détenus par des organismes de placement collectif en valeurs mobilières [OPCVM]* ». Cette rédaction est issue de l'actuel article L. 621-1 du code monétaire et financier concernant la COB qui exclut de son contrôle « *les marchés d'instruments créés en représentation des opérations de banque* ». Historiquement, ce marché correspond au **marché monétaire** *stricto sensu* relevant du contrôle des autorités bancaires. Cependant, compte tenu de l'innovation financière, l'expression « *instruments créés en représentation de banque* » peut aujourd'hui couvrir des produits tels que **les dérivés de crédits** que les OPCVM peuvent détenir dans des conditions fixées par décret. C'est pourquoi le texte a été modifié afin de ne pas exclure du contrôle de l'AMF les instruments du marché monétaire qui peuvent être détenus par les OPCVM.

En revanche, **l'AMF a désormais compétence sur les titres de créances négociables (TCN)**¹. Pour la COB, le contrôle de ce marché est expressément exclu par l'actuel article L. 621-1, puisqu'elle ne détient que des compétences sur l'information financière diffusée par les émetteurs de TCN, alors que le CMF a une compétence de contrôle des transactions. L'AMF reprend l'ensemble de ces compétences.

B. LA SURVEILLANCE DES PROFESSIONNELS

1. Les personnes contrôlées

Le **II** de la rédaction proposée par le présent article pour l'article L. 621-9 prévoit que, sur le modèle de ce que fait la COB pour les gestionnaires et le CMF pour les autres PSI, « ***l'AMF veille également au respect des obligations professionnelles auxquelles sont astreintes, en vertu des dispositions législatives et réglementaires, les entités ou personnes*** ».

¹ Sans préjudice des compétences de la Banque de France. Pour plus de détails sur le partage des compétences entre l'AMF et la banque centrale, se reporter au commentaire de l'article 31 du présent projet de loi.

suivantes ainsi que les personnes physiques placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte¹ » :

1° les PSI agréés ou exerçant leur activité en libre établissement en France² ;

2° les personnes autorisées à exercer l'activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers, y compris les dépositaires d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)³ ;

3° les dépositaires centraux et les gestionnaires de système de règlement et de livraison d'instruments financiers⁴ ;

4° les membres des marchés réglementés⁵ ;

5° les entreprises de marché⁶ ;

6° les chambres de compensation d'instruments financiers⁷ ;

7° les organismes de placements collectifs et leurs sociétés de gestion⁸ ;

8° les intermédiaires en biens divers⁹ ;

9° les personnalités habilitées à procéder au démarchage¹⁰ ;

10° les conseillers en investissements financiers¹¹.

¹ L'extension du contrôle à ces personnes physiques constitue, à la lecture des textes, une innovation pour l'AMF mais est parfaitement cohérente avec le fait que la COB, le CMF et la future AMF sanctionnent ces personnes.

² Actuellement soumis au contrôle du CMF en vertu du I de l'article L. 622-9 du même code et à celui de la COB pour le service de gestion en vertu du I de l'article L. 621-22 du même code.

³ Mentionnées à l'article L. 542-1 du code monétaire et financier et actuellement soumises au contrôle du CMF en vertu du I de l'article L. 622-9 précité. S'agissant du cas spécifique des dépositaires d'OPCVM, en tant que teneurs de compte ils sont effectivement soumis au contrôle du CMF mais s'agissant de gestion, ce contrôle est largement conjoint avec la COB.

⁴ Actuellement soumis au contrôle du CMF en vertu du I de l'article L. 622-9 précité. Cet article ne cite que les dépositaires centraux mais confondait dans son champ les gestionnaires de système de règlement et de livraison d'instruments financiers. Il a semblé plus judicieux à partir de maintenant de distinguer les deux activités.

⁵ Mentionnés à l'article L. 421-8 du même code et actuellement soumis au contrôle du CMF en vertu du I de l'article L. 622-9 précité.

⁶ Actuellement soumis au contrôle du CMF en vertu du I de l'article L. 622-9 précité.

⁷ Actuellement soumis au contrôle du CMF en vertu du I de l'article L. 622-9 précité.

⁸ Actuelle compétence de la COB.

⁹ Actuelle compétence de la COB en vertu des articles L. 550-1 et suivants du même code.

¹⁰ Mentionnées aux articles L. 341-3 et L. 341-4 du même code. Leur contrôle par l'AMF constitue une innovation (voir article 39 du présent projet de loi).

¹¹ Leur contrôle par l'AMF constitue une innovation (voir sur ce sujet le commentaire de l'article 42 du présent projet de loi).

2. L'articulation du contrôle de l'AMF avec celui de la commission bancaire et de la Banque de France

L'avant-dernier alinéa du texte proposé par le présent article pour le II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier prévoit que ce contrôle de l'AMF s'exerce sous réserve :

- des **compétences de la commission bancaire** en matière de contrôle prudentiel (sauf pour les personnes fournissant le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers, les organismes en placements collectifs et leurs sociétés de gestion, les intermédiaires en biens divers et les conseillers en investissements financiers pour lesquels, comme la COB actuellement, seule l'AMF a une compétence de contrôle),

- et des **compétences de la Banque de France** lorsqu'il s'agit du contrôle des dépositaires centraux, des gestionnaires de système de règlement et de livraison d'instruments financiers et des chambres de compensation d'instruments financiers pour lesquels elle dispose de compétences détaillées à l'article L. 141-4 du code monétaire et financier.

3. Le contrôle des PSI en libre prestation de services en France

Enfin, le dernier alinéa du texte proposé par le présent article pour le II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier est relatif au **contrôle de l'AMF sur les PSI en libre prestation de services en France**¹, actuellement dévolu au CMF. Ces prestataires ne sont en effet pas mentionnés dans la liste des personnes et entités soumises au contrôle de l'AMF.

Il est ainsi prévu **que l'AMF veille au respect par ces prestataires des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables**, à l'exception des normes de gestion que les PSI « *doivent respecter en vue notamment de garantir leur liquidité, leur solvabilité et l'équilibre de leur structure financière* »². En effet, conformément à la directive sur les services d'investissement, le contrôle prudentiel est assuré par l'Etat d'origine alors que l'Etat d'accueil contrôle le respect des règles de bonne conduite.

Il est également prévu que, comme le CMF actuellement, l'AMF examine en outre « *les conditions d'exercice de leurs activités et les résultats*

¹ Régime de l'article L. 532-18 du même code.

² Ces normes de gestion pour les PSI sont prévues à l'article L. 611-3 du code monétaire et financier qui renvoie lui-même aux normes de gestion applicables aux établissements de crédit prévues à l'article L. 611-2 du même code. Ces normes sont actuellement fixées par le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF). Les dispositions actuelles du III de l'article 24 du présent projet de loi transfèrent cette compétence au ministre chargé de l'économie.

de celles-ci en tenant compte de la surveillance exercée par les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine »¹.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est globalement favorable aux dispositions proposées par le présent article.

Toutefois, soucieuse que le code ne comporte pas de dispositions manifestement redondantes, elle vous soumet **un amendement visant à opérer un renvoi vers les dispositions relatives au contrôle des PSI en libre prestation de service dans l'article L. 532-20** du même code qui traite aussi du contrôle de l'AMF sur ces prestataires.

En outre, **par cohérence avec l'article additionnel après l'article 33²**, votre commission vous soumet **un amendement** visant à prévoir que les analystes financiers et les agences de notation font partie des personnes contrôlées par l'AMF.

Cette compétence générale doit être appréciée en relation avec les dispositions qui vous sont proposées, après l'article 33, concernant la **prévention des conflits d'intérêt en matière de recherche financière et la conservation des documents préparatoires des services d'analyse financière et des agences de notations.**

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

¹ Cette rédaction est exactement la même que celle que l'on retrouve à l'article L. 532-20. Cet article va demeurer dans le code (en remplaçant CMF par AMF et en supprimant une mention à la COB ; voir 22° du II de l'article 35 du présent projet de loi) et ses dispositions vont donc devenir redondantes.

² On se reportera au commentaire de cet article.

ARTICLE 11

Les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle et d'enquête de l'AMF

Commentaire : le présent article prévoit les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle et d'enquête de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

A. À LA COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE

1. Des enquêteurs « maison » dotés de larges pouvoirs

En vertu de l'article L. 621-10 du code monétaire et financier, afin d'assurer l'exécution de sa mission, la Commission des opérations de bourse (COB) dispose **d'enquêteurs habilités par le président**¹. Il s'agit d'agents de la COB qui sont habilités à titre permanent et qui reçoivent, sur cette base, des ordres de mission.

Ces enquêteurs disposent de nombreux pouvoirs. Ils peuvent, pour les nécessités de l'enquête :

- se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support, et en obtenir la copie ;
- convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations² ;
- accéder aux locaux à usage professionnel.

En outre, **le secret professionnel ne peut pas leur être opposé** (sauf par les auxiliaires de justice)³.

¹ Selon des modalités fixées par décret.

² L'article L. 621-11 prévoit que « toute personne convoquée a le droit de se faire assister d'un conseil de son choix. Les modalités de cette convocation et les conditions dans lesquelles est assuré l'exercice de ce droit sont déterminées par décret ».

³ Deuxième alinéa de l'article L. 621-11 du code monétaire et financier.

Pour la recherche des délits boursiers (délits d'initié, de diffusion de fausse information et de manipulation de cours), le président du tribunal de grande instance (TGI) dans le ressort duquel les locaux à visiter sont situés, sur demande du président de la COB, peut autoriser les enquêteurs à effectuer des visites en tous lieux ainsi qu'à procéder à la saisie de documents. L'octroi de l'autorisation est très encadré¹ et la visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée.

2. Le recours à des commissaires au comptes ou des experts judiciaires

L'article L. 621-9 du code monétaire et financier prévoit actuellement que **la COB peut demander «aux commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne ou à un expert inscrit sur une liste d'experts judiciaires de procéder (...) à toute analyse complémentaire ou vérification qui lui paraît nécessaire»** auprès des personnes faisant publiquement appel à l'épargne ainsi qu'auprès des personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres². Les frais et honoraires sont à la charge de la COB.

En outre, en vertu de l'article L. 621-23 du même code, **les commissaires aux comptes des sociétés de gestion de portefeuille (SGP, soumises au contrôle de la COB) sont déliés du secret professionnel à l'égard de la COB**. Ils sont également tenus de lui signaler dans les meilleurs délais différents faits ou décisions³ concernant une SGP dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission.

B. AU CONSEIL DES MARCHÉS FINANCIERS

Au Conseil des marchés financiers (CMF), les inspecteurs reçoivent pour chaque mission un ordre signé du secrétaire général. En outre, la loi de modernisation des activités financières de 1996⁴ a ouvert au CMF la possibilité de déléguer son pouvoir de contrôle et d'interroger les commissaires aux comptes des prestataires de services d'investissement (PSI) contrôlés.

¹ Voir modalités précises à l'article L. 621-12 du même code.

² Il s'agit des personnes mentionnées à l'article L. 621-6 du même code.

³ La nature de ces faits et décisions est précisée dans cet article L. 621-23.

⁴ Aujourd'hui codifiée au code monétaire et financier.

1. La possibilité de déléguer les contrôles

a) Le contrôle des opérations sur les marchés réglementés

En vertu du II de l'article L. 622-9, **le CMF peut déléguer le contrôle** de l'activité et des opérations effectuées par les membres d'un marché réglementé ainsi que par les PSI ayant transmis des ordres sur ce marché, **aux entreprises de marché, et le cas échéant, aux chambres de compensation**. Cette délégation doit faire l'objet d'un protocole d'accord¹. Elle peut être retirée à tout moment.

b) Le contrôle des PSI

Pour le contrôle des PSI, **le CMF peut recourir**, à plusieurs catégories de personnes : à des **corps de contrôle extérieurs**, aux **commissaires aux comptes** de ces PSI², à des experts inscrits sur une liste **d'experts judiciaires** et à des **personnes ou autorités compétentes** dans le domaine des services d'investissement ou des services connexes.

L'expérience du CMF a montré que le recours à des personnes extérieures était précieux pour démultiplier les contrôles effectués et que cette possibilité a largement été utilisée : sur 44 missions d'inspection initiées par le CMF en 2002, 26 ont été confiées à des tiers : 13 au secrétariat général de la commission bancaire, 1 à Euroclear France et 12 à des cabinets d'audit choisis sur appel d'offres.

De nombreuses garanties sont posées pour encadrer le recours à des personnes extérieures : un décret en Conseil d'Etat³ fixe les conditions à ce recours ; les personnes sont soumises aux mêmes obligations de respect du secret professionnel que les agents du CMF ; la supervision est organisée par l'inspection du CMF ; les délégations peuvent être retirées à tout moment ; les suites sont réservées au CMF.

2. Le recours aux commissaires aux comptes

En vertu de l'article L. 622-12, **le CMF peut demander aux commissaires aux comptes d'un PSI ou d'un intermédiaire habilité pour la conservation ou l'administration d'instruments financiers** « *tout renseignement concernant l'application par ce prestataire ou cet*

¹ Le CMF rémunère la personne chargée du contrôle sur la base d'une facturation des frais de journée.

² Ils sont alors autorisés à percevoir une rémunération du CMF au titre de ces contrôles.

³ Prévu à l'article L. 622-14 du même code.

intermédiaire » des dispositions du code monétaire et financier¹ et du règlement général du CMF «*relatives aux règles de bonne conduite ou aux conditions d'exercice des activités de conservation ou d'administration d'instruments financiers* ».

En outre, l'article **L. 622-11** du même code prévoit que les commissaires aux comptes sont tenus de signaler au CMF dans les meilleurs délais certains faits et décisions² concernant un PSI ou un intermédiaire habilité en conservation-administration d'instruments financiers dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission.

3. L'opposabilité du secret professionnel

L'article **L. 622-10** prévoit que dans le cadre des contrôles du CMF³, **le secret professionnel ne peut être opposé ni au Conseil, ni aux personnes auxquelles il a délégué son pouvoir de contrôle.** En particulier, **les commissaires aux comptes** sont déliés du secret professionnel à l'égard du Conseil.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article procède à quelques aménagements du pouvoir d'enquête, actuellement détenu par la COB, en y ajoutant la possibilité d'une délégation de ce pouvoir qui constitue l'originalité du CMF.

Le paragraphe **I** insère trois nouveaux articles dans la sous-section relative aux « contrôles et enquêtes »⁴. Il s'agit des articles L. 621-9-1, L. 621-9-2 et L. 621-9-3.

A. L'HABILITATION DES ENQUÊTEURS

Le texte proposé par le présent article pour l'article **L. 621-9-1** prévoit que c'est désormais **le secrétaire général de l'AMF qui décide de procéder à des enquêtes et qui habilite les enquêteurs.** Ainsi, le président de l'AMF est plus libre pour examiner le rapport d'enquête présenté devant le collège (puisque'il n'en est pas commanditaire) et décider, avec l'ensemble du collège, s'il y a lieu ou non d'ouvrir une procédure de sanction.

¹ Plus précisément, il s'agit des obligations prévues au titre III du livre V de ce code.

² La nature de ces faits et décisions est précisée dans cet article L. 622-11.

³ Tels que définis par l'article L. 622-9 du même code.

⁴ Voir commentaire de l'article 9 du présent projet de loi.

Les conditions d’habilitation sont renforcées par rapport à la situation actuelle à la COB. Certes, les modalités d’habilitation ne seront plus fixées par décret mais dans le règlement général de l’AMF (qui lui même doit être homologué par le ministre chargé de l’économie), mais surtout, afin de veiller à ce qu’elles présentent toutes les garanties nécessaires au bon déroulement des enquêtes, les personnes susceptibles d’être habilitées devront répondre à des **conditions définies par décret en Conseil d’Etat**. Il est notamment prévu que l’habilitation sera délivrée enquête par enquête par la délivrance d’un ordre de mission indiquant précisément l’objet de l’enquête et ses modalités.

Par coordination, le **1° du II** du présent article supprime le premier alinéa de l’article L. 621-10¹ du même code qui prévoyait l’habilitation des enquêteurs de la COB.

B. LES POUVOIRS DES ENQUÊTEURS

Les pouvoirs des enquêteurs de la COB demeurent inchangés pour l’AMF, à l’exception de deux modifications mineures apportées par le présent article.

En matière de **garanties accordées aux personnes convoquées** par les enquêteurs de l’autorité boursière, le **2° du II** du présent article prévoit que c’est un **décret en Conseil d’Etat**² (et non plus un décret simple) qui prévoira les modalités de la convocation des personnes et les conditions dans lesquelles est assuré l’exercice du droit de se faire assister d’un conseil de son choix.

Le **3° du II** du présent article transfère le **pouvoir de demander au président du TGI** de permettre aux enquêteurs d’effectuer des visites en tous lieux et de procéder à la saisie de documents³, du président de la COB au **secrétaire général de l’AMF** qui est désormais compétent en matière d’enquêtes.

¹ Le second alinéa de cet article est maintenu, il est relatif aux pouvoirs des enquêteurs en matière de communication de documents.

² Il s’agira vraisemblablement du décret de procédures prévu à l’article 4 du présent projet de loi.

³ Pouvoir prévu à l’article L. 621-12 du même code.

C. LE RECOURS À DES PERSONNES EXTÉRIEURES

1. La délégation du pouvoir de contrôle

Sur le modèle de ce qui est actuellement prévu au CMF, et afin de démultiplier les contrôles de l'AMF, le texte proposé par le présent article pour l'article **L. 621-9-2** du code monétaire et financier prévoit que l'AMF peut déléguer son pouvoir de contrôle et d'enquête dans des conditions fixées par un **décret en Conseil d'Etat**.

a) Pour le contrôle des opérations sur les marchés réglementés

L'AMF peut « déléguer aux entreprises de marché et, le cas échéant, aux chambres de compensation le contrôle de l'activité et des opérations effectuées par les membres d'un marché réglementé ainsi que par les [PSI] ayant transmis des ordres sur ce marché ». Cette délégation fait l'objet d'un protocole d'accord et peut être retirée à tout moment. Il s'agit de la **reprise exacte de la possibilité aujourd'hui ouverte au CMF**.

Bien entendu, cette délégation du pouvoir de contrôle ne s'accompagne nullement d'une délégation du pouvoir de sanction qui demeure tout entier dans les mains de l'AMF, ce qui n'empêche toutefois pas une entreprise de marché de prévoir contractuellement des sanctions à l'égard de ses membres.

b) Pour l'ensemble des contrôles et enquêtes

L'AMF peut en outre « recourir, pour ses contrôles et enquêtes¹, à des corps extérieurs, à des commissaires aux comptes², à des experts inscrits sur une liste d'experts judiciaires ou à des personnes ou autorités compétentes ». Il s'agit ici aussi de la **reprise des possibilités offertes au CMF** à quelques exceptions près :

- ce pouvoir de délégation n'est pas limité aux contrôles sur les PSI,
- les commissaires aux comptes ne sont plus nécessairement ceux de la personne contrôlée,
- le texte législatif précise que « ces personnes peuvent recevoir une rémunération de [l'AMF] à ce titre » alors que l'article L. 622-9 pour le CMF

¹ Il s'agit désormais de tous les contrôles et enquêtes de l'AMF et pas seulement de ses contrôles sur les professionnels.

² Il s'agirait désormais de tous commissaires aux comptes et pas seulement ceux des personnes contrôlées.

ne prévoyait explicitement de rémunération que pour les commissaires aux comptes.

Ce recours à des personnes extérieures est au moins aussi **encadré** qu'au CMF : c'est également un **décret en Conseil d'Etat** qui en fixe les conditions ; ces personnes sont soumises aux mêmes obligations de respect du **secret professionnel** que les personnels de l'AMF¹ ; la supervision est organisée par le service chargé de l'inspection à l'AMF ; les délégations peuvent être retirées à tout moment ; les suites sont réservées à l'AMF.

2. Le recours à des commissaires aux comptes ou des experts judiciaires

Sur le modèle de ce qui existe aujourd'hui pour la COB, le présent article prévoit que **l'AMF pourra avoir recours à des commissaires aux comptes ou des experts inscrits sur une liste d'experts judiciaires pour effectuer « toute analyse complémentaire ou vérification qui (...) paraît nécessaire ».**

Les différences par rapport au dispositif en vigueur à la COB sont les suivantes :

- ce pouvoir est désormais détenu par le collège **ou le secrétaire général** de l'AMF ; en effet, selon que la demande sera faite au stade d'une enquête, ou pas, la compétence en reviendra au secrétaire général, ou au collège² ;

- les personnes concernées par ces analyses complémentaires ou vérifications ne sont plus seulement celles qui interviennent dans les appels publics à l'épargne ou qui assurent un service de gestion, mais **les « personnes ou entités qui font appel public à l'épargne » ainsi que toutes les personnes contrôlées par l'AMF**³.

D. OPPOSABILITÉ DU SECRET PROFESSIONNEL À L'AMF

Le texte proposé par le **I** du présent article pour l'article L. 621-9-3 du code monétaire et financier prévoit, comme actuellement à la COB et au CMF, que dans le cadre de ses contrôles et enquêtes⁴, **le secret professionnel ne peut être opposé à l'AMF ni, le cas échéant, aux personnes auxquelles**

¹ Voir articles 5 et 20 du présent projet de loi.

² Voir commentaire de l'article 12 pour une distinction de même nature concernant les mesures d'urgence.

³ Mentionnées au II de l'article L. 621-9 tel que modifié par l'article 10 du présent projet de loi.

⁴ Mentionnés aux articles L. 621-9 et L. 621-9-1 tels que, respectivement, modifié par l'article 10 du présent projet de loi et introduit par le présent article.

elle a délégué son pouvoir de contrôle¹, lorsque ces personnes assistent l'AMF.

Il est également prévu que, pour l'application de la sous-section du code monétaire et financier relative aux « contrôles et enquêtes » de l'AMF², **les commissaires aux comptes sont déliés du secret professionnel à l'égard de l'AMF.**

Par coordination, le **2° du II** du présent article supprime une disposition du code monétaire et financier qui prévoit que le secret professionnel ne peut être opposé aux agents de la COB³. Il supprime également une disposition⁴ qui astreint les membres et agents de la COB au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions⁵.

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

¹ Le texte mentionne les entreprises de marché, les chambres de compensation, les corps de contrôle, les personnes ou autorités mentionnées à l'article L. 621-9-2.

² Sous-section 3 de la section 4 du chapitre unique du titre II du livre VI du code précité.

³ Deuxième alinéa de l'article L. 621-11.

⁴ Troisième alinéa de l'article L. 621-11.

⁵ Cette obligation est désormais posée par l'article 5 du présent projet de loi au II de l'article L. 621-4 du même code.

ARTICLE 12

Mesures d'urgence

Commentaire : le présent article propose que le président ou le secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) soient détenteurs du pouvoir de déclencher les mesures d'urgence actuellement prévues pour la Commission des opérations de bourse (COB).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

L'article L. 621-13 du code monétaire et financier prévoit que la COB peut demander, en motivant sa demande, au président du tribunal de grande instance la mise en œuvre de plusieurs types de mesures d'urgence. Elle peut demander à ce qu'il :

- prononce¹ la **mise sous séquestre de fonds**, valeurs, titres ou droits appartenant à des personnes mises en cause par la COB, ou, dans les mêmes conditions, **l'interdiction de l'activité professionnelle** ;

- ordonne² qu'une personne mise en cause soit **astreinte à consigner une somme d'argent**.

Cette faculté est globalement peu utilisée par la COB.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le I du présent article propose une nouvelle architecture du code monétaire et financier. Il s'agirait de regrouper dans la sous-section 4 de la section relative aux pouvoirs de l'AMF³, non plus les injonctions et les sanctions administratives, mais les injonctions et les mesures d'urgence⁴.

¹ Il statue par ordonnance.

² En la forme des référés. Il fixe le montant de la somme à consigner, le délai et son affectation.

³ Section 4 du chapitre unique du titre III du livre V du code.

⁴ L'article L. 621-13 est actuellement dans la sous-section 3 relative au pouvoir d'enquête. Le II du présent article insérerait donc cet article dans la sous-section 4. Quant aux dispositions relatives aux sanctions, elles sont insérées dans une nouvelle sous-section 4 bis par le I de l'article 14 du présent projet de loi.

Le **II** du présent article propose de maintenir le dispositif existant sur les mesures d'urgence, en prévoyant notamment que ce n'est plus « la COB » qui fait la demande motivée au président du tribunal de grande instance mais « le président ou le secrétaire général de l'AMF » :

- si cette mesure intervient hors enquête, la compétence en reviendra au président car il s'agit d'une mesure d'accompagnement d'une compétence du collège (par exemple, séquestre de titres en cas d'offre publique d'acquisition à la demande du collège) ;

- si cette mesure intervient au cours d'une enquête, la compétence en reviendra alors au secrétaire général¹.

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

¹ Voir l'article 11 du présent projet de loi qui lui donne compétence en matière d'enquêtes.

ARTICLE 13

Pouvoirs d'injonction directe et de saisine du tribunal de grande instance

Commentaire : le présent article maintient pour l'Autorité des marchés financiers (AMF) les pouvoirs d'injonction directe et de saisine du tribunal de grande instance (TGI) actuellement détenus par la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

La COB dispose d'un pouvoir d'injonction qui actuellement peut prendre deux formes : **un pouvoir d'injonction directe et un pouvoir de saisine du TGI**. Quant au Conseil des marchés financiers (CMF), il dispose actuellement d'un **pouvoir de « mise en garde »** des professionnels ainsi que d'un **pouvoir de saisine du TGI**.

A. LES POUVOIRS D'INJONCTION DE LA COB

1. Le pouvoir d'injonction directe

Dans le cadre de **l'article L. 621-14** du code monétaire et financier, la COB *«peut ordonner qu'il soit mis fin aux pratiques contraires à ses règlements, lorsque ces pratiques ont pour effet :*

« 1. de fausser le fonctionnement du marché,

« 2. de procurer aux intéressés un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché,

« 3. de porter atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts,

« 4. de faire bénéficier les émetteurs et les investisseurs des agissements d'intermédiaires contraires à leurs obligations professionnelles. »

Ce pouvoir d'injonction est dissuasif car il est **adossé au pouvoir de sanction administrative** de la COB. En effet, elle peut faire usage de son

pouvoir de sanction administrative à l'encontre des auteurs des pratiques mentionnées¹.

2. Un pouvoir de saisine du tribunal de grande instance

En vertu de l'article **L. 621-17** du même code, « *lorsqu'une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires est de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, le président de la [COB] peut demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets.* »²

Ce dispositif tire sa force dissuasive du pouvoir que détient le président du tribunal de grande instance de Paris de prendre, même d'office, toute **mesure conservatoire** et de prononcer une **astreinte** versée au Trésor public.

3. Un pouvoir de mise en garde

En vertu de l'article L. 621-24, la COB peut également adresser une mise en garde aux dirigeants d'un prestataire de service d'investissement (PSI) exerçant le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers (ou d'une société de gestion de portefeuille) qui aurait manqué à ses obligations professionnelles définies par les lois et règlements en vigueur. Cette mise en garde intervient après que ces dirigeants ont été mis en mesure de présenter leurs explications.

Le caractère dissuasif de cette mise en garde est garanti par l'existence du pouvoir de sanction de la COB³.

¹ Article L. 621-15 du code monétaire et financier.

² L'article précité se poursuit ainsi : « *La demande est portée devant le président du tribunal de grande instance de Paris qui statue en la forme des référés et dont la décision est exécutoire par provision. Le président du tribunal est compétent pour connaître des exceptions d'illégalité. Il peut prendre, même d'office, toute mesure conservatoire et prononcer pour l'exécution de son ordonnance une astreinte versée au Trésor public. Lorsque la pratique relevée est passible de sanctions pénales, la commission informe le procureur de la République de la mise en œuvre de la procédure devant le président du tribunal de grande instance de Paris. En cas de poursuites pénales, l'astreinte, si elle a été prononcée, n'est liquidée qu'après que la décision sur l'action publique est devenue définitive.* ».

³ Voir article L. 621-25 du même code.

B. LES POUVOIRS DU D'INJONCTION DU CMF

1. Un pouvoir de mise en garde

Quant au CMF, il détient un pouvoir de mise en garde similaire à celui de la COB lorsqu'un PSI, un membre d'un marché réglementé, une entreprise de marché ou une chambre de compensation a « *manqué à ses obligations professionnelles définies par les lois et règlements en vigueur* »¹.

Le CMF doit préalablement à cette mise en garde avoir mis les dirigeants des personnes concernées « *en mesure de présenter leurs explications* ».

Le caractère dissuasif de cette mise en garde est garanti par le pouvoir de sanction détenu par le CMF.

2. Un pouvoir de saisine du tribunal de grande instance

Le président du CMF dispose également, en vertu de l'article L. 622-20-1, d'un pouvoir de saisine du TGI très proche de celui reconnu à la COB.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose une nouvelle rédaction de l'article **L. 621-14** du code monétaire et financier qui regroupe pour l'AMF les deux formes du pouvoir d'injonction actuellement détenues par la COB².

A. LE POUVOIR D'INJONCTION DIRECTE DE L'AMF

Le **I** du texte proposé pour l'article L. 621-14 reprend ainsi le pouvoir d'injonction directe de la COB avec quelques modifications :

- ce pouvoir est désormais **détenu par le collège** de l'AMF (afin notamment de conserver la liberté d'appréciation de la commission des

¹ Article L. 622-15 du code monétaire et financier.

² Quant aux dispositions actuelles de l'article L. 621-17 du code monétaire et financier, elles sont remplacées par d'autres dispositions, relatives aux conseillers en investissements financiers, prévues à l'article 43 du présent projet de loi.

sanctions si, suite à une injonction restée sans effets, le collège décidait d'engager une procédure de sanction) ;

- l'injonction ne peut intervenir **qu'après que la personne concernée a été mise en mesure de présenter ses explications**¹ ;

- les pratiques visées ne sont plus seulement celles qui seraient contraires aux règlements de la COB mais à l'ensemble des « *dispositions législatives ou réglementaires* »² ;

- une nouvelle catégorie de pratiques visées est prévue : celles qui « *sont de nature à porter atteinte aux droits des épargnants* »³ ;

- enfin, il est prévu que **ces décisions peuvent être rendues publiques**⁴ afin d'en renforcer le caractère pédagogique et dissuasif.

B. LE POUVOIR DE SAISINE DU TGI PAR L'AMF

Le **II** du texte proposé pour l'article L. 621-14 reprend le pouvoir de saisine du TGI dont bénéficie actuellement la COB avec quelques modifications :

- bien entendu, c'est le président de l'AMF et non plus celui de la COB qui détient ce pouvoir ;

- les pratiques visées sont toutes celles prévues au I⁵ ;

- il n'est plus précisé que, lorsque la pratique relevée est passible de sanctions pénales, l'autorité informe le procureur de la République de la mise en œuvre de la procédure devant le président du TGI de Paris, car ce cas de figure est en partie redondant avec la procédure de l'article 40 du code de procédure pénale⁶ (dans laquelle l'autorité informe déjà le procureur de la République de toute pratique susceptible de constituer un crime ou un délit) ;

- **il n'est désormais plus prévu que le président du tribunal de grande instance de Paris est compétent pour connaître des exceptions d'illégalités.**

¹ Cette procédure contradictoire provient du pouvoir de mise en garde du CMF.

² Cette rédaction large qui vise également les dispositions législatives reprend ce qui est prévu pour le pouvoir de saisine du TGI par la COB ainsi que ce qui est prévu pour le pouvoir de mise en garde du CMF.

³ Cette catégorie de pratique n'est actuellement prévue que dans l'article L. 621-17 relatif au pouvoir de saisine du TGI.

⁴ Conformément à la directive sur les abus de marché 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 (article 14-4).

⁵ Et non plus seulement celles qui, contraires aux dispositions législatives ou réglementaires, sont de nature à porter atteinte aux droits des épargnants.

⁶ Voir le commentaire de l'article 17 du présent projet de loi.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est favorable aux modifications proposées dans le présent article.

Toutefois, **elle souhaite maintenir la possibilité pour le président du tribunal de grande instance de Paris de connaître des exceptions d'illégalités soulevées à l'encontre d'une disposition du règlement général de l'AMF** afin de conserver à la procédure son efficacité.

Elle vous soumet **un amendement** en ce sens.

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

ARTICLE 14

Pouvoir de sanction

Commentaire : le présent article décrit la procédure et le champ des sanctions de l’Autorité des marchés financiers (AMF).

Le présent article propose une nouvelle rédaction de l’article L. 621-15 du code monétaire et financier (**II** du présent article) qui s’insérerait dans une nouvelle sous-section du chapitre consacré à l’AMF et intitulée « Sous-section 4 *bis* – Sanctions » (**I** du présent article).

I. LA PROCÉDURE DE SANCTION

A. UNE PROCÉDURE EN TROIS TEMPS

Afin de se conformer à la Convention européenne des droits de l’homme¹, le gouvernement a prévu de distinguer très clairement les différentes phases de la procédure de sanction :

1- enquête préalable (jusqu’à la notification des griefs) qui relève des services de l’AMF et du collège² ;

2- instruction par le rapporteur ;

3- sanction par la commission des sanctions.

L’architecture de l’AMF avec une commission des sanctions distincte du collège permet de respecter cette organisation de la procédure de sanction,

¹ Pour mémoire, un arrêt du 7 mars 2000 de la Cour d’appel de Paris avait annulé une sanction prononcée par la COB pour violation de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme. Selon cet article, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Ces prescriptions s’appliquent aux sanctions pécuniaires prononcées par la COB. Celle-ci doit donc respecter les principes de la présomption d’innocence, du contradictoire et celui de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement. Deux décrets du 1^{er} août 2000 ont modifié la procédure de sanction de la COB pour renforcer la séparation entre l’enquête préalable, la procédure d’instruction et de décision.

² Voir l’article 10 du présent projet de loi.

mais aussi les prescriptions de la directive sur les abus de marché¹ qui prévoit que la même autorité doit réglementer, contrôler et sanctionner les manquements boursiers.

Les grandes lignes de la procédure de sanction de l'AMF sont fixées dans la loi, mais un décret et le règlement général de l'AMF la détailleront et l'adapteront aux éventuelles évolutions de la jurisprudence et de la pratique.

1. Le rôle du collège

Le I du nouvel article L. 621-15 prévoit que deux actes peuvent déclencher une procédure de sanction :

- soit un **rapport d'enquête ou de contrôle** établi par les services de l'AMF²,

- soit une **demande** formulée par le gouverneur de la Banque de France, président de la Commission bancaire ou par le président de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance³.

Le collège examine ce rapport⁴ ou cette demande et décide, le cas échéant, d'ouvrir d'une procédure de sanction. Il doit alors **notifier les griefs** aux personnes concernées et il transmet cette notification à la commission des sanctions.

Le gouvernement propose d'instaurer, comme c'est le cas au Conseil de la concurrence, un **délai de prescription de trois ans**⁵ pour la saisine de la commission des sanctions : celle-ci ne pourrait être saisie de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait pendant ce délai aucun acte tendant à leur recherche, à leur constatation ou à leur sanction.

¹ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché.

² Voir articles 10 et 11 du présent projet de loi. Même si des personnes extérieures aux services de l'AMF collaboreront au rapport, celui-ci sera toujours établi par ces services.

³ Pour mémoire, on rappellera que la COB peut engager une procédure disciplinaire « soit d'office, soit à la demande du gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire, soit à la demande du président du CMF » (articles L. 621-25 et L. 621-26 du code monétaire et financier) et que le CMF peut engager une telle procédure « soit d'office, soit à la demande du commissaire du gouvernement, soit à la demande du président de la COB, soit à la demande du gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire, soit à la demande d'une entreprise de marché ou d'une chambre de compensation » (article L. 622-17 du même code).

⁴ L'exposé des motifs du présent article indique que « le décret prévoira que les personnes mise en cause aient pu prendre connaissance du rapport et formuler leurs premières observations avant que le collège ne statue, ce qui correspond aux bonnes pratiques du CMF ».

⁵ C'est également le délai de prescription de l'action publique en matière pénale (voir article 8 du code de procédure pénale).

En cas d'urgence, le collège peut suspendre l'activité les professionnels contre lesquels des procédures de sanction sont engagées¹.

En application de l'article 40 du code de procédure pénale², le collège doit, s'il estime avoir connaissance d'un crime ou d'un délit, **transmettre le rapport d'enquête ou de contrôle au Procureur de la République**. Ce dernier peut alors l'autoriser à rendre publique cette transmission. Cette information devrait notamment permettre aux personnes qui souhaiteraient se porter partie civile d'être informées de la possible ouverture d'une action publique.

La transmission au Procureur de la République n'empêche pas le collège de transmettre également, et immédiatement, le rapport à la commission des sanctions pour qu'elle prononce une sanction.

2. Le rôle de la commission des sanctions

(i) La nomination d'un rapporteur

Une fois qu'elle a reçu la notification des griefs et le rapport d'enquête transmis par le collège, la commission des sanctions **désigne un rapporteur** « *parmi ses membres ou parmi des personnalités désignées dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat* ».

(ii) Procédure contradictoire et décision motivée

A l'issue d'une **procédure contradictoire** (aucune sanction ne peut être prononcée sans que la personne concernée ou son représentant ait été entendu ou, à défaut, dûment appelé), la commission des sanctions peut prononcer une sanction à l'encontre des personnes concernées. Elle statue alors par **décision motivée**³.

(iii) Publication de la sanction

Comme aujourd'hui pour les sanctions administratives de la COB⁴, la commission des sanctions de l'AMF peut **rendre publique sa décision** dans les « *publications, journaux ou supports qu'elle désigne* ». Les frais sont alors supportés par les personnes sanctionnées. Le gouvernement estime en effet utile que la jurisprudence de l'AMF soit connue aussi vite que possible, dans

¹ Ces suspensions provisoires sont prononcées par le collège et non pas la commission des sanctions afin de ne pas encourir de critique au regard du principe d'impartialité (voir en ce sens CE, 20 décembre 2000, Société Habib Bank et CE, 22 octobre 2002, Laurent).

² Voir article 17 du présent projet de loi.

³ Ces règles sont reprises de ce qui existe d'ores et déjà à la COB.

⁴ Article L. 621-15 du code précité.

un souci de pédagogie. C'est en outre une **obligation qui résulte désormais de la directive sur les abus de marchés**¹.

Comme toute décision de l'AMF, cette décision de publication pourra toutefois faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, avec une éventuelle demande de **sursis à exécution**², accordée si l'exécution de la décision concernée est « *susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ».

B. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

1. Le rôle du rapporteur de la commission des sanctions

Votre rapporteur estime préférable que le rapporteur de la commission des sanctions ne soit pas choisi en son sein³, ni même au sein de l'AMF⁴, mais soit systématiquement une personnalité extérieure.

Ce n'est certes pas une obligation qui serait imposée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais une telle nomination extérieure apporterait un gage supplémentaire d'équité, en distendant encore un peu plus les liens qui peuvent exister entre le rapporteur et, d'une part les services de l'AMF qui préparent les rapports d'enquête et de contrôle, et d'autre part les autres membres de la commission des sanctions qui détiennent le pouvoir de sanction.

Votre commission vous soumet donc un **amendement excluant que le rapporteur soit choisi parmi les membres de la commission des sanctions**. Concrètement, il serait issu, en règle générale, des magistratures administrative et judiciaire.

Par ailleurs, même s'il n'est pas certain, en l'état actuel des jurisprudences⁵, qu'il soit indispensable de prévoir que le rapporteur ne doit pas assister au délibéré de la commission des sanctions, néanmoins, dans un

¹ Voir le 3 de l'article 14 de la directive précitée : « les Etats membres prévoient que l'autorité compétente concernée peut rendre publiques les mesures ou sanctions qui seront appliquées pour non-respect des dispositions adoptées en application de la présente directive, excepté dans les cas où leur publication perturberait gravement les marchés financiers ou causerait un préjudice disproportionné aux parties en cause ».

² Voir ce qui est prévu pour l'AMF à l'article 20 du présent projet de loi.

³ Contrairement à l'exposé des motifs du présent article qui indique que le rapporteur sera « de préférence » un membre de la commission des sanctions.

⁴ Il convient bien entendu que ne puissent être nommés rapporteurs un autre membre de l'AMF (par exemple un membre du collège) ou un membre du personnel.

⁵ Voir CE, 3 décembre 1999, Didier et CEDH, 27 août 2002, Didier c/France. Selon ces deux arrêts, le rapporteur peut être présent au délibéré, mais ne doit pas participer à la notification des griefs.

souci de sécurité juridique maximale et compte tenu du caractère évolutif des jurisprudences, il paraît plus sage de prévoir que **la décision de sanction est prise hors la présence du rapporteur.**

Votre commission vous soumet donc un **amendement prévoyant que le rapporteur ne peut assister au délibéré de la commission des sanctions.**

2. La publicité des sanctions

Votre rapporteur estime que la publicité d'une sanction qui n'est pas définitive, si elle a d'incontestables effets pédagogiques, peut constituer, dans certains cas, une **entorse au principe de présomption d'innocence.**

Il conviendrait à tout le moins que cette publicité, si elle concerne une sanction qui n'est pas encore définitive du fait d'un recours pendant devant une juridiction, en fasse état et ne mentionne pas les noms des personnes concernées.

3. La question de la double répression administrative et pénale

a) Etat de la question

(i) Des incriminations très proches

Sur trois terrains, de mêmes faits peuvent être sanctionnés à la fois administrativement par l'autorité de régulation boursière et pénalement par le juge judiciaire : il s'agit du délit (ou manquement) d'initié, du délit (ou manquement) de manipulation de cours et du délit (ou manquement) pour diffusion de fausses informations. Jusqu'en 1996, le juge pénal ne pouvait pas condamner les personnes morales dans des délits boursiers. Cette différence avec l'autorité boursière ayant désormais disparu, leurs champs de compétences respectifs sont désormais quasiment identiques et des chevauchements peuvent apparaître.

Si les incriminations sont très proches (surtout le délit et le manquement d'initié), elles ne sont pas identiques pour autant.

(ii) Des procédures concurrentes

L'action publique devant le juge pénal peut être engagée par plusieurs voies qui ne dessaisissent pas l'autorité boursière de son propre pouvoir de sanction.

Le procureur de la République peut déclencher l'action publique de sa propre initiative, à la demande de l'autorité boursière¹ (qui, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale, est tenue d'informer le procureur de la République de tout crime ou délit dont elle a connaissance²) ou de toute personne qui se constituerait partie civile³.

(iii) Une double répression admise par la jurisprudence et très rare en pratique

La double répression n'a jamais été condamnée par **le juge constitutionnel**⁴ et conformément à sa jurisprudence, le montant de l'amende payée au titre de la sanction administrative s'impute sur celui de l'amende réclamée par le juge pénal⁵ : la sanction pécuniaire administrative joue en quelque sorte le rôle d'une « amende provisionnelle ».

En outre, **la directive sur les abus de marché** n'exclut pas que les infractions boursières soient réprimées au moyen d'une double répression administrative et pénale⁶.

Enfin, on doit reconnaître que **les cas de cumul des sanctions sont extrêmement rares** : sur les douze dernières années, on recense seulement quatre cas de poursuites par la COB et par le juge pénal sur les mêmes fondements.

Il n'en demeure pas moins que, sur le plan des principes, cette entorse à la règle *non bis in idem* qui exclut la possibilité de deux poursuites pour la

¹ Une demi-douzaine d'affaires par an sont ainsi portées devant le juge pénal suite à un signalement par la COB.

² Voir article 17 du présent projet de loi. Cette transmission est plus large que les seuls délits boursiers, l'autorité doit également saisir le procureur de la République si elle a connaissance d'autres délits (escroquerie, faux bilans, etc.).

³ Ainsi, plus de 75 % des affaires traitées par le pôle économique et financier de Paris sont ouvertes par des constitutions de parties civiles. Si l'AMF se constitue partie civile, comme l'article 15 le lui permet, elle doit toutefois renoncer à son pouvoir de sanction.

⁴ Voir sur ce point ses décisions n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 et n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, qui valident la possibilité d'un cumul des sanctions à condition que le montant global dû n'excède pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions. Il faut néanmoins mentionner la décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 concernant l'Autorité de régulation des télécommunications qui indique « qu'en particulier une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale » mais cette décision demeure unique et encore mystérieuse pour la doctrine.

⁵ Cela est également prévu dans l'article L. 621-16 du code monétaire et financier qui demeurera valable pour l'AMF : « lorsque la COB (ou l'AMF) a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce ».

⁶ Article 14-1 de la directive précitée : « sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales, les Etats membres veillent à ce que, conformément à leur législation nationale, des mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de la présente directive. Les Etats membres garantissent que ces mesures sont effectives, proportionnées et dissuasives ».

même infraction, peut paraître choquante et incompréhensible pour des acteurs internationaux, d'autant plus que les cas d'espèce illustrant cette conjonction sont en règle générale largement médiatisés.

b) Quelles solutions ?

(i) Des solutions à écarter

La solution serait-elle de supprimer tout pouvoir de sanction de l'autorité boursière pour les trois délits pour lesquels existe un risque de cumul de sanctions ? Assurément non¹. La procédure de sanction administrative a de nombreux mérites : elle est plus rapide (entre 6 mois et un an, contre 5 ou 6 ans pour le juge pénal), et elle permet de sanctionner des manquements sans avoir à établir un élément intentionnel. Elle est donc plus efficace.

A l'inverse, supprimer toute incrimination pénale boursière serait tout à fait inconcevable : il y a place dans l'arsenal répressif pour un droit pénal boursier, limité aux infractions les plus graves, celles qui mettent en cause l'ordre public économique et financier.

Tracer une répartition a priori entre les contentieux, en fonction de leur « gravité », de leur « complexité »², ou d'un seuil de préjudice³, **serait hasardeux et vraisemblablement peu efficace.**

(ii) Les propositions de votre commission des finances

Votre commission vous soumet, dans **un amendement**, le mécanisme suivant, **qui vise à limiter les cas de concomitance des procédures administratives et pénales** :

- en cas de délit boursier mis en évidence dans un rapport d'enquête, le collège doit le transmettre au procureur de la République du TGI de Paris ;

- celui-ci dispose, à compter de cette transmission, de 10 jours pour indiquer à l'AMF si il compte ou non mettre en mouvement l'action publique ;

- s'il compte mettre en mouvement l'action publique, l'AMF dispose alors d'un délai de 6 mois pour achever sa procédure de sanction et l'action publique n'est déclenchée qu'une fois ces sanctions prises (ou au bout de six

¹ Cette solution avait été envisagée à l'époque du projet de loi de « réforme des autorités financières » rédigé par le précédent gouvernement (Assemblée nationale n° 2920), en ce qui concernait uniquement le délit d'initié, car c'est en ce domaine que le recoupement avec le manquement correspondant est le plus flagrant.

² Sur le modèle de l'article 704 du code de procédure pénale qui attribue à certaines juridictions « les affaires qui sont ou qui apparaîtraient d'une grande complexité »

³ Mais le degré de gravité du trouble à l'ordre public n'est pas seulement quantitatif.

mois, si l'AMF est hors délai, sa procédure devient caduque et l'action publique peut être déclenchée de toute façon) ;

- si le procureur de la République ne souhaite pas mettre en mouvement ou s'il le décide plus tard (soit qu'il ait changé d'avis, soit qu'il soit saisi par une partie civile), l'AMF poursuit sans contrainte particulière sa procédure de sanction.

De plus, si la gravité de l'affaire le mérite à ses yeux, l'AMF décidera alors de se porter partie civile dans les conditions prévues à l'article 15 du présent projet de loi et ne pourra plus faire usage de sa propre procédure de sanction.

Cette réforme est **indissociable d'une amélioration des moyens de la justice**, engagée par la loi d'orientation et de programmation pour la justice, qui devra permettre un meilleur fonctionnement de la justice française, notamment en termes de délais de jugement. Le renforcement des capacités de traitement du tribunal de grande instance de Paris est à l'évidence indispensable et conditionne dans une large mesure la crédibilité de nos procédures.

II. LE RÉGIME DES SANCTIONS

A. L'UNIFICATION DES DEUX RÉGIMES DE SANCTIONS PRÉEXISTANTS

L'AMF conserve :

- d'une part les **pouvoirs disciplinaires** de la Commission des opérations de bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF) et du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) à l'égard des professionnels agréés dans le secteur financier ;

- et d'autre part, les **pouvoirs de sanction « administrative »** de la COB contre toute personne qui enfreindrait ses règlements.

Les II et III du nouvel article L. 621-15 du code monétaire et financier fusionnent ces deux régimes de sanctions et distinguent désormais celles-ci en fonction des personnes auxquelles elles s'appliquent. On passe ainsi d'une distinction *rationae materiae* à une distinction *rationae personae*.

1. Les personnes soumises au pouvoir de sanction de l'AMF

Les personnes soumises au pouvoir de sanction de l'AMF sont :

a) **les personnes morales soumises à son contrôle** (les prestataires de services d'investissement agréés ou en libre établissement en France, les conservateurs et administrateurs d'instruments financiers, les dépositaires centraux et gestionnaires de systèmes de règlement-livraison d'instruments financiers, les membres des marchés réglementés, les entreprises de marché, les chambres de compensation, les organismes de placements collectifs et leurs sociétés de gestion, les intermédiaires en biens divers¹) **à l'exclusion des personnes habilitées à procéder au démarchage et des conseillers en investissements financiers** pour lesquelles un régime de sanction *ad hoc* est prévu² ; il s'y ajouterait, du point de vue de votre commission, les analystes et les agences de notation³ ;

b) **les personnes physiques** « *placées sous l'autorité ou agissant pour le compte de l'une des personnes mentionnées* » ci-dessus.

Ces deux premières catégories correspondent aux personnes qui sont actuellement soumises aux actuelles sanctions disciplinaires de la COB et du CMF.

Les sanctions prononcées par la commission des sanctions de l'AMF (sans préjudice d'éventuelles sanctions prononcées par la Commission bancaire⁴) le seront « **au titre de tout manquement à leurs obligations professionnelles définies par les lois, règlements et règles professionnelles en vigueur** ».

Il y a là une **innovation importante** par rapport aux sanctions disciplinaires actuellement infligées par la COB et le CMF qui sont prononcées « *à raison des manquements (aux) obligations professionnelles, définies par les lois et règlements en vigueur* », et non pas des « *règles professionnelles* »⁵.

c) **toute personne autre** que l'une des personnes mentionnées ci-dessus, auteur de « *pratiques contraires aux dispositions législatives ou*

¹ Il s'agit, plus précisément, des personnes mentionnées aux 1° à 8° du II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier relatif au contrôle de l'AMF. Les personnes mentionnées aux 9° (personnes habilitées à procéder au démarchage) et 10° (conseillers en investissements financiers) ne sont donc pas visées dans cette liste.

² Voir l'article 43 du présent projet de loi.

³ Voir en ce sens le commentaire de l'article 33 du présent projet de loi ainsi que les amendements proposés aux articles 8 (réglementation) et 10 (contrôle).

⁴ Article L. 613-21 du code monétaire et financier.

⁵ Voir, dans le code monétaire et financier, les articles L. 621-25 et L. 621-26 (pour les sanctions prononcées par la COB) ainsi que L. 622-16 et L.622-17 (pour les sanctions prononcées par le CMF). Seul le CDGF peut sanctionner un « manquement aux règles de pratique professionnelle de nature à nuire à l'intérêt des actionnaires ou des porteurs de parts ou des mandants » (article L. 623-2 du code précité).

réglementaires (...) de nature à fausser le fonctionnement du marché, de procurer aux intéressés un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché, de porter atteinte à l'égalité d'information ou de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts ou de faire bénéficier les émetteurs ou les investisseurs des agissements d'intermédiaires contraires à leurs obligations professionnelles ».

Il s'agit des anciennes « sanctions administratives » de la COB qui étaient prononcées à l'encontre des auteurs de ces mêmes pratiques¹.

2. Les sanctions applicables

A l'égard des **personnes morales mentionnées au a)**, la commission des sanctions peut prononcer :

- une sanction de nature disciplinaire (*« l'avertissement, le blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis »*),

- et/ou une sanction pécuniaire (*« dont le montant ne peut être supérieur à 1,5 million d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés »*). Le montant maximal de cette sanction a été revalorisé : dans le régime actuel, il ne peut dépasser 750.000 euros².

A l'égard des **personnes physiques mentionnées au b)**, la commission des sanctions peut prononcer :

- une sanction de nature disciplinaire (*« l'avertissement, le blâme, le retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des activités³ »*),

- et/ou une sanction pécuniaire (*« dont le montant ne peut être supérieur à 300.000 euros ou au quintuple du montant des profits éventuellement réalisés »*). Le montant maximal de cette sanction a été revalorisé : dans le régime actuel, il ne peut dépasser 60.000 euros⁴.

Pour les **personnes mentionnées au c)** qui ne sont donc pas des professionnels du secteur financier, la commission des sanctions ne peut prononcer qu'une sanction pécuniaire dont le montant maximal est variable selon qu'il s'agit d'une personne morale ou d'une personne physique (ce qui

¹ Voir article L. 621-15 du code monétaire et financier.

² Voir article L. 621-25 du code monétaire et financier.

³ L'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des activités constitue une innovation dans l'échelle des sanctions de la COB et du CMF qui ne la connaissait pas (mais elle était présente dans l'échelle des sanctions du CDGF).

⁴ Voir article L. 621-26 du code précité.

constitue une **innovation importante** par rapport au régime actuel des « sanctions administratives » de la COB¹) :

- pour les personnes morales, le montant de la sanction « *ne peut être supérieur à 1,5 million d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés* » ;

- pour les personnes physiques, il « *ne peut être supérieur à 300.000 euros ou au quintuple du montant des profits éventuellement réalisés* ».

Pour les personnes mentionnées au a) et au b), les sommes sont versées au fonds de garantie auquel est affiliée la personne (ce qui constitue une nouveauté compte tenu de la création récente de ces fonds) ou, à défaut, au Trésor Public. Pour les autres, les sommes sont versées, comme actuellement, au Trésor Public.

Dans tous les cas, et comme actuellement², le montant de la sanction doit respecter le **principe de proportionnalité**, c'est à dire « *être fixé en fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages ou les profits éventuellement tirés de ces manquements* ».

B. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur est favorable au régime de sanctions ainsi défini pour l'AMF, à l'exception d'une innovation qui lui semble porteuse de trop **d'insécurité juridique**.

Il s'agit de la possibilité pour l'AMF de sanctionner une personne qui aurait manqué à ses obligations professionnelles définies, non pas dans les lois et règlements en vigueur comme actuellement, mais dans des « *règles professionnelles* » dont on ne sait ni par qui ni comment elles sont définies. Si ces règles sont suffisamment importantes et reconnues par la profession, il reviendra à l'AMF de les intégrer dans son règlement général. Elles acquerront de ce fait le caractère réglementaire.

C'est pourquoi, votre rapporteur vous soumet **un amendement** visant à préciser qu'il s'agit des « *règles professionnelles approuvées* » par l'AMF.

Par ailleurs, par coordination avec ses amendements relatifs aux **agences de notation et aux analystes financiers**³, votre rapporteur vous soumet également un **amendement** visant à soumettre ces personnes au régime de sanction de l'AMF.

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

¹ Voir article L. 621-15 du code monétaire et financier : la sanction pécuniaire est plafonnée à 1,5 million d'euros ou au décuple des profits pour toutes les personnes, qu'elles soient physiques ou morales.

² Voir article L. 621-15 du code précité.

³ Voir en ce sens le commentaire de l'article additionnel après l'article 33 du présent projet de loi ainsi que les amendements proposés aux articles 8 (réglementation) et 10 (contrôle).

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 14

Centralisation des affaires boursières au TGI de Paris

Commentaire : le présent article additionnel vise à donner compétence au seul tribunal de grande instance (TGI) de Paris pour l'ensemble des délits boursiers.

En l'état actuel du droit, les règles de territorialité en matière de délits boursiers peuvent donner compétence à des TGI situés dans le ressort de cours d'appel différentes¹.

Afin de simplifier la poursuite, l'instruction et le jugement de ces délits, d'améliorer la spécialisation des magistrats sur des sujets très techniques et de renforcer encore les liens privilégiés établis entre l'autorité boursière et le TGI de Paris, **vo**tre commission vous soumet un article additionnel visant à donner compétence sur ces délits boursiers au seul TGI de Paris.

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

¹ Mais ils sont toujours traités par les « pôles économiques et financiers » établis dans le ressort de chaque cour d'appel en vertu du 11° de l'article 704 du code de procédure pénale.

ARTICLE 15

Exercice des droits de la partie civile

Commentaire : le présent article donne à l'Autorité des marchés financiers (AMF) la possibilité de se porter partie civile dans les affaires de délits boursiers.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

A. LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE

L'article 2 du code de procédure pénale stipule que « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». Les personnes morales de droit public peuvent intenter une action civile¹.

L'action civile a donc pour objectif principal de permettre à la victime **d'obtenir réparation d'intérêts privés**, par l'ouverture de la procédure et la réclamation de dommages-intérêts.

Incidemment, la constitution de partie civile permet d'être acteur de la procédure et d'exercer certains **droits procéduraux** : intervenir dans le cours de l'instruction en demandant certains actes, participer aux débats de l'audience, exercer les voies de recours.

B. UN DROIT DÉNIÉ À LA COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE

La Commission des opérations de bourse (COB) n'a pas la possibilité de se porter partie civile devant les juridictions pénales.

Cette possibilité, envisagée par le législateur en 1989, a en effet été proscrite par le Conseil constitutionnel². Celui-ci a en effet déclaré contraire la Constitution l'article 10 de la loi de 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, au motif que la COB aurait pu à la fois exercer son pouvoir de sanction et se constituer partie civile, ce qui aurait

¹ Cass. Crim. 27 novembre 1996.

² Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.

porté atteinte au principe du respect des droits de la défense¹. Il avait en outre souligné que la COB ne pouvait justifier d'un intérêt distinct de l'intérêt général.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose d'insérer un nouvel article L. 621-16-1 dans le code monétaire et financier pour prévoir que **l'AMF**, représentée par son président, **peut exercer les droits de la partie civile**.

Il assortit cette possibilité de **deux conditions** :

- **l'AMF ne peut se porter partie civile que lorsque des poursuites sont déjà engagées** devant le juge pénal pour des délits boursiers (délits d'initié, de diffusion de fausses informations ou de manipulation de cours) ; il s'agit donc d'une constitution de partie civile incidente et non principale ;

- **l'AMF doit alors renoncer**, à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits, **à exercer ses pouvoirs de sanction**.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur est favorable à ce que l'AMF puisse se porter partie civile lorsque qu'elle subit un préjudice direct, son intérêt à agir est alors évident et elle n'est pas besoin de texte législatif spécifique pour exercer ses droits².

En revanche, il convient de s'interroger sur **l'existence d'un préjudice indirect subi par l'AMF en cas de délit boursier** qui lui conférerait le droit de se constituer partie civile pour en obtenir réparation.

De façon connexe, il faut également de s'interroger **sur l'existence d'un intérêt général spécifique qui serait défendu par l'AMF** (protection de l'épargne, information des investisseurs, bon fonctionnement des marchés). Peut-on considérer cet intérêt comme distinct de l'intérêt général protégé par

¹ *Qui constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par el Préambule de la Constitution de 1946 et auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958. Il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties.*

² *A ce titre, elle est fondée à réclamer des dommages-intérêts.*

le procureur de la République ? Cela semble tout à fait douteux, comme le Conseil constitutionnel le remarquait en 1989.

Remarquons en outre que l'objectif de la constitution de partie civile par l'AMF ne sera ni d'engager les poursuites (puisque cela est expressément exclu), ni de recevoir des dommages-intérêts, mais seulement d'accompagner l'action publique et d'y participer.

L'AMF jouera ainsi un rôle similaire à **celui de l'administration des impôts**, qui s'est vu reconnaître le droit de se constituer partie civile par le livre des procédures fiscales¹, mais dont la jurisprudence a limité les droits : son action a uniquement pour but de corroborer l'action publique et elle ne peut pas demander le versement de dommages-intérêts².

Il est effectivement souhaitable que la possibilité pour l'AMF de se constituer partie civile dans le cadre défini par le présent article **exclue la recherche de dommages-intérêts**. C'est l'objet d'un **amendement** que vous soumet votre commission.

Sans lui reconnaître la possibilité d'engager les poursuites, il serait néanmoins utile **que l'AMF puisse demander au procureur de la République du tribunal de grande instance de Paris³ de mettre en mouvement l'action publique**, libre à lui, saisi de cette demande, de l'accepter ou de la refuser. Cette procédure, certes quelque peu redondante avec l'article 40 du code de procédure pénale⁴, permettrait d'accélérer le déclenchement de l'action publique dans certains dossiers jugés particulièrement sensibles par l'AMF. Votre commission vous soumet donc un **amendement** en ce sens.

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

¹ Article L. 232.

² Cass. crim. 17 juin 1937 ; 16 avril 1970 ; 17 avril 1989.

³ Voir l'article additionnel après l'article 14 qui prévoit une centralisation des affaires boursières au tribunal de grande instance de Paris.

⁴ Voir commentaire de l'article 17 du présent projet de loi.

ARTICLE 16

Réclamation, conciliation et médiation

Commentaire : le présent article précise le dispositif de réclamation, conciliation et médiation de la future Autorité des marchés financiers (AMF).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

En vertu du premier alinéa de l'actuel article L. 621-19, la Commission des opérations de bourse (COB) est « *habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations, pétitions, plaintes qui entrent par leur objet dans sa compétence et à leur donner la suite qu'elles appellent.* »

Jusqu'en 1997, tous les services¹ de la COB participaient à l'accomplissement de cette mission. En 1997, la fonction de médiateur a été créée et en 2001, un véritable service de la médiation² a été créé. Ce service assure l'accueil téléphonique, la consultation, la conciliation et la médiation, **au sein de la COB mais aussi pour le compte du Conseil des marchés financiers (CMF).**

Activité du médiateur de la COB (1999-2001)

<i>Flux d'entrées</i>	1999	2000	2001
Plaintes	850	1000	843
Consultations	1650	2000	942
Total	2500	3000	1785 ³

Source : *Bulletin mensuel de la COB – février 2002 n° 365.*

Conformément à la charte de la médiation, le recours au service de la médiation est gratuit et la procédure confidentielle. Le médiateur, tout en s'appuyant au plan technique sur les autres services de la COB, agit en toute indépendance.

¹ Et surtout le service juridique et le centre de documentation.

² Le service est composé de six personnes : le médiateur, trois juristes et deux secrétaires.

³ Nombre de dossiers ouverts, auquel il convient d'ajouter les 2000 appels en permanence téléphonique auxquels il a été répondu au cours de l'année 2001.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose de conserver l'actuel premier alinéa de l'article L. 621-19 en le modifiant toutefois sur deux points¹ :

1- en supprimant la mention de « *pétitions* » et de « *plaintes* » qui sont des formes désuètes et qui sont sans réelle valeur ajoutée par rapport au vocable « *réclamations* » déjà présent dans le texte ;

2- en ajoutant que l'AMF « *propose, en tant que de besoin la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation*² ».

Ce dernier ajout au code monétaire et financier ne changera en rien la pratique actuellement suivie par le service de la médiation de la COB mais il permet de clarifier le rôle que pourra jouer l'AMF dans un différend porté à sa connaissance.

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

¹ La référence à « la commission » en début d'article sera transformé en « l'autorité » par application de la disposition du 1° du IV de l'article 35 du présent projet de loi qui prévoit que toutes les références à la COB dans les textes législatifs et réglementaires sont remplacées par la référence à l'AMF.

² Pour mémoire, la conciliation se distingue de la médiation car elle résulte d'un accord des parties obtenu sous l'égide d'un tiers, mais sans que celui-ci ait eu à formuler de proposition.

ARTICLE 17

L'article 40 du code de procédure pénale et l'avis à juridiction

Commentaire : le présent article maintient et élargit la procédure « d'avis à juridiction » existant pour la Commission des opérations de bourse (COB) et adapte l'article 40 du code de procédure pénale pour l'Autorité des marchés financiers (AMF).

I. L'AVIS À JURIDICTION

La procédure « d'avis à juridiction » existe d'ores et déjà à la COB. Ainsi, en vertu de l'article L. 621-20 du code monétaire et financier, pour l'application de certains articles de ce même code, *« les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent appeler le président de la COB ou son représentant à déposer des conclusions et à les développer oralement à l'audience ».*

Le **I** du présent article propose de **la transposer à l'AMF** (en proposant une nouvelle rédaction pour l'article L. 621-20 du même code) **en étendant son champ d'application.** Ainsi, *« les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent appeler le président de [l'AMF] ou son représentant à déposer des conclusions et à les développer oralement à l'audience »*, pour l'application non plus de certains articles du code limitativement énumérés mais pour l'application de toutes les *« dispositions entrant dans le champ de compétence de l'AMF ».*

La mise en œuvre de ce nouveau dispositif, tout comme de l'actuelle procédure d'avis à juridiction, se fait **sans préjudice de la possibilité**, ouverte par l'article L. 466-1 du même code, **pour les autorités judiciaires** compétences, saisies de poursuites relatives à des infractions mettant en cause les sociétés qui font appel public à l'épargne ou à des infractions commises à l'occasion d'opérations de bourse, **de demander**, en tout état de la procédure, **l'avis de la COB**¹.

Votre rapporteur est favorable au maintien de cette procédure qui favorise les liens entre l'AMF et l'autorité judiciaire pour une bonne administration de la justice, dans des affaires qui peuvent être très techniques.

¹ Conformément à l'article L. 466-1 du code monétaire et financier, cet avis est même obligatoire en cas de délit d'initié, de communication d'informations privilégiées et de diffusion de fausse information.

II. L'ADAPTATION À L'AMF DE L'ARTICLE 40 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale prévoit que *« toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs »*. Cette obligation n'est accompagnée d'aucune sanction en cas de défaut de transmission.

Sans texte spécifique, **la COB comme le CMF**, appliquent ces dispositions générales, se reconnaissant dans le terme d'« autorité constituée ».

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **II** du présent article propose d'insérer un nouvel article L. 621-20-1 dans le code monétaire et financier contenant deux dispositions qui renforcent les échanges d'informations entre l'AMF et le parquet.

1. Un « article 40 » spécifique pour l'AMF

Le premier alinéa du texte proposé pour le nouvel article L. 621-20-1 transpose le dispositif de l'article 40 du code de procédure pénale à l'AMF, en prévoyant que *« si, dans le cadre de ses attributions, l'AMF acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, elle est tenue d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès verbaux et actes qui y sont relatifs »*.

Le gouvernement estime en effet que subsiste un doute sur le fait que la notion d'« autorité constituée » de l'article 40 du code de procédure pénale s'applique à une nouvelle personne morale telle que l'AMF. Les dispositions pénales s'interprétant strictement, il convenait de lever ce doute.

2. Une nouvelle obligation de levée du secret professionnel

En complément, le second alinéa du texte proposé pour le nouvel article L. 621-20-1 prévoit que *« le procureur de la République peut obtenir*

de l'AMF la communication de tous les renseignements détenus par celle-ci dans le cadre de l'exercice de ses missions, sans que puisse lui être opposé l'obligation au secret ».

Il s'agit donc d'une nouvelle obligation de levée du secret professionnel, un peu différente de celle prévue à l'article 5 du présent projet de loi :

- il s'agit ici du seul procureur de la République, alors que l'article 5 vise, de façon plus générale, « *l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale* » ;

- il s'agit ici de transmettre tous renseignements détenus par l'AMF, alors que l'article 5 ne prévoit la levée du secret professionnel que dans une procédure pénale « ouverte » et que le recours à une perquisition limiterait également le champ des documents demandés.

Cette disposition peut entrer en contradiction avec les accords conclus entre l'AMF et ses homologues étrangers notamment sur la transmission de documents. Ces accords prévoient en effet, le plus souvent, que les documents transmis entre autorités dans l'exercice de leurs missions, ne peuvent être transmis à une tierce personne sans l'accord de l'autorité remettante. Cette règle est rappelée à l'article 16 de la directive sur les abus de marchés¹ et surtout, elle est prévue à l'article 18 du présent projet de loi. En cas de contradiction, les engagements internationaux primeront sur la loi.

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

¹ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché).

ARTICLE 18

Coopération internationale

Commentaire : le présent article précise les procédures de coopération de l'Autorité des marchés financiers (AMF) avec les autorités étrangères exerçant des compétences analogues.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

A. LA COB ET SES HOMOLOGUES ÉTRANGERS

L'article L. 621-21 du code monétaire et financier prévoit plusieurs modalités de coopération de la Commission des opérations de bourse (COB) avec les autorités étrangères exerçant des compétences analogues.

Tout d'abord, la COB peut **conduire des enquêtes** à leur demande, sous réserve de réciprocité (mais cette réserve ne vaut pas s'il s'agit d'une demande émanant d'une autorité d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen [EEE]¹).

Ensuite, elle peut, à leur demande, **leur communiquer des informations** qu'elle détient ou qu'elle recueille, à **deux conditions** : sous réserve de réciprocité (sauf s'il s'agit d'une demande émanant d'une autorité d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'EEE) et à condition que l'autorité étrangère soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

Cette assistance est refusée par la COB dans plusieurs cas² :

- « *lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public français* »,

- « *ou lorsqu'une procédure pénale quelconque a déjà été engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien*

¹ L'EEE regroupe les 15 pays membres de l'Union européenne et trois pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE), l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège. La Suisse qui fait partie de l'AELE ne fait pas partie de l'EEE puisque la population s'y est opposée par référendum en 1992.

² Il s'agit toujours de l'article L. 621-21 précité.

lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits ».

Pour la mise en œuvre de cette assistance, **la COB peut conclure des conventions** organisant ses relations avec les autorités étrangères exerçant des compétences analogues aux siennes.

B. LE CMF ET SES HOMOLOGUES ÉTRANGERS

L'article L. 632-1 du même code prévoit que **le Conseil des marchés financiers (CMF)**, mais aussi les entreprises de marché et les chambres de compensation des marchés réglementés, **peuvent communiquer à leurs homologues étrangers, les informations nécessaires** à l'accomplissement de leurs missions respectives relatives à l'accès, à l'organisation et à la sécurité des marchés.

Cet échange d'information se fait sous **deux conditions** : sous réserve de réciprocité et ces organismes homologues doivent être soumis au secret professionnel dans un cadre législatif offrant des garanties équivalentes à celles applicables en France.

Les informations recueillies par ces organismes **ne peuvent être utilisées que conformément aux indications de l'autorité** compétente qui les a transmises.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

A. LES MODIFICATIONS DE L'ARTICLE L. 621-21

Le **I** du présent article propose de modifier l'article L. 621-21 du code monétaire et financier sur deux points.

Le **1°** propose de préciser que la communication des informations aux autorités étrangères (des Etats de l'EEE et des Etats tiers) s'effectue par dérogation aux dispositions de la loi de 1968 dite de « blocage »¹. En effet,

¹ *Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales. Cette loi interdit de communiquer à une autorité étrangère des documents ou renseignements « dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public » (article 2) ou « tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci » (article 3). La principale différence avec les*

cette loi pose des interdictions relatives à la communication de certains documents ou renseignements légèrement plus étendues que les restrictions déjà posées par l'article L. 621-21.

Cette dérogation à la loi de blocage est d'ores et déjà prévue pour le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)¹ et pour la Commission bancaire².

Le 2° propose de préciser que « *les informations recueillies par l'AMF ne peuvent être divulguées qu'avec l'accord explicite des autorités compétentes qui les ont transmises et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont donné leur accord* ». Cette règle figure à l'article 25-3 de l'actuelle directive sur les services d'investissement³ ainsi qu'à l'article 16 de la récente directive sur les abus de marché⁴. Elle correspond à la pratique actuelle de la COB qui insère cette condition dans ses accords de coopération.

B. LES MODIFICATIONS DE L'ARTICLE L. 632-1

Le **II** du présent article propose de modifier l'article L. 632-1 du même code sur deux points.

Le 1° prend acte de la disparition du CMF⁵.

Le 2° prévoit néanmoins que les autorités étrangères homologues de l'AMF peuvent être destinataires des informations transmises par les entreprises de marché et les chambres de compensation des marchés réglementés. En effet, celles-ci peuvent être délégataires de certains pouvoirs de contrôle, il importe qu'elles puissent également communiquer des renseignements aux autorités homologues qui exercent aussi ce contrôle.

Votre commission est **favorable** aux modifications proposées par le gouvernement dans le présent article.

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

restrictions posées par l'article L. 621-21 porte essentiellement sur cette deuxième condition posée à l'article 3.

¹ Article L. 612-6 du code monétaire et financier.

² Article L. 613-12 du code monétaire et financier.

³ Directive sur les services d'investissement en valeurs mobilières dite DSI 1993/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993, telle que modifiée par la directive 2000/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 novembre 2000.

⁴ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003.

⁵ Sans qu'il soit besoin de le remplacer par une mention à l'AMF puisque la nouvelle rédaction de l'article L. 621-21 prévoit que l'AMF peut communiquer des informations à ses homologues.

ARTICLE 19

Voies de recours contre les décisions de l'AMF

Commentaire : le présent article propose de maintenir les voies de recours existantes contre les décisions de l'AMF.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

A la Commission des opérations de bourse (COB) depuis la loi de 1989¹, comme au Conseil des marchés financiers (CMF) depuis sa création en 1996, **les deux ordres de juridiction, administratif et judiciaire, sont compétents selon la nature des décisions contestées.**

A. LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

Le juge administratif² est compétent pour examiner les recours dirigés contre des **décisions réglementaires**³, qui sont des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il s'agissait de l'un des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs.

Le juge administratif est également traditionnellement compétent pour examiner les recours dirigés contre des **sanctions disciplinaires**.

En effet, d'après une jurisprudence constante du Tribunal des conflits, de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, le contentieux disciplinaire relève en principe du juge administratif. Celui-ci est ainsi compétent sur les décisions du Conseil de l'ordre des médecins, de l'ordre des experts comptables, des géomètres, des architectes, des vétérinaires, etc⁴. Il est également compétent dans le domaine financier (cassation des décisions de la commission bancaire, appel des décisions de la commission de contrôle des assurances).

¹ Loi n° 89-531 du 2 août 1989.

² Les recours sont intentés en premier et dernier ressort devant le Conseil d'Etat.

³ Voir les articles du code monétaire et financier L. 621-30 pour la COB et L. 622-25 qui écartent la compétence du juge judiciaire.

⁴ En revanche, il n'est pas compétent pour le contentieux disciplinaire des avocats.

S'agissant des sanctions disciplinaires de la **COB**, l'article L. 621-31 du code monétaire et financier prévoit ainsi que les professionnels sanctionnés « *peuvent former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat* ».

Les sanctions disciplinaires infligées par le **CMF**¹ et par le Conseil de discipline de la gestion financière (**CDGF**)² sont également portées devant le juge administratif.

Le juge administratif est également compétent pour examiner les recours dirigés contre **deux types de décisions individuelles** :

- les « *décisions d'agrément des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), des gérants de portefeuille ou des sociétés de gestion de sociétés civiles de placement immobilier* » par la COB³ ;

- et les décisions d'approbation des programmes d'activité des prestataires de services d'investissement par le CMF.

B. LA COMPÉTENCE DU JUGE JUDICIAIRE

La cour d'appel de Paris (qui intervient en premier ressort et non pas comme juge d'appel) **est exclusivement compétente pour toutes les autres décisions de la COB**. Le texte de l'article L. 621-30 du code monétaire et financier précise que le recours n'est pas suspensif⁴, en ménageant toutefois une possibilité de sursis à exécution.

De même, l'article L. 622-25 du code précité prévoit que **l'examen des recours contre toutes les autres décisions individuelles du CMF « est de la compétence du juge judiciaire »**.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article propose une nouvelle rédaction de l'article L. 621-30 du code monétaire et financier qui maintient la répartition existante :

- le principe est celui de la compétence du juge judiciaire pour l'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'AMF ;

¹ Voir a contrario l'article L. 622-25 qui les exclut de la compétence du juge judiciaire.

² Voir article L. 623-3 du code monétaire et financier.

³ Qui sont explicitement exclues de la compétence du juge judiciaire par l'article L. 621-30 du code monétaire et financier.

⁴ Le principe devant le juge judiciaire est en effet, en l'absence de disposition contraire, que le recours est suspensif. En revanche, devant le juge administratif, il n'est pas suspensif.

- à l'exception de toutes les décisions individuelles relatives aux professionnels contrôlés par l'AMF¹ : il s'agit donc des sanctions qui leur seraient infligées² mais aussi des décisions d'agrément, de retrait d'agrément et d'approbation du programme d'activité prises par l'AMF en matière de gestion de portefeuille pour compte de tiers³ ; ce dispositif consolide le bloc de compétence attribué au juge administratif sur les sanctions infligées aux professionnels (et pas seulement les sanctions disciplinaires) ;

- rien n'est dit des recours contre les **décisions ayant un caractère réglementaire**, ils relèvent donc naturellement de la compétence du juge administratif.

Le texte proposé pour l'article L. 621-30 précise comme actuellement que « ces recours n'ont pas d'effet suspensif sauf si la juridiction en décide autrement. Dans ce cas, la juridiction saisie peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision contestée si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ».

Un décret en Conseil d'Etat précisera les modalités d'application de cet article.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

La répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions conduit à renvoyer, éventuellement pour des manquements comparables (par exemple un délit d'initié) :

- les recours contre les sanctions visant des professionnels devant le juge administratif ;

- les recours contre les sanctions visant des non-professionnels devant le juge judiciaire.

Même si les jurisprudences des deux juges ont tendance à se rapprocher, cette situation est peu compréhensible pour le justiciable.

¹ Il s'agit des personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9. Voir l'article 10 du présent projet de loi.

² Le texte proposé pour l'article L. 621-30 précise qu'il s'agit aussi des « sanctions prononcées à leur encontre », ce qui est superfétatoire puisqu'il s'agit sans conteste de décisions individuelles. On remarque aussi que l'article L. 621-31 qui posait la compétence du juge administratif pour les recours contre les sanctions disciplinaires de la COB n'est plus nécessaire et est supprimé par le 2° du I de l'article 37 du présent projet de loi.

³ La référence à l'approbation des programmes d'activité pour les autres prestataires de service d'investissement a disparu du fait de la disparition de cette approbation (voir article 32 du présent projet de loi).

C'est pourquoi votre rapporteur vous soumet **un amendement** visant à établir, au profit du juge judiciaire, un **bloc de compétence regroupant l'ensemble des recours dirigés contre des sanctions** infligées par l'AMF.

On rappellera qu'il est loisible au législateur d'opérer une nouvelle répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, dans le respect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci n'interdit pas au législateur « *d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé* »¹, par application de la théorie dite des « blocs de compétence ».

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

¹ *Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 au sujet de la loi du 6 juillet 1987 transférant aux tribunaux judiciaires le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.*

ARTICLE 20

Dispositions pénales

Commentaire : le présent article unifie les dispositions qui sanctionnent la rupture du secret professionnel, maintient la sanction du défaut de coopération et prévoit une nouvelle sanction applicable à la fourniture d'informations inexacts.

Le chapitre II du titre IV du livre V du code monétaire et financier regroupe actuellement les **dispositions pénales relatives aux autorités des marchés financiers** : la Commission des opérations de bourse (COB), le Conseil des marchés financiers (CMF) et le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF).

Ces dispositions pénales sanctionnent d'une part, la **rupture du secret professionnel**, le **défaut de coopération avec la COB** et le **refus de se plier aux mesures ordonnées par le juge à la demande de la COB**.

Le présent article propose :

- au **I**, de renommer ce chapitre II du titre IV du livre V du code monétaire et financier, actuellement intitulé « Dispositions relatives aux autorités des marchés financiers », en « Autorité des marchés financiers »¹ ;

- au **II**, d'unifier la sanction pénale de la rupture du secret professionnel ;

- aux **III et IV**, de reprendre la sanction pénale du défaut de coopération actuellement prévue pour la COB et de prévoir une sanction pour la fourniture d'informations inexacts.

¹ Il s'ensuit une légère perte d'harmonie dans les titres de chapitres puisque le titre I demeure intitulé « Dispositions relatives aux institutions communes aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement », alors que le titre II ne sera plus intitulé que « Autorité des marchés financiers ». Ce chapitre comportera les trois articles modifiés par le présent article (articles L. 642-1 à L. 642-3), les autres articles étant supprimés par le 2° du I (et les trois sections du chapitre existantes par le 6° du II) de l'article 37 du présent projet de loi.

I. LA SANCTION DE LA RUPTURE DU SECRET PROFESSIONNEL

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Plusieurs dispositions du code monétaire et financier prévoient la sanction de la rupture du secret professionnel à la COB, au Comité consultatif de la gestion financière (CCGF), au CMF et au CGDF.

1. Les dispositions propres à la COB

L'article L. 642-1 du code monétaire et financier prévoit, de façon classique, que le fait pour les **membres et les agents de la COB**, de violer le secret professionnel auquel ils sont tenus en vertu de l'article L. 621-11 est puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal (**un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende**¹). Il est prévu, de façon également très classique, par un renvoi à l'article 226-14 du même code, que ces peines ne sont pas applicables « *dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* »².

Pour mémoire et par exemple, la loi impose la révélation du secret au profit des assemblées parlementaires sous certaines conditions

Les personnes participant ou ayant participé aux travaux de la COB, du CMF ou du CDGF sont déliées de leur obligation de secret professionnel à l'égard d'une **commission d'enquête parlementaire** si celle-ci a décidé l'application du secret ; dans ce cas, le rapport de la commission, ni aucun autre document public ne peut faire état des informations recueillies par levée du secret professionnel³.

Dans le cadre de la mission des commissions chargées des finances de chaque assemblée en matière de suivi et de contrôle de l'exécution des lois de finances et d'évaluation de toute question relative aux finances publiques, les personnes dont l'audition est jugée nécessaire par le **président et le rapporteur général de ces commissions des finances** ont l'obligation de s'y soumettre. Elles sont alors déliées du secret professionnel⁴.

¹ L'article 226-13 du code pénal est ainsi rédigé : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende ».

² La première phrase de l'article 226-14 du code pénal est ainsi rédigée : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. »

³ Voir II de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

⁴ Voir article 57 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

De même, en vertu de l'article **L. 642-7** du code monétaire et financier, est puni des mêmes peines et sous les mêmes réserves, « *le fait, pour toute personne qui participe ou a participé au contrôle des sociétés ayant une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers de violer le secret professionnel* » auquel elle est tenue en vertu de l'article L. 621-22.

2. Les dispositions propres au CCGF

En vertu de l'article **L. 642-2** du code monétaire et financier, est puni des mêmes peines et sous les mêmes réserves, « *le fait, pour toute personne qui participe aux travaux du comité consultatif de la gestion financière¹, de violer le secret professionnel* » auquel elle est tenue en vertu de l'article L. 621-28.

3. Les dispositions propres au CMF

En vertu de l'article **L. 642-4** du code monétaire et financier, est puni des mêmes peines et sous les mêmes réserves, « *le fait, pour tout membre ainsi que tout salarié et préposé du [CMF] de violer le secret professionnel* » auquel il est tenu en vertu de l'article L. 622-6. En outre, « *les experts et les personnes consultées sont tenus au secret professionnel dans les mêmes conditions et sous les mêmes peines* ».

De même, en vertu de l'article **L. 642-5** du code monétaire et financier, est puni des mêmes peines et sous les mêmes réserves, « *le fait, pour toute personne participant ou ayant participé [aux contrôles du CMF] de violer le secret professionnel* » auquel elle est tenue en vertu de l'article L. 622-10.

4. Les dispositions propres au CDGF

En vertu de l'article **L. 642-6** du code monétaire et financier, est puni des mêmes peines et sous les mêmes réserves, « *le fait, pour les membres du [CDGF] de violer le secret professionnel* » auquel ils sont tenus en vertu de l'article L. 623-1.

¹ Pour mémoire, on rappelle que le Comité consultatif de la gestion financière exerce deux missions principales (voir article L. 621-29 du code monétaire et financier) : d'une part, il émet un avis sur l'agrément accordé par la COB aux sociétés de gestion de portefeuille ainsi que sur l'approbation des programmes d'activité pour le service de gestion pour compte de tiers accordée par la COB ; d'autre part, il est consulté par la COB sur le règlement qu'elle prend sur les conditions d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille ainsi que sur toute disposition de caractère réglementaire touchant aux activités de gestion de portefeuille.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

De même que désormais, en application des dispositions de l'article 5 du présent projet de loi, le champ de l'obligation du secret professionnel est unifié pour l'AMF dans le II de l'article L. 621-4 du code monétaire et financier, de même, le présent article propose très logiquement d'unifier la sanction pénale attachée à cette obligation de secret professionnel.

Le II du présent article propose en ce sens une nouvelle rédaction pour l'article L. 642-1.

Cette nouvelle rédaction prévoit qu' « *est puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, le fait, pour tout membre, tout salarié ou préposé de [l'AMF], tout expert ou personne consultée, ainsi que pour toute personne participant ou ayant participé aux contrôles et enquêtes [effectuées par l'AMF], de violer le secret professionnel institué à l'article L. 621-4, sous réserve des dispositions de l'article 226-14* ».

Il s'agit bien de la règle classique en matière de sanction pénale de la rupture du secret professionnel. Elle s'applique très exactement à toutes les personnes tenues à ce secret professionnel.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Par coordination avec l'amendement qu'elle vous propose à l'article 5 du présent projet de loi, votre commission vous soumet **un amendement rectifiant la liste des personnes soumises à l'obligation de secret professionnel**, en :

- remplaçant le terme « *salarié* » par le terme « *personnel* » qui rend mieux compte de la diversité des statuts des personnels de l'AMF ;

- remplaçant le terme « *expert* » par l'expression plus précise d'« *expert nommé dans une commission consultative* » ;

- supprimant la référence à une « *personne consultée* » qui organiserait une obligation de secret professionnel trop large ;

- supprimant la référence à une « *personne participant ou ayant participé aux contrôles et enquêtes* » qui est redondante avec la notion de « *préposé* » déjà présente dans le texte.

II. AUTRES SANCTIONS PÉNALES

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Des dispositions pénales sanctionnent actuellement le défaut de coopération avec la COB et le refus de se plier aux mesures ordonnées par le juge à la demande de la COB. Elles sont réunies à l'article L. 642 -3 du code monétaire et financier.

1. Obstacle à une mission d'enquête de la COB

Il s'agit tout d'abord de la sanction « *du fait, pour toute personne, de mettre obstacle à une mission des enquêteurs* » de la COB¹.

En effet, les enquêteurs habilités disposent de nombreux pouvoirs : ils peuvent se faire communiquer tous documents et en obtenir la copie, convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations et accéder aux locaux à usage professionnel². Dans l'exercice de cette mission, ils peuvent être confrontés à un certain nombre d'obstacles : refus de délivrer les documents demandés, défaut de réponse à une convocation, etc.

La peine prévue pour sanctionner ce délit d'obstacle est un **emprisonnement de deux ans** et une **amende de 300.000 euros**.

2. Refus de se plier aux mesures ordonnées par le juge

Le code monétaire et financier sanctionne également le refus de se plier aux deux types de mesures qui peuvent être ordonnées par le président du tribunal de grande instance de Paris à la demande de la COB³ :

- d'une part⁴, « *le fait, pour toute personne, de mettre obstacle aux mesures de séquestre ou de ne pas respecter l'interdiction temporaire d'activité professionnelle* » ; la peine prévue est la même que dans le cas précédent : un **emprisonnement de deux ans** et une **amende de 300.000 euros** ;

¹ 1^{er} alinéa de l'article L. 642-3 précité.

² En vertu de l'article L. 621-10 du code monétaire et financier.

³ En vertu de son pouvoir de saisine du tribunal de grande instance prévu à l'article L. 621-13 du même code.

⁴ 2^e alinéa de l'article L. 642-3 précité.

- d'autre part¹, « *le fait, pour toute personne, de **ne pas consigner la somme fixée par le juge** (...) dans un délai de 48 heures suivant la date à laquelle la décision est devenue exécutoire* » ; la peine prévue est alors d'un **emprisonnement de deux ans** et d'une **amende de 75.000 euros**.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **III** du présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 642-2 afin :

- d'une part, d'y prévoir la reprise des sanctions pénales applicables au défaut de coopération : serait ainsi puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300.000 euros « *le fait, pour toute personne de **mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête** de [l'AMF]² » ;*

- d'autre part, d'y prévoir une nouvelle incrimination punie des mêmes peines : le fait, pour toute personne, de « **communiquer des renseignements inexacts** » à l'AMF.

Par coordination, le **IV** du présent article propose de supprimer la disposition relative au défaut de coopération avec la COB qui figure actuellement au premier alinéa de l'article L. 642-3.

On remarque que les deuxième et troisième alinéas de cet article sur la sanction du refus de se plier aux mesures ordonnées par le juge demeurent inchangés.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Sous réserve d'un **amendement de coordination** avec la suppression du premier alinéa de l'article L. 642-3³, votre commission est favorable à ces dispositions.

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

¹ 3^e alinéa de l'article L. 642-3 précité.

² Effectuée dans les conditions prévues aux articles L. 621-9 (compétence de l'AMF en matière d'enquête et de contrôle et liste des personnes contrôlées – voir article 10 du présent projet de loi) et L. 621-9-1 (habilitation des enquêteurs – voir article 11 du présent projet de loi) du même code.

³ Le nouveau texte de cet article commence désormais ainsi « est également puni des mêmes peines (...) » alors que les peines auxquelles il est fait référence ont été supprimées par le IV du présent article. Il convient donc de les rétablir.

CHAPITRE II :
AUTORITÉS DE RÉGULATION DES ENTREPRISES D'ASSURANCE,
DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DES ENTREPRISES
D'INVESTISSEMENT

Section 1
Comités consultatifs

ARTICLE 21

Comité consultatif du secteur financier

Commentaire : le présent article prévoit la création d'un comité consultatif du secteur financier commun au secteur de la banque, de l'assurance et des entreprises d'investissement. Il a pour objet d'étudier les relations entre les entreprises et les usagers et associe les représentants de ces deux groupes.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le secteur de la banque, de l'assurance et des entreprises d'investissement est actuellement doté de plusieurs comités consultatifs compétents en matière de relations entre les entreprises et les usagers.

A. DANS LE SECTEUR DE L'ASSURANCE

Dans le secteur de l'assurance, une des trois sous-commissions du Conseil national des assurances (CNA), **la commission consultative de l'assurance**, est chargée d'étudier les relations entre les entreprises d'assurance et leur clientèle et de faire des propositions.

Aux termes de l'article L. 411-6 du code des assurances, cette commission est présidée par l'une des personnalités choisies en raison de leur compétence au CNA¹. Elle est composée au moins pour les deux tiers de

¹ Voir huitième alinéa de l'article L. 411-1 du même code.

représentants des professions de l'assurance et de représentants des assurés. Sur décision de la majorité de ses membres elle peut s'adjoindre des membres extérieurs.

Elle peut s'auto-saisir à la demande de la majorité de ses membres ou être saisie par le ministre chargé de l'économie et par les organisations de consommateurs agréées au plan national.

B. DANS LE SECTEUR DE LA BANQUE ET DES ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT

Dans le secteur de la banque et des entreprises d'investissement, on distingue le comité national du crédit et du titre (CNCT) et le « comité consultatif ».

Le CNCT¹ étudie de façon générale les conditions de fonctionnement du système bancaire et financier (et notamment les relations avec la clientèle ainsi que la gestion des moyens de paiement), émet des avis, fait procéder aux études qu'il estime nécessaires et fait rapport annuel au Président de la République et au Parlement.

Il est présidé par le ministre chargé de l'économie. Son vice-président est le gouverneur de la Banque de France. Les autres membres sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie : quatre représentants de l'Etat dont le directeur du Trésor ; deux députés et deux sénateurs ; un membre du Conseil économique et social ; trois élus représentant les régions et les départements et territoires d'outre-mer ; dix représentants des activités économiques ; dix représentants des organisations syndicales de salariés représentatives au plan national, parmi lesquels des représentants des organisations syndicales représentatives du personnel des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ; treize représentants des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, dont un représentant de l'association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (AFECEI) et un représentant des entreprises d'investissement ; six personnalités désignées en raison de leur compétence économique et financière.

Il peut être saisi pour avis par le ministre chargé de l'économie des projets de loi ou de décret entrant dans son champ de compétence. Il se réunit à l'initiative de son président et chaque fois que la majorité de ses membres l'estime nécessaire.

¹ Voir articles L. 614-1 à L. 614-5 du code monétaire et financier.

Le « **comité consultatif** »¹ est chargé plus précisément des questions de clientèles, de proposer toutes mesures appropriées en ce domaine et fait annuellement rapport au CNCT.

Il est présidé par une personnalité choisie en raison de sa compétence en matière bancaire et financière et est composé en majorité et en nombre égal de représentants des établissements de crédit et de représentants de la clientèle.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Dans le présent article, le gouvernement propose la création d'un comité consultatif du secteur financier commun au secteur de la banque, de l'assurance et des entreprises d'investissement, **le comité consultatif du secteur financier**² (CCSF), qui a pour objet d'étudier les relations entre les entreprises et les usagers et qui associe les représentants de ces deux groupes.

Selon la méthode de codification du « code pilote » et du « code suiveur », le gouvernement propose d'insérer les dispositions relatives au CCSF dans le code monétaire et financier (c'est l'objet des **I et II** du présent article) et de reproduire ensuite les articles concernés dans le code des assurances (c'est l'objet du **III** du présent article).

A. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Le **I** du présent article est une disposition d'architecture du code monétaire et financier qui modifie l'intitulé de la section 1 du chapitre IV du titre Ier du livre VI du code, actuellement « Comité national du crédit et du titre et comité consultatif », en « Comité consultatif du secteur financier et Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières ».

Le **II** du présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 614-1 du même code qui est actuellement relatif au CNCT, et qui comportera les dispositions relatives au CCSF. Ces dispositions sont très proches de celles existantes pour les organismes auxquels il se substituera.

Il est prévu que le CCSF aura **deux missions principales** :

¹ Voir l'article L. 614-6 du même code.

² Le choix du vocable « secteur financier » pour regrouper les secteurs de la banque, des entreprises d'investissement et surtout de l'assurance a été débattu dans plusieurs enceintes et notamment au CNA.

- il sera « *chargé d'étudier les questions liées entre, d'une part, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance et d'autre part, leurs clientèles respectives* »,

- il sera chargé « *de proposer toutes mesures appropriées dans ce domaine, notamment sous forme d'avis ou de recommandations d'ordre général* ».

Le CCSF pourra être **saisi** par le ministre chargé de l'économie, par les organisations représentant les clientèles et par les organisations professionnelles dont ses membres sont issus¹. Il pourra également s'auto-saisir à la demande de la majorité de ses membres.

Il sera **composé** « *en majorité et en nombre égal de représentants des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des entreprises d'assurance, des agents généraux et des courtiers d'assurance, d'une part, et de représentants des clientèles², d'autre part* ».

Le détail de sa composition, les conditions de désignation de ses membres et de son président ainsi que ses règles d'organisation et de fonctionnement seront fixées par décret.

B. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE DES ASSURANCES

Le **III** du présent article prévoit les modifications correspondantes dans le code des assurances :

Dans son **1°**, il opère le remplacement dans un article du code, d'un avis du CNA par un avis du CCSF³.

Dans son **2°**, il remplace l'intitulé du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre IV du code, qui est actuellement « Le Conseil national des assurances », par « Comités consultatifs ».

Dans son **3°**, il remplace l'actuelle rédaction de l'article L. 411-1 du code consacrée au CNA, par une nouvelle rédaction qui indique que « *les compétences du [CCSF] sont fixées par l'article L. 614-1 du code monétaire et financier* » qui est ensuite reproduit.

¹ Il s'agit d'une très légère restriction de la saisine par rapport à la commission consultative de l'assurance qui pouvait être saisie par n'importe quelle association agréée au plan national : cette possibilité n'a en réalité jamais été utilisée.

² Bien entendu, la clientèle peut aussi être composée de professionnels.

³ Il s'agit des conseils d'administration des sociétés centrales d'assurance qui comprennent notamment un administrateur désigné par le ministre chargé de l'économie après avis du CNA. Il convenait de remplacer cet avis du CNA par un avis du CCSF.

Dans son 4°, il abroge les articles L. 411-4 à L. 411-6 du code des assurances qui sont actuellement relatifs au CNA¹.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

L'application stricte de l'article 34 de la Constitution aurait dû conduire le gouvernement à ne même pas prévoir l'existence de ce comité purement consultatif dans la loi, le niveau réglementaire étant suffisant. Cela aurait été dommage pour l'information du Parlement. **Votre rapporteur n'a donc pas d'objection à ce que les grandes lignes de ce CCSF soient néanmoins dans la loi.**

A. UNE MEILLEURE LISIBILITÉ DE NOTRE SYSTÈME INSTITUTIONNEL

Votre commission est favorable à la **meilleure lisibilité du système institutionnel français** tant auprès des acteurs du marché qu'auprès des observateurs étrangers qu'engendrera la création de ce comité commun aux différents métiers du secteur financier.

La lisibilité de notre système ne sera parfaite que lorsque les mutuelles du code de la mutualité et les institutions de prévoyance auront intégré le dispositif.

Il est en effet souhaitable qu'à terme, les problématiques propres à ces institutions soient également intégrées dans ce dispositif qui, à ce stade, ne les prend pas en compte. Les institutions de prévoyance ne disposent d'aucune instance de concertation avec la clientèle et s'agissant des mutuelles du code de la mutualité, seul le Conseil supérieur de la mutualité² peut débattre de leur « fonctionnement ».

B. DEUX AMENDEMENTS

Votre commission vous soumet **un amendement** tendant à remplacer dans un article du code des assurances³ deux références à la commission consultative de l'assurance par deux références au CCSF qui reprend les compétences de ladite commission.

¹ Quant aux articles L. 411-2 et L. 411-3 qui sont aussi relatifs au CNA et qui ne sont pas touchés par le présent article, leurs rédactions sont modifiées par, respectivement, les articles 22 et 23 du présent projet de loi.

² Voir article L. 411-1 du code de la mutualité.

³ Article L. 310-8 sur la communication au ministre de documents à caractère contractuel ou publicitaire ayant pour objet une opération d'assurance ou de capitalisation.

Par cohérence avec l'amendement que votre commission vous soumettra à l'article 22 du présent projet de loi¹, votre commission vous soumet également un **amendement** visant à ne pas intituler le chapitre premier du titre 1^{er} du livre quatrième du code des assurances « Comités consultatifs » mais « Le Comité consultatif du secteur financier et le Comité de la législation et de la réglementation financières ».

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

¹ Et qui transforme le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières proposé par le gouvernement en un Comité de la réglementation financière dont les missions ne sont pas purement consultatives.

ARTICLE 22

Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières

Commentaire : le présent article prévoit la création d'un Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) commun au secteur de la banque, de l'assurance et des entreprises d'investissement, saisi de tout projet de texte (loi, ordonnance, directive, décret, arrêté) en matière financière.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le secteur de la banque, de l'assurance et des entreprises d'investissement est actuellement doté de plusieurs institutions aux pouvoirs différents en matière de législation et de réglementation.

A. DANS LE SECTEUR DE L'ASSURANCE

Dans le secteur de l'assurance, le **Conseil national des assurances (CNA)**¹ est consulté sur toutes questions relatives à l'assurance, à la réassurance, à la capitalisation et à l'assistance. En particulier, il est « *saisi pour avis par le ministre chargé de l'économie de tout projet de loi avant son examen au Conseil d'Etat, de tout projet de directive européenne avant son examen par le Conseil des communautés européennes, ainsi que de tous les projets de décrets entrant dans son champ de compétence* ».

L'une des trois sous-commissions du CNA, le **comité de la réglementation**², présidée par le ministre chargé de l'économie ou son représentant, émet d'ailleurs un avis pour le compte du CNA sur les projets de décret dont il est saisi.

Le CNA est composé de 40 membres : le ministre chargé de l'économie (président) ; le directeur des assurances (président en l'absence du ministre) ; un député désigné par l'Assemblée nationale ; un sénateur désigné par le Sénat ; un membre du Conseil d'Etat ayant le grade de conseiller, désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ; six représentants de l'Etat ; trois personnalités choisies en raison de leurs compétences, dont un professeur de droit ; douze représentants des professions de l'assurance ; cinq représentants du personnel des entreprises d'assurance ; huit représentants des

¹ Régi par les articles L. 411-1 à L. 411-6 du code des assurances.

² L. 411-5 du code des assurances.

assurés dont un représentant élu des collectivités locales ; le président du conseil de surveillance du fonds de garantie d'assurance des personnes ou un membre du directoire le représentant. Hormis le président et le directeur des assurances, les membres du CNA sont nommés pour une période de 3 ans renouvelable.

B. DANS LE SECTEUR DE LA BANQUE ET DES ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT

Dans le secteur de la banque et des entreprises d'investissement, le **Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF)**¹ n'est pas une institution consultative².

En effet, il dispose d'un **réel pouvoir normatif** : en vertu de l'article L. 611-1 du code monétaire et financier, « *dans le cadre des orientations définies par le gouvernement (...), le [CRBF] fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement dans les conditions prévues aux articles L. 611-2, L. 611-3, L.611-5 et L. 611-6* » :

Il est ainsi **chargé d'établir la réglementation concernant les établissements de crédits, les prestataires de services d'investissement, les entreprises d'investissement dans certaines matières** dont la liste est arrêtée par les articles, respectivement, L. 611-2, L. 611-3, L. 611-4³. L'article L. 611-6 exclut du domaine de compétence du CRBF un certain nombre de matières⁴.

Le pouvoir réglementaire demeure détenu par le ministre chargé de l'économie qui doit homologuer les règlements du CRBF⁵.

Le CRBF est composé de 7 ou 10 membres selon les cas.

Sa formation « classique » comprend le ministre chargé de l'économie ou son représentant (président) ; le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire ou son représentant à cette commission ; cinq autres membres ou leurs suppléants nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie pour une durée de 3 ans : un conseiller d'Etat, un représentant de l'Association française des établissements de crédit et des

¹ Articles L. 611-1 à L. 611-9 du code monétaire et financier.

² A ce titre il n'est pas inséré dans le chapitre IV du titre Ier du livre VI du code monétaire et financier consacré aux « institutions consultatives ».

³ L'article L. 611-5 prévoit également que les règlements du CRBF peuvent être différents selon le statut juridique des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement, l'étendue de leurs réseaux ou les caractéristiques de leur activité. Ils peuvent aussi, le cas échéant, prévoir « les conditions d'octroi de dérogations individuelles à titre exceptionnel et temporaire ».

⁴ Par exemple, la définition des conditions d'accès au sociétariat des banques mutualistes ou coopératives, la définition des compétences des institutions financières spécialisées, des caisses d'épargne et de prévoyance et des caisses de crédit municipal, etc.

⁵ Voir article L. 611-9 du même code.

entreprises d'investissement (AFECEI), un représentant des organisations syndicales représentatives du personnel des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, deux personnalités choisies en raison de leur compétence.

Toutefois, lorsqu'il examine des prescriptions d'ordre général touchant à l'activité des PSI, le CRBF comprend trois membres de plus : le président de la COB ou son représentant, le président du CMF ou son représentant et un représentant des entreprises d'investissement.

Les décisions du CRBF se prennent à la majorité des membres présents. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Dans le présent article, le gouvernement propose la création d'un Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) chargé d'émettre un avis sur les principaux textes intervenant en matière financière, avant leur entrée en vigueur.

Selon la méthode de codification du « code pilote » et du « code suiveur », le gouvernement propose d'insérer les dispositions relatives au CCSF dans le code monétaire et financier (c'est l'objet du **I** du présent article) et de reproduire ensuite les articles concernés dans le code des assurances (c'est l'objet du **II** du présent article).

A. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Le **I** du présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 614-2 du même code qui est actuellement relatif au CNCT, et qui comportera les dispositions relatives au CCLRF.

1. Les compétences du CCLRF

a) Un avis simple sur les projets de loi, d'ordonnance et les propositions de directive européenne

Il est prévu que ce comité est « *saisi pour avis par le ministre chargé de l'économie de tout projet de loi ou d'ordonnance¹ et de toute proposition de directive européenne avant son examen par le Conseil des communautés*

¹ Avant passage en Conseil d'Etat.

européennes, traitant de questions relatives au secteur de l'assurance, au secteur bancaire et aux entreprises d'investissement, à l'exception des textes portant sur l'Autorité des marchés financiers [l'AMF] ou relevant de celle-ci¹ ».

Cette possibilité d'avis simple est déjà ouverte pour le CNA (à l'exception des projets d'ordonnances). En revanche, elle va constituer une innovation pour le secteur bancaire et financier puisque le CRBF ne connaît d'aucun projet de loi, d'ordonnance ou de directive.

b) Un avis renforcé sur les projets de décrets et d'arrêtés

*« Les **projets de décrets ou d'arrêtés** intervenant dans les mêmes domaines ne peuvent être adoptés qu'après l'avis du [CCLRF] qui peut être saisi par le ministre chargé de l'économie². **Il ne peut être passé** outre à un avis défavorable du comité sur ces projets **qu'après** que le ministre chargé de l'économie a demandé **une deuxième délibération** de ce comité ».*

Ce pouvoir consultatif renforcé sur les décrets et les arrêtés constitue une double innovation par rapport au CNA qui ne connaissait d'aucun arrêté et qui ne disposait à l'égard des décrets que d'un pouvoir consultatif simple. Par rapport au CRBF, il faut noter une restriction de son pouvoir sur les matières (du niveau de l'arrêté) pour lesquelles il disposait d'un pouvoir normatif. En revanche, il ne dispose aujourd'hui d'aucun pouvoir à l'égard des décrets.

2. La composition et les règles de fonctionnement du CCLRF

S'agissant d'un comité purement consultatif, l'ensemble des règles le régissant (y compris le principe de sa création) aurait dû se trouver dans un texte de nature réglementaire. Le gouvernement a néanmoins souhaité que son existence et ses compétences soient prévues dans la loi.

En revanche, c'est un **décret** qui fixera sa composition, les conditions de désignation de ses membres et de son président ainsi que ses règles d'organisation et de fonctionnement.

L'exposé des motifs du présent projet de loi précise toutefois que ce comité comprendra *« un membre du Conseil d'Etat, les présidents des autorités de contrôle de la banque et de l'assurance et des représentants des*

¹ En effet, l'AMF, en vertu de l'article 8 dispose d'un pouvoir réglementaire en matière financière qui, sans cette précision dans le texte de l'article L. 614-2 aurait soumis toutes les modifications de son règlement général à l'avis du CCLRF. En outre, il est souhaitable que les décrets pris pour le fonctionnement de l'AMF ne soient pas soumis au CCLRF car cela risquerait de retarder considérablement l'entrée en vigueur de l'AMF, que l'on ne peut que souhaiter la plus rapide possible.

² Même s'il s'agit d'un acte pris par un autre ministre.

*entreprises, clientèles et personnels de ces secteurs.» Il ajoute que « le président de [l'AMF] pourra également participer aux travaux de ce comité en tant que de besoin, ainsi que les représentants des agents généraux et courtiers d'assurance ». Il s'agirait donc d'un **comité plutôt restreint** qui se réunirait fréquemment (tous les quinze jours ou tous les mois).*

B. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE DES ASSURANCES

Le **II** du présent article prévoit les modifications correspondantes dans le code des assurances : il remplace l'actuelle rédaction de l'article L. 411-2 du code consacrée au CNA, par une nouvelle rédaction qui indique que « *les compétences du [CCLRF] sont fixées par l'article L. 614-2 du code monétaire et financier* » qui est ensuite reproduit.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. UNE MEILLEURE LISIBILITÉ DE NOTRE SYSTÈME INSTITUTIONNEL

Votre commission est favorable à **la meilleure lisibilité du système institutionnel français** tant auprès des acteurs du marché qu'auprès des observateurs étrangers qu'engendrera la création de ce comité commun aux différents métiers du secteur financier.

Toutefois, il estime **souhaitable qu'à terme, les problématiques propres aux mutuelles et aux institutions de prévoyance soient également intégrées dans ce dispositif.**

En effet, les institutions de prévoyance ne bénéficient d'aucune instance consultative sur la législation et la réglementation qui leur est applicable. Quant aux mutuelles du code de la mutualité, le rôle du Conseil supérieur de la mutualité¹ n'est pas exactement celui-là : il est saisi pour avis par le ministre chargé de la mutualité sur tout projet de texte législatif ou réglementaire « *relatif au fonctionnement des mutuelles, des unions et des fédérations, ainsi que sur tout projet de règlement ou directive communautaire ayant le même objet avant son examen du Conseil des Communautés européennes* ».

B. UN DISPOSITIF « À MI-CHEMIN »

Votre rapporteur regrette toutefois que le gouvernement ait retenu un dispositif à mi-chemin entre les pouvoirs du CNA et ceux du CRBF pour

¹ Voir article L. 411-1 du code des assurances.

établir les compétences du CCLRF. **Il regrette en particulier que le pouvoir normatif d'une instance regroupant des personnalités compétentes n'ait pas été maintenu pour les mesures techniques du niveau de l'arrêté ministériel.**

C'est pourquoi votre commission vous propose, **par amendement, une nouvelle rédaction de cet article visant à remplacer le CCLRF par un comité de la législation et de la réglementation financières** qui reprendrait les compétences actuelles du CRBF s'agissant des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

C. UN DISPOSITIF LÉGISLATIF PLUS DÉTAILLÉ

Dès lors qu'il ne s'agirait plus d'un comité purement consultatif, certaines de ses règles de composition et de fonctionnement doivent être prévues dans la loi.

Sa composition serait la suivante :

- le ministre chargé de l'économie ou son représentant, président ;
- un député désigné par le président de l'Assemblée nationale ;
- un sénateur désigné par le président du Sénat ;
- le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire ou son représentant à cette commission ;
- le président de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance ;
- **dix autres membres nommés** par arrêté du ministre chargé de l'économie **pour une durée de trois ans**, à savoir :
 - . un conseiller d'Etat, désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ;
 - . deux représentants des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ;
 - . deux représentants des entreprises d'assurance ;
 - . deux représentants des clientèles des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des entreprises d'assurance ;
 - . un représentant des organisations syndicales représentatives du personnel des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des entreprises d'assurance ;
 - . deux personnalités choisies en raison de leur compétence.

En tant que de besoin, le président de l'AMF pourra également participer aux travaux de ce comité, ainsi que les représentants des agents généraux et courtiers d'assurance.

Serait également prévu le régime des salariés membres du Comité de la législation et de la réglementation financières, sur le modèle de ce que prévoit l'article 3 du présent projet de loi pour les salariés membres de l'AMF, ainsi que l'article 23 pour les salariés membres du Comité consultatif du secteur financier.

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

ARTICLE 23

Régime des salariés membres des comités consultatifs

Commentaire : le présent article est relatif au régime des salariés membres des comités consultatifs.

I. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

A. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Le I du présent article propose une nouvelle rédaction de l'article L. 614-3¹ du code monétaire et financier.

Il s'agit de prévoir que, sur le modèle des dispositions de l'article 3 du présent projet de loi pour les salariés désignés comme membres de l'AMF², les salariés membres du Comité consultatif du secteur financier (CCSF) et les membres du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) « *disposent du temps nécessaire pour assurer la préparation des réunions, et pour s'y rendre et y participer. Ce temps est assimilé à du travail effectif pour la détermination des droits aux prestations d'assurances sociales. Les salariés concernés doivent informer leur employeur lors de leur désignation et, pour chaque réunion, dès réception de la convocation* ».

Ces droits sont valables pour tous les salariés membres de ces comités, et pas seulement pour les représentants des salariés. Ces dispositions sont inspirées du statut des conseillers prud'hommes³ dont elles reprennent une partie.

¹ Aujourd'hui relatif au Conseil national du crédit et du titre dont le présent projet de loi prévoit la disparition.

² Paragraphe V du texte proposé pour l'article L. 621-2 du code monétaire et financier.

³ Article L. 514-1 du code du travail.

B. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE DES ASSURANCES

Selon la méthode de codification du « code pilote » et du « code suiveur », le gouvernement propose, après avoir inséré par son **I** les dispositions relatives au statut des salariés des comités consultatifs dans le code monétaire et financier, de reproduire ensuite les articles concernés dans le code des assurances.

Le **II** du présent article propose ainsi une nouvelle rédaction de l'article L. 411-3 du code des assurances qui indique que « *le régime des salariés membres des comités consultatifs est fixé par l'article L. 614-3 du code monétaire et financier* » qu'il reproduit ensuite.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Par coordination avec l'amendement qu'elle vous a soumis à l'article 22 du présent projet de loi qui prévoit d'ores et déjà un régime des salariés membres du Comité de la législation et de la réglementation financières identique à celui proposé par le présent article, **vosre commission vous soumet un amendement** visant à ne faire plus référence dans le présent article qu'au Comité consultatif du secteur financier.

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

Section 2
La réglementation

ARTICLE 24

**Transfert au ministre du pouvoir normatif
du Comité de la réglementation bancaire et financière**

Commentaire : le présent article transfère au ministre le pouvoir normatif qui appartient aujourd'hui au Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF).

I. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Par cohérence avec son projet de supprimer le pouvoir normatif que détient actuellement le CRBF¹, le gouvernement propose dans cet article plusieurs **mesures de coordination**.

A chaque fois qu'un règlement du CRBF était prévu, le présent article le remplace par un **arrêté du ministre chargé de l'économie pris après avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF)**.

C'est le cas :

- à l'article 32 de la loi n° 84-86 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit qui prévoit que les règlements du CRBF et les décisions du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) doivent être motivés et sont susceptibles de recours devant la justice administrative² (**I** du présent article) ;

- au premier alinéa de l'article L. 611-2 du code monétaire et financier qui prévoit la compétence du CRBF pour fixer un certain nombre de règles (**premier alinéa du II** du présent article) ; par ailleurs, le **second alinéa du II** du présent article prévoit que les onze premiers alinéas de cet article

¹ Voir article 22 du présent projet de loi.

² Cette disposition de nature réglementaire n'a pas été codifiée au code monétaire et financier ; elle devrait être abrogée dans la loi de 1984 précitée à compter de la date d'entrée en vigueur de la partie réglementaire du code monétaire et financier dans laquelle elle serait reprise.

L. 611-2 deviennent l'article L. 611-1¹ et que le dernier alinéa (relatif aux manquements aux prescriptions édictées par le CRBF) devient l'article L. 611-2 à lui tout seul ; dans cette nouvelle rédaction de l'article L. 611-2 qui traite des manquements aux prescriptions édictées par le CRBF, le ministre est également substitué au Comité² ;

- à l'article L. 611-3 qui prévoit actuellement la compétence du CRBF pour définir certaines règles concernant les prestataires de services d'investissement (PSI)³, après avis du Conseil des marchés financiers (CMF) et sous réserve des attributions de la Commission des opérations de bourse (COB) (**III** du présent article)⁴ ;

- à l'article L. 611-4 qui prévoit actuellement la compétence du CRBF pour définir certaines règles relatives aux entreprises d'investissement (**IV** du présent article).

- à l'article L. 611-5 qui prévoit actuellement que les règlements du CRBF « *peuvent être différents selon le statut juridique des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement, l'étendue de leur réseaux ou les caractéristiques de leur activité* » et qu'ils peuvent « *en tant que de besoin prévoir les conditions d'octroi de dérogations individuelles à titre exceptionnel et temporaire* » (**IV** du présent article⁵).

Le **V** du présent article modifie l'article L. 611-6 (qui énumère actuellement un certain nombre de domaines exclus de la compétence du CRBF) pour prévoir explicitement que ces mêmes domaines « *appartiennent au ministre chargé de l'économie* ».

¹ Dont les dispositions actuelles (compétence du CRBF pour fixer « des prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement ») vont donc disparaître.

² On notera une légère modification du champ : le texte actuel vise les prescriptions édictées par le CRBF pour l'application de la règle relative au « montant du capital des établissements de crédit » et des « conditions dans lesquelles des participations directes ou indirectes peuvent être prises (...) » (1. de l'article L. 611-2), alors que dans le texte proposé par le gouvernement ils 'agira des prescriptions édictées par le ministre pour l'application de l'ensemble des règles actuellement posées à l'article L. 611-2.

³ Ainsi que, en tant que de besoin, aux membres des marchés réglementés non PSI ainsi qu'aux personnes morales ayant pour activité principale ou unique la conservation d'instruments financiers.

⁴ Les références à la COB et au CMF sont remplacées par des références à l'AMF. En outre, il n'est plus question de conservation d'instruments financiers mais de conservation et d'administration d'instruments financiers.

⁵ Toutefois, dans ce paragraphe IV du présent article, il n'est pas prévu de remplacer le mot « règlement » par le mot « arrêté », ce qui semble étrange.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Par cohérence avec l'amendement qu'elle vous a soumis à l'article 22 qui maintient le pouvoir normatif du CRBF au profit du Comité de la législation et de la réglementation financières, **vo**tre **commission vous soumet un amendement de suppression du présent article.**

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

Section 3
L'agrément

ARTICLE 25

Le Comité des entreprises d'assurances

Commentaire : le présent article a pour objet d'aligner le mode de délivrance des agréments aux entreprises d'assurance sur celui des banques. L'agrément des entreprises d'assurance ainsi que les transferts de portefeuille relèveront désormais du Comité des entreprises d'assurance (CEA), qui jouait auparavant un rôle consultatif, et non plus du seul ministre chargé de l'économie.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

En vertu de l'article L. 321-1, les entreprises d'assurance ayant leur siège social en France « *ne peuvent commencer leurs opérations qu'après avoir obtenu un agrément administratif* ». **Cet agrément est accordé**, sur demande de l'entreprise, **par le ministre de l'économie et des finances**¹. De nombreux articles du code des assurances² lui donnent compétence pour accorder les agréments administratifs d'autres entreprises d'assurance. Pour les entreprises de réassurance, le ministre délivre une « *autorisation de pratiquer la réassurance* »³.

Dans la plupart des cas⁴, **le ministre doit, avant d'accorder son agrément, consulter la « commission des entreprises d'assurances »**⁵ qui est une sous-commission du Conseil national des assurances (CNA). Cette commission est présidée par le ministre de l'économie ou, en son absence, par le directeur chargé des assurances qui en est membre de droit, ou par le représentant de ce dernier. En sont également membres : le président de la Commission de contrôle des assurances (CCA), une personnalité choisie en raison de sa compétence nommée par arrêté du ministre chargé de l'économie, un représentant des assurés nommée dans les mêmes conditions, un représentant du fonds de garantie des assurances de personnes (FGAP).

¹ Voir article R.321-1 du code des assurances.

² Notamment L. 321-7, L. 321-8, L. 321-9 et L. 325-1.

³ Article L. 321-11 du code des assurances.

⁴ Notamment L. 321-7, L. 321-8, L. 321-9 et L. 325-1.

⁵ Prévus à l'article L. 411-4 du code des assurances.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Par le présent article, le gouvernement propose **d'aligner le mode de délivrance des agréments aux entreprises d'assurance sur celui des banques**. L'agrément des entreprises d'assurance ainsi que les transferts de portefeuille relèveront désormais du CEA, sur le modèle du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

Le **I** du présent article prévoit ce nouveau dispositif¹, tandis que les paragraphes **II et III** proposent diverses mesures de coordination.

A. MISSION DU CEA

Le **I** du présent article propose de créer dans le code des assurances un nouvel article **L. 413-1** relatif aux missions du CEA.

Aux termes de cet article, le CEA serait « *chargé d'accorder les autorisations ou dérogations individuelles prévues par les dispositions législatives et réglementaires applicables aux entreprises d'assurance et aux entreprises [de réassurance]², à l'exception de celles relevant de la Commission de contrôle³* ».

Le CEA reprend donc ainsi les compétences actuellement dévolues au seul ministre chargé de l'économie. La rédaction choisie est très proche de celle prévue pour le CECEI à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier.

B. COMPOSITION DU CEA

Le **I** du présent article propose ensuite de créer dans le code des assurances un nouvel article **L. 413-2** relatif à la composition du CEA.

La composition proposée est la suivante :

¹ Il crée un nouveau chapitre III « le comité des entreprises d'assurance » dans le titre 1^{er} du livre IV du code des assurances et propose d'y insérer 5 nouveaux articles numérotés de L. 413-1 à L. 413-5.

² Entreprises d'assurance mentionnées à l'article L. 310-1-1 du code des assurances.

³ Il s'agit bien entendu de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP), créée par l'article 26 du présent projet de loi.

- un **président nommé par arrêté du ministre** chargé de l'économie¹ ;

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

- le **président de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP) ainsi que son secrétaire général** ;

- un **membre du Conseil d'Etat**² nommé sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat ;

- un **membre de la Cour de cassation**, nommé sur proposition du premier président de la Cour de cassation ;

- **deux représentants des entreprises d'assurance**³ ;

- un **représentant des entreprises de réassurance** disposant d'une voix délibérative pour les décisions intéressant ces entreprises ;

- un **représentant du personnel** des entreprises d'assurance⁴ ;

- **deux personnalités choisies en raison de leur compétence** en matière d'assurance.

Un représentant du ministre chargé de l'agriculture participe aux travaux du CEA avec voix délibérative lorsqu'est examiné le cas d'un établissement ou d'une caisse d'assurance ou de réassurance mutuelle agricole.

Les présidents des fonds de garantie compétents en cas de défaillance d'entreprises d'assurance, c'est à dire le fonds de garantie des assurances de personnes (FGAP) et le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) créé à l'article 57 du présent projet de loi, participent aux travaux du CEA sans voix délibérative pour les décisions intéressant les entreprises qui sont soumises à l'obligation d'adhésion au fonds qu'ils président⁵.

¹ Pour mémoire, en vertu de l'article L. 612-3 du code monétaire et financier, le CECEI est présidé par le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire.

² On remarquera qu'au CECEI mais aussi dans d'autres autorités telles que l'Autorité des marchés financiers, la CCAMIP, etc. il ne s'agit jamais de « membre » du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation mais de conseillers d'Etat ou conseillers à la Cour de cassation (mention du grade).

³ Au CECEI, ce sont un dirigeant d'établissement de crédit et un dirigeant d'entreprise d'investissement représentant l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (AFECEI).

⁴ Au CECEI, les représentants du personnel sont au nombre de deux.

⁵ Au CECEI, le président du fonds de garantie des dépôts est membre de droit ; mais les présidents des fonds de garantie en assurance n'ont pas souhaité l'être au sein du CEA.

Les membres du CEA et, le cas échéant, leurs suppléants, sont désignés selon des **modalités déterminées par décret** : la durée de leur mandat et leur mode de nomination ne sont donc pas fixés dans la loi.

L'article L. 413-5 également introduit par le **I** du présent article prévoit :

- **les règles de secret professionnel** qui s'appliquent aux membres du CEA ainsi qu'aux personnes qui participent ou ont participé à ses activités¹ ;

- **le régime des salariés membres du CEA**² ; ceux-ci « *disposent du temps nécessaire pour assurer la préparation des réunions, et pour s'y rendre et y participer. Ce temps est assimilé à du travail effectif pour la détermination des droits aux prestations d'assurances sociales. Les salariés concernés doivent informer leur employeur lors de leur désignation et, pour chaque réunion, dès réception de la convocation* »³.

C. FONCTIONNEMENT DU CEA

Le **I** du présent article propose de créer dans le code des assurances deux nouveaux articles, **L. 413-3** et **L. 413-4** qui détaillent certaines modalités de fonctionnement du CEA.

L'article L. 413-3 prévoit des règles classiques dans ce type de collège :

- en cas de partage égal des voix, **la voix du président est prépondérante**⁴ ;

- en cas d'urgence constatée par le président du CEA, celui-ci peut statuer par voie de **consultation écrite** sur une proposition de décision⁵ ;

- le CEA « **peut déléguer à son président le pouvoir de prendre des décisions ou d'accorder des autorisations ou dérogations individuelles sauf en matière d'agrément, de transfert de portefeuille, de prise, extension ou**

¹ De façon classique, il est prévu que ces personnes sont tenues au secret professionnel sous les peines fixées par l'article L. 226-13 du code pénal et que ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

² Sur le modèle des dispositions des articles 3 et 23 du présent projet de loi pour les salariés désignés comme membres de l'Autorité des marchés financiers (AMF), du Comité consultatif du secteur financier (CCSF) et du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF).

³ Ces droits sont valables pour tous les salariés membres de ces comités, et pas seulement pour les représentants des salariés. Ces dispositions sont inspirées du statut des conseillers prud'hommes dont elles reprennent une partie.

⁴ Il est sous-entendu que les décisions se prennent à la majorité.

⁵ Selon des modalités fixées par décret.

cession de participation dans les entreprises soumises à l'agrément du [CEA] », la délégation de pouvoir ne concernera donc que les décisions les moins importantes, celles qui ne constituent pas le cœur de la compétence du CEA ;

- le CEA arrête un **règlement intérieur**, publié au *Journal officiel* ; il fixe les modalités d'instruction et d'examen des dossiers présentés à la délibération du CEA et notamment les conditions dans lesquelles il peut entendre toute personne intéressée pouvant éclairer sa décision ;

- un **décret en Conseil d'Etat** précise les conditions d'application de cet article L. 413-3, « *notamment les règles de majorité et de quorum qui régissent les délibérations du CEA et les modalités de la consultation écrite prévues au premier alinéa* ».

L'article L. 413-4 prévoit, sur le modèle de ce qui existe actuellement au CECEI, que le **directeur du Trésor** (ou son représentant¹) **peut demander l'ajournement de toute décision** du comité. Dans ce cas, le président du CEA provoque, en temps utile, une **seconde délibération**.

D. MESURES DE COORDINATION

1. Transfert des pouvoirs d'agrément du ministre au CEA

Par coordination, le **II** du présent article propose, dans les nombreux articles du code des assurances qui accordent actuellement un pouvoir d'agrément au ministre chargé de l'économie, de remplacer cet agrément par l'agrément accordé par le CEA². C'est l'objet des **1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° et 8° du II** du présent article.

Le **10° du II** ne fait que clarifier la rédaction d'un article du code des assurances³ qui faisait référence à un « *agrément administratif* ». Le texte précisera désormais qu'il s'agit d'un agrément délivré par le CEA.

2. Echanges d'informations entre autorités

Le **9° du II** du présent article prend acte de la création du CEA pour le mentionner dans la liste des autorités autorisées par l'article L. 310-20 du

¹ Au CECEI, en vertu de l'article L. 612-5, cette possibilité n'est ouverte qu'au directeur du Trésor.

² Des coordinations de conséquences sont également opérées, notamment lorsqu'il faut supprimer l'avis de l'actuel Comité des entreprises d'assurance qui n'est que consultatif.

³ Article L. 321-1.

code des assurances à effectuer des **échanges d'informations** entre elles. Par la même occasion, il supprime la référence à la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP)¹ et y insère aussi le CECEI qui n'y était pas inclus.

Le **III** du présent article insère également le CEA dans la liste des autorités autorisées par l'article L. 631-1 du code monétaire et financier à effectuer des **échanges d'informations** entre elles. Par la même occasion, les références à la CCA et à la CCMIP sont remplacées par une référence à la CCAMIP².

3. Sociétés de groupe d'assurance

Le **11° du II** du présent article vise à inscrire dans la loi des dispositions qui sont actuellement prévues au niveau réglementaire, en les adaptant à la création du CEA.

En vertu d'un nouvel **article L. 322-1-4**, la conclusion par une entreprise d'une convention d'affiliation à une société de groupe d'assurance ou la résiliation de cette convention devront faire l'objet d'une déclaration préalable au CEA. Celui-ci disposera lors d'un délai (dont la durée sera fixée par décret en Conseil d'Etat) pour s'opposer à l'opération projetée « *si celle-ci apparaît contraire aux intérêts des assurés* ». Le même schéma est prévu en cas d'exclusion d'une entreprise de la société de groupe d'assurance.

Un décret en Conseil d'Etat déterminera les modalités d'application de cet article et précisera les conditions de fonctionnement de ces sociétés de groupe d'assurance.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. UNE PROCÉDURE D'AGRÈMENT SPÉCIFIQUE AUX SEULES ENTREPRISES D'ASSURANCE

Votre rapporteur se félicite du rapprochement des règles en matière d'agrément dans le secteur des banques et dans celui des assurances.

Il s'étonne toutefois que l'agrément des mutuelles du code de la mutualité et des institutions de prévoyance demeure du ressort des ministres concernés.

¹ Voir article 26 du présent projet de loi.

² Voir article 26 du présent projet de loi.

En effet, l'agrément des mutuelles régies par le code de la mutualité est délivré par le ministre chargé de la mutualité après avis du Conseil supérieur de la mutualité¹. Quant aux institutions de prévoyance, elles sont également agréées par le ministre chargé de la sécurité sociale².

Votre rapporteur souhaite que la nouvelle procédure d'agrément par le CEA puisse être étendue à ces institutions, puisqu'il s'agit bien d'exercer les mêmes métiers et de prendre des risques de nature identique et puisque le contrôle de ces entités sera désormais exercé par le même régulateur, la CCAMIP.

B. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission vous soumet trois **amendements** au présent article :

- le premier propose une nouvelle rédaction de la **composition du CEA** afin de préciser dans la loi la **durée du mandat** de ses membres (**3 ans** comme pour le CECEI) ainsi que les **modalités de nomination** des membres (par **arrêté du ministre** chargé de l'économie comme au CECEI) ;

- le deuxième est rédactionnel ;

- le troisième supprime des **dispositions devenues obsolètes** depuis la transposition des dernières directives relatives à l'assurance.

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

¹ Articles L. 211-7 et R. 211-7 du code de la mutualité. Toutefois, lorsque la demande d'agrément concerne exclusivement des opérations de prévention des risques de dommages corporels liés à des accidents ou à la maladie, ainsi que la protection de l'enfance, de la famille, des personnes âgées dépendantes ou handicapées, l'agrément est accordé par le préfet de la région dans laquelle est située le siège de la mutuelle.

² Article L. 931-4 du code de la sécurité sociale.

Section 4
Le contrôle

ARTICLE 26

Missions et composition de la CCAMIP

Commentaire : le présent article fusionne les actuelles Commission de contrôle des assurances (CCA) et Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP) en une Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP).

I. LA SITUATION ACTUELLE

Les entreprises d'assurance du code des assurances, d'une part, et les mutuelles du code de la mutualité et institutions de prévoyance du code de la sécurité sociale, d'autre part, étaient historiquement soumises à des règles prudentielles distinctes. C'est pourquoi, il existe, pour ces deux groupes d'acteurs du marché de l'assurance, deux organismes de contrôle distincts : la CCA et la CCMIP.

A. LA CCA

La CCA est une **autorité administrative indépendante** créée par la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989.

1. Ses missions

En vertu de l'article L. 310-12 du code des assurances, **la CCA est chargée de contrôler les entreprises d'assurance, de réassurance et de participation d'assurance**. La CCA assure ainsi le contrôle de 430 sociétés d'assurance, 36 sociétés de réassurance, 20 sociétés de participation d'assurance et 2 sociétés d'épargne.

Elle peut aussi décider d'étendre son contrôle aux **intermédiaires d'assurance**, c'est à dire à toute personne physique ou morale ayant reçu

d'une entreprise d'assurance un mandat de souscription ou de gestion ou exerçant le courtage d'assurance ou la présentation d'opérations d'assurance.

Elle a pour mission générale de **veiller au respect par ces entités des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assurance**. Ainsi, elle « *veille au respect, par les entreprises d'assurance, des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'assurance. Elle s'assure que ces entreprises tiennent les engagements qu'elles ont contractés à l'égard des assurés* ». Elle s'assure que les obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux¹ sont appliquées par les entreprises d'assurance et les intermédiaires soumis à son contrôle. Elle veille également au respect des dispositions législatives et réglementaires applicables aux entreprises de réassurance, aux sociétés de groupes d'assurance et aux sociétés de groupes mixtes d'assurance.

Elle « *s'assure également que les entreprises [ayant leur siège social en France ou dans l'Union européenne et les entreprises étrangères ayant des succursales en France] sont toujours en mesure de tenir les engagements qu'elles ont contractés à l'égard des assurés et présentent la marge de solvabilité prescrite ; à cette fin, elle examine leur situation financière et leurs conditions d'exploitation* ». Elle contrôle aussi les projets d'installation en libre prestation de service des entreprises d'assurance et de capitalisation agréées en France sur le territoire d'un autre Etat membre des communautés européennes.

2. Sa composition

En vertu de l'article L. 310-12-1 du même code, la CCA comprend **cinq membres nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie** et des finances pour une durée de **cinq ans** :

- **un membre du Conseil d'Etat**, ayant au moins le rang de conseiller d'Etat, **président**², choisi parmi les membres de la section des finances et proposé par le vice-président du Conseil d'Etat ;

- **un membre de la Cour de cassation**, ayant au moins le rang de conseiller à la Cour de cassation, proposé par le président de la Cour de cassation ;

- **un membre de la Cour des comptes**, ayant au moins le rang de conseiller-maître, proposé par le premier président de la Cour des comptes ;

¹ Fixées au titre VI du livre V du code monétaire et financier.

² Il a voix prépondérante en cas de partage égal des voix.

- **deux membres choisis en raison de leur expérience en matière d'assurances et de questions financières.**

Des suppléants sont nommés dans les mêmes conditions. Titulaires et suppléants ne peuvent être révoqués.

Le directeur du Trésor ou son représentant siège auprès de la CCA en qualité de **commissaire du gouvernement**.

Afin d'assurer leur totale indépendance à l'égard des personnes contrôlées, **les membres de la CCA ne peuvent**, pendant la durée de leur mandat et dans les cinq ans qui suivent l'expiration de celui-ci, **recevoir de rétribution** d'une entreprise d'assurance.

3. Ses moyens

(i) Moyens humains

Le secrétariat général de la CCA est assuré par le chef du service de contrôle des assurances¹. Les contrôles de la CCA sont effectués :

- soit, dans la très grande majorité des cas, par les membres du **corps des commissaires contrôleurs des assurances** qui est mis à la disposition de la CCA² (environ 35 personnes, ce qui est peu pour contrôler quelques 400 entreprises), et qui est spécialement formé au contrôle des organismes d'assurance et notamment à l'actuariat,

- soit, en tant que de besoin, par des membres de l'inspection générale des affaires sociales (**IGAS**) mis à la disposition de la CCA.

(ii) Moyens financiers

La CCA est financée, de façon exclusive, par une **subvention budgétaire** inscrite au budget du ministère de l'économie. Mais, le budget général de l'Etat reçoit une **contribution pour frais de contrôle**³ payée par les entreprises contrôlées par la CCA⁴ et qui vise, en théorie, à financer son

¹ Voir dernier alinéa de l'article 310-12-1.

² Voir article L. 310-13.

³ On remarquera qu'aucune contribution pour frais de contrôle n'est due par les entreprises du secteur bancaire et financier, pourtant contrôlées par la Commission bancaire. Celle-ci est en effet financée sur le budget de la Banque de France et n'a donc pas besoin de contribution spécifique. Dans les autres pays européens où le contrôle prudentiel du secteur bancaire est réalisé par la banque centrale, il n'est pas non plus prévu de telle contribution pour frais de contrôle.

⁴ Les intermédiaires d'assurances ne sont pas soumis à cette contribution car leur contrôle n'est qu'une faculté pour celle-ci.

contrôle comme c'est le cas dans d'autres pays européens¹. Ainsi que le prévoit l'article L. 310-9 du code des assurances : « *les frais de toute nature résultant de l'application des dispositions du présent code relatives au contrôle et à la surveillance de l'Etat en matière d'assurance et de réassurance, sont couverts au moyen de contributions proportionnelles au montant des primes ou cotisations (...) et fixées, annuellement, pour chaque entreprise, par l'autorité administrative* ».

Le taux de cette contribution est fixé en fonction des dépenses de la CCA constatées l'année précédente. Il est actuellement de 0,055 pour mille du chiffre d'affaires des sociétés.

B. LA CCMIP

1. Ses missions

La CCMIP, instituée à l'article L. 951-1 du code de la sécurité sociale, est chargée du contrôle des institutions, unions et groupements régis par le livre IX de ce même code et par l'article L. 727-2 du code rural², ainsi que du contrôle des mutuelles, unions et fédérations régies par le code de la mutualité³.

Les règles prudentielles étant aujourd'hui communes pour l'ensemble des acteurs du marché européen de l'assurance, les pouvoirs des deux commissions, CCA et CCMIP, ont été harmonisés.

Le contrôle des mutuelles du code de la mutualité présente toutefois **quelques spécificités** :

- il porte de manière importante sur les modalités de fonctionnement des mutuelles et leur conformité aux principes mutualistes ;

- en outre, certaines mutuelles ou unions⁴ sont contrôlées non pas par la CCMIP mais par les directions régionales des affaires sanitaires et sociales. La CCMIP conserve cependant un pouvoir d'évocation à l'égard de ces mutuelles et unions et demeure seule compétente pour prononcer des sanctions.

¹ Notamment à la Financial Services Authority britannique.

² Il s'agit des institutions de prévoyance autorisées avant le 10 août 1994 par le ministre chargé de l'agriculture à fonctionner exclusivement au bénéfice des salariés agricoles.

³ Un renvoi à l'article L. 951-1 du code de la sécurité sociale est effectué par l'article L. 510-1 du code de la mutualité qui traite du contrôle de l'Etat sur les mutuelles, les unions et fédérations.

⁴ Notamment lorsqu'il s'agit de « petites mutuelles », quand leurs engagements et activités sont inférieurs à des seuils fixés par arrêté.

2. Sa composition

En vertu de l'article L. 951-3 du code de la sécurité sociale, la composition de la CCMIP est très proche de celle de la CCA. La CCMIP comprend **cinq membres nommés par arrêté conjoint du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé de l'agriculture** pour une durée de **cinq ans** :

- **un membre du Conseil d'Etat**, ayant au moins le rang de conseiller d'Etat, **président**¹, choisi parmi les membres de la section des finances et proposé par le vice-président du Conseil d'Etat ;

- **un membre de la Cour de cassation**, ayant au moins le rang de conseiller à la Cour de cassation, proposé par le président de la Cour de cassation ;

- **un membre de la Cour des comptes**, ayant au moins le rang de conseiller maître, proposé par le premier président de la Cour des comptes ;

- **deux membres choisis en raison de leur compétence**, l'un dans le secteur de la mutualité, après avis du Conseil supérieur de la Mutualité, l'autre dans celui des institutions dont les opérations sont soumises au contrôle de la commission.

Des suppléants sont nommés dans les mêmes conditions. Titulaires et suppléants ne peuvent être révoqués.

Le directeur de la sécurité sociale² ou son représentant siège auprès de la CCMIP en qualité de **commissaire du gouvernement**.

Afin d'assurer leur totale indépendance à l'égard des personnes contrôlées, **les membres de la CCMIP ne peuvent**, pendant la durée de leur mandat et dans les cinq ans qui suivent l'expiration de celui-ci, **recevoir de rétribution** d'une mutuelle ou d'une union, d'une institution de prévoyance ou d'une entreprise régie par le code des assurances avec lesquelles l'institution de prévoyance, la mutuelle ou l'union établissent des comptes consolidés ou combinés.

¹ Il a voix prépondérante en cas de partage égal des voix.

² Lorsque les travaux de la commission concernent les institutions régies par le code rural, il est remplacé par le directeur des exploitations, de la politique sociale et de l'emploi du ministère de l'agriculture, ou son représentant.

3. Ses moyens

C'est surtout sur la question des moyens que les différences subsistent entre les deux commissions de contrôle.

La CCMIP ne dispose en effet que d'un effectif très réduit (une dizaine de personnes à temps plein) et fait appel « *en tant que de besoin* » à des **membres de l'IGAS**¹ pour effectuer les contrôles sur quelques 400 organismes relevant du contrôle de la commission.

Le code de la sécurité sociale l'autorise également à bénéficier du concours des **commissaires contrôleurs des assurances** et des **agents de contrôle des services déconcentrés** du ministre chargé de la mutualité. La CCMIP peut également disposer **d'agents, sous contrats de droit public ou de droit privé**, habilités par son président à effectuer les contrôles.

Elle bénéficie de l'autonomie financière. Ses ressources sont notamment constituées du **produit d'une redevance** à la charge des institutions de prévoyance du code de la sécurité sociale, des mutuelles, unions et fédérations du code de la mutualité et des institutions de retraite complémentaire². Cette redevance a pour assiette le chiffre d'affaires des institutions concernées et son taux est de 0,05 pour mille. Créée très récemment, cette redevance n'est pas encore opérationnelle.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

La transposition des directives assurances aux mutuelles relevant du code de la mutualité **et aux institutions de prévoyance** régies par le code de la sécurité sociale a conduit à l'harmonisation du cadre juridique dans lequel évoluent tous les acteurs du marché français de l'assurance.

Dès lors que **les règles prudentielles** applicables aux différents acteurs **sont identiques**, il a paru logique au gouvernement de regrouper les organismes de contrôle. L'exposé des motifs du présent projet de loi précise en outre que le maintien de deux organismes distincts « *suscite la critique des*

¹ Voir article L. 951-4 du code de la sécurité sociale qui prévoit également le principe d'une mise à disposition « *en tant que de besoin* » des commissaires contrôleurs des assurances et des agents de contrôle des services des affaires sociales. La commission peut également disposer d'agents habilités par le président à assurer les contrôles.

² Mais seulement celles qui ne font pas l'objet d'une compensation interprofessionnelle et générale (celles-ci ne sont pas soumises au contrôle de la CCMIP).

institutions financières internationales » et qu'il « *pourrait à l'avenir compliquer la coopération entre autorités prudentielles* »¹.

Le présent article est composé de six paragraphes qui modifient le code des assurances² :

- le **I** modifie l'actuel article L. 310-12 qui est relatif aux missions de la CCA pour y prévoir celles de la CCAMIP ;

- le **II** propose une nouvelle rédaction de l'article L. 310-12-1, actuellement consacré à la composition de la CCA, pour y prévoir celle de la CCAMIP ;

- le **III** insère un nouvel article, L. 310-12-1-1, qui prévoit des dispositions sur la prévention des conflits d'intérêts ;

- le **IV** insère un nouvel article, L. 310-2-1-2, relatif au financement de la CCAMIP ;

- le **V** est une « disposition-balai » qui permet d'ajouter, dans l'ensemble du code des assurances, aux mots « Commission de contrôle des assurances », les mots « , des mutuelles et des institutions de prévoyance » ;

- le **VI** abroge quatre articles du code des assurances.

A. LA NATURE JURIDIQUE ET LES MISSIONS DE LA CCAMIP

Le **I** du présent article modifie l'article L. 310-12 du code des assurances qui définit actuellement les missions de la CCA.

1. Le statut juridique

Dans son 1^o, il précise tout d'abord que **la CCAMIP est une « autorité administrative indépendante »**³. Elle n'est donc pas dotée de la personnalité morale et fait partie intégrante de l'Etat, comme actuellement tant la CCA que la CCMIP.

¹ Des contrôles conjoints sur la base d'un partenariat entre la CCA et la CCMIP ont déjà eu lieu pour le contrôle des institutions de prévoyance.

² Les coordinations nécessaires avec les codes de la sécurité sociale et de la mutualité sont faites par l'article 29 du présent projet de loi.

³ La loi n'avait pas qualifié la CCA ni la CCMIP, mais elles étaient reconnues par la doctrine comme des autorités administratives indépendantes.

2. Les personnes contrôlées

Les personnes soumises au contrôle de la CCAMIP sont énumérées dans cet article. Il s'agit :

- des entreprises d'assurance et de réassurance¹, actuellement contrôlées par la CCA² ;

- des mutuelles, unions et fédérations du code de la mutualité, actuellement contrôlées par la CCMIP³ ;

- des institutions de prévoyance, unions et groupements régis par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale, actuellement contrôlés par la CCMIP⁴ ;

- des institutions de retraite supplémentaire régies par le titre IV du livre IX du même code, actuellement contrôlées par la CCMIP⁵ ;

- des organismes régis par l'article L. 727-2 du code rural, actuellement contrôlés par la CCMIP⁶.

Le **5° du I** du présent article supprime un alinéa de l'article L. 310-12 devenu obsolète⁷ et le remplace par une disposition qui existe actuellement pour la CCMIP⁸ et qui prévoit que « *les opérations de retraite complémentaire réalisées par les institutions du livre IX du code de la sécurité sociale faisant l'objet d'une compensation interprofessionnelle et générale ne sont pas soumises au contrôle* » de la CCAMIP.

3. Les missions

La mission générale de la CCA et de la CCMIP, qui est de **veiller au respect par les personnes contrôlées des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables**, est maintenue pour la CCAMIP.

¹ Mentionnées aux articles L. 310-1 et L. 310-1-1 du code des assurances.

² 1^{er} et 6^e alinéas de l'article L. 310-12 du code des assurances.

³ Article L. 510-1 du code de la mutualité.

⁴ Article L. 951-1 du code de la sécurité sociale.

⁵ Article L. 951-1 du code de la sécurité sociale.

⁶ Article L. 951-1 du code de la sécurité sociale.

⁷ Issu de la loi dite Thomas n° 97-277 du 25 mars 1997 sur les fonds d'épargne retraite, il prévoyait que le mandat des membres de la CCA à la date de publication de cette loi était prolongé jusqu'au 31 décembre 2000.

⁸ 2^e alinéa de l'article L. 951-1 du code de la sécurité sociale.

Comme le fait la CCA et la CCMIP¹, la CCAMIP doit aussi s'assurer « que ces entreprises, mutuelles et institutions sont en mesure de tenir à tout moment les engagements qu'elles ont contractés envers les assurés ou adhérents et présentent la marge de solvabilité fixée par voie réglementaire ; à cette fin, elle examine leur situation financière et leurs conditions d'exploitation. »

Il est prévu en particulier que la CCAMIP « veille en outre à ce que les modalités de constitution et de fonctionnement des organes délibérants et des organes dirigeants des organismes soumis à son contrôle soient conformes aux dispositions qui les régissent ».

Actuellement, la CCA² et la CCMIP³ doivent s'assurer que les entreprises soumises à leur contrôle qui projettent d'exercer pour la première fois des activités en libre prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre des Communautés européennes ou de modifier la nature ou les conditions d'exercice de ces activités, disposent d'une structure administrative⁴ et d'une situation financière adéquates au regard de leur projet. Le 2° du II du présent article maintient ces dispositions pour la CCAMIP, en en étendant le champ aux organismes qui projettent d'ouvrir une succursale.

Le contrôle facultatif de la CCA⁵ et de la CCMIP⁶ sur les **intermédiaires d'assurances** est également maintenu au profit de la CCAMIP : les dispositions existantes de la CCA sont maintenues et il est en outre prévu que la CCAMIP « peut décider de soumettre à son contrôle toute personne morale ou physique qui s'entremet, directement ou indirectement, entre une mutuelle ou une union régie par le code de la mutualité, une institution de prévoyance d'une part et une personne qui souhaite adhérer ou adhère à cette mutuelle ou à cette union d'autre part ».

Le contrôle opéré par la CCA sur les entreprises de réassurance⁷, les sociétés de groupes d'assurance et les sociétés de groupes mixtes d'assurance est maintenu en l'état au profit de la CCAMIP.

¹ A l'égard des mutuelles à l'article L. 510-3 du code de la mutualité et s'agissant des institutions de prévoyance à l'article L. 951-2. Les rédactions actuelles sont légèrement différentes selon les trois catégories d'acteurs, le présent article homogénéise ces rédactions et précise que la marge de solvabilité est fixée « par voie réglementaire ».

² Article L. 310-12 du code des assurances.

³ Article L. 951-2 du code de la sécurité sociale pour les institutions de prévoyance et article L. 510-3 du code de la mutualité pour les mutuelles du code de la mutualité.

⁴ Cette condition n'est pas prévue en ce qui concerne le contrôle de la CCMIP sur les institutions de prévoyance.

⁵ 5^e alinéa de l'article L. 310-12 du code des assurances, complété par le présent article.

⁶ Dernier alinéa de l'article L. 951-2 du code de la sécurité sociale.

⁷ S'agissant des entreprises de réassurance, le contrôle de la CCAMIP sur ces entreprises est même prévu deux fois dans le texte : à l'actuel sixième alinéa de l'article L. 310-12 (qui demeure inchangé) mais aussi au nouveau premier alinéa de ce même article.

Le 4° du I du présent article maintient au profit de la CCAMIP la surveillance des obligations des entreprises d'assurance en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, effectuée actuellement par la CCA, et l'étend aux mutuelles du code de la mutualité et aux institutions de prévoyance.

B. LA COMPOSITION DE LA CCAMIP

Le II du présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 310-12-1 du code des assurances qui est actuellement relatif à la composition de la CCA et qui va désormais prévoir la composition de la CCAMIP.

1. Composition de la CCAMIP

La composition envisagée est la suivante :

- un **président nommé par décret du président de la République**¹ ;
- le **gouverneur de la Banque de France, président de la Commission bancaire** ²ou son représentant ;
- sept membres nommés par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie, de la sécurité sociale et de la mutualité³ : **un conseiller d'Etat**, proposé par le vice-président du Conseil d'Etat ; **un conseiller à la Cour de cassation**, proposé par le premier président de la Cour de cassation ; **un conseiller-maître à la Cour des comptes**, proposé par le premier président de la Cour des comptes ; **quatre membres choisis en raison de leur compétence** en matière d'assurance, de mutualité et de prévoyance.

Afin de maintenir l'interministérialité propre à cette commission, siègent en qualité de **commissaires du gouvernement**, sans voix délibérative : le directeur du Trésor (ou son représentant) et le directeur de la sécurité sociale (ou son représentant). Ils sont dotés d'une faculté nouvelle par rapport au fonctionnement de la CCA et de la CCMIP : ils peuvent, sauf en matière de sanctions, demander une seconde délibération dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Il est également précisé qu'ils n'assistent pas à la délibération de la CCAMIP en matière de sanction.

¹ Comme l'article 3 du présent projet de loi le prévoit pour l'AMF.

² De façon symétrique, et afin d'encourager les échanges et les rapprochements entre les deux commissions de contrôle, l'article 30 du présent projet de loi prévoit aussi la présence du président de la CCAMIP au sein de la Commission bancaire.

³ Afin de conserver le caractère interministériel de cette commission.

2. Mandat

Le mandat du président et des membres (autres que le gouverneur de la Banque de France qui siège es qualités) est de **cinq ans**¹ et **renouvelable une fois**.

Il est (à nouveau) précisé que le gouverneur de la Banque de France peut être représenté. Il est également prévu que des suppléants² du président et des autres membres sont nommés dans les mêmes conditions que les titulaires. Les membres titulaires et suppléants ne peuvent pas être révoqués³.

Sur le modèle de ce qui est prévu pour l'Autorité des marchés financiers (AMF), le texte précise qu'en cas de vacance d'un siège de membre de la CCAMIP (pour quelque cause que ce soit), il est procédé à son remplacement pour la durée du mandat restant à courir et qu'un mandat exercé pendant moins de deux ans n'est pas pris en compte pour l'application de la règle de renouvellement.

3. Organisation

Sur le modèle de l'AMF⁴, la CCAMIP pourra constituer des commissions spécialisées et des commissions consultatives.

(i) Des commissions spécialisées

« Dans des matières et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, la [CCAMIP] peut créer en son sein une ou plusieurs commissions spécialisées et leur donner délégation pour prendre des décisions de portée individuelle » (c'est à dire aussi pour prendre des sanctions).

Cette organisation en sous-commissions sera plus difficile à mettre en place qu'à l'AMF par exemple, compte tenu du nombre restreint de membres de la CCAMIP (9) mais elle devrait permettre une amélioration de son travail et une certaine spécialisation de ses membres.

¹ Cette durée de cinq ans semble s'être imposée dans l'ensemble des autorités de régulation. L'article 30 du présent projet de loi l'applique également à la Commission bancaire.

² Cette pratique des suppléants, qui est exclue pour l'Autorité des marchés financiers, est admise à la CCA et à la CCMIP.

³ Cette disposition qui était prévue pour la CCA et la CCMIP est superflète : son absence dans un texte de loi ne signifie pas que les membres de l'autorité concernée sont révocables *ad nutum* !

⁴ Voir l'article 3 du présent projet de loi.

Le texte proposé prévoit d'ores et déjà **qu'il est créé au moins une commission spécialisée compétente à l'égard des organismes du code de la mutualité qui n'exercent pas d'activité d'assurance.**

(ii) Des commissions consultatives

La CCAMIP pourra également constituer des commissions consultatives qui auront pour mission de préparer et instruire les décisions de la commission et dans lesquelles seront nommés, le cas échéant, des experts.

4. Les pouvoirs du président

Il est également prévu, de façon classique pour une autorité administrative indépendante et comme c'est le cas actuellement à la CCA et à la CCAMIP, que **la voix du président est prépondérante** en cas de partage égal des voix.

En outre, afin de clarifier l'état actuel du droit, il est désormais précisé dans la loi que le **président a la qualité pour agir au nom de l'Etat devant toute juridiction**¹.

Et il est désormais prévu, sur le modèle de ce qui existe actuellement à la Commission des opérations de bourse (COB) et au Conseil des marchés financiers (CMF) par exemple, que **le président peut déléguer sa signature** dans les matières où il détient une compétence propre.

5. Le secrétariat général

Il est prévu que le secrétariat général de la CCAMIP est assuré par un secrétaire général qui n'est non plus le chef du service du contrôle des assurances du ministère de l'économie mais qui est *« nommé parmi les membres du corps de contrôle des assurances par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie, de la sécurité sociale et de la mutualité, après avis du président de la [CCAMIP] »*.

Pour respecter le subtil équilibre interministériel propre à la commission, il est également prévu que le secrétariat général comprend également un (et un seul) secrétaire général adjoint, placé sous l'autorité du secrétaire général et choisi parmi les membres de l'IGAS.

¹ Une telle disposition est actuellement prévue en faveur du président de la COB, à la seule réserve près qu'elle n'est pas valable devant le juge pénal.

6. Les réunions conjointes avec la Commission bancaire

Par symétrie avec l'article 30 du présent projet de loi qui prévoit exactement la même disposition, il est prévu que la CCAMIP et la Commission bancaire « *se réunissent conjointement au moins deux fois par an et en tant que de besoin sur des sujets d'intérêts communs* ».

C. LES RÈGLES DE PRÉVENTION DE CONFLIT D'INTÉRÊTS AU SEIN DE LA CCAMIP

Le **III** du présent article insère un article L. 310-12-1-1 qui regroupe les règles de prévention des conflits d'intérêts.

L'une de ces règles est actuellement prévue pour la CCA et la CCMIP : il s'agit de **l'interdiction pour les membres de la CCAMIP de recevoir, pendant la durée de leur mandat, de rétribution** d'une entreprise d'assurance, d'un établissement de crédit¹, d'une mutuelle, union ou fédération régie par le code de la mutualité ou d'une institution régie par le livre IX du code de la sécurité sociale.

Les autres règles sont nouvelles et très largement inspirées de ce qui est aujourd'hui prévu à la COB et au CMF, et bientôt à l'AMF². Elles visent à renforcer l'indépendance et l'impartialité des membres de la CCAMIP et s'articulent en deux temps :

1- Une **obligation de révélation des intérêts.**

Chaque membre de la CCAMIP doit porter à la connaissance du président un certain nombre d'informations³. Les informations transmises par les membres, ainsi que celles relatives au président, sont tenues à la disposition des membres de la CCAMIP.

2- Une **interdiction de siéger en cas de conflit d'intérêt.**

L'objectif de la règle de révélation est d'éviter qu'un membre de la commission de contrôle ne délibère dans une affaire dans laquelle il serait en « conflit d'intérêts ». C'est pourquoi il est prévu qu'aucun membre « *ne peut délibérer ou participer aux travaux de [la CCAMIP], dans une affaire dans*

¹ La référence à un établissement de crédit constitue une innovation, qui s'explique par les nombreux liens existant aujourd'hui entre les acteurs de l'assurance et ceux du monde bancaire.

² Voir article 5 du présent projet de loi.

³ Il doit l'informer : « 1° des intérêts qu'il a détenus au cours des deux ans précédant sa nomination, qu'il détient ou vient à détenir ; 2° des fonctions dans une activité sociale, économique ou financière qu'il a exercées au cours des deux années précédant sa nomination, qu'il exerce ou vient à exercer ; 3° de tout mandat au sein d'une personne morale qu'il a détenu au cours des deux années précédant sa nomination, qu'il détient ou vient à détenir ».

laquelle lui-même, ou le cas échéant, un personne morale au sein de laquelle il exerce des fonctions ou détient un mandat ou dont il est l'avocat ou le conseil¹ a un intérêt ».

Il est en outre prévu qu' *« il ne peut davantage participer à une délibération concernant une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il exerce des fonctions ou détient un mandat ou dont il est l'avocat ou le conseil a représenté une des parties intéressées au cours des deux années précédant la délibération ».*

La sanction de l'inobservation de ces règles est la nullité de l'acte prononcée par le juge saisi par une personne ayant un intérêt à agir.

Il est prévu que le président de la CCAMIP prend *« les mesures appropriées pour assurer le respect des obligations et interdictions »* posées à l'article L. 310-12-1-1.

D. LE FINANCEMENT DE LA CCAMIP

Le **IV** du présent article insère un article L. 310-12-1-1 relatif au financement de la CCAMIP.

Les règles du droit budgétaire, et notamment le principe de non-affectation des recettes et des dépenses, ne permet pas d'affecter le produit de la contribution pour frais de contrôle perçue sur les personnes soumises à son contrôle à la CCAMIP qui n'est pas dotée de la personnalité morale.

Le **IV** du présent article regroupe néanmoins dans le même article les principales caractéristiques de la contribution et les dispositions relatives au budget de la CCAMIP.

1. La contribution pour frais de contrôle

Pour l'essentiel, le dispositif actuel des contributions pour frais de contrôle est conservé. S'agissant d'une imposition de toute nature, conformément à l'article 34 de la Constitution, la loi doit en fixer l'assiette, le taux (éventuellement sous forme d'une fourchette à l'intérieur de laquelle un décret fixera le taux effectif) et les modalités de recouvrement.

S'agissant des entreprises soumises au contrôle de la CCAMIP en vertu du code des assurances, l'assiette demeure la même¹. Le taux, fixé par

¹ Cette référence à la fonction d'avocat et de conseil est une innovation par rapport au dispositif prévu pour les autorités de régulation boursière.

décret² est compris dans une fourchette allant de 0,05 pour mille (niveau actuel) à 0,15 pour mille. La contribution est recouvrée par les comptables du Trésor comme en matière de créances non fiscales de l'Etat. Par cohérence, le **VI** du présent article supprime l'article L. 310-9 du code des assurances qui prévoit actuellement le principe de la contribution pour les entreprises soumises au contrôle de la CCA.

Les contributions pour frais de contrôle telles que prévues par le présent projet de loi

ORGANISMES	Sociétés du code des assurances	Sociétés du code de la mutualité et du code de la sécurité sociale	Institutions de retraite supplémentaire	Mutuelles gérant des œuvres sanitaires et sociales
Assiette	Cotisations émises et acceptées, entre le 1 ^{er} janvier et le 31 décembre de chaque année, y compris les accessoires de cotisations et coût des contrats et règlements, nettes d'impôts, de cessions et d'annulation de l'exercice et de tous les exercices antérieurs, auxquelles s'ajoutent le total des cotisations acquises à l'exercice et non émises.		Cotisations encaissées entre le 1 ^{er} janvier et le 31 décembre de chaque année. ³	
Taux	Fixé par décret entre 0,05 et 0,15 pour mille		Fixé par décret entre 0,05 et 0,15 pour mille	
Modalités de recouvrement	Par les comptables du Trésor, comme en matière de créances non fiscales de l'Etat	Par les organismes chargés du recouvrement des cotisations du régime général de sécurité sociale territorialement compétents, dans les conditions fixées à l'article L 951-1.		

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

¹ Sa rédaction est quelque peu précisée. Il s'agit des « primes ou cotisations émises et acceptées entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de l'année, y compris les accessoires de primes, de cotisations, de coûts de contrats et de règlements et coûts de police, nettes d'impôts, de cessions et d'annulations de l'exercice ou de tous les exercices antérieurs, auxquelles s'ajoutent le total des primes ou cotisations acquises à l'exercice et non émises ».

² Le décret fixant la cotisation est relatif au secteur des assurances, il sera donc soumis au Comité consultatif pour la législation et la réglementation financières (CCLRF) prévu à l'article 22 du présent projet de loi.

³ Ces organismes ne faisant pas d'appel de cotisation, seules les cotisations encaissées peuvent être prises en compte.

Evolution du produit de la contribution pour frais de contrôle depuis 1998

Année	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (prévision)	
Assiette <i>(en MEuros)</i>	113 592	121 481	105 141	116 731	134 373	144 424	144 424
Taux <i>(pour mille)</i>	0,0571061	0,0561115	0,0649867	0,0603764	0,0554794	0,05 <i>(hypothèse basse)</i>	0,15 <i>(hypothèse haute)</i>
Produit¹ <i>(en Euros)</i>	6 486 830	6 816 531	6 832 807	7 047 795	7 454 983	7 221 207	21 663 622

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

2. Le budget de la CCAMIP

Il est précisé que les crédits attribués à la CCAMIP pour son fonctionnement sont **inscrits au budget de l'Etat** (budget des services financiers). Il est notamment prévu à ce stade qu'un chapitre budgétaire spécifique sera créé pour cette nouvelle entité. Son budget sera donc déterminé annuellement dans le cadre de la procédure budgétaire.

Le contrôle a priori des dépenses est supprimé², en cohérence avec l'indépendance de l'autorité et le président est ordonnateur des dépenses.

E. LIBRE PRESTATION DE SERVICES ET SUCCURSALES

L'agrément, depuis l'entrée en vigueur des troisièmes directives européennes sur l'assurance, vaut passeport européen. Il permet à une entreprise de travailler en régime d'établissement (établissement d'une succursale) ou par voie de libre prestation de services (LPS) dans tout l'espace communautaire : les entreprises notifient leur intention à l'autorité de contrôle qui transmet le dossier à l'autorité compétente de l'Etat concerné si les règles prudentielles sont respectées.

En France, la répartition des rôles entre les différentes autorités en matière de notification est complexe : alors que les notifications concernant les entreprises européennes désireuses d'exercer en France se font, dans leur

¹ Il n'existe pas de budget identifié pour la CCA dans les documents soumis au Parlement lors du vote de la loi de finances. Le taux de prélèvement est ajusté annuellement afin que les recettes soient égales aux dépenses de la CCA pour l'année N-1. Le calcul est effectué par les services de l'ordonnancement de la direction du personnel de la modernisation et de l'administration du ministère de l'économie.

² Par la disposition qui indique que « les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables » à la gestion des crédits attribués à la CCAMIP.

totalité auprès du ministre des finances français, titulaire du pouvoir d'agrément¹, **les entreprises françaises désireuses de s'établir dans un des pays de l'Union européenne devaient en informer :**

- **soit le ministre** s'il s'agit de l'établissement d'une succursale (articles L. 321-3 à L. 321-6 du code des assurances),

- **soit la Commission de contrôle** s'il s'agit d'une libre prestation de services (4^e alinéa de l'article L. 312-10 du même code).

Afin de simplifier ce schéma, le **2^o du I** du présent article transfère la notification pour l'établissement d'une succursale à la CCAMIP et, parallèlement, le **VI** du présent article supprime les dispositions qui prévoyaient cette notification auprès du ministre.

Les modifications induites par le présent article (et l'article 25 du présent projet de loi)

	UE vers France		France vers UE	
	LPS	Succursale	LPS	Succursale
Régime actuel	La notification est faite au ministre français		La notification est faite aux autorités de l'Etat concerné via la CCA	La notification est faite aux autorités de l'Etat concerné, via le ministre des finances.
Régime modifié	La notification est faite au Comité des entreprises d'assurance		La notification est faite aux autorités de l'Etat concerné via la CCAMIP	

Source : ministre de l'économie des finances et de l'industrie.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. LA PERSONNALITÉ MORALE

La faiblesse des moyens de la future CCAMIP préoccupe votre rapporteur. Il est en effet capital, notamment pour la crédibilité internationale des acteurs français de l'assurance, que les contrôles de la CCAMIP soient suffisants en quantité et en qualité.

Les moyens de la CCAMIP doivent être renforcés pour lui permettre de remplir ses missions qui sont étendues par le présent projet de loi. La fourchette des taux prévue (entre 0,05 et 0,15 pour mille) devrait permettre une augmentation progressive des moyens.

Toutefois, l'absence de personnalité morale de la CCAMIP ne lui permet pas de se voir affecter ces moyens directement. S'ils lui étaient

¹ Ce pouvoir sera transféré au Comité des entreprises d'assurance (CEA) par l'article 25 du présent projet de loi.

cependant rattachés, cela serait en infraction aux principes affirmés par la loi organique sur les lois de finances¹. C'est pourquoi, afin d'assurer une plus grande indépendance et sécurité financières de la CCAMIP, votre commission vous soumet **cinq amendements visant à lui conférer la personnalité morale et à en tirer les conséquences** :

- au **I** du présent article, elle vous soumet un amendement visant à prévoir que la CCAMIP n'est plus une autorité administrative indépendante mais une « *autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale* »² ;

- au **II** du présent article, elle vous soumet deux amendements, l'un visant à prévoir que le président de la commission peut agir au nom de celle-ci devant toute juridiction (et non plus au nom de l'Etat), et l'autre que le personnel des services de la commission est composé d'agents publics mis à sa disposition, d'agents contractuels de droit public et de salariés de droit privé et que la commission fixe, sur proposition du secrétaire général, les règles de déontologie applicables à son personnel ;

- au **III** du présent article, elle vous soumet un amendement visant à indiquer que la CCAMIP dispose de l'autonomie financière, qu'elle arrête donc son budget (sur proposition du secrétaire général) et qu'elle perçoit directement le produit de la contribution pour frais de contrôle ;

- au **IV** du présent article, elle vous soumet un amendement visant à prévoir les modalités de liquidation, ordonnancement et recouvrement de la contribution pour frais de contrôle, à rappeler que la CCAMIP n'est pas soumise au contrôle *a priori* de ses dépenses et à renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer son régime comptable.

B. LE SECRÉTARIAT GÉNÉRAL

Votre commission vous soumet **un amendement** prévoyant que le secrétaire général est nommé après **avis de la commission** (et non pas du seul président), afin de renforcer l'implication de l'ensemble des membres de la commission dans cette nomination.

Par ailleurs, considérant que les dispositions relatives au secrétaire général adjoint de la commission de contrôle sont de nature réglementaire, et que de surcroît elles brident l'organisation interne de la commission (qui ne pourrait décider de nommer un second secrétaire général adjoint), votre commission vous soumet donc **un amendement** supprimant ces dispositions.

¹ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

² Comme il est prévu à l'article 2 du présent projet de loi s'agissant de l'Autorité des marchés financiers.

C. AMENDEMENTS RÉDACTIONNELS ET DE PRÉCISION

Par ailleurs, **vo**tre commission vous soumet huit amendements rédactionnels et de précision.

Dans le **I** du présent article, elle vous soumet **six amendements** :

- elle vous soumet un amendement visant à bien préciser que les entreprises d'assurance en libre prestation de services ou en liberté d'établissement en France sont exclues du contrôle de la CCAMIP (elles sont contrôlées par l'autorité compétente dans leur Etat d'origine) ;

- elle vous soumet un amendement visant à supprimer des dispositions redondantes sur le contrôle des entreprises de réassurance par la CCAMIP ;

- s'agissant du contrôle de la CCAMIP sur les intermédiaires, des mots (« ou cette institution ») ont été omis ; elle vous soumet un amendement visant à les rétablir ;

- elle vous soumet un amendement visant à soumettre au contrôle de la CCAMIP les unions de groupes mutualistes¹ et les groupements paritaires de prévoyance² qui sont, pour les mutuelles et les institutions de prévoyance ce que sont les sociétés de groupe d'assurances pour les entreprises d'assurance du code des assurances ;

- elle vous soumet également un amendement de rectification d'un numéro d'alinéa ;

- elle vous soumet enfin un amendement visant à préciser que les opérations de gestion de régimes obligatoires de sécurité sociale gérées par les organismes régis par le code de la mutualité ne sont pas soumises au contrôle de la CCAMIP.

Dans le **II** du présent article, votre commission vous propose **un amendement** tendant à préciser que le président de la commission et le gouverneur de la Banque de France sont bien considérés comme des « membres » de la CCAMIP, à ce titre ils seront donc soumis aux mêmes contraintes que les autres membres (notamment en matière de déontologie).

Dans le **IV** du présent article, votre commission vous soumet un amendement visant à supprimer les deux derniers alinéas qui sont redondants avec des dispositions prévues au II.

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

¹ Visés à l'article L. 111-4-1 du code de la mutualité.

² Visés à l'article L. 933-5 du code de la sécurité sociale.

ARTICLE 27

Pouvoirs de contrôle de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance

Commentaire : le présent article précise les différents pouvoirs de contrôle dont dispose la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP).

Cet article propose diverses dispositions relatives à la CCAMIP :

- le **I** organise les modalités de consultation des fonds de garantie ;
- le **II** élargit le recrutement des agents de la CCAMIP, en particulier pour effectuer ses contrôles ;
- le **III et IV** sont des dispositions de coordination liées à la fusion entre la Commission de contrôle des assurances (CCA) et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP) ;
- le **V et VI** sont relatifs aux pouvoirs de la CCAMIP à l'égard des commissaires aux comptes.

I. LA CONSULTATION DES PRÉSIDENTS DES FONDS DE GARANTIE

Le **I** du présent article propose d'insérer un article **L. 310-12-3** dans le code des assurances ¹ qui prévoit que la CCAMIP entend le président du fonds de garantie lorsqu'elle envisage de recourir à un tel fonds. Les présidents des fonds de garantie sont également entendus à leur demande. Il s'agira du Fonds de garantie des assurances de personnes (FGAP)² ou du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO)³.

Les dispositions proposées dans le **I** du présent article sont la **reprise de dispositions existantes ou prévues dans les articles du code relatifs à chacun de ces fonds** :

¹ Cet article viendrait juste après l'article L. 310-12-2 relatif à la contribution pour frais de contrôle perçue par la CCAMIP et introduit par l'article 26 du présent projet de loi.

² Prévus aux articles L. 423-1 et suivants du code des assurances.

³ Dont la création est prévue par l'article 57 du présent projet de loi.

- pour le FGAP, les deux derniers alinéas de l'article L. 423-4 prévoient ainsi que « *la [CCA]¹ entend le président du directoire du fonds de garantie pour toute question concernant une entreprise d'assurance pour laquelle elle envisage de mettre en œuvre [les dispositions du chapitre relatif à la garantie contre les défaillances d'entreprise d'assurances de personnes]* » et « *le président du directoire est également entendu, à sa demande, par la [CCA]* ».

- pour le FGAO, l'article L. 421-9-3 proposé par le VII de l'article 57 du présent projet de loi prévoit de même que « *la [CCAMIP] entend le représentant du fonds de garantie pour toute question concernant une entreprise d'assurance. Le fonds est également entendu, à sa demande, par la Commission* ».

II. UN PERSONNEL PLUS DIVERSIFIÉ POUR LA CCAMIP

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

L'article L. 310-13 du code des assurances prévoit actuellement que le **corps des commissaires contrôleurs des assurances** est mis à la disposition de la CCA pour ses contrôles sur pièces et sur place. Sont également mis à sa disposition, « *en tant que de besoin* », les **membres de l'inspection générale des affaires sociales (IGAS)**. En vertu de l'article L. 951-4 du code de la sécurité sociale, la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance peut également faire appel « *en tant que de besoin* » aux membres de l'IGAS.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le **II** du présent article propose :

- dans son **1°**, de prévoir que la mise à disposition de la CCAMIP des membres de l'IGAS devient le principe et non plus l'exception, ce qui devrait lui permettre d'y avoir plus souvent recours ;

- dans son **2°**, de prévoir que **le personnel de la CCAMIP est composé de « fonctionnaires et d'agents contractuels de droit public »** (le recrutement de salariés de droit privé est donc exclu) ;

¹ A laquelle va succéder la CCAMIP en vertu des dispositions de l'article 26 du présent projet de loi.

- toujours dans son 2^o, de prévoit que, « *pour l'exercice de ses attributions, la [CCAMIP] peut faire **appel à toute personne compétente dans le cadre de conventions** établies à cet effet par son secrétaire général* » ; cette disposition est la reprise de ce qui existe déjà pour la Commission bancaire¹.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Par coordination avec l'amendement qu'elle vous a proposé à l'article 22 et qui prévoit le statut des personnels de la CCAMIP (et ouvre la possibilité de recruter des salariés sous contrat privé), votre commission vous soumet un **amendement** visant à supprimer les dispositions du présent article relatives à la composition du personnel de la CCAMIP.

III. LE CONTRÔLE DES DOCUMENTS PUBLICITAIRES ET CONTRACTUELS

En vertu de l'article L. 951-5 du code de la sécurité sociale, la CCMIP peut demander communication des « *documents à caractère contractuel ou publicitaire ayant pour objet les opérations* » que réalisent les institutions et groupements de prévoyance du code de la sécurité sociale ainsi que les mutuelles, unions et fédérations du code de la mutualité. Ce pouvoir n'existe pas au profit de la CCA.

Le **1^o du III** du présent article propose donc de conférer ce pouvoir à la nouvelle CCAMIP et de l'insérer dans l'article L. 310-14 qui est relatif aux pouvoirs de communication de documents de la CCAMIP.

Par la même occasion, le **2^o du III** du présent article propose de supprimer, dans ce même article, une disposition devenue obsolète qui prévoyait que pour obtenir des informations d'institutions de prévoyance ou de mutuelles apparentées à l'entreprise d'assurance contrôlée, la CCA devait adresser sa demande à la CCMIP. On voit bien ici le gain d'efficacité qu'engendrera la création de la CCAMIP.

¹ Article L. 613-7 du code monétaire et financier.

IV. LA SURVEILLANCE COMPLÉMENTAIRE

Depuis l'adoption de l'ordonnance du 29 août 2001¹, **la surveillance complémentaire de la situation financière** des entreprises d'assurance, institutions de prévoyance ou mutuelles faisant partie d'un groupe est prévue :

- à l'article L. 334-3 du code des assurances en ce qui concerne les entreprises d'assurance ;

- à l'article L. 933-3 du code de la sécurité sociale en ce qui concerne les institutions de prévoyance ;

- à l'article L. 212-7-2 du code de la mutualité en ce qui concerne les mutuelles et unions du code de la mutualité.

Afin de faciliter la surveillance complémentaire qu'opérera désormais la seule CCAMIP à l'égard de tous ces organismes, le **2° du V** du présent article précise, dans l'article L. 310-15², que la CCAMIP « *peut procéder à la vérification sur place des informations nécessaires à [cette] surveillance complémentaire (...) auprès de l'entreprise d'assurance, de la mutuelle ou de l'union, de l'institution de prévoyance et de leurs organismes apparentés.* »

Et « *lorsque, dans le cadre de la surveillance complémentaire, la [CCAMIP] souhaite vérifier des informations utiles à l'exercice de sa surveillance concernant une entreprise située dans un Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, elle demande aux autorités compétentes de cet Etat qu'il soit procédé à cette vérification* ».

Par la même occasion, le **1° du V** du présent article propose de supprimer dans l'article L. 310-15 une disposition devenue obsolète qui prévoyait que l'extension du contrôle de la CCA aux institutions de prévoyance ou de mutuelles apparentées à l'entreprise d'assurance contrôlée, consistait en une demande d'informations auprès de la CCMIP. On voit bien ici le gain d'efficacité qu'engendrera la création de la CCAMIP.

¹ Ordonnance n° 2001-767 du 29 août 2001 portant transposition de la directive 98/78/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998 sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance et modifiant le code de la sécurité sociale et le code de la mutualité.

² Cet article est actuellement relatif aux possibilités d'extension du contrôle sur place de la CCA à toutes les entreprises apparentées à l'entreprise contrôlée.

V. L'EXTENSION DES POUVOIRS DE LA CCAMIP À L'ÉGARD DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

La CCA dispose à l'heure actuelle de certains pouvoirs à l'égard des commissaires aux comptes. Ces pouvoirs sont également reconnus à la Commission bancaire.

En vertu de l'article **L. 310-19**, elle peut demander aux commissaires aux comptes d'une entreprise d'assurance, de réassurance, d'une société de groupe d'assurance ou d'une société de groupe mixte d'assurance « *tout renseignement sur l'activité de l'organisme contrôlé* »¹. En outre, les commissaires aux comptes sont **tenus de signaler dans les meilleurs délais à la CCA certains faits** concernant l'entreprise ou la société **et certaines décisions** prises par ses dirigeants dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission². En cas d'infraction à ces obligations, le commissaire aux comptes peut être relevé de ses fonctions par le tribunal compétent à la demande de la CCA ou être sanctionné par son autorité disciplinaire saisie par la CCA³.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Les **V et VI** du présent article transposent au profit de la CCAMIP des pouvoirs aujourd'hui détenus par la Commission bancaire à l'égard des commissaires aux comptes.

Le **V** du présent article propose de compléter l'article L. 310-19 précité (qui sera désormais relatifs aux pouvoirs de la CCAMIP à l'égard des commissaires aux comptes) par la disposition suivante : « *la commission de contrôle peut également transmettre aux commissaires aux comptes (des entreprises et sociétés mentionnées) les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Ces informations sont couvertes par le secret professionnel* ». En outre, il est prévu que la CCAMIP peut « *transmettre des observations écrites aux commissaires aux comptes qui sont alors tenus d'apporter des réponses dans cette forme* ». Ces dispositions sont une reprise de pouvoirs existants aujourd'hui au profit de la Commission bancaire⁴.

¹ Les commissaires aux comptes sont alors déliés de leur obligation de secret professionnel.

² La nature des faits et décisions concernés est définie à l'article L. 310-19 précité.

³ Voir article L. 310-19-1 du code des assurances.

⁴ Voir le I de l'article L. 613-9 du code monétaire et financier.

Le VI du présent article propose que la CCAMIP soit «*saisie pour avis de toute proposition de désignation ou de renouvellement du mandat des commissaires aux comptes dans les organismes soumis à son contrôle*»¹. En outre, «*lorsque la situation le justifie*», **la CCAMIP peut «procéder à la désignation d'un commissaire aux comptes supplémentaire»**.

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

¹ Dans des conditions fixées par décret.

ARTICLE 28

Dispositions diverses relatives à la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance

Commentaire : le présent article propose diverses dispositions relatives à la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP).

Cet article propose diverses dispositions relatives à la CCAMIP :

- les **I, II et VI** modifient les procédures d'injonction et de sanction de la CCAMIP en prenant notamment en compte les récentes évolutions de la jurisprudence ;

- le **III** est relatif aux personnes astreintes à la production d'un rapport de solvabilité ;

- les **IV et V** procèdent à la transposition en droit interne de la directive dite « Solvabilité I ».

I. LE POUVOIR D'INJONCTION ET DE SANCTION DE LA CCAMIP

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

L'article **L. 310-17** du code des assurances prévoit que lorsqu'une entreprise d'assurance¹ a enfreint une disposition législative ou réglementaire dans le domaine relevant du contrôle de la Commission de contrôle des assurances (CCA) ou a un comportement qui met en péril sa marge de solvabilité ou l'exécution des engagements qu'elle a contractés envers les assurés, la CCA, après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs observations, peut lui adresser **une mise en garde**.

Elle peut également, dans les mêmes conditions, lui adresser **une injonction** à l'effet de prendre, dans un délai déterminé toutes mesures

¹ Sont concernées les entreprises mentionnées aux 1°, 3° et 4° de l'article L. 310-2 du code des assurances, c'est à dire les entreprises d'assurance agréées et ayant leur siège social en France (1°), les succursales agréées en France d'entreprises d'assurance étrangères hors Union européenne (3° et 4°).

destinées à rétablir ou renforcer son équilibre financier ou à corriger ses pratiques.

En vertu de l'article **L. 310-18** du même code, si une entreprise d'assurance agréée en France a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité **ou si elle n'a pas déféré à l'injonction** de l'article L. 310-17, la CCA peut prononcer à son encontre ou à celle de ses dirigeants une ou plusieurs **sanctions disciplinaires** : avertissement, blâme, limitations dans l'exercice de l'activité, suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ; démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ; retrait partiel ou total d'agrément ; transfert d'office de tout ou partie du portefeuille de contrats.

Elle peut prononcer, soit à la place de ces sanctions disciplinaires, soit en sus, une **sanction pécuniaire** dont le montant est fonction de la gravité des manquements commis et sous certaines limites¹.

Les articles **L. 310-18-1** et **L. 310-18-2** prévoient un même pouvoir de sanction pour la CCA à l'égard, respectivement, des sociétés de groupe d'assurance et des sociétés de réassurance.

B. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Prenant acte d'un **arrêt du 28 octobre 2002, Laurent**, dans lequel le Conseil d'Etat a considéré que les procédures d'injonction et de sanction de la CCA étaient insuffisamment distinctes et contrevenaient à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le gouvernement propose une **nouvelle gradation des pouvoirs de la CCA** qui pourra tout d'abord adopter des « **recommandations** » à l'égard des entreprises concernées, puis des **sanctions**.

1. Une nouvelle procédure de recommandation

Le **I** du présent article propose ainsi de remplacer les dispositions actuelles de l'article L. 310-17 du code des assurances sur la mise en garde et l'injonction, par de nouvelles dispositions aux termes desquelles : « *la commission de contrôle peut adresser à tout organisme ou toute personne soumis à son contrôle une recommandation de prendre toutes les mesures appropriées pour restaurer ou renforcer sa situation financière, améliorer ses méthodes de gestion ou assurer l'adéquation de son organisation à ses*

¹ Il ne peut toutefois excéder 3% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est porté à 5% en cas de nouvelle violation de la même obligation.

activités ou à ses objectifs de développement. ». Une telle recommandation est sans effet juridique obligatoire à l'égard des organismes ou personnes visées.

Il est prévu que *« l'organisme est tenu de répondre dans un délai de deux mois en précisant les mesures prises à la suite de cette recommandation »*.

2. La fusion des procédures d'injonction et de sanction

Le **II** du présent article modifie l'article L. 310-18 relatif aux sanctions afin, tout d'abord, d'intégrer la procédure actuelle d'injonction dans la procédure de sanction. Pour ce faire, les modifications suivantes sont apportées à l'article L. 310-18 :

- **le fondement de la procédure de sanction** n'est plus l'enfreinte d'une disposition législative ou réglementaire afférente à l'activité de l'entreprise, mais l'enfreinte *« d'une disposition législative ou réglementaire qui lui est applicable »* ou si l'entreprise concernée *« a des pratiques qui mettent en péril sa marge de solvabilité ou l'exécution des engagements qu'elle a contractés envers les assurés, adhérents ou ayants-droit »* ; il s'agit donc de la **reprise des critères qui fondent aujourd'hui la procédure de l'injonction (1° du II)**;

- **la sanction ne peut plus se fonder sur le non respect d'une injonction** de la commission de contrôle (**3° du II**) ;

- **la procédure de l'injonction** ne disparaît pas pour autant, mais elle **fait désormais partie intégrante de la procédure de sanction** : la CCAMIP *« peut décider de reporter sa décision à l'issue d'un délai qu'elle impartit à l'entreprise pour prendre toute mesure de nature à mettre fin aux manquements ou pratiques »* qui fondent la procédure de sanction (**3° du II**) ;

3. L'extension de la procédure de sanction aux entreprises de réassurance et aux sociétés de groupes d'assurance

Le **1° du II** du présent article modifie aussi l'article L. 310-18 relatif aux sanctions afin d'étendre le pouvoir de sanction de la CCAMIP prévu dans cet article **aux entreprises de réassurance¹ et aux sociétés de groupe d'assurance²**.

¹ Qui étaient soumises au pouvoir de sanction de la CCA en vertu de l'article L. 310-18-2, abrogé par le VI du présent article.

² Qui étaient soumises au pouvoir de sanction de la CCA en vertu de l'article L. 310-18-1, abrogé par le VI du présent article.

Afin de prendre en compte le cas particulier des entreprises de réassurance qui ne bénéficient pas d'un agrément mais d'une autorisation, le **2° du II** du présent article complète la liste des sanctions pour prévoir le retrait total ou partiel d'agrément « *ou d'autorisation* ».

Le **4° du II** reprend la règle de plafonnement applicable aux sanctions pécuniaires infligées aux sociétés de groupe d'assurance¹, actuellement prévue à l'article L. 310-18-1.

En conséquence, les articles L. 310-18-1 et L. 319-18-2 qui prévoyaient la procédure de sanction de la CCA à l'encontre des sociétés de groupe d'assurance et des entreprises de réassurance sont abrogés par le **VI** du présent article.

4. L'adaptation de la procédure contradictoire

La procédure contradictoire actuellement prévue (les responsables de l'entreprise sont obligatoirement mis à même d'être entendus avant que la CCA n'arrête sa décision et ils peuvent se faire représenter ou assister) est légèrement retouchée par le **5° du II** du présent article.

Celui-ci prévoit que la CCAMIP informe obligatoirement les intéressés de leur droit à être entendus et que lorsqu'ils font usage de cette faculté, ils peuvent se faire représenter ou assister.

II. LE RAPPORT DE SOLVABILITÉ

Aux termes de l'article L. 322-2-4 du code des assurances, à la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration ou le directoire des entreprises d'assurance établit un rapport de solvabilité écrit² qui est communiqué aux commissaires aux comptes et à la CCA.

¹ *Le montant maximum de la sanction pécuniaire est défini par référence au chiffre d'affaires de celle des entreprises d'assurance incluses par intégration globale dans la consolidation ou la combinaison dont le total des primes émises au cours du dernier exercice clos est le plus élevé.*

² *Ce rapport expose les conditions dans lesquelles l'entreprise garantit, par la constitution des provisions techniques suffisantes (dont les modalités de calcul et les hypothèses retenues sont explicitées et justifiées) les engagements qu'elle prend à l'égard des assurés, rappelle les orientations définies en matière de placements, présente et analyse les résultats obtenus et indique si la marge de solvabilité est constituée conformément à la réglementation applicable. Le rapport contient obligatoirement une analyse des conditions dans lesquelles l'entreprise est en mesure, à moyen et long terme, de faire face à l'ensemble de ses engagements.*

Or certaines entreprises d'assurance (et notamment les entreprises de réassurance et les entreprises d'assurance étrangères hors Union européenne) ne produisent pas un tel rapport de solvabilité.

Le gouvernement propose donc dans le **III** du présent article de préciser que ces dispositions s'appliquent aux entreprises de réassurance et aux succursales des entreprises dont le siège social es situé dans un Etat non membre de l'Espace économique européen (pour ces dernières, le rapport de solvabilité est établi par le mandataire général représentant la société).

Votre commission est favorable à cette précision, sous réserve d'un **amendement rédactionnel**.

III. LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « SOLVABILITÉ I »

A. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

L'article L. 323-1-1 du code des assurances permet actuellement à la CCA, « *lorsque la situation financière d'une (entreprise d'assurance) est telle que les intérêts des assurés et bénéficiaires des contrats sont compromis ou susceptibles de l'être* » de prendre « *les mesures d'urgence nécessaires à la sauvegarde de l'intérêt des assurés* ».

A ce titre, elle peut :

- mettre l'entreprise sous surveillance spéciale ;
- restreindre ou interdire la libre disposition de tout ou partie des actifs de l'entreprise ;
- limiter ou suspendre certaines opérations ;
- désigner un administrateur provisoire à qui sont transférés les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la direction de l'entreprise.

De façon analogue, l'article **L. 323-1-2** prévoit que lorsque la situation financière d'une **entreprise de réassurance** est telle que sa solvabilité est compromise ou susceptible de l'être, la CCA peut :

- mettre cette entreprise sous surveillance spéciale ;
- restreindre ou interdire la libre disposition de tout ou partie des actifs de l'entreprise ;

- limiter ou suspendre certaines opérations ;
- désigner un administrateur provisoire à qui sont transférés les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la direction de l'entreprise.

B. LES DIRECTIVES « SOLVABILITÉ I »

Les directives dites "Solvabilité I"¹ doivent faire l'objet d'une transposition en droit français **au plus tard le 20 septembre 2003**.

Ces directives ont pour objet d'apporter des améliorations limitées au dispositif actuel – notamment pour assurer une meilleure prise en compte des "risques à déroulement long" comme la responsabilité civile – et d'actualiser les seuils utilisés pour déterminer la marge de solvabilité et le fonds de garantie minimum des entreprises d'assurance. Cette révision des règles actuelles devrait être suivie, à moyen terme, par un réexamen d'ensemble de ces règles dans le cadre du projet "Solvabilité II".

C. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Une seule modification législative est nécessaire en droit français pour transcrire « Solvabilité I »². Elle est prévue au **2° du IV** du présent article qui complète l'article L. 323-1-1 pour prévoir que dans le cadre des mesures urgentes que peut prendre la CCAMIP, elle peut également :

- « *exiger de l'entreprise une marge de solvabilité plus importante que celle prescrite par la réglementation afin que l'entreprise soit rapidement en mesure de satisfaire à l'ensemble des exigences de solvabilité* » (le niveau de cette exigence supplémentaire de marge de solvabilité est déterminé par décret en Conseil d'Etat) ;

- « *par entreprise, revoir à la baisse les éléments admis à constituer la marge de solvabilité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

A la même occasion,

- le **1° du IV** du présent article propose aussi quelques modifications de l'article L. 323-1-1 pour prévoir que la CCAMIP doit considérer non plus la seule situation financière d'une entreprise d'assurance soumise à son

¹ Directives 2002/12/CE et 2002/13/CE du 5.3.2002 modifiant les directives 79/67/CEE et 73/239/CEE du Conseil en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance vie et non vie, publiées au Journal officiel des Communautés européennes le 20/03/2002.

² Et plus particulièrement son article 38-3°.

contrôle, mais la situation financière d'un « *organisme* »¹ soumis à son contrôle ou « *ses conditions de fonctionnement* » ;

- le **V** du présent article propose de prévoir dans l'article L. 323-1-2 que la CCAMIP dispose à l'égard des entreprises de réassurance des mêmes pouvoirs qu'à l'égard de l'ensemble des organismes qu'elle contrôle².

D. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Sous réserve d'un **amendement rédactionnel**³, votre commission est très favorable à la transposition (dans les temps !) de cette directive communautaire.

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

¹ Ce qui prend acte de la fusion des champs de contrôle de la CCA et de la CCMIP.

² On remarquera toutefois que la CCAMIP dispose déjà des mêmes pouvoirs à l'égard des entreprises de réassurance en vertu de la nouvelle rédaction de l'article L. 323-1-1 qui fait référence à l'article L. 310-12 dans lequel les entreprises de réassurance sont citées.

³ La directive prévoit que le niveau de l'exigence supplémentaire de marge est déterminé en fonction du programme de redressement financier retenu. Ce niveau supplémentaire de marge doit donc être fixé au cas par cas par la CCAMIP, le décret en Conseil d'Etat ne fixant que les « modalités » de fixation de cette exigence supplémentaire.

ARTICLE 29

Prise en compte de la création de la CCAMIP dans les codes de la sécurité sociale et de la mutualité

Commentaire : le présent article propose diverses modifications des codes de la sécurité sociale et de la mutualité pour prendre en compte la fusion entre la Commission de contrôle des assurances (CCA) et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP).

Le **I** du présent article propose des modifications dans le code de la sécurité sociale, tandis que le **II** propose des modifications dans le code de la mutualité. Il s'agit d'insérer dans ces deux codes les modifications intervenues dans le code des assurances¹, avec parfois quelques petites différences liées aux particularités des institutions de prévoyance ou des mutuelles.

I. MODIFICATIONS APPORTÉES DANS LE CODE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

A. TRANSPOSITION DES DIRECTIVES « SOLVABILITÉ I »

1. L'état actuel du droit

Comme l'article L. 323-1-1 du code des assurances le prévoit pour la CCA à l'égard des entreprises d'assurance, l'article L. 931-18 du code de la sécurité sociale permet actuellement à la CCMIP, « lorsque la situation financière d'une institution de prévoyance est telle que les intérêts des participants et bénéficiaires de bulletins d'adhésion à des règlements ou de contrats et ayants droit de ceux-ci sont compromis ou susceptibles de l'être » de prendre « les mesures d'urgence nécessaires à la sauvegarde de l'intérêt des participants, des bénéficiaires et des ayants droit de ceux-ci ».

A ce titre, elle peut :

- mettre l'institution sous surveillance spéciale ;

¹ Voir articles précédents du présent projet de loi.

- restreindre ou interdire la libre disposition de tout ou partie des actifs de l'institution ;

- limiter ou suspendre certaines opérations ;

- désigner un administrateur provisoire à qui sont transférés les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la direction de l'institution.

2. Les directives « Solvabilité I »

Les directives dites "Solvabilité I"¹ doivent faire l'objet d'une transposition en droit français **au plus tard le 20 septembre 2003**.

Ces directives ont pour objet d'apporter des améliorations limitées au dispositif actuel – notamment pour assurer une meilleure prise en compte des "risques à déroulement long" comme la responsabilité civile – et d'actualiser les seuils utilisés pour déterminer la marge de solvabilité et le fonds de garantie minimum des acteurs de l'assurance. Cette révision des règles actuelles devrait être suivie, à moyen terme, par un réexamen d'ensemble de ces règles dans le cadre du projet "Solvabilité II".

3. Le projet du gouvernement

Sur le modèle de ce que propose le IV de l'article 28 du présent projet de loi dans le code des assurances, le **c) du 1° du I** du présent article complète l'article L. 931-18 du code de la sécurité sociale pour prévoir que dans le cadre des mesures urgentes que peut prendre la CCAMIP, elle peut également :

- « *exiger de l'organisme une marge de solvabilité plus importante que celle prescrite par la réglementation afin que l'organisme soit rapidement en mesure de satisfaire à l'ensemble des exigences de solvabilité* » (le niveau de cette exigence supplémentaire de marge de solvabilité est déterminé par décret en Conseil d'Etat) ;

- « *par organisme, revoir à la baisse les éléments admis à constituer la marge de solvabilité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

¹ Directives 2002/12/CE et 2002/13/CE du 5.3.2002 modifiant les directives 79/67/CEE et 73/239/CEE du Conseil en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance vie et non vie, publiées au Journal officiel des Communautés européennes le 20/03/2002.

A la même occasion,

- le **a) du 1° du I** du présent article propose aussi quelques modifications de l'article L. 931-18 pour prévoir que la CCAMIP doit considérer non plus la seule situation financière d'une institution soumise à son contrôle, mais aussi « *ses conditions de fonctionnement* » ;

- le **b) du 1° du I** modifie le même article du code de la sécurité sociale pour prévoir que la CCAMIP peut, dans ses pouvoirs d'urgence, désigner un ou plusieurs administrateurs provisoires (dans l'état actuel du droit elle ne peut en désigner qu'un)¹.

B. COORDINATIONS AVEC LA CRÉATION DE LA CCAMIP

1. Les organismes soumis au contrôle de la CCAMIP

Le **2° du I** du présent article modifie l'article **L. 951-1** qui est actuellement relatif à la CCMIP pour prévoir :

- que la CCAMIP instituée dans le code des assurances est compétente pour assurer le contrôle des institutions, unions et groupements régis par la livre IX du code des assurances ainsi que par l'article L. 727-2 du code rural : c'est aussi le champ de contrôle de l'actuelle CCMIP si l'on ne considère pas les mutuelles du code de la mutualité ;

- que les opérations de retraite complémentaire réalisées par les institutions de retraite complémentaire faisant l'objet d'une compensation interprofessionnelle et générale ne sont pas soumises au contrôle de la CCAMIP : c'est la reprise du droit existant ;

- que la CCAMIP peut soumettre à son contrôle les intermédiaires ;

- que la contribution pour frais de contrôle est perçue sur les organismes soumis au contrôle de la CCAMIP au titre des codes de la sécurité sociale et de la mutualité dans les mêmes conditions qu'actuellement, à la différence près que le taux de 0,05 pour mille n'est plus fixé dans la loi (la fourchette de taux prévue dans le code des assurances, entre 0,05 et 0,15 pour mille s'applique²).

¹ En revanche, cette possibilité de nommer deux administrateurs provisoires n'est pas prévue dans le code des assurances.

² Il est fixé à l'article L. 310-12-2 du code des assurances (voir le IV de l'article 28 du présent projet de loi).

2. Les modalités du contrôle de la CCAMIP

Le **3° du I** du présent article propose de modifier l'article **L. 951-2** relatif à la mission de la CCMIP sur le modèle des modifications prévues à l'article L. 310-12 dans le code des assurances¹. En particulier, il prévoit que la CCAMIP « *s'assure également que les modalités de constitution et de fonctionnement des organes délibérants et dirigeants des organismes soumis à son contrôle sont conformes aux dispositions qui les régissent* ».

3. La composition de la CCAMIP et ses personnels

Le **4° du I** du présent article propose d'abroger l'article **L. 951-3** relatif à la composition de la CCMIP (qui disparaît au profit de la CCAMIP²) ainsi que l'article **L. 951-4** qui prévoit quelles personnes peuvent être mis à la disposition de la commission de contrôle³.

4. Les pouvoirs de la CCAMIP

Les **5° et 6° du I** du présent article transposent dans le code de la sécurité sociale les nouveaux pouvoirs de la CCAMIP à l'égard des commissaires aux comptes⁴ et proposent une modification rédactionnelle.

Le **8° du I** du présent article transpose dans le code de la sécurité sociale le nouveau régime de la recommandation prévu pour la CCAMIP dans le code des assurances⁵.

Le **9° du I** du présent article transpose dans le code de la sécurité sociale les modifications du régime de sanction de la CCAMIP prévues dans le code des assurances⁶.

Les **7° et 10° du I** du présent article prennent acte de la fusion de la CCA et de la CCMIP.

¹ Voir article 26 du présent projet de loi.

² Dont la composition est fixée à l'article L. 310-12-1 du code des assurances (voir article 26 du présent projet de loi).

³ Désormais prévu à l'article L. 310-13 du code des assurances en vertu du II de l'article 27 du présent projet de loi.

⁴ Voir article 27 du présent projet de loi.

⁵ Voir article 28 du présent projet de loi.

⁶ Voir article 28 du présent projet de loi.

II. MODIFICATIONS APPORTÉES DANS LE CODE DE LA MUTUALITÉ

A. COORDINATIONS AVEC LA CRÉATION DE LA CCAMIP

Le **1° du II** du présent article prend acte de la création de la CCAMIP.

Le **3° du II** du présent article transpose dans le code de la mutualité les modifications intervenues dans le code des assurances s'agissant du contrôle de la CCAMIP sur les modalités de constitution et de fonctionnement des organes délibérants et dirigeants des organismes contrôlés.

Le **4° du II** du présent article transpose dans le code de la mutualité les nouveaux pouvoirs de la CCAMIP à l'égard des commissaires aux comptes.

Le **5° du II** du présent article prend acte de la création de la CCAMIP.

Le **6° du II** du présent article transpose dans le code de la mutualité le nouveau régime de la recommandation reconnu à la CCAMIP.

Le **8° du II** du présent article transpose dans le code de la mutualité les modifications intervenues en matière de sanctions de la CCAMIP dans le code des assurances.

B. LE CONTRÔLE PAR LES DIRECTIONS RÉGIONALES DES AFFAIRES SANITAIRES ET SOCIALES

Le **2° du II** du présent article propose d'étendre le contrôle actuellement effectué par les services déconcentrés de l'Etat sur les petites mutuelles et celles qui ont souscrit des conventions de substitution, aux mutuelles qui n'exercent pas d'activité d'assurance¹. Ce contrôle s'exerce par dérogation aux compétences de la CCAMIP. Celle-ci conserve toutefois un pouvoir d'évocation.

C. TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « SOLVABILITÉ I »

Le **7° du II** du présent article propose les mêmes modifications dans le code de la mutualité que celles prévues par l'article 28 du présent projet de

¹ Mutuelles et unions relevant du livre III du code de la mutualité.

loi dans le code des assurances s'agissant de la transposition de la directive « Solvabilité I » et au I du présent article pour les institutions de prévoyance.

Il prévoit en outre que la CCAMIP peut désigner un ou plusieurs administrateurs provisoires (dans l'état actuel du droit elle ne peut en désigner qu'un).

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Par coordination avec son amendement de précision à l'article 28, votre commission vous soumet un **amendement** de précision sur cet article pour transposer la même modification dans le code de la sécurité sociale et dans le code de la mutualité.

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

ARTICLE 30

Rapprochement de la Commission bancaire et de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance

Commentaire : le présent article permet un léger rapprochement entre la Commission bancaire (CB) et la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP).

I. LA SITUATION ACTUELLE

A. LES PROJETS D'UN PRÉCÉDENT GOUVERNEMENT

Le projet d'un rapprochement de la CB et de la Commission de contrôle des assurances (CCA) avait été annoncé par M. Laurent Fabius, ministre de l'économie du précédent gouvernement, en juillet 1999.

Le projet de loi portant « réforme des autorités financières »¹ prévoyait ainsi, dans son article 20, un lien organique entre les deux commissions de contrôle grâce à la présence de **cinq membres communs** (et en particulier la participation « croisée » des deux présidents). Outre la modification de leur composition, il était également prévu des **réunions conjointes au moins deux fois par an** sur des sujets d'intérêt commun (par exemple l'examen global d'un groupe mixte banque-assurance).

Ce projet a fait long feu puisque, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, il n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour des assemblées et qu'il est devenu caduc suite au dernier renouvellement de l'Assemblée nationale.

B. LA CHARTE DE COOPÉRATION SIGNÉE ENTRE LA CB ET LA CCA

L'absence de disposition législative n'a pas empêché les deux commissions de contrôle de renforcer leurs actions de coopération.

Le 24 octobre 2001, les présidents de la CB et de la CCA ont signé une « **Charte relative à la coopération en matière de contrôle et**

¹ *Projet de loi n° 2920, Assemblée nationale, XI^e législature.*

d'échanges d'informations », approuvée par les collèges des deux commissions de contrôle.

Cet accord précise les modalités pratiques de la coopération entre les deux commissions de contrôle afin de faciliter l'exécution de leurs missions légales respectives, notamment par :

- la coordination et la promotion des échanges d'informations à caractère général,
- l'organisation de programmes de formation initiale réciproques,
- le développement des échanges d'expériences entre les agents des deux commissions,
- des échanges de personnels,
- l'organisation des échanges d'information concernant les entreprises ou personnes soumises à leur contrôle,
- la mise en place de groupes de travail sur les questions d'intérêt commun.

Le suivi de la mise en œuvre de la charte

Le suivi de la mise en œuvre de la charte est assuré par des réunions trimestrielles des secrétariats généraux préparées par un groupe de coordination permanent.

Concrètement, certaines actions ont déjà été menées dans le cadre de cet accord :

- les secrétariats généraux des deux commissions ont développé un point de vue commun sur l'appréciation du phénomène des conglomérats financiers, ce qui leur a été particulièrement utile dans le cadre des négociations sur le projet de directive, aujourd'hui adoptée, relative aux conglomérats financiers ;

- le premier contrôle sur place conjoint d'un établissement de crédit et de sa filiale d'assurance a eu lieu fin 2001 ;

- des groupes de travail ont été mis en place sur des questions d'intérêt commun. Les groupes "assurance caution" et " dérivés de crédit" ont rendu leurs conclusions récemment. La CCA et la CB ont ainsi été conduites à délibérer sur des documents établis conjointement par leurs secrétariats généraux.

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Dans le présent projet de loi¹, le gouvernement propose :

1- la **participation « croisée » des présidents aux deux commissions de contrôle, la CB et la nouvelle Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP)²** ;

2- **l’alignement de la durée du mandat** de membre de la CB sur celui de la nouvelle CCAMIP ;

3- des **réunions conjointes de la CB et de la CCA** au moins deux fois par an et en tant que de besoin.

A. LA PARTICIPATION CROISÉE DES DEUX PRÉSIDENTS

Le **I** du présent article modifie l’article L. 613-3 du code monétaire et financier afin de **prévoir, dans la composition de la CB, la présence du président de la CCAMIP.**

La composition de la CB serait alors la suivante :

- le gouverneur de la Banque de France ou son représentant, président ;

- le directeur du Trésor, ou son représentant ;

- le président de la CCAMIP ;

- quatre membres ou leurs suppléants nommés par arrêté du ministre chargé de l’économie : un conseiller d’Etat proposé par le vice-président du Conseil d’Etat, un conseiller à la Cour de cassation proposé par le premier président de la Cour de cassation et deux membres choisis en raison de leur compétence en matière bancaire et financière.

La présence du gouverneur de la Banque de France, président de la CB, (ou son représentant) à la CCAMIP est prévue à l’article L. 310-12-1 du code des assurances tel que modifié par l’article 26 du présent projet de loi.

Cette disposition permettra une information permanente entre les deux commissions sur leurs travaux respectifs.

¹ A l’article 26 et au présent article.

² Voir article 26 du présent projet de loi.

B. L'HARMONISATION DE LA DURÉE DES MANDATS

Le mandat des membres de la COB nommés par le ministre est **actuellement de six ans, sans limitation dans le nombre de renouvellements.**

Le **II** du présent article propose **d'abaisser la durée du mandat à cinq ans et de ne plus permettre qu'un seul renouvellement.** Il s'agit de la reprise des règles applicables au mandat des membres de la CCAMIP. Désormais, le mandat des membres de nombreuses autorités du secteur financier est de 5 ans renouvelable une fois¹.

C. DES RÉUNIONS CONJOINTES DES DEUX COMMISSIONS DE CONTRÔLE

Le **III** du présent article insère dans ce même article L. 613-3 du code monétaire et financier relatif à la composition de la CB une nouvelle disposition prévoyant que « *la CB et la CCAMIP se réunissent conjointement au moins deux fois par an et en tant que de besoin sur des sujets d'intérêt commun* ». Une disposition analogue figure dans l'article L. 310-12-1 du code des assurances tel que modifié par l'article 26 du présent projet de loi et relatif à la composition de la CCAMIP.

Il s'agira essentiellement de réunions d'information communes, mais il ne faut pas exclure que cette réunion conjointe des deux commissions puisse être un lieu décisionnel.

Cette disposition relative aux liens entre les deux collèges formalise les échanges qui ont déjà lieu entre les secrétariats généraux des deux commissions, sur la base de la charte précitée.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

La question du rapprochement de la CB et de la CCA (et aujourd'hui de la CCAMIP) est devenue une arlésienne des autorités de contrôle prudentiel.

En effet, comment ne pas penser spontanément, à l'heure où les métiers se rapprochent, avec le phénomène de la bancassurance, des activités de gestion d'actifs et de caution qui sont aujourd'hui communes, des transferts de risques de crédit des banques aux compagnies d'assurances, que les

¹ C'est aussi le cas pour les membres de l'Autorité des marchés financiers. Voir article 3 du présent projet de loi.

autorités de contrôle doivent également se rapprocher pour mieux contrôler ces nouveaux conglomérats financiers ?

Certes, des différences demeurent importantes entre les activités et les risques propres à chaque secteur, mais doivent-elles pour autant aboutir à une spécialisation rigide du contrôle ?

Votre rapporteur est favorable aux coopérations renforcées qui se mettent en place entre les deux commissions de contrôle et il est favorable à l'idée d'aller à terme vers une commission de contrôle commune.

Cette question ne semble aujourd'hui pas encore mûre : les disparités entre les deux commissions (cultures, moyens, responsabilités) sont jugées encore trop fortes. Votre rapporteur souhaite que la mise en œuvre de la charte précitée ainsi que le renforcement des moyens de la CCAMIP grâce à l'octroi de la personnalité morale¹, permettent petit à petit de rapprocher encore les deux commissions, pour le plus grand bénéfice des acteurs du secteur financier français.

Sous réserve **d'un amendement** visant à prévoir que le président de la CCAMIP peut être représenté à la CB², votre commission est favorable aux dispositions du présent article.

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

¹ Voir amendement proposé par votre commission des finances à l'article 26 du présent projet de loi.

² De même qu'il est prévu par l'article 26 du présent projet de loi que le président de la CB peut être représenté à la CCAMIP.

CHAPITRE III : DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES

Section 1 **Dispositions diverses**

ARTICLE 31

Marché des titres de créances négociables

Commentaire : le présent article propose de clarifier l'organisation du contrôle du marché des titres de créances négociables (TCN) entre l'Autorité des marchés financiers (AMF) et la Banque de France et apporte deux ajustements relatifs aux personnes habilitées à émettre de tels titres.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le marché des titres de créances négociables (TCN) a été créé en 1985¹ afin de faciliter la mobilisation des créances en procédant à une désintermédiation bancaire : les entreprises peuvent se prêter directement des capitaux selon un mode simplifié de transmission de créances qui permet un abaissement du coût de financement pour les entreprises.

Il s'agit d'un marché dit « organisé ». Il ne s'agit en effet pas d'un marché réglementé mais d'un marché de gré à gré doté d'une organisation minimale.

L'article L. 213-1 du code monétaire et financier définit les TCN comme des « *titres émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché réglementé ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance pour une durée déterminée* ».

¹ Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985.

A. LES PERSONNES HABILITÉES À ÉMETTRE DES TCN

Seules certaines personnes, limitativement énumérées à l'article L. 213-3, sont habilitées à émettre des TCN. Il s'agit :

- des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et de la Caisse des dépôts et consignations, sous réserve de respecter les conditions fixées à cet effet par le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) ;

- des entreprises (autres que celles précédemment citées), sous réserve de remplir les conditions de forme juridique, de capital, de durée d'existence et de contrôle des comptes requises lorsqu'elles font appel public à l'épargne ou des conditions équivalentes pour les entreprises ayant un siège social à l'étranger ; un décret de 1992¹ précise ainsi que pour être habilitées à émettre des TCN, les entreprises doivent avoir deux années d'existence et établi au moins deux bilans certifiés (sauf si l'émission est inconditionnellement garantie par des sociétés remplissant cette condition) ;

- des groupements d'intérêt économique et des sociétés en nom collectif, composés exclusivement de sociétés par actions satisfaisant aux conditions susmentionnées ;

- des institutions de la Communauté européenne et des organisations internationales dont la France est membre ;

- de la Caisse d'amortissement de la dette sociale² ;

- des collectivités locales et de leurs groupements³ ;

On distingue, au sein des TCN⁴ :

- les certificats de dépôts, d'une durée initiale inférieure ou égale à un an, émis par les établissements de crédit ou la Caisse des dépôts et consignations ;

- les billets de trésorerie, d'une durée initiale inférieure ou égale à un an, par les émetteurs autorisés par la loi, autres que les établissements de crédit et la Caisse des dépôts et consignations ;

- les bons à moyen terme négociables, d'une durée initiale supérieure à un an, émis par l'ensemble des émetteurs autorisés par la loi.

¹ Décret n° 92-137 du 13 février 1992 relatif aux titres de créances négociables.

² Instituée par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale.

³ Innovation de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁴ Article 1^{er} du décret de 1992 précité.

B. LES OBLIGATIONS D'INFORMATION DES ÉMETTEURS DE TCN

Les TCN sont soumis à un régime distinct de celui des autres instruments financiers. En effet, l'actuel article L. 213-4 prévoit que « *les émetteurs de TCN sont tenus de remplir des obligations d'information relatives à leur situation économique et financière et à leur programme d'émission* ». Celui-ci est précisé dans le décret de 1992 précité.

L'émetteur de TCN est tenu d'établir un document d'information, mis à jour annuellement et appelé « dossier de présentation financière ». Ce dossier contient, dans le cas général, une présentation du programme d'émission, une fiche de renseignements, le rapport semestriel et la situation semestrielle de trésorerie. Il est rédigé en français et établi dans les normes comptables françaises.

C. L'ORGANISATION DU CONTRÔLE DU MARCHÉ DES TCN ET DE L'INFORMATION

Le contrôle du marché des TCN fait aujourd'hui intervenir trois acteurs.

1. La Banque de France est chargée, par le décret de 1992, de veiller au respect par les émetteurs des conditions d'émission¹.

Elle peut ainsi suspendre ou interdire d'émission un émetteur qui manque à ses obligations. Elle est informée de l'entrée de nouveaux émetteurs sur le marché et reçoit communication immédiate des dossiers de présentation financière et de leurs mises à jour. Son intervention se situe exclusivement au stade du contrôle des obligations souscrites lors de l'émission.

2. La Commission des opérations de bourse (COB) est chargée du contrôle de l'information financière diffusée par les émetteurs².

En cas d'émission de TCN notés par une agence spécialisée³, un régime simplifié est prévu : l'émetteur n'est tenu que de transmettre son dossier de présentation financière à la Banque de France. En cas d'émission de

¹ La compétence de la Banque de France s'explique car le marché des TCN peut être considéré comme un segment du marché monétaire (financement des entreprises, en particulier des banques, à très court terme). D'après une étude de la Banque centrale européenne, les banques centrales sont compétentes sur ce marché, à côtés des régulateurs boursiers, dans plusieurs pays : Italie, Grèce, Portugal et Finlande.

² En revanche, le dernier alinéa de l'article L. 621-1 du code monétaire et financier exclut que la commission contrôle le marché proprement dit des TCN.

³ Très majoritaires sur le marché.

TCN non notés¹, un visa doit être obtenu par l'émetteur auprès de la COB. D'une façon générale, la COB est en principe chargée de contrôler l'information diffusée par tous les émetteurs.

La COB peut ainsi, si elle constate des carences ou des omissions dans les informations, mettre en demeure l'émetteur d'opérer des rectifications et elle en informe la Banque de France. Si l'émetteur ne satisfait pas ses demandes, elle peut mettre fin à la validité du visa ou, lorsqu'elle n'a pas apposé de visa, demander à la Banque de France de suspendre les émissions.

3. Enfin, le Conseil des marchés financiers (CMF) est chargé de contrôler le respect des règles de bonne conduite dans les transactions sur instruments financiers, à fortiori les transactions de TCN.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

A. DEUX AJUSTEMENTS DE LA RÉGLEMENTATION

Dans le **I** du présent article, le gouvernement propose deux ajustements relatifs aux personnes habilitées à émettre des TCN.

1. La suppression de la condition relative à la durée d'existence de l'entreprise émettrice de TCN

La condition des deux années d'existence fixée par le décret de 1992 pouvant être aisément contournée² et ayant été supprimée récemment pour les émissions d'obligations, le gouvernement propose dans le **1° du I** du présent article de supprimer dans le code monétaire et financier la condition relative à la « *durée d'existence* ». Le décret de 1992 est d'ailleurs en cours de modification pour faire disparaître cette condition.

¹ Ces émissions non notées représentent 5 % de l'encours du marché (environ 250 milliards d'euros).

² Il suffit en effet de placer les dettes à refinancer dans un véhicule existant depuis plus de deux ans : ces « coquilles vides » remplissent la condition des deux ans d'existence et ne sont activées qu'à l'occasion d'une opération d'émission.

2. L'extension du champ des émetteurs de TCN à l'ensemble des organisations internationales

Considérant que plusieurs organisations internationales dont la France n'était pas membre¹ souhaitaient émettre des TCN sur le marché français, le gouvernement propose dans le 2° du I du présent article, d'ouvrir à l'ensemble des organisations internationales la possibilité d'émettre des TCN.

B. LA CLARIFICATION DE L'ORGANISATION DU CONTRÔLE

Le II du présent article propose une nouvelle rédaction de l'article L. 213-4 du code monétaire et financier.

Ce faisant, il supprime l'actuelle disposition qui organisait un régime d'information spécifique pour les TCN. Désormais, en l'absence de disposition législative spécifique, les TCN seront soumis au même régime que les autres instruments financiers, fixé aux articles L. 421-1 et suivants du code monétaire et financier.

La nouvelle rédaction de l'article L. 213-4 que les émetteurs de TCN sont tenus d'établir, préalablement à la première émission, « *une documentation financière, qui porte sur leur activité, leur situation économique et financière ainsi que sur le programme d'émission* ». Cette documentation est rédigée en français².

Originalité propre au marché des TCN, la compétence de la Banque de France en matière de contrôle du « *respect par les émetteurs des conditions d'émission*³ » est réaffirmée puisque la documentation financière est déposée auprès d'elle. Cette information pourra être nettement plus légère que les obligations détaillées actuelles, mais néanmoins suffisante pour maintenir la qualité du marché français.

Selon le droit commun, l'AMF ne sera plus responsable que de l'information pour les titres pour lesquels il est fait appel public à l'épargne :

- pour les TCN exclusivement offerts à des investisseurs qualifiés dans le cadre de placements privés, l'information à fournir est de nature quasi-contractuelle ; l'AMF n'est ni compétente ni responsable pour contrôler cette information ;

¹ Par exemple des banques de développement régionales hors Europe.

² Il est toutefois prévu qu'un décret fixe les cas et conditions dans lesquels la documentation financière peut être rédigée dans une langue usuelle en matière financière autre que le français, sur le modèle de ce qui avait été prévu dans la loi MURCEF s'agissant des documents d'information soumis à la COB.

³ Celles prévues à l'article L. 213-3.

- pour les TCN placés dans un cercle plus large et faisant donc appel public à l'épargne, le montant unitaire minimal d'émission très important (150.000 euros), en réservant de facto la souscription à des investisseurs avertis, permet de dispenser l'émetteur de prospectus ; cependant, l'émetteur est soumis aux obligations générales des personnes faisant appel public à l'épargne et l'AMF est compétente pour contrôler l'information donnée au marché.

La compétence de l'AMF restera entière s'agissant du respect des règles de bonne conduite.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission des finances a toujours été soucieuse du bon fonctionnement du marché des TCN. On rappellera que c'est grâce au Sénat que ce marché a été récemment ouvert aux collectivités locales et à leurs groupements¹.

Elle est favorable aux modifications proposées par le présent article qui vont permettre d'améliorer la compétitivité du marché français des TCN, tant par l'élargissement des personnes concernées que par la clarification et la simplification des modalités de contrôle qui sont opérées.

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

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

ARTICLES ADDITIONNELS APRÈS L'ARTICLE 31

Mécanismes de résiliation-compensation des créances et des dettes

Commentaire : les deux présents articles additionnels proposent des améliorations des régimes de résiliation-compensation des créances et des dettes (*close-out netting* et *global netting*).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le droit français a prévu des régimes dits de résiliation et compensation qui visent à protéger les parties à un contrat du cas de défaillance d'une autre partie au même contrat : il s'agit de mécanismes de compensation des risques qui établissent un régime dérogatoire aux règles d'ordre public des procédures collectives.

Deux mécanismes sont ainsi prévus à l'article L. 431-7 du code monétaire et financier :

- un mécanisme de résiliation-compensation des créances et des dettes, dit *close-out netting*,

- un mécanisme de résiliation-compensation généralisée des créances et des dettes, dit *global netting*.

Cet article L. 431-7 du code monétaire et financier a été profondément remanié, **à l'initiative de votre commission des finances**, par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, afin de créer un **régime unifié** de compensation des créances, alors qu'auparavant coexistaient trois régimes distincts pour les opérations sur instruments financiers à terme, les pensions livrées sur instruments financiers et les prêts de titres.

**A. LA RÉSILIATION-COMPENSATION DES CRÉANCES ET DETTES
(« CLOSE-OUT NETTING »)**

Le mécanisme de compensation des créances (dit du *close-out netting*), prévu au premier alinéa de l'article L. 431-7 du code monétaire et financier, permet d'établir un solde unique compensé entre :

- « *les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre du règlement général du CMF* » ;

- ainsi qu'entre « *les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers ou transferts temporaires de propriété d'instruments financiers lorsqu'elles sont régies par une ou plusieurs conventions-cadres respectant les principes généraux de conventions-cadres de place, nationales ou internationales, et organisant les relations entre deux parties au moins, dont l'une est un prestataire de services d'investissement, ou un établissement public ou une institution, entreprise ou un établissement [pouvant fournir des services d'investissement sans être agréé¹] ou un établissement non résident ayant un statut comparable* ».

**B. LA RÉSILIATION-COMPENSATION GÉNÉRALISÉE DES CRÉANCES ET
DES DETTES (« GLOBAL NETTING »)**

Le mécanisme de compensation généralisée des créances (dit du *global netting*), prévu au deuxième alinéa de l'article L. 431-7 du code monétaire et financier, permet en outre, « *s'il existe deux conventions-cadres ou plus entre les parties* », et « *pour autant que ces parties soient un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une institution [pouvant fournir des services d'investissement sans être agréée] ou un établissement non résident ayant un statut comparable* », à ces parties de lier entre elles les conventions-cadres « *en sorte que les soldes résultant de la compensation qui viendrait à être effectuée pour chaque convention-cadre [conformément au mécanisme du *close-out netting* exposé précédemment] fassent à leur tour l'objet d'une compensation entre eux* ».

Contrairement à la compensation simple des créances qui peut se faire entre un établissement financier et un établissement non financier, cette possibilité de compensation généralisée est donc **réservée aux seuls établissements financiers** établissant une « **convention chapeau** » entre eux pour compenser le solde de leurs autres conventions-cadres.

Pour mémoire, on rappellera que **le Sénat avait voté un dispositif plus ouvert** dans le cadre de la loi relative aux nouvelles régulations

¹ Liste à l'article L. 531-2 du code monétaire et financier.

économiques, puisqu'il n'était pas limité aux seules relations interprofessionnelles entre établissements financiers.

II. LA PROPOSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

L'article 7 de la **directive concernant les contrats de garantie financière**¹ prévoit que les Etats membres doivent prévoir des mécanismes de compensation. La proximité du délai limite de transposition de cette directive, fixé au 27 décembre 2003, incite votre rapporteur à réexaminer le régime français de compensation des créances.

A. SUR LA RÉSILIATION-COMPENSATION DES CRÉANCES ET DES DETTES

Plusieurs ambiguïtés demeurent dans le texte du premier alinéa de l'article L. 431-7, ce qui est très préjudiciable à son efficacité et à son caractère compréhensible pour les opérateurs sur le marché. Le présent article additionnel a pour objet de lever ces ambiguïtés.

Il est en effet applicable aux « *dettes et (...) créances afférentes aux opérations sur instruments financiers ou transferts temporaires de propriété d'instruments financiers* ». Or il n'est pas certain que les transferts temporaires de propriété d'instruments financiers ne puissent être considérés comme faisant partie des opérations sur instruments financiers. Votre commission vous propose donc de **supprimer la référence à ces « transferts »**.

En outre, le maintien de dispositions relatives aux prêts de titres² et aux pensions livrées³ qui posent des conditions pour bénéficier du régime de compensation, peut laisser penser que le régime de compensation n'a pas été complètement unifié, puisque les prêts et pensions qui ne répondraient pas à ces conditions en seraient (peut-être) exclus. Votre commission vous propose, dans un premier article additionnel, de **supprimer deux articles du code monétaire et financier** qui sont à l'origine de ces confusions et querelles juridiques.

¹ Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002.

² Article L. 432-6 du code monétaire et financier.

³ Articles L. 432-12 et L. 432-13 du même code.

B. SUR LA RÉSILIATION-COMPENSATION GÉNÉRALISÉE DES CRÉANCES ET DES DETTES

Il apparaît que **les praticiens du droit et de la finance ont facilement contourné la distinction opérée** par la loi entre le *close-out netting* (ouvert aux établissements non financiers) et le *global netting* (réservé aux établissements financiers établissant entre eux une « convention chapeau »).

En effet, point n'est besoin pour les opérateurs d'utiliser le mécanisme du *global netting* pour établir une compensation globale entre plusieurs conventions, dès lors que l'alinéa relatif au *close-out netting* permet cette compensation par le biais d'une seule convention régissant à la fois des instruments financiers à terme, des prêts de titres et des pensions.

Votre commission vous propose en conséquence, dans un second article additionnel, de **supprimer la restriction du *global netting* aux seuls établissements financiers**, qui n'a plus lieu d'être. Il s'agit donc d'un retour à la logique des positions défendues par le Sénat dans le cadre de la loi sur les nouvelles régulations économiques.

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

ARTICLE 32

Agrément des prestataires de services d'investissement

Commentaire : le présent article propose de simplifier la procédure actuelle d'agrément des prestataires de services d'investissement (PSI).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

La procédure actuelle d'agrément des PSI¹, qu'il s'agisse d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement, présente une certaine complexité.

Cette procédure est fixée à l'article L. 532-1 du code monétaire et financier et s'articule en deux moments :

1. Tout d'abord, **l'approbation du programme d'activité** du PSI par le Conseil des marchés financiers (CMF)².

Toutefois, si le service d'investissement est la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, seule la Commission des opérations de bourse (COB) est compétente pour approuver le programme d'activité³.

L'article L. 532-4 détaille la procédure de l'approbation du programme d'activité. Il prévoit notamment que le CMF statue dans un délai de trois mois compter du dépôt de la demande et que sa décision est motivée et notifiée au demandeur.

2. Ensuite, **l'agrément** lui-même, délivré par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)¹.

¹ On rappellera qu'en vertu de l'article L. 531-1 du code monétaire et financier, l'agrément est obligatoire pour fournir les services d'investissement : réception et transmission d'ordres pour le compte de tiers, exécution d'ordres pour le compte de tiers, négociation pour compte propre, gestion de portefeuille pour le compte de tiers, prise ferme, placement (article L. 321-1).

² Ce programme indique le type d'opérations envisagées et la structure de l'organisation du demandeur. L'examen de ce programme est également l'occasion pour le CMF, en vertu de l'article L. 532-4, d'en apprécier la qualité « au regard de l'honorabilité et de la compétence des dirigeants, de l'adéquation de leur expérience à leurs fonctions », et d'apprécier également « les conditions dans lesquelles le prestataire envisage de fournir les services d'investissement concernés ».

³ L'approbation du programme se fait service par service.

Toutefois, si le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers est exercé à titre principal, c'est-à-dire par une « société de gestion de portefeuille », c'est la **COB** qui est chargée de délivrer l'agrément.

Les articles L. 532-2 et L. 532-3 détaillent la procédure d'agrément devant la CECEI s'agissant, respectivement, de l'agrément des entreprises d'investissement et de l'agrément autorisant la fourniture de services d'investissement par les établissements de crédit. Ils prévoient notamment que le CECEI « statue dans un délai de trois mois à compter de la transmission de la requête par le CMF » et que sa décision est motivée et notifiée au demandeur.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Profitant de la fusion de la COB et du CMF, le gouvernement propose dans le présent article de simplifier la procédure d'agrément des PSI en **supprimant l'étape de l'approbation formelle du programme d'activité** pour les services d'investissement autres que la gestion de portefeuille pour compte de tiers.

Le **I** du présent article supprime ainsi la règle selon laquelle les PSI doivent obtenir, préalablement à leur agrément, l'approbation de leur programme d'activité par le CMF.

Toutefois, le bloc de compétence de la future Autorité des marchés financiers (AMF) en matière de gestion pour compte de tiers est maintenu : il est toujours prévu que, préalablement à la délivrance d'un agrément pour ce service, les PSI doivent obtenir l'approbation par l'AMF de leur programme d'activité et que c'est l'AMF qui délivre l'agrément pour la fourniture de ce service à titre principal.

Afin de ne pas perdre l'apport actuel du CMF dans la procédure d'agrément par le CECEI, il est envisagé que l'instruction des dossiers d'agrément pour les services d'investissement autres que la gestion fasse appel non seulement aux services de la Banque de France mis à disposition du CECEI et au secrétariat général de la Commission bancaire, mais aussi aux services de l'AMF, sans nécessiter de décision du collège plénier de l'AMF.

Par coordination, le **II** du présent article supprime, dans les articles L. 532-2 et L. 532-3 relatifs à la procédure d'agrément par le CECEI, les dispositions prévoyant le délai de trois mois dans lequel le CECEI se prononce

¹ En vertu de l'article L. 532-2 du code monétaire et financier, pour délivrer l'agrément à une entreprise d'investissement, le CECEI retient les critères suivants : siège social et administration centrale en France ; capital initial suffisant ; identité et qualité des actionnaires ; minimum de deux dirigeants ; forme juridique adéquate ; programme d'activité. L'agrément peut être accompagné de conditions particulières visant à préserver l'équilibre de la structure financière de l'entreprise ou subordonné au respect d'engagements souscrits par l'entreprise requérante.

après la saisine du CMF, ainsi que la règle de motivation et de notification de sa décision, qui sont des dispositions de niveau réglementaire.

Par coordination, le **III** du présent article supprime, dans l'article L. 532-4 relatif à la procédure d'approbation du programme d'activité, la procédure d'approbation du programme d'activité par le CMF et ne laisse plus subsister que celle prévue pour le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers qui est réalisée par l'AMF. Il supprime également la disposition prévoyant le délai de trois mois dans lequel le CMF se prononce sur le programme d'activité, ainsi que la règle de motivation et de notification de sa décision, qui sont des dispositions de niveau réglementaire.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est favorable à la simplification de ce circuit de l'agrément des PSI. Le CMF a dû approuver formellement 42 programmes d'activité ou extensions de programmes d'activité en 2001, 49 en 2000 et 41 en 1999 : la charge de travail du collège de l'AMF en sera allégée d'autant dans les prochaines années.

L'existence de programmes d'activité examinés pour fournir l'agrément demeure une obligation puisqu'elle est prévue par l'actuelle **directive sur les services d'investissement**¹. L'examen fait par le CECEI devra donc s'appuyer sur ces programmes d'activité. La participation des services de l'AMF à l'instruction des demandes d'agrément pour les services d'investissement sera de nature à assurer cette prise en compte.

Votre commission demeurera également particulièrement vigilante sur le maintien, dans les textes réglementaires, de délais raisonnables d'examen des agréments par le CECEI. Le délai fixé par la directive sur les services d'investissement², six mois, qui est actuellement réparti entre le CMF (3 mois³) et le CECEI (3 mois⁴), devra donc être maintenu ou réduit dans le décret : 6 mois au maximum à partir du dépôt d'une demande complète au CECEI.

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

¹ Article 3-4 de la directive sur les services d'investissement en valeurs mobilières dite DSI 1993/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993.

² Article 3-5 de la directive précitée.

³ Article L. 532-4 du code monétaire et financier.

⁴ Article L. 532-2 du même code.

ARTICLE 33

Tenue de compte-conservation

Commentaire : le présent article propose de renforcer les règles relatives au contrôle de l'activité de tenue de compte-conservation.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

L'activité de tenue de compte-conservation, classée par le code monétaire et financier dans la catégorie des « *services connexes aux services d'investissement* »¹ dont la prestation ne nécessite pas d'agrément par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) contrairement aux services d'investissement eux-mêmes, est contrôlée par le Conseil des marchés financiers (CMF)² qui donne une « habilitation » et, pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, par la **Commission bancaire**.

Le dispositif existant souffre cependant de deux lacunes :

1- **Il ne concerne pas complètement les personnes morales émettrices** : celles-ci sont certes soumises aux obligations du règlement général du CMF mais ce dernier n'a pas de pouvoir d'habilitation ou de sanction contre elles ;

2- **Il crée une situation ambiguë pour les prestataires de services d'investissement** qui sont agréés par le CECEI mais « habilités » par le CMF pour l'activité connexe de tenue de compte-conservation ; ils sont soumis à la Commission bancaire pour le contrôle prudentiel mais les règles de fonds propres initiaux sont arrêtées par le CMF.

En 2001, le CMF a habilité 14 prestataires à exercer une activité de tenue de compte-conservation. Au total, au 31 décembre 2002, 435 établissements français et européens étaient habilités pour cette activité par le CMF.

¹ Article L. 321-2 du code monétaire et financier. Il s'agit de la transposition de la section A de l'annexe de la Directive sur les services d'investissement.

² L'actuel article L. 622-7 du code monétaire et financier indique que le règlement général du CMF doit déterminer les fonctions de teneur de compte.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

A. QUELQUES MODIFICATIONS DU PLAN DU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Dans le **I** du présent article, le gouvernement propose de renommer le titre IV du livre V du code monétaire et financier, qui s'intitule actuellement « les sociétés de gestion collective », en « Autres prestataires de services ». Le livre V du code relatif aux prestataires de services serait ainsi composé des titres suivants :

- **I** : Etablissements du secteur bancaire ;
- **II** : Les changeurs manuels ;
- **III** : Les prestataires de services d'investissement ;
- **IV** : Autres prestataires de services ;
- **V** : Intermédiaires en biens divers.

L'actuel titre IV du livre V comporte actuellement un article unique, numéroté L. 540 et relatif aux sociétés de gestion collective. Le **II** du présent article propose de créer deux chapitres dans ce titre IV : l'un (chapitre II) intitulé « Les intermédiaires habilités en vue de l'administration ou de la conservation d'instruments financiers » et l'autre (chapitre III) intitulé « Les sociétés de gestion collective ». C'est dans ce dernier chapitre que serait transféré l'actuel article L. 540, que le **IV** du présent article renumérote en L. 543-1, jusqu'à son abrogation prévue en février 2004¹. L'apparente absence de chapitre I dans ce titre IV ne doit pas étonner : ce chapitre est prévu à l'article 42 du présent projet de loi et est relatif aux conseillers en investissements financiers.

B. LES PERSONNES HABILITÉES À ÊTRE TENEURS DE COMPTE

Afin de simplifier le dispositif, le gouvernement propose d'aligner le régime des teneurs de compte conservateurs sur celui des prestataires de services d'investissement (sauf pour les personnes morales émettrices qui conservent l'habilitation de droit).

Le **III** du présent article introduit un nouvel article L. 542-1 dans le nouveau chapitre II. Ce nouvel article détermine tout d'abord la liste des

¹ Pour de plus amples détails, se reporter au commentaire de l'article 48 du présent projet de loi.

personnes susceptibles d'être habilitées. Il s'agit, exclusivement, des personnes suivantes :

1. **Les personnes morales émettrices** pour les titres qu'elles placent dans le public (« *les personnes morales au titre des instruments financiers qu'elles émettent par appel public à l'épargne* ») ;

2. **Les établissements financiers français** soumis au contrôle des autorités prudentielles (« *les établissements de crédit établis en France* », « *les entreprises d'investissement établies en France* », « *les personnes morales dont les membres ou associés sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes et engagements, à condition que ces membres ou associés soient des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement établis en France* » et d'autres institutions telles que le Trésor public, la Banque de France, les services financiers de La Poste, l'institut d'émission des départements d'outre-mer, l'institut d'émission d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations) ;

3. **Les teneurs de compte conservateurs « purs »** (« *les personnes morales établies en France ayant pour objet principal ou unique l'activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers* ») ;

4. **Des personnes morales étrangères¹, à condition que les dispositions qui leur sont applicables soient comparables à la réglementation française²** (« *dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les personnes morales ayant pour objet principal ou unique l'activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers qui ne sont pas établis en France* »).

Dans un deuxième temps, le nouvel article L. 542-1 prévoit que l'actuel contrôle effectué par le CMF entrera dans **le cadre général du contrôle de l'activité des prestataires d'investissement**.

Les personnes appartenant à l'une des trois premières catégories³ susmentionnées seront ainsi soumises, pour leur activité de tenue de compte et de conservation, aux **règles de contrôle et de sanction** fixées par le code monétaire et financier pour les prestataires de services d'investissement, à savoir : l'Autorité des marchés financiers (AMF) pour les règles de bonne conduite et la Commission bancaire pour les règles prudentielles.

¹ L'activité de tenue de compte-conservation ne fait l'objet d'aucune harmonisation en Europe, ce qui justifie un traitement différencié des acteurs de l'Espace économique européen par rapport aux acteurs français.

² Elles devront « être soumises dans leur Etat d'origine à des règles d'exercice de l'activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers et de contrôle équivalentes à celles en vigueur en France ».

³ A l'exclusion bien entendu des institutions nommément citées comme la Banque de France, la Caisse des dépôts, etc.

Les teneurs de compte conservateurs « purs » seront en outre soumis aux **règles d'agrément** fixées par le code pour les entreprises d'investissement et appliquées par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

A l'égard des personnes morales étrangères, l'AMF exercera également les pouvoirs de **contrôle et de sanction** prévus par le code pour les prestataires de services d'investissement, « *en tenant compte de la surveillance exercée par les autorités compétentes de chaque Etat* ».

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission des finances est favorable au dispositif proposé par le présent article.

Elle souhaite néanmoins que des efforts soient entrepris au niveau européen pour accélérer l'harmonisation de la réglementation applicable aux teneurs de compte-conservateurs et l'adoption de règles communes minimales. Cela permettra d'améliorer l'égalité de traitement et d'accroître la confiance des investisseurs dans le règlement des titres.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 33

Dispositions relatives à l'analyse financière et aux agences de notation

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de fixer des principes déontologiques minimaux dans la loi pour les analystes financiers et les agences de notation. Ces principes pourront être déclinés de manière plus précise dans le règlement général de l'AMF.

Cet article additionnel crée un nouveau chapitre au titre IV du livre V du code monétaire et financier, consacré aux analystes financiers et aux agences de notation.

Ce chapitre comprend deux articles :

- un article qui **pose le principe que les dirigeants d'entreprises qui produisent de l'analyse financière doivent s'abstenir de toute action auprès d'eux qui mettrait en cause l'information du marché**. Cette disposition est de même esprit que celle existant déjà à l'article L. 533-11 du code monétaire et financier concernant les règles de bonne conduite applicables aux prestataires de services d'investissement.

- un article qui oblige les services d'analyse financière et les agences de notation à **conserver leurs documents préparatoires pendant un délai de trois ans**, afin de les tenir à disposition de l'Autorité des marchés financiers, qui sera compétente pour assurer leur surveillance.

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

ARTICLE 34

Application aux acteurs de la gestion financière des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux

Commentaire : le présent article clarifie les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment auxquelles sont soumis les acteurs de la gestion financière.

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le titre VI du livre V du code monétaire et financier est consacré aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux. Il a récemment fait l'objet de nombreuses modifications dans le cadre de la loi relative aux nouvelles régulations économiques¹.

En vertu de l'article L. 562-2 du code monétaire et financier, la principale obligation relative à la lutte contre le blanchiment est **l'obligation de déclarer certaines sommes ou opérations soupçonnées d'être d'origine illicite, à un service du ministère de l'économie appelé TRACFIN.**

A. LES PERSONNES SOUMISES AUX OBLIGATIONS

1. La liste de l'article L. 562-1 du code monétaire et financier

Les personnes soumises aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux sont limitativement énumérées à l'article L. 562-1 du code monétaire et financier.

Il s'agit des établissements de crédit, de la Banque de France, de l'institut d'émission des départements d'outre-mer, de l'institut d'émission outre-mer, des entreprises d'assurance, des courtiers d'assurance et de réassurance, des mutuelles du code de la mutualité, des **entreprises d'investissement**, des membres des marchés réglementés d'instruments financiers, des adhérents des chambres de compensation, des changeurs manuels, des personnes qui réalisent ou conseillent des opérations immobilières, des représentants légaux et directeurs responsables de casinos,

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

des négociants en pierres précieuses, matériaux précieux, antiquités et œuvres d'art.

2. Une application incertaine aux acteurs de la gestion

L'application des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment aux acteurs de la gestion demeure floue.

Les sociétés de gestion de portefeuille, qui sont des entreprises d'investissement, sont soumises aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment. Par extension, y sont également soumises les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), les sociétés civiles de placement immobilier (SCPI) et les sociétés d'épargne forestière (SEF).

En revanche, les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) gérées par leurs propres organes d'administration et les sociétés de gestion de fonds communs de créances (FCC) ne sont pas soumises à ces obligations. Quant aux sociétés de gestion de placement en « biens divers » (rentes viagères, droits divers sur des biens mobiliers ou immobiliers), tout dépend de la nature des biens gérés.

B. CONTRÔLE ET SANCTION DES OBLIGATIONS

Lorsqu'un organisme soumis aux obligations de déclaration ne s'y est pas conformé, « l'autorité ayant pouvoir disciplinaire engage une procédure sur le fondement des règlements professionnels ou administratifs et en avise le procureur de la République »¹.

S'agissant des **entreprises d'investissement, des membres des marchés réglementés et des adhérents des chambres de compensation**, le contrôle et le pouvoir disciplinaire sont confiés par l'article L. 564-3 à la **Commission bancaire qui a déjà compétence** sur les entreprises d'investissement en matière prudentielle.

Toutefois, l'article L. 613-2 exclut du champ de compétence de la Commission bancaire les **sociétés de gestion de portefeuille**. Dès lors, c'est la Commission des opérations de bourse (COB), en vertu de son « bloc de compétence » établi depuis la loi de modernisation des activités financières de 1996, qui exerce le contrôle de ces sociétés au regard de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment.

¹ Article L. 562-7 du code monétaire et financier.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

A. EXTENSION DU CHAMP DES PERSONNES CONCERNÉES

Le **I** du présent article complète la liste des personnes soumises aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux afin de soumettre explicitement l'ensemble des acteurs de la gestion aux obligations susmentionnées. Seraient ainsi ajoutés dans la liste de l'article L. 562-1 :

- les OPCVM¹ (c'est-à-dire soit les SICAV et les fonds communs de placement) ;
- les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif² (c'est-à-dire les sociétés de gestion soit d'OPCVM, soit de FCC, soit de SCPI) ;
- les intermédiaires en biens divers³.

En outre, pour tenir compte de la réforme relative au démarchage et de la création d'un statut de conseiller en investissements financiers, seraient également soumis aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment :

- les personnes habilitées à procéder au démarchage⁴ ;
- les conseillers en investissements financiers⁵.

B. SÉCURISATION JURIDIQUE DU CONTRÔLE OPÉRÉ PAR L'AMF

Le **II** du présent article confère **une base légale incontestable** au pouvoir de contrôle et de sanction de l'Autorité des marchés financiers (AMF) en matière de lutte contre le blanchiment dans le secteur de la gestion.

Il prévoit ainsi, sans préjudice des compétences de la Commission bancaire qui sont inchangées, que l'AMF exercera « *le contrôle et le pouvoir de sanction* » sur les OPCVM et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif.

¹ Mentionnés au 1. du I de l'article L. 214-1 du même code tel que modifié dans l'article 35 du présent projet de loi.

² Mentionnées au II du même article L. 214-1.

³ Mentionnés au titre V du livre V du même code.

⁴ Mentionnées aux articles L. 341-3 et L. 341-4 du même code. Voir article 39 du présent projet de loi.

⁵ Voir article 42 du présent projet de loi.

Par analogie, seront également soumis au contrôle et au pouvoir de sanction de l'AMF, les intermédiaires en biens divers, les personnes habilitées à procéder au démarchage et les conseillers en investissements financiers.

Sous réserve de l'adoption d'un **amendement d'architecture** d'un article du code, votre commission est favorable au présent article.

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

Section 2
Dispositions d'abrogation, de coordination et d'entrée en vigueur

ARTICLE 35

Dispositions diverses

Commentaire : le présent article propose diverses dispositions d'abrogation et de coordination, ainsi que quelques modifications de l'état du droit.

Ce long article, qui modifie directement plus de 80 articles de trois codes différents, et qui a vocation à apporter des modifications à de très nombreuses autres « *dispositions législatives et réglementaires* », non identifiées, comporte quatre paragraphes :

- le **I** regroupe des modifications apportées au code de commerce ;
- et le **II** des modifications apportées au code monétaire et financier ;
- le **III** apporte une modification au code général des impôts ;
- le **IV** regroupe à la fois des « *dispositions-balais* » destinées à couvrir « *toutes les dispositions législatives et réglementaires* » et de nouvelles modifications du code monétaire et financier.

Il comprend essentiellement des dispositions de coordination relatives à la création :

- de l'Autorité des marchés financiers (AMF)¹,
- du Comité consultatif du secteur financier (CCSF)²,
- du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF)³,

¹ *Articles 1^{er} à 20 du présent projet de loi.*

² *Article 21 du présent projet de loi.*

³ *Article 22 du présent projet de loi.*

- de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP)¹.

I. DISPOSITIONS DE COORDINATION RELATIVES À LA CRÉATION DE L'AMF

A. MODIFICATION APPORTÉE AU CODE DE COMMERCE

L'article L. 225-209 du code de commerce autorise sous certaines conditions les sociétés à **racheter leurs propres actions**. En vertu de l'article L. 225-212, les sociétés qui envisagent de telles opérations doivent les déclarer préalablement et rendre compte de leur déroulement à la Commission des opérations de bourse (COB). La COB peut demander à ce sujet toutes les explications et justifications qu'elle juge nécessaires. S'il n'est pas satisfait à ces demandes ou lorsqu'elle constate que ces infractions enfreignent les dispositions de l'article L. 225-209, la COB peut demander au Conseil des marchés financiers (CMF) de prendre toutes mesures pour empêcher l'exécution des ordres que ces sociétés transmettent.

Le **1° du I** du présent article **prend acte de la fusion de la COB et du CMF** en prévoyant que l'AMF prend directement toutes les mesures pour empêcher l'exécution des ordres transmis.

B. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

1. Coordinations avec la fusion de la COB et du CMF en l'AMF

a) Une « disposition-balai »

Le **IV** du présent article prévoit plusieurs « dispositions-balais » et notamment que, « *dans toutes les dispositions législatives et réglementaires* » :

- les références à la COB, au CMF et au Conseil de discipline de la gestion financière sont remplacées par la référence à l'AMF (**1° du IV** du présent article) ;

¹ Article 26 du présent projet de loi.

- les références aux règlements de la COB et au règlement général du CMF sont remplacées par la référence au règlement général de l'AMF (2° du IV du présent article).

Ce remplacement « automatique » des références, sans qu'il soit nécessaire au législateur de citer tous les textes en vigueur qu'il conviendrait de modifier, ne fonctionne que lorsque le dispositif ne mentionne que l'une des trois autorités qui disparaissent, sauf à rendre les textes parfaitement inapplicables (en particulier lorsque les deux autorités avaient des compétences concurrentes).

b) Autres dispositions

C'est pourquoi cette seule « disposition-balai » n'est pas suffisante et qu'il est prévu que de nombreuses autres dispositions du présent article prennent acte de la fusion de la COB, du CMF et du CDGF. Il s'agit :

- du 4° du II du présent article qui remplace, en matière de **reconnaissance de la qualité de marché réglementé** d'instruments financiers (article L. 421-1 du code monétaire et financier), la « proposition du [CMF] après avis de la [COB] et de la Banque de France » par une simple « proposition de [l'AMF] » ; l'avis de la Banque de France n'est plus requis dès lors qu'elle dispose d'un siège à part entière au collège de l'AMF ;

- du 5° du II du présent article qui remplace, en matière de **modification des règles d'un marché réglementé** (L. 421-3 du même code), la notification au CMF, à la COB et à la Banque de France, par une notification à l'AMF et à la Banque de France ; le présent article supprime également l'information sur la compatibilité de ces nouvelles règles avec la reconnaissance de la qualité de marché réglementé donnée par le CMF à la COB, pour ne plus maintenir que l'information donnée à la Banque de France ; le présent article supprime également la possibilité ouverte à la COB et à la Banque de France, en cas de désaccord avec la décision du CMF, de saisir le ministre chargé de l'économie ;

- du 6° du II du présent article qui remplace, en matière de **suspension de la négociation d'un instrument financier par l'entreprise de marché** (article L. 421-4 du même code), dans son *a*), l'information due aux présidents de la COB et du CMF par l'information du président de l'AMF et dans son *b*), la possibilité ouverte au président de la COB ou à celui du CMF de demander la suspension dans le cadre de leurs compétences, par une même possibilité ouverte au président de l'AMF ;

- du *a*) du 13° du II du présent article qui remplace, en matière de **retrait d'agrément d'une entreprise d'investissement** autre qu'une société de gestion de portefeuille (article L. 532-6 du même code), la possibilité

ouverte à la COB et au CMF de prononcer des sanctions disciplinaires par la possibilité de prononcer des sanctions par l'AMF ;

- du **19° du II** du présent article qui supprime, en matière d'ouverture de **bureaux de représentation de sociétés de gestion de portefeuille** (article L. 532-15 du même code), l'information sur cette ouverture donnée par la COB au CMF ; l'information donnée au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) est, bien entendue, maintenue ;

- du **21° du II** du présent article qui remplace, en matière de **contrôle des succursales françaises d'un prestataire de services d'investissement (PSI) en libre prestation de service par les autorités de son Etat d'origine** (article L. 532-19 du même code), l'information de la COB ou du CMF par la Commission bancaire sur les résultats de ces contrôles effectuée par une même information à l'AMF ; en matière de vérifications sollicitées par les autorités de l'Etat d'origine, l'AMF se substitue à la COB et au CMF ;

- du **22° du II** du présent article qui supprime, en matière de **contrôle des PSI en libre prestation de service** (article L. 532-20 du même code) la réserve faite sur le compétence subsidiaire que détient la COB en matière de gestion, dès lors que l'AMF reprend les compétences du CMF (compétence principale) et de la COB ;

- du **23° du II** du présent article qui remplace, en matière de **mesures à l'encontre d'un PSI en libre prestation de services qui enfreindrait des dispositions législatives ou réglementaires** (article L. 532-21 du même code), le pouvoir donné à la COB ou au CMF de prendre des mesures appropriées, par un même pouvoir conféré à l'AMF ;

- du **24° du II** du présent article qui remplace, en matière de **procédures pour le contrôle des PSI en libre prestation de services** (article L. 532-22 du même code), la mention à la COB et au CMF par une mention à l'AMF ;

- du **26° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **respect des règles de bonne conduite par les PSI** (article L. 533-4 du même code), de la disparition des compétences distinctes de la COB (pour le service de gestion) et du CMF (pour les autres) en une compétence globale confiée à l'AMF ;

- du **27° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **listes des établissements de crédit et des PSI** établies par le CECEI, de la fusion de la COB et du CMF en l'AMF qui devient la seule destinataire de ces listes ;

- du **29° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **contrôle des entreprises d'investissement et des activités de services d'investissement des établissements de crédit par des autorités étrangères**

(article L. 613-15 du même code), de la fusion des compétences de la COB et du CMF dans les compétences de l'AMF ;

- du **31° du II** du présent article qui renumérote l'actuel article L. 622-21 du même code (qui permet au CMF après avis de la Banque de France et de la COB de **certifier des contrats types d'opérations sur instruments financiers**) en L. 621-18-1 pour l'intégrer aux « autres compétences » de l'AMF et par cohérence, l'avis de la COB est supprimé ;

- des **b) et c) du 32° du II** du présent article qui, en matière **d'échange d'informations entre autorités de surveillance**, remplace la COB par l'AMF et supprime le CMF et le conseil de discipline de la gestion financière ;

- du **33° du II** du présent article qui, s'agissant du **collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier**, remplace la présence du président de la COB et de celui du CMF par celle du président de l'AMF (**a**) ; il fait de même pour la possibilité ouverte de le consulter pour avis (**b** et **c**)).

2. Autres coordinations

D'autres dispositions de cet article sont des dispositions de coordination par rapport aux modifications du code intervenues dans les nouveaux articles relatifs à l'AMF. Il s'agit :

- du **7° du II** du présent article qui modifie, en matière de **cartes professionnelles délivrées par les entreprises de marché** pour l'accès au marché réglementé dont elles ont la charge (article L. 441-2 du même code), la référence de l'article mentionnant ces cartes qui a été déplacé par l'article 8 du présent projet de loi ;

- du **b) du 13° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **sanctions infligées à une entreprise d'investissement en retrait d'agrément** (article L. 532-6 du même code), de la fusion des régimes de sanctions de la COB et du CMF dans un régime unique à l'AMF, désormais prévu à l'article L. 621-15 du même code ;

- du **14° du II** du présent article qui prend acte de la suppression du comité consultatif de la gestion financière¹, en matière **d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille** (article L. 532-9 du même code) ; la référence à l'avis qu'il donnait sur cet agrément et sur le règlement COB qui précise les conditions d'agrément de ces sociétés n'a donc plus lieu d'être ;

¹Les deux articles qui prévoient son existence et des compétences, les articles L. 621-28 et L. 621-29 du code monétaire et financier sont supprimés par le 2° du I de l'article 37.

- du **15° et du 16° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **sanctions infligées à une société de gestion de portefeuille en retrait d'agrément** (articles L. 532-10 et L. 532-11 du même code), de la fusion des régimes de sanctions de la COB dans un régime unique à l'AMF (avec notamment la disparition de la distinction entre sanctions disciplinaires et autres sanctions), désormais prévu à l'article L. 621-15 du même code¹ ;

- du **17° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **radiation d'une société de gestion de portefeuille (SGP)**, de la disparition de la catégorie des sanctions « disciplinaires » dans le nouveau régime de sanctions de l'AMF ;

- du **18° du II** du présent article qui supprime les dispositions sur le contrôle des SGP redondantes avec le régime déjà prévu ;

- du **20° du II** du présent article qui, par cohérence avec le 31° du II du présent article, transforme, dans l'article L. 532-18 du même code, la référence à l'article L. 622-21 en référence au nouvel article L. 621-18-1 ;

- du **25° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **respect des normes de gestion par les prestataires de services d'investissement**, du regroupement des sanctions actuelles dans un article L. 621-15² ;

- du **30° du II** du présent article qui prend acte, en matière de **imputation de la sanction pécuniaire prononcée par l'autorité boursière sur l'amende pénale** (article L. 621-16), du transfert de la compétence de sanction de la COB à la commission des sanctions de l'AMF ;

II. DISPOSITIONS DE COORDINATION RELATIVES À LA CRÉATION DU CCSF ET DU CCLRF

A. UNE « DISPOSITION BALAI »

Le **3° du IV** du présent article prévoit que « *dans toutes les dispositions législatives et réglementaires* » les références au Conseil national du crédit et du titre et au comité consultatif sont remplacées par la référence au CCSF.

¹ Voir article 14 du présent projet de loi.

² Voir article 14 du présent projet de loi.

B. AUTRES COORDINATIONS

L'article L. 312-3 du code monétaire et financier interdit à tout établissement de crédit qui reçoit des fonds en compte à vue ou à moins de cinq ans de verser sur ces fonds une rémunération supérieure à celle fixée par règlement du CRBF ou par le ministre chargé de l'économie. Le 2° du II du présent article propose de supprimer la référence au règlement du CRBF pour ne plus prévoir que la seule compétence du ministre. L'article 1756 bis du code général des impôts prévoit une règle similaire (sanctionnée par une amende fiscale) : le III du présent article opère la même modification pour ne plus prévoir que la compétence du ministre ou d'un décret.

L'article L. 312-10 du même code prévoit que le règlement intérieur et les règles d'emploi des fonds du fonds de garantie des dépôts, établis par le conseil de surveillance du fonds, sont homologués par arrêté du ministre chargé de l'économie, après approbation par le CRBF. Le 3° du II du présent article propose de remplacer cette approbation par un avis simple du CCLRF.

Le sixième alinéa de l'article L. 511-28 du même code prévoit que les établissements financiers ayant leur siège social en France et exerçant leur activité sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne en libre établissement sont soumis aux règlements adoptés par le CRBF qui les concernent. Le 8° du II du présent article propose de remplacer les règlements du CRBF par les arrêtés adoptés par le ministre chargé de l'économie après avis du CCLRF.

Les articles L. 511-35 à L. 511-38 prévoient l'intervention d'un avis du CRBF sur des dispositions comptables adoptées par le Comité de la réglementation comptable (CRC) et applicables aux entreprises d'investissement et aux établissements de crédit. Le 9° du II du présent article propose de remplacer l'avis du CRBF par un avis du CCLRF.

L'article L. 514-3 du même code prévoit que l'organisation et le fonctionnement des caisses de crédit municipal sont déterminées par décrets en Conseil d'Etat pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie, « sans préjudice des compétences dévolues au [CRBF] ». Le 10° du II du présent article propose de supprimer cette réserve.

Le dernier alinéa de l'article L. 518-1 du même code prévoit que les règlements du CRBF et ceux du CRC peuvent être étendus dans certaines conditions aux services financiers de la Poste, à la Caisse des dépôts et consignations et aux comptables du Trésor assurant un service de dépôts de fonds de particuliers. Le 11° du II du présent article propose de supprimer cette possibilité pour les règlements du CRBF (elle est maintenue pour les règlements du CRC).

Le premier alinéa de l'article L. 520-2 du même code prévoit que le CRBF peut, par voie de règlement, soumettre les changeurs manuels à des règles particulières. Le 12° du II du présent article propose que cette compétence revienne au ministre chargé de l'économie, par voie d'arrêté.

Le 4° du IV du présent article prévoit en outre que dans une série d'articles du code monétaire et financier, la référence au CRBF est systématiquement remplacée par la référence au ministre chargé de l'économie, après avis du CCLRF¹.

Le 5° du IV du présent article prévoit de même que dans une série d'articles² du code monétaire et financier, le règlement du CRBF est systématiquement remplacé par un arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis du CCLRF.

III. DISPOSITIONS DE COORDINATION RELATIVES À LA CRÉATION DE LA CCAMIP

A. UNE « DISPOSITION-BALAI »

Le 6° du IV du présent article prévoit que « dans toutes les dispositions législatives et réglementaires » les références à la CCA et à la CCMIP sont remplacées par la référence à la CCAMIP.

Ce remplacement « automatique » des références, sans qu'il soit nécessaire au législateur de citer tous les textes en vigueur qu'il conviendrait de modifier, ne fonctionne que lorsque le dispositif ne mentionne que l'une des deux autorités qui disparaissent, sauf à rendre les textes peu lisibles.

¹ Il s'agit des articles L. 213-3, L. 312-7, L. 312-17, L. 321-2, L. 511-2, L. 511-3, L. 511-11, L. 511-18, L. 511-20, L. 511-22, L. 511-23, L. 511-27, L. 511-40, L. 515-1, L. 515-20, L. 516-2, L. 531-5, L. 531-6, L. 531-7, L. 532-2, L. 532-3, L. 532-8, L. 533-1, L. 611-4 ainsi qu'aux troisième alinéa de l'article L. 511-24, premier et deuxième alinéas de l'article L. 511-28 et premier alinéa de l'article L. 511-41.

² Il s'agit des articles L. 133-1, L. 312-4, L. 312-16, L. 312-18, L. 313-6, L. 313-51, L. 322-3, L. 322-4, L. 511-12-1, L. 515-14, L. 517-1, L. 520-1, L. 532-3-1 ainsi qu'au deuxième alinéa de l'article L. 511-24 et au dernier alinéa de l'article L. 511-41. Votre rapporteur remarque que la rédaction à laquelle cette substitution va donner lieu dans l'article L. 312-18 sera passablement alambiquée : « un arrêté du ministre chargé de l'économie pris après avis du [CCLRF] pris après avis de [l'AMF] ... », la rédaction suivante serait préférable : « un arrêté du ministre chargé de l'économie pris après avis du [CCLRF] et de [l'AMF] ... ».

B. UNE AUTRE COORDINATION

C'est pourquoi cette seule « disposition-balai » n'est pas suffisante et qu'il est prévu une autre coordination dans un article qui mentionne les deux commissions de contrôle existantes.

En effet, l'article **L. 631-1** du code monétaire et financier est relatif aux échanges d'information entre les autorités de contrôle du secteur financier. Il mentionne actuellement la Commission de contrôle des assurances (CCA) et la Commission de contrôle des institutions de prévoyance (CCMIP). Le *a*) du 32° du II du présent article propose de ne plus mentionner que la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP).

IV. AUTRES DISPOSITIONS

A. PUBLICITÉ DES FRANCHISSEMENTS DE SEUILS ET DES PACTES D'ACTIONNAIRES (2°, 3° ET 4° DU I DU PRÉSENT ARTICLE)

1. L'état actuel du droit

Aux termes des **six premiers alinéas de l'article L. 233-7¹** du code commerce relatifs aux **déclarations de franchissements de seuil**, toute personne physique ou morale venant à posséder seule ou de concert plus de 5 %, 10 %, 20 %, 1/3, 50 % ou les 2/3 du capital ou des droits de vote d'une société française cotée informe la société dans les 15 jours du nombre d'actions qu'elle possède. Elle doit également en informer le CMF financiers dans les 5 jours de bourse. Le CMF porte cette information à la connaissance du public.

Le même dispositif (déclaration au CMF qui rend l'information publique) est prévu en matière :

- de publication de la **déclaration d'intention** requise de tout actionnaire franchissant les seuils de 10 et 20 % du capital ou des droits de vote (**septième alinéa de l'article L. 233-7** du même code²),

¹ On remarquera que le dernier alinéa de cet article du code de commerce relatif aux déclarations de franchissement de seuil par les intermédiaires détenteurs de titres est supprimé par le II de l'article 81 du présent projet de loi (voir en ce sens le commentaire de cet article).

² Cette déclaration d'intention est adressée à la société dont les actions ont été acquises, au CMF qui la publie et à la COB, dans un délai de quinze jours à compter de u franchissement de seuil. En

- **d'information sur le nombre total des droits de vote dont disposent les actionnaires (article L. 233-8 du même code),**

- **et de publicité des clauses des conventions prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions portant sur au moins 0,5 % du capital (article L. 233-11 du même code).**

Ces informations sont importantes pour les émetteurs et pour le marché. Elles n'appellent toutefois pas forcément une intervention active du régulateur, notamment dans le cas des nombreux franchissements de seuil (en janvier 2003, le CMF a rendu publiques 53 déclarations¹).

Parallèlement, des réflexions sont en cours au niveau national et européen pour renforcer la responsabilité des émetteurs sur les informations relatives à leur capital, et pour assurer des liens entre les sites Internet des sociétés cotées et ceux des régulateurs boursiers.

2. Le projet du gouvernement

C'est pourquoi le gouvernement propose **d'assouplir les dispositifs en vigueur en retenant, dans tous ces cas, une publicité de l'information dans des conditions fixées par le règlement général de l'AMF, ce qui permettra d'adapter rapidement les pratiques et de transférer progressivement l'obligation de publication sur l'émetteur.** Les délais restent fixés par la loi (cinq jours de bourse pour les franchissements de seuil et pour les pactes d'actionnaires, dix jours de bourse pour les déclarations d'intention).

a) Modifications relatives aux déclarations de franchissement de seuils

Le **a) du 2° du I** du présent article modifie le premier alinéa de l'article L. 233-7 du code de commerce pour prévoir que la personne physique ou morale qui vient à posséder seule ou de concert plus de 5 %, 10 %, 20 %, 1/3, 50 % ou les 2/3 du capital ou des droits de vote d'une société française cotée, informe la société non plus « *dans les 15 jours à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions de celle-ci qu'elle possède* », mais « *dans un délai de cinq jours de bourse à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions et de droits de vote de celle-ci qu'elle possède* ».

Le **b) du 2° du I** du présent article d'une part, remplace la référence au CMF par une référence à l'AMF, et d'autre part, remplace la disposition qui

cas de changement d'intention (qui ne peut être motivé « que par des modifications importantes de l'environnement, la situation ou l'actionnariat des personnes concernées »), une nouvelle déclaration doit être établie.

¹ Disponibles sur son site www.cmf-org.fr.

prévoit que « *le CMF porte [l'information sur ce franchissement de seuil] à la connaissance du public* » par une disposition prévoyant que « *cette information est portée à la connaissance du public dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF* ».

b) Modifications relatives aux déclarations d'intention

Le **c) du 2° du I** du présent article **prend acte de la fusion de la COB et du CMF et transpose les modifications précédemment exposées**, en prévoyant que la personne astreinte à l'obligation de déclaration d'intention n'adresse plus cette déclaration « *au [CMF] qui la publie, et à la [COB] dans un délai de quinze jours à compter du franchissement de seuil* » mais à la seule AMF « *dans un délai de dix jours de bourse* ». « *Cette information est portée à la connaissance du public dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF* ».

Parallèlement, en cas de changement d'intention, le présent article prévoit que la déclaration qui doit être établie est « *portée à la connaissance du public dans les mêmes conditions* ».

c) Modifications relatives à l'information sur le nombre total des droits de vote dont disposent les actionnaires

Le **3° du I** du présent article prévoit que l'information mise à la charge de la société lorsque le nombre total des droits de vote entre deux assemblées générales augmente de plus de 5 %¹ par rapport au nombre déclaré antérieurement est également « *portée à la connaissance du public dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF* ».

d) Modifications relatives à la publicité des clauses des conventions prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions portant sur au moins 0,5 % du capital

Le **4° du I** du présent article prévoit que la transmission de la clause concernée ne se fait plus « *dans un délai fixé par décret au CMF qui en assure la publicité* » mais « *dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée, à la société et à l'AMF* ».

De même, alors que le CMF devait être informé de la date à laquelle la clause prenait fin et qu'il assurait la publicité de cette information, le présent article prévoit que ce sont la société et l'AMF qui doivent être informées de cette date.

¹ Pourcentage fixé par l'arrêté du 14 décembre 1989.

Toutes les informations prévues à cet article L. 233-11 du code de commerce seront « portées à la connaissance du public dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF ».

3. La position de votre commission des finances

Par cohérence avec les modifications proposées, il convient également de modifier l'article L. 233-14 relatif au défaut de déclaration et qui renvoie aussi à une publication par le CMF. Votre commission vous soumet un amendement en ce sens.

B. DÉFINITION DES SOCIÉTÉS DE GESTION D'ORGANISMES DE PLACEMENTS COLLECTIFS (1° DU II DU PRÉSENT ARTICLE)

1. L'état actuel du droit

La liste des organismes de placements collectifs (OPC) est arrêtée à l'article L. 214-1 du code monétaire et financier : organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), fonds communs de créances (FCC) et sociétés civiles de placement immobilier (SCPI). A ces trois catégories il convient d'ajouter les sociétés d'épargne forestières (SEF) créées en 2001.

Dans le domaine de la gestion financière, certains acteurs ont pour objet exclusif la gestion de l'une des catégories d'OPC (sociétés de gestion de FCC, sociétés de gestion de SCPI, etc.).

2. Le projet du gouvernement

Le gouvernement propose, après le *a)* qui est de simple architecture, par le *b) du 1° du II* du présent article, d'insérer dans la liste des OPC les SEF.

Dans le *c) du 1° du II* du présent article, le gouvernement propose , afin de simplifier la rédaction des dispositions relatives aux acteurs de la gestion, de définir sous **un terme unique** l'ensemble constitué d'une part, par les sociétés de gestion de portefeuille (prestataires de services d'investissement ayant pour objet principal la gestion de portefeuille pour compte de tiers, qu'il s'agisse de gestion d'OPC ou de gestion sous mandat) et d'autre part, par les

sociétés de gestion des différentes catégories d'OPC. Le terme « **sociétés de gestion d'OPC** »¹ recouvre donc toutes ces entités.

C. SIMPLIFICATION DE PROCÉDURE (C) DU 5° DU II DU PRÉSENT ARTICLE)

Le **c) du 5° du II** du présent article permet de simplifier une procédure existante dans le code monétaire et financier et qui n'a jamais été utilisée.

En vertu de l'article L. 421-3 de ce code, en cas de modification des règles d'un marché reconnu comme marché réglementé, ces modifications doivent être notifiées au CMF, à la COB et à la Banque de France. Le CMF se prononce sur leur compatibilité avec la reconnaissance de la qualité de marché réglementé et en informe la COB et la Banque de France. En cas de désaccord avec la décision du CMF, la Banque de France et la COB peuvent saisir le ministre chargé de l'économie dans un délai de 15 jours.

La création de l'AMF aurait dû permettre de maintenir la procédure de saisine du ministre par la Banque de France en cas de désaccord avec la décision de l'autorité boursière. Toutefois, le gouvernement a estimé que cette procédure un peu complexe, qui n'a jamais été utilisée et qui perd de son intérêt maintenant que la Banque de France dispose d'un siège à part entière au collège de l'AMF, doit disparaître.

D. RÉGIME DES SALARIÉS MEMBRES DU CECEI (28° DU II DU PRÉSENT ARTICLE)

Le **28° du II** du présent article propose une nouvelle rédaction du dernier alinéa de l'article L. 612-3² du code monétaire et financier, pour y insérer des dispositions relatives au régime des salariés membres du CECEI.

Il s'agit de prévoir, sur le modèle de ce que prévoit le présent projet de loi pour l'AMF³, le CCSF et le CCLRF⁴, que les salariés membres du CECEI « *disposent du temps nécessaire pour assurer la préparation des réunions, et pour s'y rendre et y participer. Ce temps est assimilé à du travail effectif pour la détermination des droits aux prestations d'assurances sociales. Les salariés concernés doivent informer leur employeur lors de leur désignation et, pour chaque réunion, dès réception de la convocation* ».

¹ Utilisé à plusieurs reprises dans le texte (article 3 relatif à la composition de l'AMF, article 8 relatif à son règlement général, article 10 relatif au champ de son contrôle).

² Cet alinéa prévoit actuellement que les membres titulaires du CECEI sont membres de droit du Conseil national du crédit et du titre dont le présent projet de loi prévoit la disparition.

³ Voir article 3 du présent projet de loi.

⁴ Voir article 23 du présent projet de loi.

Ces dispositions sont inspirées du statut des conseillers prud'hommes¹ dont elles reprennent une partie.

V. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Par cohérence avec l'amendement qu'elle vous propose à l'article 22 et qui vise à maintenir le pouvoir normatif du CRBF, votre commission vous soumet **un amendement** visant à le maintenir également dans le présent article en supprimant toutes les dispositions dans lesquelles le gouvernement propose de remplacer le pouvoir du CRBF par celui du ministre chargé de l'économie.

Elle vous soumet également un **amendement** remplaçant, dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, la référence au CRBF par la référence au Comité de la législation et de la réglementation financières (dont elle vous propose la création par amendement à l'article 22) et la référence aux règlements du CRBF par la référence aux règlements de ce même Comité de la législation et de la réglementation financières.

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

¹ Article L. 514-1 du code du travail.

ARTICLE 36

Continuité des règlements

Commentaire : le présent article prévoit que les règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF), de la Commission des opérations de bourse (COB) et du Conseil des marchés financiers (CMF) demeurent applicables.

I. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Le présent article prévoit que les règlements des autorités qui disposaient d'un pouvoir réglementaire, ou à tout le moins « normatif »¹ et qui vont disparaître suite à la promulgation de la présente loi, demeurent applicables. Il s'agit :

- des règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière (**CRBF**) ;
- des règlements de la Commission des opérations de bourse (**COB**) ;
- du règlement général du Conseil des marchés financiers (**CMF**).

Ils pourront être modifiés ou abrogés :

- en ce qui concerne les règlements du CRBF, par **arrêté du ministre chargé de l'économie** pris dans les conditions prévues à l'article L. 611-1 du code monétaire et financier, c'est à dire après avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières² ;

- en ce qui concerne les règlements de la COB et du CMF, par l'Autorité des marchés financiers (AMF) dans les conditions prévues à l'article L. 621-6 du même code, c'est à dire dans les mêmes formes que son règlement général (publication au *Journal Officiel* de la République française et homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie)³.

¹ Cas du CRBF.

² Voir commentaire de l'article 24 du présent projet de loi.

³ Voir commentaire de l'article 8 du présent projet de loi.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Par coordination avec l'amendement qu'elle vous propose à l'article 22 et qui tend à conserver le pouvoir normatif du CRBF au profit d'un Comité de la législation et de la réglementation financières (et non pas de le transférer au ministre chargé de l'économie), **vostra commission vous soumet un amendement** visant à prévoir que les règlements du CRBF pourront être modifiés ou abrogés non pas par le ministre mais par ce Comité de la législation et de la réglementation financières.

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

ARTICLE 37

Diverses abrogations

Commentaire : le présent article prévoit, par coordination avec les articles précédents, diverses dispositions d'abrogation.

I. MODIFICATIONS DU CODE DES ASSURANCES

Par cohérence avec la création d'un Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF)¹ qui reprend les compétences du Conseil national des assurances (CNA), le 1^o du I du présent article propose l'abrogation de plusieurs articles du code des assurances actuellement relatifs au CNA :

- le deuxième alinéa de l'article L. 411-2 ;
- les articles L. 411-3, L. 411-4 et L. 411-5.

Or, plusieurs articles du présent projet de loi modifient déjà ces articles :

- le II de l'article 22 propose une nouvelle rédaction de l'article L. 411-2 dans son ensemble pour y prévoir le CCLRF ;
- le II de l'article 23 propose une nouvelle rédaction de l'article L. 411-3 pour y prévoir le régime des salariés membres du Comité consultatif du secteur financier (CCSF) et du CCLRF ;
- le 4^o du III de l'article 21 supprime déjà les articles L. 411-4 et L. 411-5.

¹ Voir article 22 du présent projet de loi.

II. MODIFICATIONS DU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

A. DANS LA PARTIE DU CODE RELATIVE AU CRBF

Par cohérence avec la création du CCLRF¹ qui remplace le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) mais qui s'insère dans une autre partie du code, le **2° du II** du présent article propose la suppression des sections 2 et 3 du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre VI qui sont actuellement relatives à la composition et aux règles de fonctionnement du CRBF.

B. DANS LA PARTIE DU CODE RELATIVE AU CNCT ET AU COMITÉ CONSULTATIF

Par cohérence avec le remplacement du Conseil national du crédit et du titre (CNCT) et du Comité consultatif par le CCSF², le **2° du I** du présent article propose l'abrogation des articles L. 614-4 à L. 614-6 qui sont actuellement relatifs au CNCT³ et au Comité consultatif.

Le **3° du II** du présent article propose en outre de supprimer les titres de sous-sections 1 et 2 de la section 1 du chapitre IV du titre Ier du livre VI qui sont relatives respectivement au CNCT et au Comité consultatif.

C. DANS LA PARTIE DU CODE RELATIVE À LA COB ET AU CCGF

Dans la partie du code monétaire et financier relative à la Commission des opérations de bourse (COB), le **2° du I** du présent article propose de nombreuses abrogations

- les articles L. 621-26 et L. 621-27 qui sont relatifs aux **sanctions disciplinaires de la COB** ; le régime des sanctions de l'AMF est désormais prévu à l'article L. 621-15⁴ ;

- les articles L. 621-28 et L. 621-29 qui sont relatifs à la composition et aux compétences du **Comité consultatif de la gestion financière (CCGF)** qui disparaît avec la création de l'AMF ;

- l'article L. 621-31 qui est relatif aux **pourvois devant le juge administratif des personnes ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire**

¹ Voir article 22 du présent projet de loi.

² Voir article 21 du présent projet de loi.

³ Les autres articles relatifs au CNCT ont été modifiés par les articles 21, 22 et 23 du présent projet de loi pour y prévoir de nouvelles instances consultatives.

⁴ Voir article 14 du présent projet de loi.

infligée par la COB ; c'est désormais l'article L. 621-30 tel que modifié par l'article 19 du présent projet de loi qui établit cette compétence pour le juge administratif.

En outre, le **4° du II** du présent article supprime la section 6 du chapitre I^{er} du titre II du livre VI qui est actuellement relative au Comité consultatif de la gestion financière (CCGF)¹ et la section 7 qui est actuellement relative aux voies de recours (contre les décisions de la COB) devient la section 6.

Par ailleurs, le **6° du II** du présent article supprime la section 1 du chapitre II du titre IV du livre VI dont les articles étaient pourtant modifiés par l'article 20 du présent article.

D. DANS LA PARTIE DU CODE RELATIVE AU CMF

Dans le **2° du I** du présent article, **tous les articles de la partie du code consacrée spécifiquement au CMF sont abrogés à l'exception des articles suivants :**

- **L. 622-11** qui est relatif aux obligations de signalement des commissaires aux comptes d'un certain nombre de faits et décisions ; à l'article 72 du présent projet de loi il est prévu qu'il remplace les dispositions des articles L. 621-24 ;

- **L. 622-12** qui est relatif au pouvoir que détient le CMF de demander aux commissaires aux comptes certains renseignements ; à l'article 72 du présent projet de loi il est prévu qu'il remplace les dispositions des articles L. 621-25 ;

- **L. 622-21** qui est relatif à la possibilité pour le CMF de certifier des contrats types d'opérations sur instruments financiers et qui est renuméroté L. 621-18-1 par le 31° du II de l'article 35.

Ces dispositions sont donc transférées à l'AMF.

Sont en outre abrogés les articles **L. 642-4 et L. 642-5** qui traitent spécifiquement de la sanction de la rupture du secret professionnel du CMF². Le **6° du II** du présent article supprime la section 2 du chapitre II du titre IV du livre VI, ce qui est en partie redondant avec la suppression des articles cités.

¹ Cette suppression est partiellement redondante avec la suppression des articles L. 621-28 et L. 621-29 déjà prévue au 2° du I du présent article.

² Ces dispositions pour l'AMF sont prévues par l'article 20 du présent projet de loi qui les a insérées aux articles L. 642-1 à L. 642-3 où sont actuellement prévues les dispositions propres à la COB.

Le **5° du II** du présent article supprime le chapitre II du titre II du livre VI qui est relatif au CMF. Ce faisant, il supprime les articles L. 622-11, L. 622-12 et L. 622-21 mentionnés ci-dessus que le 2° du I avait entendu préserver¹.

E. DANS LA PARTIE DU CODE RELATIVE AU CDGF

Dans le **2° du I** du présent article, tous les articles de la partie du code monétaire et financier actuellement consacrée au Conseil de discipline de la gestion financier (CDGF), c'est à dire **les articles L. 623-1 à L. 623-4, sont abrogés.**

Sont également abrogés les articles **L. 642-6 et L. 642-7** qui traitent spécifiquement de la sanction de la rupture du secret professionnel du CDGF. Le **6° du II** du présent article supprime la section 3 du chapitre II du titre IV du livre VI, ce qui est en partie redondant avec la suppression des articles cités.

F. DANS D'AUTRES PARTIES DU CODE

Le **1° du II** du présent article prévoit que la sous-section 7 de la section 3 du chapitre IV du titre Ier du livre II du code monétaire et financier est supprimée. Cette sous-section et les articles qu'elle comprend sont relatifs au contrôle sur les sociétés civiles de placement immobilier par la COB.

III. AUTRES ABROGATIONS

Le **3° du I** du présent article propose d'abroger 9 articles de l'ordonnance de 1967 sur la COB². Il s'agit des articles :

- 1^{er} qui est relatif aux redevances perçues par la COB ; les taxes perçues par l'AMF seront désormais prévues dans le code monétaire et financier³ ;

¹ Et il est partiellement redondant avec des suppressions également prévues dans le 2° du I du présent article.

² Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse. Il s'agit d'articles qui n'ont pas été codifiés dans le code monétaire et financier.

³ Voir article 7 du présent projet de loi.

- 5 *bis* qui prévoit que la COB peut mener des enquêtes à la demande d'autorités étrangères et dans quelles conditions ; ces dispositions sont actuellement prévues à l'article L. 621-21 du code monétaire et financier¹ ;

- 5 *ter* qui est relatif au contrôle judiciaire opéré par l'autorité judiciaire sur certaines procédures d'enquête de la COB ; ces dispositions sont actuellement prévues à l'article L. 621-12 du même code² ;

- 5 A qui permet à la COB de demander des analyses complémentaires aux commissaires aux comptes ou à des experts inscrits sur une liste d'experts judiciaires ; ces dispositions sont actuellement prévues à l'article L. 621-9 du même code³ ;

- 5 B qui est relatif aux enquêteurs de la COB et à plusieurs de leurs pouvoirs ; ces dispositions sont actuellement prévues à l'article L. 621-10 du même code⁴ ;

- 10-1 et 10-3 qui sont relatifs aux sanctions applicables aux atteintes à la transparence du marché ; ces dispositions sont actuellement prévues à aux articles L. 465-1 et L. 465-2⁵ du même code ;

- 10-4 qui prévoit que les personnes morales peuvent aussi être déclarées pénalement responsables des infractions à la transparence du marché ; ces dispositions sont actuellement prévues à l'article L. 465-3 du même code ;

- 10-5 qui prévoit que les dispositions des articles 10-1 et 10-4 sont applicables lorsque les informations portent sur un émetteur dont les titres figurent ou ont figuré au relevé quotidien du hors cote, qui n'existe plus.

Il ne restera désormais plus qu'un seul article dans cette ordonnance, l'article 7 qui prévoit que deux règlements COB sont validés à la date de leur publication.

¹ Cet article n'est que très peu modifié par le présent projet de loi (voir article 18).

² Cet article n'est que très peu modifié par le présent projet de loi (voir article 11).

³ Cet article est modifié par l'article 10 du présent projet de loi qui ne reprend pas ces dispositions ; c'est l'article 11 qui désormais les insère dans un nouvel article L. 621-9-2.

⁴ Cet article est légèrement modifié par l'article 11 du présent projet de loi qui déplace les dispositions relatives aux enquêteurs dans un nouvel article L. 621-9-1 mais maintient celles relatives à leurs pouvoirs dans cet article L. 621-10.

⁵ Tels que modifiés par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 qui a actualisé les taux d'amende en euros.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission vous soumet **un amendement** supprimant le 1° du I du présent article qui est en partie en contradiction et en partie redondant avec d'autres articles du projet de loi.

Par coordination avec l'amendement que votre commission vous propose à l'article 22 et qui institue prévoir dans le code monétaire et financier un Comité de la législation et de la réglementation financières à la place de l'actuel CRBF, votre commission vous soumet **un amendement** visant à ne pas supprimer les sections du code et les articles relatifs à la composition et aux règles de fonctionnement du CRBF. Cet amendement permet en outre une réécriture globale du II du présent article afin de ne supprimer que les divisions et leurs intitulés et non pas les articles contenus dans ces divisions comme le fait, bien malencontreusement, le présent article.

En outre, **par coordination avec l'amendement qu'elle vous propose à l'article 19** du présent projet de loi qui propose une nouvelle rédaction de l'article L. 621-31 du code monétaire et financier, votre commission vous soumet **un amendement** visant à ne pas supprimer cet article L. 621-31.

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

ARTICLE 38

Mesures transitoires

Commentaire : le présent article prévoit les mesures nécessaires à la transition entre les anciennes et les nouvelles autorités.

I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Le I du présent article prévoit le maintien des commissions, conseils et comité existants **jusqu'à la date de la première réunion** des autorités, conseils et comités créés ou modifiés par les dispositions du présent projet de loi :

- **les membres des commissions, conseils et comité existants** « *sont maintenus dans leurs fonctions* » jusqu'à cette date ;

- **les commissions, conseils et comités suivants** : la Commission des opérations de bourse (COB), le Conseil des marchés financiers (CMF), le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF), la Commission bancaire, la Commission de contrôle des assurances (CCA), la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP), le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF), le Conseil national du crédit et du titre (CNCT), le Conseil national des assurances (CNA), le Comité de la réglementation du CNA, le Comité consultatif mentionné au chapitre IV du titre Ier du livre VI du code monétaire et financier, la Commission consultative du CNA, la Commission des entreprises d'assurance et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), « *exercent les compétences qui leur sont dévolues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date de la publication de la présente loi* » ;

- « **le ministre chargé de l'économie** continue à exercer les compétences qui lui sont dévolues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur antérieurement à la publication de la présente loi » ; il s'agit de préserver les pouvoirs du ministre en matière d'agrément jusqu'à la mise en place effective du Comité des entreprises d'assurances¹.

¹ Qui reprend ces compétences. Voir article 25 du présent projet de loi.

Votre commission vous soumet **un amendement** visant à préciser que le maintien des membres actuels jusqu'à la première réunion vaut aussi pour les « commissions » créées ou modifiées par le présent projet de loi. Celles-ci avaient semble-t-il été oubliées.

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

II. LES DROITS ET OBLIGATIONS DE L'AMF

Le **II** du présent article prévoit qu'à compter de la première réunion du collège de l'AMF, cette nouvelle autorité succède dans les droits et obligations :

- de l'Etat, au titre des activités de la COB et du CDGF (puisque ces deux autorités administratives n'avaient pas la personnalité juridique et faisaient partie intégrante de l'Etat) ;

- et du CMF (qui avait la personnalité juridique).

Ces « *droits et obligations* » recouvrent le patrimoine immobilier, les ressources financières existantes, les contrats de travail conclus avec les personnels, etc. Ils constitueront le patrimoine de départ de la nouvelle autorité.

III. LES PROCÉDURES DE SANCTION EN COURS

Afin d'assurer une sécurité juridique maximale pour les procédures de sanction en cours à la COB, au CMF, au CDGF, à la CCA et à la CCMIP, le **III** du présent article prévoit :

1- que « *la validité des actes de constatation et de procédure accomplis antérieurement à la première réunion de la commission des sanctions de [l'AMF] ou de la [CCAMIP] s'apprécie au regard des dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis* » ;

2- que les procédures de sanction en cours devant la COB, le CMF et le CDGF à la date de la première réunion du collège de l'AMF sont « *poursuivies de plein droit par celui-ci devant la commission des sanctions* »

conformément aux dispositions de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier¹ ;

3- que, lorsque les griefs ont été notifiés par la COB, le CMF et le CDGF (alors que dans le nouveau dispositif la notification des griefs se fera par le collège de l'AMF), la commission des sanctions est saisie du dossier en l'état ;

4- que les procédures de sanction devant la CCA et la CCMIP en cours à la date de la première réunion de la CCAMIP sont **poursuivies de plein droit** devant la nouvelle commission de contrôle.

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

¹ *Tel que modifié par l'article 14 du présent projet de loi.*

TITRE II :

SÉCURITÉ DES ÉPARGNANTS ET DES ASSURÉS

CHAPITRE PREMIER :

RÉFORME DU DÉMARCHAGE EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE

ARTICLE 39

Nouveau régime du démarchage bancaire et financier

Commentaire : le présent article a pour objet d'instaurer un nouveau régime global du démarchage bancaire ou financier. Il définit le démarchage et indique les personnes habilitées à y procéder, les produits interdits, les règles de bonne conduite et les sanctions disciplinaires applicables.

I. LE DROIT EXISTANT

A. UN DISPOSITIF ANCIEN, COMPLEXE ET PEU LISIBLE

1. Une accumulation de textes anciens et relativement hétérogènes

Le démarchage bancaire et financier est aujourd'hui essentiellement régi par les dispositions du titre IV du livre III du code monétaire et financier, relatives au démarchage et au colportage. D'autres dispositions, issues du droit de la consommation (articles L. 121-21 à L. 121-33 du code de la consommation relatifs au démarchage de biens et services, articles L. 122-8 à L. 122-11 du code de la consommation sur le délit d'abus de faiblesse¹) et de

¹ L'article L. 122-8 dispose ainsi que « quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans

la réglementation sur la présentation des produits d'assurance, ont une incidence indirecte ou mineure sur le démarchage bancaire et financier et ne sont pas modifiées par le présent article.

Les dispositions du code monétaire et financier que le présent article propose de réécrire sont structurées en trois parties :

- les articles L. 341-1 à L. 341-6 traitent du démarchage concernant les opérations de banque et sont notamment issus de la **loi du 28 décembre 1966** relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité ;

- les articles L. 342-1 à L. 342-21 traitent du démarchage concernant les valeurs mobilières et sont issus de la **loi du 3 janvier 1972** relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance ;

- les articles L. 343-1 à L. 343-6 traitent du démarchage concernant les opérations sur le marché à terme et émanent de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, modifiée par la loi du 31 décembre 1987 relative au marché à terme.

Le dispositif juridique actuel, à la fois **complexe et segmenté**, est le résultat d'une accumulation peu cohérente de textes souvent anciens, qui laisse perdurer des interstices de vide juridique et nuit à la compréhension des règles applicables et donc à la protection du démarché. Il est jugé peu adapté aux situations et instruments financiers actuels puisque, ainsi que le rappelle M. Emmanuel Rodocanachi¹, cette législation « *n'a pas bénéficié de l'effort de rationalisation des activités financières entrepris aux niveaux européen et national, au cours des dernières années* », et s'applique donc en marge des deux grandes lois à portée générale qui régissent aujourd'hui les opérations de crédit et les services financiers (la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, dite loi de modernisation des activités financières).

De même, le démarchage n'est pas considéré par la réglementation communautaire, et en particulier par la directive sur les services d'investissement du 10 mai 1993, comme un service d'investissement ni comme un service connexe. Les activités de démarchage ne bénéficient donc pas du « passeport européen »² y afférent.

et d'une amende de 9.000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte. »

¹ Mission Rodocanachi sur le démarchage financier. Rapport au gouvernement rédigé par M. Emmanuel Rodocanachi, M. François de Mazières et Mlle Laure Becqué, remis en juillet 2000.

² Ce « passeport » désigne les conditions et procédures qui, d'après la directive communautaire 93/22/CEE concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières,

Votre rapporteur avait déposé dès 1995 une proposition de loi dont l'objet était notamment de réformer le régime du démarchage financier¹, mais les gouvernements successifs n'avaient pas, jusqu'ici, considéré le sujet comme réellement important et urgent.

2. Plusieurs définitions toutefois fondées sur des critères communs

Le dispositif actuel donne trois définitions du démarchage pour des opérations déterminées, qui ne se révèlent pas strictement identiques :

permettent à certaines activités, services et produits de bénéficier de la reconnaissance mutuelle et d'être librement exercés et commercialisés dans les pays de l'Union.

¹ Proposition de loi n° 225 relative à l'activité et au contrôle des entreprises d'investissement et portant transposition de la directive n° 93/22 du Conseil des Communautés européennes du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, enregistrée à la Présidence du Sénat le 16 février 1995 et présentée par MM. Philippe Marini, Jean Arthuis, Philippe Adnot, Bernard Barbier, Ernest Cartigny, Jean Clouet et Jacques Oudin,.

Article L. 341-2 (loi du 28 décembre 1966)	Article L. 342-2 (loi du 3 janvier 1972)	Article L. 343-1 (loi du 28 mars 1885)
Opérations de banque (prêts, rentes viagères, biens divers, SCPI)	Valeurs mobilières	Marchés à terme
<p>« Se livre au démarchage au sens du présent article celui qui, à l'une des fins visées à l'alinéa premier, se rend habituellement soit au domicile ou à la résidence des personnes, soit sur leurs lieux de travail, soit dans des lieux ouverts au public et non réservés à de telles fins. »</p> <p>« Sont également considérés comme actes de démarchage les offres de services faites ou les conseils donnés de façon habituelle en vue des mêmes opérations au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur leurs lieux de travail, par l'envoi de lettres ou circulaires ou par communications téléphoniques. »</p>	<p>« Constitue une activité de démarchage le fait de se rendre habituellement au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur leurs lieux de travail, ou dans des lieux publics, en vue de conseiller la souscription, l'achat, l'échange ou la vente de valeurs mobilières ou une participation à des opérations sur ces valeurs. »</p> <p>« Sont également considérés comme activités de démarchage les offres faites ou les conseils donnés, de façon habituelle, en vue des mêmes fins, au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur les lieux de travail, par l'envoi de lettres ou circulaires ou par communications téléphoniques. »</p>	<p>« Constitue une activité de démarchage au sens du présent chapitre, le fait de se rendre habituellement, soit au domicile ou à la résidence des personnes, soit sur leurs lieux de travail, soit dans les lieux ouverts au public et non réservés à de telles fins, en vue de conseiller une participation à des opérations sur ce marché ou de recueillir des ordres à cet effet, quel que soit le lieu où les ordres d'opérations ou le contrat liant le donneur d'ordre à celui qui les a recueillis ou exécutés ont été passés ou conclus. »</p> <p>« Sont également considérés comme acte de démarchage, les offres de service faites ou les conseils donnés, de façon habituelle, en vue des mêmes fins, dans les lieux mentionnés à l'alinéa précédent, par l'envoi de tout document d'information ou de publicité, ou par tout moyen de communication. »</p>

Source : rapport Rodocanachi

Certains critères transversaux permettent néanmoins de dégager un faisceau d'indices communs :

- le critère de **lieu** est quasiment identique entre les trois articles : **le démarchage consiste à se rendre habituellement au domicile ou à la résidence des personnes, sur leurs lieux de travail, ou dans des lieux publics** (non réservés à de telles fins, s'agissant du démarchage portant sur les opérations de banque ou les marchés à terme) ;

- la **personne** qui fait l'objet du démarchage (critère découlant de celui du lieu) : il s'agit exclusivement d'une **personne physique** ;

- la **fréquence** : le démarchage suppose que cette activité soit **habituelle**. La jurisprudence considère que cette condition est remplie dès deux démarches, donc dans la grande majorité des cas ;

- les **moyens** : déplacement physique, envoi de lettres ou circulaires ou communication téléphonique. Le champ du démarchage sur les instruments à terme inclut toutefois les technologies plus récentes et en particulier internet, puisqu'il couvre « *l'envoi de tout document d'information ou de publicité, ou par tout moyen de communication* » ;

- **l'action** : le démarchage est une méthode de vente active, voire agressive, puisque le client va à la rencontre de son client potentiel. Le démarchage est ainsi **distinct du conseil**, qui résulte d'une initiative du client.

Le **colportage**, qui est une forme prohibée de démarchage, fait l'objet d'une disposition spécifique pour les valeurs mobilières. L'article L. 342-1 pose une interdiction et définit le colporteur comme « *celui qui se rend au domicile ou à la résidence des personnes ou sur leurs lieux de travail ou dans des lieux publics pour offrir ou acquérir des valeurs mobilières avec livraison immédiate des titres et paiement immédiat total ou partiel sous quelque forme que ce soit* ».

3. Des intervenants multiples et soumis à habilitation

Le principe fondamental de la législation actuelle est que **toute personne physique exerçant l'activité de démarchage doit être titulaire d'une carte d'emploi**¹, valable pour un an². Cette carte est délivrée par une personne ou un établissement habilité par le législateur, et la procédure est placée sous le contrôle du juge civil. L'identité, l'adresse et l'état civil des démarcheurs doivent être déposés au parquet du procureur de la République³.

Pour l'octroi de telles cartes, les trois lois précitées habilitent des organismes différents selon les produits démarchés, et dont les principaux sont les établissements de crédit et les entreprises d'investissement :

¹ Articles L. 342-7 et L. 343-3 du code monétaire et financier.

² Selon les termes de l'article L. 343-3 du même code.

³ Articles L. 342-8 et L. 343-4 du même code.

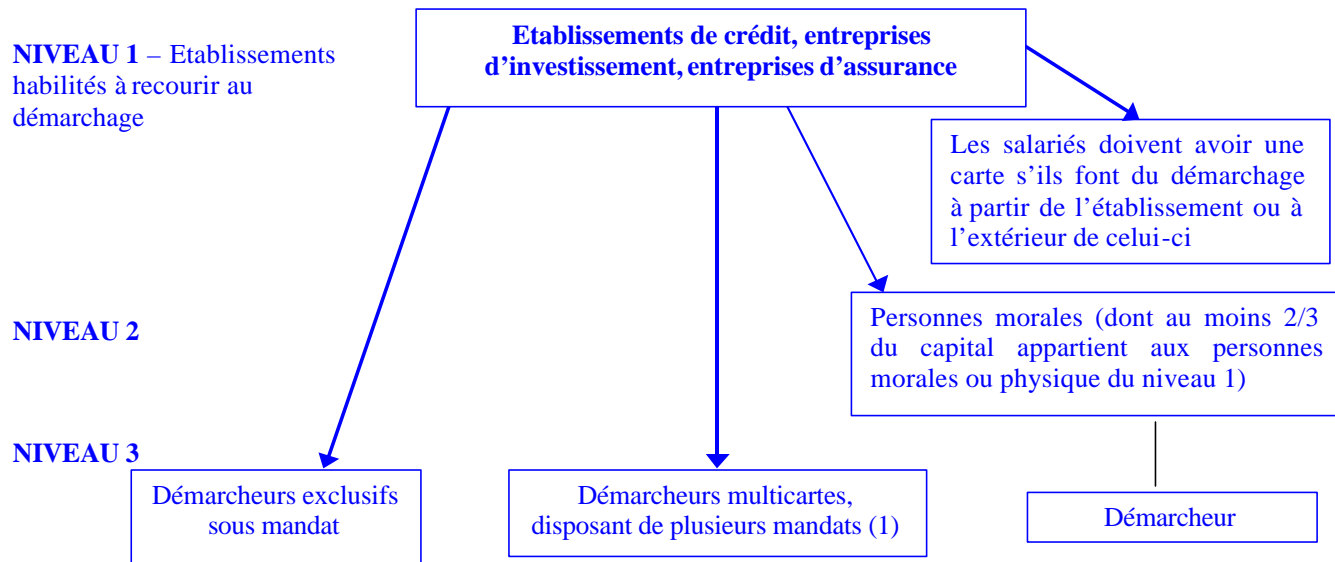
Loi du 28 décembre 1966 (opérations de banque)	Loi du 3 janvier 1972 (valeurs mobilières)	Loi du 28 mars 1885 (marchés à terme)
Etablissements de crédit Sociétés de caution mutuelle régies par la loi du 13 mars 1917 Entreprises de crédit différé agréées par le ministre de l'économie et des finances Intermédiaires en opérations de banque	Etablissements de crédit Etablissements mentionnés à l'article 99 de la loi bancaire Sociétés de bourse Auxiliaires de professions boursières régis par la loi du 21 décembre 1972 Entreprises d'assurance	Prestataires de services d'investissement et personnes morales visées à l'article 44 de la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières

Source : rapport Rodocanachi

On est ainsi amené à distinguer trois niveaux d'acteurs, résumés dans le tableau suivant :

Situation juridique actuelle du démarchage financier

(régime principal : loi du 3 janvier 1972, combiné avec les lois de 1966 et de 1885)



(1) Le démarcheur multicartes a, au plus, une carte de démarcheur pour les valeurs mobilières (loi de 1972), une carte pour les produits à terme (loi de 1885, modifiée par la loi de 1987), plusieurs cartes pour les prêts d'argent, recueils de fonds de FCPI (loi de 1966), plusieurs cartes pour les produits d'assurances.

Un établissement habilité (niveau 1) peut confier à une de ses filiales ou un établissement qu'il contrôle, le soin de procéder pour son compte aux opérations de démarchage. Quoique entièrement placé sous le contrôle du niveau 2, le démarcheur a l'obligation d'avoir une carte d'emploi (délivrée par le niveau 1).

Source : rapport Rodocanachi

Le **premier niveau** est constitué des établissements habilités et donc susceptibles de recourir directement au démarchage, notamment par l'entremise de leurs salariés. Le **deuxième niveau** est constitué des démarcheurs personnes morales, qui représentent toutefois un cas très spécifique¹. Le **troisième niveau** est enfin constitué des personnes physiques, qui sont soit mandataires exclusifs lorsqu'ils ne vendent les produits que d'un seul mandant (ce qui est nécessairement le cas pour les valeurs mobilières, aux termes de l'article L. 342-9), soit « multicartes », dans la mesure où le démarcheur peut détenir au plus : plusieurs cartes pour les prêts d'argent et les produits d'assurance, et une seule carte pour les valeurs mobilières et les produits à terme.

Le démarchage financier repose également sur l'établissement d'un **lien de responsabilité directe ou indirecte** entre le démarcheur et l'établissement habilité qui lui attribue la carte. Ce lien est ainsi exposé dans l'article L. 342-10 du code monétaire et financier, qui dispose que « *les personnes et établissements (...) sont civilement responsables du fait des démarcheurs, agissant en cette qualité, auxquels ils ont délivré une carte d'emploi. Nonobstant toute convention contraire, ces démarcheurs sont considérés comme leurs préposés au sens de l'article 1384 du code civil* ».

4. Des conditions d'exercice peu contraignantes

Les conditions présidant à l'exercice du démarchage financier sont de trois ordres² : honorabilité, âge et nationalité, et qualification professionnelle.

Les conditions d'**honorabilité** sont restreintes puisque il est uniquement requis que le démarcheur n'ait pas fait l'objet d'une interdiction d'exercice du métier de banquier. Le délai d'un mois prévu entre l'inscription au parquet et la délivrance de la carte doit permettre à l'autorité judiciaire de procéder à la vérification du casier de l'intéressé.

Le dispositif actuel prévoit en outre que le démarcheur doit être **majeur**, et avoir la nationalité française ou être ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, sous réserve des conventions internationales.

La principale lacune de la législation vient de ce qu'**aucune qualification professionnelle ou de compétence n'est exigée**, alors que les courtiers et agents généraux d'assurance sont, aux termes de l'article R. 513-1 du code des assurances, soumis à des conditions précises de diplôme ou d'expérience professionnelle significative.

¹ L'article L. 342-8 dispose en effet que « *sauf autorisation du ministre chargé de l'économie, les personnes ou établissements mentionnés à l'article L. 342-3 ne peuvent confier à des personnes morales autres que les sociétés dont ils possèdent, ensemble ou séparément, au moins les deux tiers du capital, le soin de procéder pour leur compte aux opérations de démarchage* ».

² Et sont en particulier définies aux articles L. 342-8 et L. 343-4.

5. Une protection de l'épargnant mal assurée

La protection de l'épargnant, qui est présumé incompétent sur les produits qui lui sont proposés, relève de trois types de dispositions : celles afférentes aux caractéristiques des produits et à l'information dont ils font l'objet, celles relatives à l'existence d'un délai de réflexion et de rétractation et celles applicables aux sanctions encourues par les démarcheurs.

Un certain nombre de produits sont **interdits de démarchage**, dès lors qu'ils font courir un risque trop important au particulier. L'ensemble de ces interdictions résultent de dispositions de niveau normatif différent (loi, décret et instruction de la Commission des opérations de bourse – COB). Les principaux produits prohibés sont néanmoins exposés dans l'article L. 342-5 du code monétaire et financier : opérations à terme non fixé préalablement ; valeurs mobilières non autorisées à la vente en France ; valeurs émises par des sociétés françaises n'ayant pas établi deux bilans en deux ans au moins d'existence (sous réserve de certaines exceptions) ; valeurs émises par des sociétés non cotées, à l'exception des SICAV.

Les produits éligibles au démarchage sont néanmoins soumis à une **obligation d'information** par remise à la personne démarchée d'une documentation sur leurs caractéristiques. Cette communication est plus ou moins détaillée selon les produits (taux effectif global et charges pour les prêts et emprunts, « *note d'information succincte* », aux termes de l'article L. 342-6, pour les valeurs mobilières), de telle sorte qu'il est difficile pour l'épargnant de toujours connaître les obligations effectives en la matière. L'information peut être simultanée à la signature du contrat de vente, qui en est alors le support matériel (tel est le cas pour les prêts ou les produits d'épargne réglementée), ou préalable à la vente, cette seconde modalité constituant naturellement une protection supplémentaire.

La réglementation relative aux **délais de réflexion** (préalable à la vente) **et de rétractation** (faculté pour la personne démarchée de revenir sur son engagement et d'être éventuellement démarchée) est également **disparate** : il n'est pas prévu de délai de réflexion pour les prêts, l'offre de plans d'épargne est soumise à un délai de dénonciation de quinze jours, et un délai de réflexion de sept jours est prévu pour les produits à terme. Les contrats d'assurance-vie et de capitalisation font pour leur part l'objet d'une disposition spécifique puisque le délai de renoncement est de trente jours à compter du premier versement.

Enfin les **sanctions**¹ reposent sur deux logiques parallèles : pénale ou professionnelle.

¹ Qui dans le présent projet de loi font l'objet des dispositions de l'article 40.

6. Une protection du démarcheur totalement ignorée

Il n'est pas rare que les personnes concernées soient elles-mêmes recrutées par des annonces alléchantes ou des approches leur laissant miroiter un haut niveau de rémunération, alors que la totalité de celle-ci intervient « à la commission ». Tant que le démarcheur est en mesure de faire souscrire des contrats par son environnement proche, il parvient à maintenir son niveau de vie. Ensuite, il est réduit à l'indigence... **D'où l'agressivité désespérée de certains vendeurs de produits financiers paupérisés et totalement dépendants de quelques signatures supplémentaires.** De façon étrange, personne, dans les gouvernements successifs de 1995 à aujourd'hui, n'a paru sensible à la situation de ces intermédiaires, que ne défend bien sûr aucune corporation constituée.

B. UN DISPOSITIF PEU FIABLE

L'inadaptation et la relative insécurité, qui sont les caractéristiques généralement admises du dispositif actuel, résultent de trois principaux constats.

1. L'encadrement et le contrôle sont déficients

L'absence de centralisation et d'actualisation précise des données relatives aux démarcheurs autorisés ne permet pas de connaître précisément leur nombre. De 120.000 à 130.000 déclarations de démarchage financier ont ainsi été enregistrées en 1999 au parquet de Paris, qui reçoit la très grande majorité des demandes de cartes. Or ce chiffre, qui a trait aux déclarations de cartes, ne couvre pas le nombre de démarcheurs, puisqu'une même personne peut détenir plusieurs cartes. Il inclut les salariés des établissements de crédit, entreprises d'investissement et entreprises d'assurance, qui doivent détenir une carte lorsqu'ils font du démarchage financier et constituent la grande majorité des démarcheurs. Le chiffre global, vraisemblablement surestimé, de 300.000 démarcheurs qui est souvent cité couvre également les déclarations relatives au démarchage en matière d'assurance.

Le principe de l'unicité de la carte pour les produits à terme et les valeurs mobilières est, de l'avis des professionnels, largement contourné. La période récente a, en outre, vu croître le nombre des intermédiaires et apporteurs d'affaires relevant de professions parfois mal définies et situées dans une « zone grise », telles que « conseillers financiers » ou « conseillers en gestion de patrimoine », qui ne sont pas recensés comme démarcheurs mais exercent de fait cette activité. L'activité de certains démarcheurs parfois peu

scrupuleux tend à nuire à la crédibilité et à l'image des professionnels qui exercent sérieusement leur métier.

Enfin, le dispositif actuel de délivrance de carte par des organismes habilités ne pallie pas **l'absence préjudiciable d'une autorité de contrôle** clairement investie d'une mission de régulation du système et de surveillance d'agrément qui iraient au-delà d'une simple déclaration.

2. L'inadaptation aux évolutions technologiques est manifeste

Les dispositions actuelles se montrent trop précises et factuelles sur les techniques de démarchage et la définition de l'activité, de telle sorte qu'elles n'intègrent pas les évolutions sensibles que l'avènement d'internet et de la communication mobile (*wap*, *i-mode* et future norme UMTS), voire de la télévision interactive, a suscitées dans la conception même du démarchage, pas plus qu'elles ne peuvent se montrer adaptées aux progrès à venir.

Internet introduit un élément fondamental de distanciation et de dématérialisation, et est à cet égard le vecteur de nombreux moyens nouveaux de contact avec des clients potentiels, qui tendent à estomper les frontières entre publicité et démarchage, tels que le courtage en ligne, la vente de crédits par internet, les sites des établissements de crédit, les « bannières » permettant d'accéder à des sites à partir de portails généralistes, les courriers électroniques personnalisés ou le « *spamming* » (publipostage électronique abusif et non sollicité auprès d'un très grand nombre de personnes). Ces techniques modifient l'environnement du démarchage et l'approche traditionnelle fondée sur la carte matérialisée, le déplacement physique du démarcheur et la communication par voie orale, qui ne permettent plus d'appréhender cette nouvelle réalité.

3. Les risques de fraude sont réels

Le nombre des sanctions prononcées du chef de démarchage financier est réduit, comme en témoignent les données ci-après :

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
13	2	14	3	8	24	8	4	3	4

Source : ministère de la justice

S'il est permis d'espérer que le nombre d'infractions a effectivement baissé au cours des dernières années, **ces chiffres ne sont vraisemblablement pas représentatifs** de la réalité des abus de faiblesse et escroqueries pratiquées, ne serait-ce que parce que le nombre de plaintes et de demandes de

précisions enregistrées par la COB a dans le même temps augmenté, en particulier dans le cadre du démarchage par internet et des opérations sur les marchés à terme étrangers.

En revanche, les cas de fraude transfrontalière semblent relativement bien contenus, du moins dans le périmètre des Etats de l'OCDE, grâce à une bonne coopération internationale entre autorités de régulation et à l'action de la COB et du Conseil des marchés financiers (CMF), qui consultent régulièrement les sites internet pour tenter d'en cerner les infractions.

De manière générale, les risques de fraude sont accrus dès lors que la réglementation s'avère trop fragmentée, que les responsabilités sont mal définies et que les zones d'incertitude et interstices se multiplient à la faveur de normes hétérogènes, de règles trop ou insuffisamment précises et de contraintes trop lâches en matière d'information, laissant les personnes démarchées éventuellement vulnérables à l'intimidation et aux mensonges. **La législation actuelle présente certaines de ces caractéristiques.**

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'obsolescence du dispositif actuel du démarchage bancaire et financier est depuis longtemps soulignée. Le présent projet de loi tend à répondre aux principaux **objectifs** de la réforme, fixés notamment dans le rapport Rodocanachi dont il reprend l'essentiel des recommandations :

- proposer une définition du démarchage claire et adaptée aux nombreuses techniques existantes et futures ;
- construire un cadre d'activité cohérent, stable et responsabilisant pour les professionnels ;
- préciser les règles relatives à l'exécution de la démarche elle-même ainsi que le champ des produits et destinataires exclus du champ du démarchage ;
- mettre en place des sanctions adaptées et strictes.

Aussi les axes qui ont guidé la conception de la nouvelle réglementation sont-ils l'autorégulation du système par une responsabilisation selon une chaîne continue, la bonne information des épargnants et la facilité des recours, en vue de contribuer à la sécurité juridique et financière des investisseurs non avertis. Il s'agit donc de **protéger les particuliers et personnes morales des sollicitations non souhaitées et intimidations dont ils pourraient faire l'objet, c'est-à-dire, plus familièrement, d'empêcher les offreurs de produits et services financiers de « forcer la main » de**

personnes dénuées de capacité de « résistance » ou ne disposant pas a priori des compétences suffisantes pour appréhender certaines offres complexes. Il s'agit aussi de faire bénéficier les démarcheurs d'un cadre professionnel mieux établi et plus sécurisant.

Le présent projet de loi, dont il faut rappeler qu'il ne couvre pas le démarchage en matière d'assurance, reprend la quasi totalité des dispositions qui figuraient déjà dans le projet portant diverses dispositions d'ordre économique et financier déposé au Sénat le 30 mai 2001, qui n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour. Ce projet de loi comportait les dispositions ici proposées en matière de démarchage bancaire et financier et de statut des conseillers en investissements financiers. **Par rapport au projet de 2001, le présent projet de loi apporte deux principales innovations :**

- une modification de la définition des personnes exclues du champ du démarchage ;
- une disposition relative au démarchage de produits d'épargne salariale.

Le dispositif proposé par le présent article occupe douze pages du présent projet de loi et insère ou réécrit entièrement dix-sept articles du code monétaire et financier.

A. UNE DÉFINITION EXTENSIVE ET PÉRENNE

La nouvelle définition du démarchage bancaire ou financier, qui figurerait à l'article L. 341-1 du code monétaire et financier, se veut extensive afin d'inclure tous les moyens de communication actuels et potentiels, tout en qualifiant assez précisément l'acte même de démarchage. Cette définition est exposée aux premier et sixième alinéas, qui recouvrent des situations distinctes.

1. Une prise de contact non sollicitée

Le premier alinéa du texte proposé par l'article L. 341-1 dispose que « *constitue un acte de démarchage bancaire ou financier toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée, en vue d'obtenir, de sa part, un accord* » sur une série de services ou opérations¹. Cette définition appelle les observations suivantes :

¹ Ces services et opérations sont présentés au 2 du présent A.

- la notion centrale est celle de **prise de contact non sollicitée**, qui suppose une démarche active de la part du démarcheur. Ainsi, le simple fait de prendre contact avec un client potentiel, même si aucun contrat n'est conclu *in fine* ou s'il s'agit uniquement de proposer des conseils, constitue un acte de démarchage ;

- tous les moyens sont envisagés par la précision « *par quelque moyen que ce soit* », de telle sorte que la loi soit pérenne et « **technologiquement neutre** ». Le démarchage peut donc avoir lieu par déplacement physique, envoi de courrier, appel téléphonique ou par voie électronique, ainsi que tous les autres moyens non sollicités qui pourraient apparaître à l'avenir. Le démarchage par voie téléphonique concerne également le personnel des centres d'appel, qu'il soit temporaire ou permanent, qualifié ou non. En revanche, les appels entrants d'épargnants, par exemple à la suite de la publication d'un numéro vert, ne seraient pas considérés comme du démarchage¹. Internet n'est pas mentionné explicitement, mais une telle insertion ferait courir le risque de trop « dater » la loi en fonction des préoccupations technologiques d'une période donnée ;

- le démarchage vise une **personne physique ou morale**. Il s'agit là d'une innovation puisque le dispositif actuel ne concerne que les personnes physiques. **La définition française serait donc dorénavant extensive, notamment au regard des dispositions communautaires** qui tendent à ne retenir que les personnes physiques. Ainsi la directive 85/477/CE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, qui comporte des dispositions relatives au démarchage à domicile, ne retient que les consommateurs personnes physiques n'agissant pas dans le cadre d'une activité professionnelle. De même la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002, en faveur de laquelle la France a voté, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, définit dans son article 2 le consommateur comme « *toute personne physique qui, dans les contrats à distance, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale et professionnelle* » ;

- cette personne est « *déterminée* ». La formulation peut sembler plus floue que celle qu'avait préconisée le rapport Rodocanachi, qui évoquait une personne « *nommément désignée* », mais elle implique néanmoins que le démarcheur s'adresse à une personne dont il connaît préalablement l'identité².

¹ De même la publication d'annonces publicitaires munies d'un coupon réponse dans la presse écrite ne constitue pas un acte de démarchage, mais l'envoi complémentaire en réponse à une demande qui en résulte est assimilé à du démarchage, s'il est assorti d'un quelconque moyen de souscription.

² Il existe des méthodes de démarchage se fondant sur le ciblage de groupes d'individus censés présenter des caractéristiques homogènes de comportement. Le dispositif proposé rendrait possible l'application des règles du démarchage aux personnes ainsi « déterminées », alors que la solution proposée par le rapport Rodocanachi ne le permettrait pas.

Cette définition, plus précise que l'actuelle, **rend possible une distinction entre démarchage et publicité**, dans la mesure où elle fait ressortir que le démarchage se caractérise en particulier par l'existence d'un contact direct et personnalisé en vue de la vente d'un produit financier, alors que la publicité dans son acception courante se définit par la volonté de créer, de façon diffuse, une appétence pour un produit. Cette distinction devra toutefois être précisée par le décret d'application. Dans le cas du démarchage par voie électronique, on peut exciper deux conséquences importantes :

- le champ de cette modalité de démarchage se révèle relativement restrictif puisqu'il concerne essentiellement l'envoi sporadique d'un courrier électronique non sollicité à un client potentiel, c'est-à-dire le « *spamming* ». Ce type d'envoi non sollicité peut intervenir dans un délai assez long après qu'un internaute a consulté un site financier sans pour autant solliciter de quelconque abonnement ou lettre d'information (qui se situerait alors hors du champ du démarchage) ;

- en revanche **toute démarche active initiale de l'internaute emporte exclusion du champ du démarchage**. Il peut s'agir de propositions faites sur un site consulté directement ou indirectement (via des « bannières » publicitaires et liens hypertextes figurant sur un portail généraliste par exemple), mais aussi d'un abonnement à une lettre électronique, qui suppose que le profil du prospect ait été renseigné en amont par cette même personne sur un site. De même la télévision interactive, qui est très vraisemblablement appelée à connaître un grand développement dans les années à venir, n'entre pas dans le champ du démarchage dès lors que l'utilisateur réalise volontairement un choix ou une opération au moyen de sa télécommande.

Une difficulté se pose concernant le droit applicable au démarchage opéré par voie électronique depuis un autre Etat de l'Union européenne. Cette question ne connaît en effet pas de réponse certaine au niveau communautaire, s'agissant des dispositions protectrices du consommateur. Le Traité permet l'application du droit français à des opérateurs étrangers, sous réserve du contrôle de proportionnalité exercé par la Commission sous la surveillance de la Cour de justice des communautés européennes. Le problème général de l'application des droits de la consommation de chaque Etat membre fait actuellement l'objet de consultations en vue de fixer les lignes directrices (« *guidances* ») de cet exercice de proportionnalité.

2. L'objet du démarchage

Le démarchage a pour objet d'obtenir du prospect un accord sur quatre types d'opérations, mentionnées dans le texte proposé par le présent

article pour l'article L. 341-1 et qui recouvrent un champ vaste mais à l'exclusion de tout autre :

- **les opérations sur des instruments financiers** réalisées par un des organismes mentionnés au 1° de l'article L. 341-3¹. La liste des instruments financiers concernés est visée à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier. Elle est large puisqu'il s'agit des actions et autres titres donnant accès au capital et aux droits de vote, des titres de créance (à l'exclusion des effets de commerce et bons de caisse), des OPCVM, des instruments financiers à terme et de tous instruments financiers équivalents de droits étrangers ;

- **les opérations de banque et les opérations connexes** réalisées par les mêmes personnes. Les opérations de banque sont mentionnées à l'article L. 311-1 du code monétaire et financier, qui dispose qu'elles « *comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* ». Les opérations qui leur sont connexes sont quant à elles mentionnées à l'article L. 311-2 du même code et comprennent des activités aussi diverses que les opérations de change, les opérations sur or, métaux précieux et pièces, le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine, l'ingénierie financière, les transactions et la gestion portant sur les valeurs mobilières et produits financiers, et les opérations de crédit-bail.

- **les services d'investissement et services connexes** réalisés par les mêmes personnes. Les services d'investissement sont mentionnés à l'article L. 321-1 du code monétaire et financier. Ils portent sur les instruments financiers précédemment énumérés et comprennent la réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers, l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, la prise ferme et le placement. Les services connexes, décrits à l'article L. 321-2, sont également variés et comprennent par exemple la conservation ou l'administration d'instruments financiers ; le conseil en gestion de patrimoine ou le conseil en stratégie financière et industrielle aux entreprises ;

- enfin **les opération sur biens divers**, telles que les souscriptions sur rentes viagères et acquisitions de droits sur des biens immobiliers ou mobiliers (lorsque les acquéreurs n'en assurent pas eux-mêmes la gestion), mentionnées à l'article L. 550-1.

Le démarchage ne concerne donc pas les produits d'assurance ou de protection sociale, bien que les entreprises d'assurance soient visées par le texte proposé par le présent article pour l'article L. 341-3 parmi les personnes habilitées à recourir au démarchage. Les produits d'assurance sont en effet

¹ cf. le I du B du présent II, sur les personnes habilitées à procéder au démarchage .

régis par un régime spécifique, et les agents généraux, courtiers et autres intermédiaires d'assurance font l'objet de dispositions législatives dans le titre V du code des assurances et de nombreuses dispositions réglementaires.

3. Le critère essentiel du lieu du démarchage

Le texte proposé pour l'article L. 341-1 du code monétaire et financier enrichit également la définition du démarchage en précisant les lieux susceptibles d'en faire l'objet : « *constitue également un acte de démarchage bancaire ou financier, quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche, le fait de se rendre au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans les lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers, en vue des mêmes fins* ».

Cet alinéa ne concerne que les particuliers et reprend les critères de lieu de l'actuelle législation, mais apporte une inflexion significative par rapport à la première partie de la définition puisque **le démarchage peut éventuellement être sollicité par la personne démarchée ou à l'initiative d'une autre personne que le démarcheur, telle que son mandant**. La personne démarchée se trouve ainsi « protégée » par le régime du démarchage, alors même qu'elle peut être à l'origine de la démarche, dans la mesure où **le critère du lieu tend à l'emporter sur celui de la sollicitation**. Ainsi toute démarche non sollicitée relève du démarchage, mais une démarche non sollicitée n'est pas pour autant nécessairement exclue du champ du démarchage. Cette disposition, qui n'est donc qu'en apparence contradictoire avec la définition posée au premier alinéa de l'article L. 341-1, peut être liée à deux types d'explication :

- il s'agit de tenir compte de la plus grande « vulnérabilité » d'un client potentiel quand il reçoit un démarcheur chez lui ou à son lieu de travail, même si c'est à sa demande ;

- certaines situations concrètes peuvent imposer la qualification de démarchage, en particulier lorsqu'une personne insusceptible de se déplacer dans les locaux professionnels du démarcheur (empêchement physique, absence momentanée par exemple) ne peut faire autrement que de demander à ce dernier de se rendre chez lui.

On peut également considérer que la notion de « *lieu non destiné à la commercialisation de produits* », dont le principe est légitime puisque la personne démarchée est par définition sujette à un certain « effet de surprise », présente des imperfections de par son caractère relativement imprécis. Sur un plan pratique, on peut se demander par exemple si un grand magasin ou une concession automobile, qui proposent souvent des formules de crédit à la

consommation, constituent ou non un tel lieu¹. Il convient cependant de bien garder à l'esprit que le critère du lieu doit être combiné avec celui de l'habilitation², puisque le démarcheur doit être salarié ou mandaté par un organisme habilité à recourir au démarchage, tel que défini à l'article L. 341 -3. Il appartiendra néanmoins à l'AMF et à la jurisprudence de faire preuve de pragmatisme et de bien considérer l'ensemble des situations potentielles pour en préciser les obligations au regard du démarchage.

In fine, les deux principaux éléments de la définition sont donc l'intention du démarcheur (proposer un certain type d'opérations) et le lieu du démarchage, le critère de la sollicitation n'étant pas exclusif.

4. Les situations exclues de la définition du démarchage

- La définition du démarchage proposée par le présent article souffre un certain nombre d'exceptions, au regard de certaines dispositions particulières portant sur les opérations proposées, des professions concernées ou des personnes faisant l'objet du démarchage.

La rédaction proposée pour l'article L. 341-1 dispose ainsi que *« l'activité de démarchage bancaire ou financier est exercée **sans préjudice de l'application des dispositions particulières** relatives à la prestation de services d'investissement, à la réalisation d'opérations de banque et à la réalisation d'opérations sur biens divers, ainsi que des dispositions de l'article 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. »* Parmi ces dispositions particulières figurent en premier lieu :

- pour les opérations connexes aux opérations de banque (article L. 311-2 du code monétaire et financier), les dispositions relatives à l'exercice illégal de certaines professions en matière d'ingénierie financière et la procédure d'agrément prévue à l'article L. 532-1 du même code pour la fourniture de services d'investissement et l'activité de conservation ;

- les modalités et conditions de fourniture des services d'investissement et de leurs services connexes, définies aux livres V et VI du code monétaire et financier ;

- aux termes de l'article L. 550-1 du même code, la non application des dispositions relatives aux intermédiaires en biens divers aux opérations d'assurance et de capitalisation régies par le code des assurances, aux opérations de crédit différé, aux opérations régies par le code de la mutualité

¹ *Les situations de crédit à la consommation subordonné à la vente d'un bien durable et de vente à tempérament constituent toutefois des cas spécifiques qu'il conviendrait **d'exclure du champ du démarchage** (cf. le III sur la position de votre commission).*

² *Cf. le I du B sur les personnes habilitées à procéder au démarchage.*

et par le code de la sécurité sociale, et aux opérations donnant normalement droit à l'attribution en propriété ou en jouissance de parties déterminées d'un ou plusieurs immeubles bâtis.

En second lieu, l'article 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 précitée dispose que les syndicats et associations professionnels régis par le code du travail peuvent donner des consultations juridiques et rédiger des actes sous seing privé au profit des personnes dont la défense des intérêts est visée par leurs statuts, sur des questions se rapportant directement à leur objet.

• **Concernant les situations et personnes faisant l'objet du démarchage, le texte proposé par le présent article pour l'article L. 341-2 précise quatre cas pour lesquels le régime du démarchage ne s'applique pas :**

- **premier cas :** les prises de contact avec les **investisseurs qualifiés**¹ et avec les **sociétés commerciales dont le total du bilan, le chiffre d'affaires ou les effectifs sont supérieurs à un seuil fixé par décret**. Le rapport Rodocanachi proposait de limiter cette exclusion aux seuls investisseurs qualifiés, par définition réputés détenir une connaissance suffisante des instruments financiers pour ne pas être astreints aux règles du démarchage. Le projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier déposé par le précédent gouvernement en mai 2001 reprenait la solution préconisée par le rapport.

Le présent article adjoint trois critères quantitatifs alternatifs, dont les caractéristiques ne sont pas encore connues mais le seuil, s'agissant du chiffre d'affaires, devrait s'établir à 100 ou 150 millions d'euros.

Les notions d'investisseur qualifié, institutionnel et averti

1 – Les investisseurs qualifiés

L'appartenance à la catégorie de **investisseurs qualifiés** permet un allègement de l'obligation d'information du prestataire ou de mise en garde de l'initiateur. Il en est ainsi, notamment, en cas d'émission ou de cession de titre à ces investisseurs, conformément aux dispositions des articles 3-3-5 et 3-3-7 du Règlement général du CMF. De même, lorsque l'émission ou la cession d'instruments financiers est réalisée auprès d'investisseurs qualifiés, elle ne constitue pas un appel public à l'épargne, de sorte que les dispositions protectrices des investisseurs n'ont pas lieu de s'appliquer.

¹ Définis à l'article L. 411-2 du code monétaire et financier.

Un investisseur qualifié est, aux termes de l'article L. 411-2, « *une personne morale disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers. La liste des investisseurs reconnus comme qualifiés est fixée par décret* ». Les OPCVM sont réputés agir en cette qualité. De manière générale, les investisseurs qualifiés se divisent en deux catégories, selon qu'ils le sont par nature ou par déclaration, d'après les termes du décret du 10 octobre 1998 :

- en premier lieu, les investisseurs qualifiés **par nature** sont des personnes morales dont l'activité est financière. Autrement dit, il s'agit des professionnels de l'investissement agissant pour compte propre ou pour le compte d'investisseurs également qualifiés. Concrètement, cette catégorie regroupe les établissements de crédit et compagnies financières, le Trésor public, la Banque de France, les services financiers de La Poste, l'institut d'émission d'outre-mer ou des départements d'outre-mer, la Caisse des dépôts et consignations, les entreprises et sociétés d'investissement, les sociétés d'assurance et de capitalisation, les institutions de prévoyance et les Caisses d'amortissement de la dette sociale (I de l'article 1 du décret n° 98-880 du 1er octobre 1998) ;

- en second lieu, les investisseurs qualifiés **par déclaration** sont des personnes morales qui, à raison de leur objet ou de leur importance, sont éclairées en matière financière. Il s'agissent nécessairement pour compte propre et peuvent être des sociétés de capital-risque, des sociétés financières d'innovation, des sociétés commerciales dont le total du bilan est supérieur à 150 millions d'euros, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial dont les titres sont négociés sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, certains organismes mutualistes, des sociétés dont un ou plusieurs investisseurs qualifiés détiennent, ensemble ou séparément, directement ou indirectement, au moins 99% du capital ou des droits de vote (II de l'article 1^{er} du décret n° 98-880 du 1^{er} octobre 1998). Leur qualité d'investisseur qualifié n'est pas de droit, mais résulte d'une déclaration, faite par leur conseil d'administration, leur directoire ou leur(s) gérant(s), qui prend effet à compter de sa publication au Bulletin des annonces légales et officielles.

La notion d'investisseur qualifié manifeste donc certaines **carences** :

- les grandes sociétés commerciales n'entrent pas dans cette catégorie de droit, mais il s'agit simplement d'une **faculté** qui leur est ouverte. De fait, seule l'entreprise publique Réseau Ferré de France a procédé à une telle déclaration, et les grandes entreprises préfèrent bénéficier du statut plus protecteur d'investisseur non qualifié, alors même que les récents aménagements portant sur la définition de l'investisseur qualifié avaient été en partie initiés par ces entreprises ;

- la définition posée par le décret présente le risque d'un **effet de seuil**, qui exclut de la qualification les sociétés et particuliers fortunés qui disposeraient a priori d'une pratique et d'une expertise abouties des risques inhérents aux instruments financiers sophistiqués. Outre l'opportunité d'un critère qualitatif, qu'il est certes difficile de définir, la qualité d'investisseur qualifié pourrait être reconnue aux gestionnaires mandatés par des particuliers disposant d'un patrimoine et d'une connaissance des marchés étendus.

Les travaux menés par le *Committee of European Securities Regulators* (CESR), organisme représentant au niveau communautaire la COB et ses homologues de l'Union européenne, ont conduit en juillet 2002 à la définition d'une notion plus opérationnelle de l'**investisseur professionnel**, qui pourrait à terme devenir la référence des droits nationaux. Ces investisseurs professionnels sont :

- les entités autorisées ou réglementées en tant qu'opérateurs sur les marchés financiers ;

- les entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 40 millions d'euros ou le total de bilan supérieur à 20 millions d'euros ;

- les autres investisseurs institutionnels dont la vocation est d'investir en instruments financiers ;

- les gouvernements nationaux, banques centrales, institutions internationales et supra nationales ;

- les investisseurs personnes physiques qui en font la demande, sous réserve de remplir certaines conditions de pratique des marchés et de taille du portefeuille financier.

2 – Les investisseurs institutionnels

Les **investisseurs institutionnels** "sont des organismes financiers qui, en raison de leur nature ou de leurs statuts, sont tenus de placer une grande partie des ressources qu'ils collectent en instruments financiers" (Droit des marchés financiers, Th. Bonneau et F. Drummond, *Economica*, 2001, n° 475), et recouvrent donc en partie la catégorie des investisseurs qualifiés. Les investisseurs institutionnels ne sont pas définis par la loi, mais visés par des dispositions réglementaires. Ils sont dispensés du formalisme exigé normalement avant toute intervention sur un marché réglementé d'instruments financiers à terme (article 3 a contrario du Règlement COB n° 97-02 relatif à l'établissement et à la diffusion d'une note d'information concernant les marchés réglementés d'instruments financiers à terme). Ils sont également autorisés à formuler par tous moyens leurs demandes de dérogation à l'obligation de centralisation des ordres sur les marchés réglementés (article 4-1-32, 3° du Règlement général du CMF). Enfin, les prestataires travaillant pour le compte d'investisseurs institutionnels sont dispensés du respect du formalisme entourant la conclusion de la convention de services d'investissement, à moins que ce service soit une activité de compensation (article 2-4-12, alinéa 3 du Règlement général du CMF).

3 – Les investisseurs avertis

Enfin, un **investisseur averti** est celui qui a connaissance des risques encourus, eu égard à sa compétence professionnelle ou à la nature des opérations réalisées. Cependant, cette catégorie n'est pas consacrée par les dispositions légales puisque ni le code monétaire et financier, ni le règlement général du CMF n'utilisent ce concept. Dès lors, on peut préférer à cette classification celle opposant les investisseurs profanes aux investisseurs qualifiés qui, elle, est utilisée par le règlement général du CMF. Cependant, le concept d'investisseur averti conserve un intérêt dans la mesure où il est plus large que celui d'investisseur qualifié, qui exclut les personnes physiques. Ainsi, dans le cas de FCPR à procédure allégée réservés à des investisseurs avertis, ces derniers sont limitativement énumérés : investisseurs qualifiés, personnes physiques et morales investissant au moins 500.000 €¹, les dirigeants, salariés et personnes physiques agissant pour le compte de la société de gestion, et les personnes physiques ou morales investissant au moins 30 000 € et procurant une assistance soit aux sociétés non cotées du fonds, soit aux gestionnaires dudit fonds, ou possédant déjà une expérience significative dans le capital-investissement (en d'autres termes, les « *business angels* »). Cette définition mouvante et opérationnelle ne saurait cependant masquer l'importance que revêt la catégorie des investisseurs avertis.

¹ Ce « ticket d'entrée » devrait toutefois être prochainement abaissé par la Commission des opérations de bourse. Le seuil de 200.000 € est évoqué.

- **deuxième cas : les règles du démarchage bancaire ou financier ne s'appliquent pas aux prises de contact dans les locaux des personnes habilitées à recourir au démarchage**, telles qu'elles sont mentionnées dans le texte proposé pour l'article L. 341-3. Cette disposition vise plus spécifiquement les particuliers se rendant dans une **agence bancaire**, une telle démarche laissant en effet supposer que la personne peut s'attendre à se voir proposer des produits ou services financiers ;

- **troisième cas : les démarches effectuées dans les locaux professionnels d'une personne morale à la demande de cette dernière**. Cette disposition vise le cas où une personne morale susceptible d'être démarchée prend l'initiative d'une prise de contact dans ses propres locaux, par exemple lorsqu'une direction financière prospectée par un établissement offreur de produits sollicite un rendez-vous dans ses locaux ;

- **quatrième cas : lorsque la personne visée est déjà cliente de la personne pour le compte de laquelle le démarchage a lieu, dès lors que l'opération proposée s'inscrit – à raison de sa nature, des instruments financiers proposés, des risques ou des montants en cause – dans le champ des opérations habituellement proposées par cette personne**.

Ce cas prévoit deux conditions cumulatives : que la personne visée soit déjà cliente, et que les produits proposés lui soient familiers. A contrario, les règles du démarchage s'appliquent donc aux produits d'une nature différente de ceux auxquels le client est habitué. Cette disposition semble logique et est destinée à ne pas alourdir inutilement les relations normales de clientèle. Elle prête néanmoins le flanc à de possibles dérives tenant à l'appréciation du terme « habituellement ». On peut ainsi concevoir qu'un client se voie progressivement proposer des produits présentant un risque élevé, après qu'il a été « fidélisé » en plusieurs étapes par des offres de produits graduellement de plus en plus complexes mais dont il lui semblerait être familier¹.

Il est possible de résumer les dispositions précédentes relatives aux situations de démarchage dans le tableau suivant :

¹ Il existe ainsi de nombreux stades intermédiaires possibles entre un OPCVM « classique » investi en actions et un fonds spéculatif à effet de levier et à stratégie unique .

		OFFRE SOLLICITE		OFFRE NON SOLLICITEE		Investisseur qualifié
		Client	Prospect	Client	Prospect	Client ou prospect
LOCAUX	Domicile ou lieu de travail de la personne démarchée	Démarchage (personnes physiques) / pas de démarchage dans les locaux professionnels d'une personne morale à sa demande		Démarchage		Cette catégorie d'investisseur est exclue du champ du démarchage, de même que les sociétés dont le chiffre d'affaires, le total de bilan et les effectifs sont supérieurs à des seuils quantitatifs
	Locaux professionnels du démarcheur ou de son mandant	Pas de démarchage				
	Lieux non destinés à la commercialisation	Démarchage				
OPERATIONS	Opérations habituelles	Pas de démarchage	Par définition, le prospect n'a pas réalisé d'opérations	Pas de démarchage	Démarchage (pas d'opérations antérieures)	
	Opérations non habituelles	Pas de démarchage		Démarchage		

N. B : la distinction entre opérations habituelles et non habituelles ne constitue pas un critère de démarchage à proprement parler, mais résulte des dispositions du 4° du texte proposé pour l'article L. 341-2, qui ne visent que les personnes déjà clientes de la personne pour le compte de laquelle le démarchage a lieu.

B. LA NOUVELLE ARCHITECTURE DU DÉMARCHAGE ET LES CONDITIONS D'EXERCICE

Les dispositions proposées pour la section 2 du chapitre I^{er} du titre IV du livre III du code monétaire et financier¹, intitulée « *personnes habilitées à procéder au démarchage* », recouvrent en réalité un champ beaucoup plus vaste puisqu'elles tendent non seulement à préciser les catégories de « personnes habilitées à démarcher », mais également à détailler le système de mandats successifs, les responsabilités y afférentes, les conditions pénales et modalités d'exercice (carte d'emploi et assurance notamment), et le rôle de l'Autorité des marchés financiers (AMF) dans le contrôle de l'architecture d'ensemble.

¹ Cette section 2 regrouperait les articles L. 341-3 à L.341-9 du code monétaire et financier.

1. Les personnes habilitées à procéder au démarchage

Le texte proposé pour l'article L. 341-3 distingue exclusivement **trois catégories de personnes habilitées à recourir indirectement ou à se livrer à l'activité de démarchage**, dont deux sont des personnes morales et la troisième éventuellement des personnes physiques :

- les établissements de crédit, les organismes publics mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier (le Trésor public, la Banque de France, les services financiers de la Poste, l'institut d'émission des départements d'outre-mer, l'institut d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations), les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et les établissements équivalents agréés dans un autre Etat membre de la communauté européenne et habilités à intervenir sur le territoire français ;

- les entreprises, dans le cadre des dispositifs d'intéressement, de participation et de plan d'épargne salariale qu'elles peuvent proposer à leur salariés, et qui relèvent du titre IV du livre IV du code du travail.

Le texte utilise cependant un raisonnement a contrario, puisqu'il précise que les seules dispositions de la réglementation relative au démarchage applicables à ces activités sont celles qui ont trait aux conditions pénales (article L. 341-9 du code monétaire et financier, introduit par le présent article) et aux sanctions pénales (3° de l'article L. 353-2 et article L. 353-4 du même code, introduits par le présent article). Il en résulte que **les dispositifs d'épargne d'entreprise ne sont pas soumis, pour l'essentiel, au régime du démarchage**¹. Il est vrai qu'ils relèvent le plus souvent davantage d'une information fournie aux salariés sur les possibilités d'épargne qui leur sont ouvertes, que d'un véritable démarchage actif qui se traduirait par des visites, envois de courrier ou appels téléphoniques au domicile des personnes concernées. En tout état de cause, ces dispositions ne sont pas d'une limpidité éclatante, et compte tenu de l'ampleur des dérogations prévues pour les dispositifs d'épargne salariale, il eut sans doute été préférable de ne pas laisser entendre que les entreprises qui les proposent figurent parmi les personnes habilitées au démarchage, et de renverser la perspective en excluant ces dispositifs du démarchage et en prévoyant des règles déontologiques ;

¹ *Les dispositifs d'épargne d'entreprise ne sont en particulier pas soumis aux obligations relatives au délai de rétractation, qui sont difficilement applicables à ce type de produits (en particulier du fait que les fonds communs de placement d'entreprise sont proposés dans le cadre d'un plan ou d'un accord, qui suppose qu'une entreprise partie à l'accord ne puisse bénéficier a posteriori d'un délai de rétractation, et en raison des délais de versement précis imposés par le code du travail), ou à l'obligation faite au démarcheur de s'enquérir de la situation financière de la personne démarchée, qui n'a pas de sens s'agissant du démarchage de l'entreprise par une société de gestion.*

- enfin les conseillers en investissements financiers, tels qu'ils sont définis par le texte proposé par l'article 42 du présent projet de loi pour l'article L. 541-1.

2. Une architecture reposant sur un système de mandats et une responsabilité claire des mandants

- La nouvelle architecture du démarchage repose sur deux principes fondamentaux.

En premier lieu, **la possibilité de mettre en place des délégations ou mandats successifs selon des modalités particulières**. Le I du texte proposé par le présent article pour l'article L. 341-4 dispose ainsi que les personnes habilitées peuvent mandater des personnes physiques aux fins d'exercer pour leur compte une activité de démarchage bancaire ou financier. Il est également prévu que **seule la première catégorie de personnes habilitées au démarchage** mentionnée à l'article L. 341-3, c'est-à-dire les établissements de crédit, entreprises d'investissement, organismes financiers publics et entreprises d'assurance, **peut mandater une ou plusieurs personnes morales** (selon les produits qu'ils souhaitent commercialiser), qui peuvent à leur tour mandater des personnes physiques pour exercer l'activité de démarchage.

La nature juridique de ces personnes morales intermédiaires n'est pas précisée et il n'est donc pas nécessaire qu'elles soient elles-mêmes habilitées au sens de l'article L. 341-3. Le champ en est donc potentiellement vaste et on peut concevoir, par exemple, qu'une **institution de prévoyance**, non habilitée, puisse être mandatée (on peut penser que le mandat sera donné par une compagnie d'assurance) pour effectuer des opérations de démarchage via des démarcheurs personnes physiques. Mais en tout état de cause, cette institution ne pourra proposer que des produits financiers ou bancaires (à l'exclusion de tout produits d'assurance ou de prévoyance, exclus du nouveau régime) qui sont eux-mêmes commercialisés à titre accessoire par la compagnie d'assurance mandante de niveau 1.

Les intermédiaires en opérations de banque, dont l'activité est définie aux articles L. 519-1 à L. 519-5 du code monétaire et financier et qui agissent en vertu de mandats délivrés par les établissements de crédit, sont également implicitement visés par le dispositif proposé pour l'article L. 341-3¹ et peuvent donc exercer une activité de démarchage. En outre une personne physique, en l'espèce un CIF, peut théoriquement mandater une autre personne physique, mais ce cas semble assez improbable puisqu'à priori un conseiller en investissements financiers (CIF) personne physique exerce directement

¹ Mais plus explicitement par l'article L. 519-5 du code monétaire et financier, que l'article 41 du présent projet de loi propose de modifier.

l'activité de démarchage ou se constitue en personne morale pour mandater des salariés.

Une importante clarification¹ s'impose à propos des CIF. Ces derniers, en tant que personnes habilitées, **ne peuvent effectuer du démarchage que sur leur activité de conseil s'ils ne disposent pas d'un mandat**, puisque la qualité de CIF est de fournir une prestation de conseil, et uniquement cette prestation, telle qu'elle est définie à l'article L. 541-1 dans sa rédaction proposée par l'article 42 du présent projet de loi. Pour démarcher des produits et services financiers et ainsi « participer » à la réalisation d'un service d'investissement ou d'une opération de banque, toute personne exerçant une activité de conseil en investissement financier doit donc bénéficier en tant que personne physique, ou personne morale de niveau intermédiaire, d'un mandat clair émanant d'une des personnes visées au 1° de l'article L. 341-3 nouveau². En outre, un CIF personne physique ne peut en aucun cas, en application des dispositions des articles L. 532-1 et L. 532-2 du code monétaire et financier, demander un agrément pour devenir prestataire de services d'investissement et ainsi distribuer de manière « autonome », sans mandat, des produits financiers.

En second lieu, le III du texte proposé pour l'article L. 341-4 dispose que **chaque niveau de mandant est civilement responsable du fait de son ou de ses mandataires**. Cette responsabilité « de tête » suppose donc un contrôle étroit de chaque mandant sur l'activité de son ou de ses mandataires, et qu'il prenne toutes les dispositions nécessaires pour lui faire respecter les obligations afférentes au démarchage³. En outre, les démarcheurs sont, dans le seul cadre de leur activité de démarchage, considérés comme les préposés de leurs mandants au sens de l'article 1384 du code civil⁴, qui dispose qu' « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ».

• Le II du texte proposé pour l'article L. 341-4 précise certaines modalités du mandat propres à encadrer l'activité de démarchage : il est nominatif, donc non transmissible, limité à deux ans et renouvelable, et doit mentionner tant la nature des produits et services qui en sont l'objet que les conditions d'exercice du démarchage. En outre, une même personne peut recevoir des mandats émanant de plusieurs entreprises ou établissements, ce

¹ Qui est par ailleurs sous-jacente dans le II de l'article 41 du présent projet de loi.

² Plus explicitement, un conseiller « indépendant » ne bénéficiant d'aucun contrat de distribution avec un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou une entreprise d'assurance ne peut que proposer à un client potentiel de le conseiller sur des produits, et non de réaliser une opération de banque ou un service d'investissement. Ils ne sauraient donc se prévaloir d'agir en tant qu'« apporteurs d'affaires » pour des prestataires de services d'investissement sans être mandatés par eux.

³ cf. le D. du présent II relatif aux bonnes pratiques professionnelles.

⁴ Cette disposition est déjà prévue dans la législation actuelle (article L. 342-10 du code monétaire et financier).

qui signifie que **le démarchage « multicartes » est désormais autorisé**, sans distinction de produits, à la différence de la réglementation actuelle. La législation est ainsi davantage en phase avec la réalité du démarchage. En effet, dès lors que le régime du mandat et les responsabilités respectives du mandant et du mandataire sont clairement définis, rien ne s'oppose à la possibilité pour un démarcheur d'être mandaté par plusieurs établissements financiers.

Les obligations que les indépendants devront à ce titre respecter sont désormais bien identifiées, et la confusion avec les métiers de la gestion pour les indépendants qui travaillent pour plusieurs établissements devrait être également évitée. Enfin, les prestataires de services d'investissement ont intérêt à distribuer largement leurs produits, et les démarcheurs ont de même intérêt à travailler avec un éventail large de distributeurs pour mieux satisfaire leurs clients par une offre adaptée et diversifiée.

3. Les conditions d'attribution et d'exercice du mandat de démarcheur

L'attribution du mandat, comme l'exercice de l'activité de démarcheur, doivent présenter un certain nombre de garanties précises et sont soumises à plusieurs conditions préalables, susceptibles de renforcer sensiblement la sécurité des épargnants.

En premier lieu, des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence : le IV du texte proposé pour l'article L. 341-4 prévoit en effet que les personnes physiques mandataires et celles ayant le pouvoir de gérer ou administrer les personnes morales mandatées, de même que les salariés des entreprises habilitées et des personnes morales mandatées, doivent remplir des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence fixées par **décret** en concertation avec les professionnels confrontés au démarchage bancaire et financier. Cette troisième série de conditions constitue une avancée majeure, puisqu'elle contribue à renforcer le statut et la crédibilité professionnelle des démarcheurs, pour autant que le décret prévu impose des conditions de qualification et d'expérience suffisamment précises ;

En deuxième lieu, l'obligation de contracter une assurance : le dispositif proposé pour l'article L. 341-5 dispose ainsi que toute personne physique ou morale mandatée doit être en mesure de justifier à tout moment de l'existence d'un contrat d'assurance la couvrant contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle, en cas de manquement à ses obligations professionnelles. Le niveau minimal des garanties que cette assurance doit apporter est fixé par décret, et est notamment fonction du nombre de mandats détenus et des produits et services concernés ;

En troisième lieu, l'obligation d'enregistrement des mandataires personnes physiques auprès des autorités de régulation compétentes : le texte proposé pour l'article L. 341-6 dispose ainsi que les personnes morales mandantes ou les mandataires de niveau intermédiaire font enregistrer en tant que démarcheurs, selon la nature de leur activité auprès de l'AMF, du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) ou du Comité des entreprises d'assurance (CEA), les **salariés ou mandataires** à qui elles ont confié un mandat de démarchage. Les mandants et mandataires de niveau intermédiaire procèdent à cet enregistrement après avoir vérifié que les personnes concernées satisfaisaient aux conditions de capacité pénale et aux autres conditions précédemment mentionnées (honorabilité, compétence, assurance...).

Toutefois, le V de la rédaction proposée pour l'article L. 341-4 dispose que les modalités du mandat et les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence des démarcheurs **ne s'appliquent pas aux « personnes physiques participant à l'envoi en masse de documents nominatifs, sous réserve qu'elles n'aient aucun contact personnalisé permettant d'influencer le choix de la personne démarchée. »** Les règles de l'activité de démarchage s'imposent dans ce cas aux personnes morales habilitées du premier niveau et celles mandatées du niveau intermédiaire. Il s'agit en réalité de ne pas soumettre au régime du démarchage le personnel impliqué dans les activités de « reporting » et de courrier, dès lors que ces personnes n'ont pas de contacts directs (visuel ou par téléphone) avec des prospects ou clients identifiés, qui soient susceptibles d'être assimilés à du démarchage¹.

On peut cependant s'interroger sur la pertinence de cet encadrement, et au-delà de l'obligation de déclaration, pour les salariés démarcheurs d'entreprises déjà réglementées, en particulier celles visées au 1° du texte proposé pour l'article L. 341-3. La réglementation dont ces sociétés font déjà l'objet, jointe aux obligations afférentes au démarchage, risque en effet de créer des doublons et d'inutiles pesanteurs dans les contrôles. La nécessité d'une protection efficace de l'épargnant est néanmoins de nature à atténuer ces réserves².

Les CIF personnes physiques qui se livrent au démarchage, aux termes du troisième alinéa de ce même article L. 341-6, sollicitent eux-mêmes leur enregistrement auprès de l'AMF, qui devient donc l'autorité de tutelle

¹ Si au sein des établissements de crédit et sociétés de gestion les activités de « reporting » et de relations commerciales directes sont en général clairement séparées, on peut parfois constater une certaine porosité, qui dès lors emporterait soumission aux règles du démarchage pour des agents commerciaux participant à titre accessoire ou principal à l'envoi en masse de documents.

² Le dispositif proposé permet également aux entreprises de choisir et d'identifier ceux de leurs salariés qui sont chargés du démarchage, et ainsi de les distinguer des collaborateurs souvent plus qualifiés qui, au sein des directions commerciale et marketing, sont responsables des grands comptes et exercent une activité de conseil et de placement dont les modalités sont différentes de celles du démarchage, ou responsables de la clientèle de grands investisseurs, qui est distincte de celle visée par le démarchage.

pour cette catégorie de démarcheurs. Cet enregistrement constitue un préalable à l'exercice du démarchage, de telle sorte qu'il devrait être possible d'éviter qu'un démarcheur non enregistré ne se présente à une personne en prétendant être enregistré de manière imminente.

Dans le cas du démarchage multicartes, **chaque personne morale mandante doit séparément procéder à l'enregistrement de ce mandataire**, comme c'est déjà le cas aujourd'hui auprès des parquets.

L'article L. 341-6 prévoit également certaines conséquences de l'enregistrement : l'autorité saisie attribue un numéro d'enregistrement, qui doit être obligatoirement communiqué par le démarcheur à toute personne démarchée et doit figurer sur tous les documents qu'il est susceptible de présenter. En outre lorsque des salariés ou mandataires ne remplissent plus les conditions d'enregistrement, les personnes morales mandantes qui les ont fait enregistrer doivent impérativement en informer l'autorité concernée, ce qui contribue à renforcer les obligations de surveillance des mandants.

Une innovation majeure du présent article réside dans la **constitution d'un fichier centralisé des démarcheurs**¹, prévu par le dispositif proposé pour l'article L. 341-7 et tenu conjointement par les trois autorités que sont l'AMF, le CECEI et le CEA. Ce fichier est librement consultable par le public et ses modalités de constitution sont fixées par décret. Ce point appelle plusieurs commentaires :

- les modalités de la procédure d'enregistrement, d'information dans les documents des démarcheurs, les délais éventuels et les sanctions en cas de non respect seront fixées par l'AMF ;

- le fichier constitué à partir de s enregistrements successifs ne sera pleinement efficace que si les autorités compétentes lui consacrent suffisamment de moyens humains et financiers et mettent en place un système d'information interconnecté performant ;

¹ La question de l'opportunité de la création d'un « **fichier négatif** » des démarcheurs interdits à la suite des condamnations prévues à l'article 40 du présent projet de loi est parfois évoquée, dans la mesure où un tel fichier serait sans doute plus aisé à consulter et permettrait de lever toute éventuelle ambiguïté sur l'habilitation incertaine d'un démarcheur. Elle est néanmoins tributaire d'un accès plus étendu qu'aujourd'hui des autorités de contrôle au casier judiciaire des personnes concernées, ce qui peut créer des difficultés dans la mesure où ces casiers sont constitués et contrôlés par la seule autorité judiciaire. Cette question est également liée à celle de l'information accessible aux tiers : on pourrait concevoir que les particuliers n'aient accès qu'au nom des personnes interdites de démarchage, alors que les professionnels pourraient prendre connaissance d'autres informations (motifs de l'interdiction, établissements mandants antérieurs). **Compte tenu de toutes ces difficultés, votre rapporteur n'est pas favorable à la constitution d'un tel fichier.**

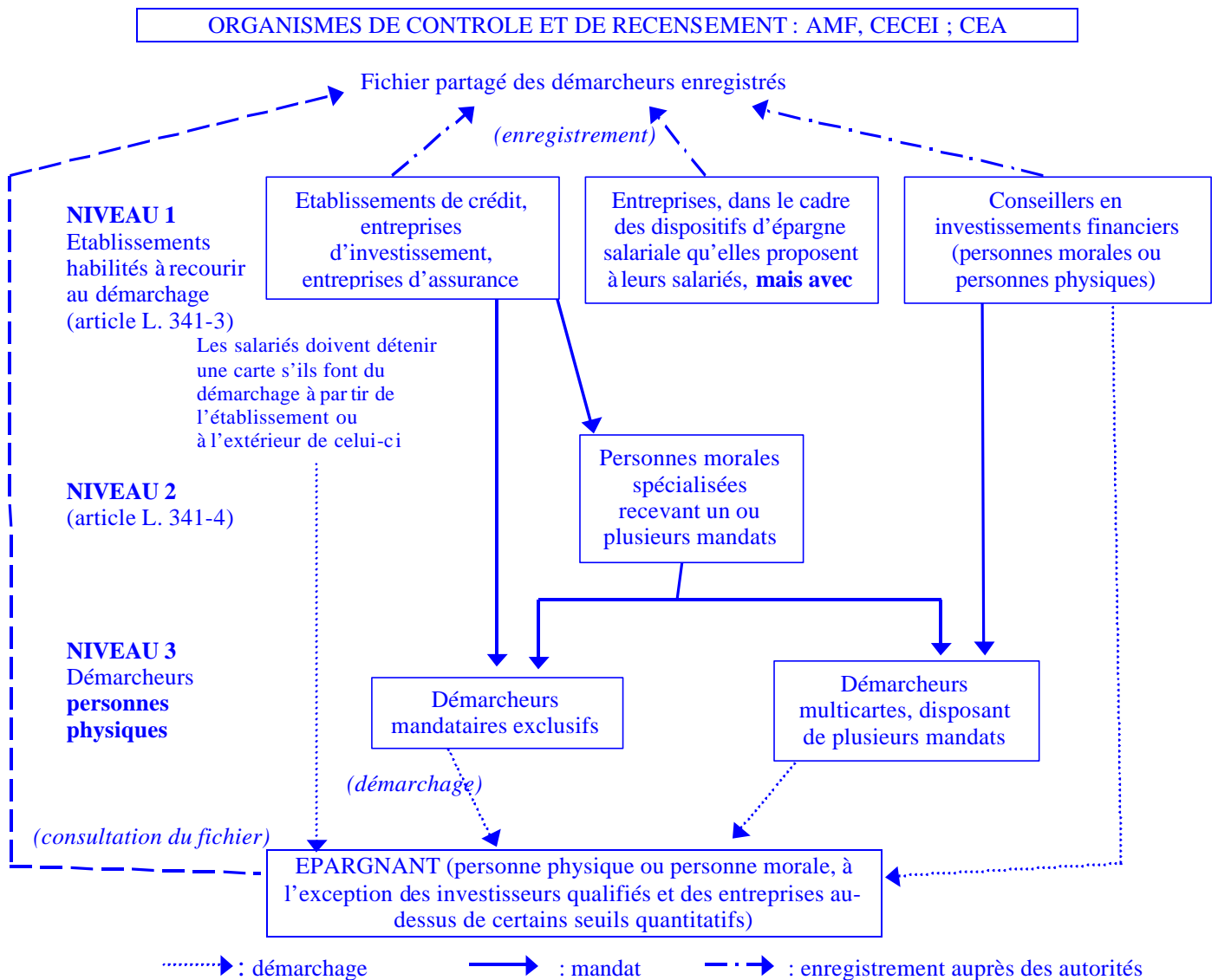
- la consultation du fichier sur internet devra être rendue possible dès sa constitution. Des procédures d'accès sécurisé pour les professionnels à un éventail plus large d'informations pourraient également être prévues.

En quatrième lieu, l'attribution et la présentation d'une carte d'emploi pour les démarcheurs personnes physiques : le texte proposé par le présent article pour l'article L. 341-8 dispose que tout démarcheur qui se rend physiquement sur un lieu visé par le régime du démarchage (domicile, lieu de travail du démarché ou lieux non destinés à la commercialisation de produits) doit être titulaire d'une carte de démarchage délivrée par son mandant, et doit la présenter à toute personne ainsi démarchée. Les caractéristiques¹ du modèle de cette carte seront fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Les dispositions qui précèdent sur l'architecture de la chaîne des mandats et la procédure d'enregistrement peuvent être résumées ainsi :

¹ *Il est à cet égard souhaitable que la carte de démarchage puisse être fongible avec la carte professionnelle.*

Le système de mandataire dans la nouvelle législation



Enfin, en dernier lieu, le I du texte proposé pour l'article L. 341-9 impose une condition d'exercice pour les personnes physiques, tenant à **l'absence de condamnation définitive depuis au moins dix ans pour des peines** n'ayant pas exclusivement trait à des infractions financières :

- pour crime ;

- à une peine d'emprisonnement sans sursis d'au moins trois mois pour divers délits et infractions, parmi lesquels le blanchiment, l'escroquerie et l'abus de confiance, le recel, la corruption passive ou active, le trafic de stupéfiants, le proxénétisme, la banqueroute, la fraude fiscale, les infractions relatives aux chèques et cartes de paiement mentionnées aux articles L. 163-2

à L. 163-4 et L. 163-7 du code monétaire et financier, l'abus de faiblesse (articles L. 122-8 à L. 122-10 du code de la consommation), la falsification, la tromperie et les délits connexes (articles L. 213-1 à L. 213-5 du code de la consommation), le délit d'initié et l'entrave au fonctionnement régulier d'un marché financier (articles L. 465-1 et L. 465-2 du code monétaire et financier), les infractions relatives aux placements collectifs, les infractions relatives à l'appel public à l'épargne, aux marchés réglementés, aux négociations sur instruments financiers et aux entreprises de marché et chambres de compensation (chapitres Ier à IV du titre VI du livre IV du code monétaire et financier), et les infractions relatives au secteur bancaire, aux prestataires de services d'investissement, au change manuel et au blanchiment de capitaux (titre VII du livre V du code monétaire et financier).

L'ensemble de ces dispositions pénales, et en particulier la mention de la prescription de dix ans, s'inspire de la rédaction retenue dans le projet de loi portant ratification de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, déposé sur le bureau de l'assemblée nationale le 15 novembre 2000, mais jamais examiné ;

- à la destitution des fonctions d'officier public ou ministériel.

Le II du même article dispose qu'en cas de condamnation à une de ces peines, les démarcheurs concernés doivent **cesser leur activité** dans un délai d'un mois à compter de la date de décision définitive de justice. Le III traite les cas de condamnation par une juridiction étrangère : ainsi, lorsqu'une telle condamnation est passée en force de chose jugée pour une infraction constituant, selon la loi française, un crime ou l'un des délits mentionnés précédemment, le tribunal correctionnel du domicile du condamné prononce l'interdiction d'exercice de l'activité de démarchage. Cette incapacité s'applique également à toute personne ayant fait l'objet d'une faillite personnelle prononcée par une juridiction étrangère.

C. LES PRODUITS INTERDITS DE DÉMARCHAGE

Les nombreuses garanties et conditions décrites précédemment contribuent à sécuriser l'activité de démarchage et à inciter à un plus grand sérieux et professionnalisme des démarcheurs. Elles ne portent cependant pas sur les produits démarchés. Il apparaît donc nécessaire que l'offre de produits soit également encadrée en vue de prévenir une mauvaise compréhension de la nature des produits proposés ou d'empêcher les épargnants de prendre, même en connaissance de cause (dès lors que les obligations d'information ont été correctement remplies par le démarcheur), des risques trop élevés dans le seul contexte du démarchage.

Les dispositions relatives aux produits interdits de démarchage reposent sur deux types de critères et sur deux exclusions spécifiques, exposés ci-après.

1. L'appréciation en termes de risque

Le 1° du texte proposé pour l'article L. 341-10 dispose que ne peuvent faire l'objet de démarchage :

- « *les produits dont le risque maximum n'est pas connu au moment de la souscription* ». Cette formulation peut a priori surprendre, et laisser penser que les produits investis en actions et la majorité de ceux investis en obligations, dont le risque potentiel de perte ne saurait être précisément quantifié, seraient exclus du champ du démarchage. Cela ne saurait cependant être le cas, dans la mesure où c'est bien la notion de risque **maximum** qui importe. Or ce dernier est connu dans le cas des actions et obligations, puisque la perte potentielle maximale correspond à l'intégralité du prix d'acquisition. Cela n'est cependant pas le cas pour des opérations sur produits dérivés telles que ventes de *call* ou *swaps* de taux fixe contre taux variable. Le caractère technique et risqué de ce type de produits justifie pleinement qu'ils soient exclus du démarchage auprès de petites entreprises et a fortiori de particuliers. En outre certains de ces instruments peuvent de toute façon être proposés, hors du contexte du démarchage, à des particuliers ou à des sociétés de taille moyenne qui en éprouveraient le besoin au titre de leurs activités commerciales, dans le cadre de l'appel public à l'épargne (ainsi le marché réglementé Euronext cote un grand nombre de produits dérivés accessibles aux investisseurs non qualifiés) ou d'une relation contractuelle globale dans laquelle le contrat de gestion stipulerait précisément que le recours à ces produits est autorisé;

- les produits « *pour lesquels le risque de perte est supérieur au montant de l'apport financier initial* ». Parmi ces produits figurent notamment des dérivés tels que les ventes de *put* et les produits de couverture et d'action, qu'il est logique d'exclure du démarchage, mais aussi les **parts de sociétés civiles de placement immobilier (SCPI)**¹, pour lesquelles le risque de perte

¹ *Ce type de produit immobilier, détenu par environ 600 000 porteurs, est aujourd'hui perçu par les professionnels de la gestion comme un placement relativement sûr et rémunérateur, en ce qu'il propose des dividendes annuels pouvant excéder les 8%. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que cette appréciation est aussi une forme de « retour en grâce » dans un contexte boursier très heurté, et après une période peu propice à ce type de placement. La fin de la décennie 90 a en effet été marquée par de grandes difficultés pour certaines SCPI à la gestion perfectible, et le paysage français de ces sociétés se caractérise actuellement par un réel morcellement, dans la mesure où de nombreuses petites structures perdurent et présentent un risque spécifique lié à leur faible surface financière. En outre, ce type de placement se révèle très peu liquide et incite donc à la prudence, dans la mesure où le montant nominal des parts peut se révéler élevé et la cession problématique. A terme, ce sont sans doute une certaine concentration de ce marché et des évolutions de statut juridique pour certaines SCPI (qui pourraient évoluer*

peut atteindre deux fois l'investissement initial. L'article L. 214-55 du code monétaire et financier dispose en effet que « *la responsabilité de chaque associé (dont font partie les porteurs de parts de SCPI) à l'égard des tiers est engagée en fonction de sa part dans le capital et dans la limite de deux fois le montant de cette part* ».

2. Le critère de la non admission à la commercialisation sur le territoire français et à la négociation sur les marchés réglementés

Le 2° du texte proposé pour l'article L. 341-10 précité dispose, de façon tout à fait logique, que sont interdits de démarchage :

- **les produits non admis à la commercialisation sur le territoire français**, en application des dispositions de l'article L. 151-2 du code monétaire et financier relatives à la réglementation des relations financières entre la France et l'étranger (dispositions concernant les procédures de contrôle et autorisation préalables, le rapatriement des créances sur l'étranger hors Communauté européenne, l'habilitation d'intermédiaires et la régulation des investissements portant atteinte à l'ordre public) ;

- **les produits qui ne sont pas admis aux négociations sur les marchés réglementés ou les marchés étrangers reconnus**, que sont les marchés réglementés des Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen¹ et les autres marchés étrangers reconnus dans des conditions fixées par décret et sous réserve de réciprocité². Cette seconde catégorie est finalement assez restreinte, et ne comporte pas les principales places internationales (New York Stock Exchange, NASDAQ et marchés réglementés de Tokyo) en raison de l'absence d'accord sur une reconnaissance réciproque.

vers un statut de société anonyme) qu'il conviendrait de promouvoir. C'est pourquoi, si les parts de SCPI représentent aujourd'hui un placement relativement attrayant pour de petits porteurs, il ne paraît pas souhaitable de les insérer dans le champ du démarchage pour les raisons déjà évoquées, mais aussi parce qu'elles constituent un produit assez marginal et surtout très spécifique, requérant un niveau d'expertise assez élevé de la part des épargnants comme des démarcheurs.

¹ Article L. 422-1 du code monétaire et financier.

² Article L. 423-1 du même code.

Liste des marchés étrangers reconnus par arrêtés du ministre de l'économie

Etats-Unis ¹

20 septembre 1991

- . Amex Commodities Corporation, New York
- . Chicago Board of Trade, Chicago
- . Chicago Mercantile Exchange, Chicago
- . Chicago Rice and Cotton Exchange, Chicago ²
- . Citrus Associate of the New York Cotton Exchange Inc, New York
- . Coffee, Sugar and Cocoa Exchange Inc, New York ³
- . Commodity Exchange Inc, New York ⁴
- . Kansas City Board of Trade, Kansas City
- . Mid America Commodity Exchange, Chicago ⁵
- . Minneapolis Grain Exchange, Minneapolis
- . New York Cotton Exchange, New York ⁶
- . New York Futures Exchange, New York
- . New York Mercantile Exchange, New York
- . Philadelphia Board of Trade, Inc, Philadelphia
- . Twin Cities Board of Trade, Minneapolis

- . Cantor Financial Futures Exchange

11 octobre 1999

Royaume- Uni

- . London Commodity Exchange (LCE) ⁷
- . London International Financial Futures and Options (LIFFE) ⁸
- . International Petroleum Exchange (IPE)

28 juillet 1994

Allemagne

- . Deutsche Termin Börse ⁹

8 août 1994

Le 2^o de la rédaction proposée pour l'article L. 341-10 précise également que les parts et actions **d'OPCVM**, qui ne sont pas cotées sur des

¹ Ces marchés figurent également dans l'annexe B de l'accord de reconnaissance mutuelle signé entre la COB et la Commodity Futures Trading Commission des Etats-Unis le 6 juin 1990.

² Marché absorbé par le Mid America Commodity Exchange.

³ Marché partiellement fusionné avec le New York Cotton Exchange et devenu filiale de la holding New York Board of Trade.

⁴ Marché absorbé par le NYMEX.

⁵ Marché filiale du CBOT.

⁶ Marché partiellement fusionné avec le Coffee, Sugar and Cocoa Exchange Inc. et devenu filiale de la holding New York Board of Trade.

⁷ Aujourd'hui partie intégrante du LIFFE.

⁸ Marché réglementé au sens de la directive sur les services d'investissement.

⁹ Aujourd'hui marché réglementé allemand au sens de la directive sur les services d'investissement sous le nom d'Eurex Deutschland.

marchés réglementés mais n'en sont pas moins des véhicules de placement très diffusés, sont bien inclus dans le périmètre du démarchage.

2. Le cas particulier des fonds communs de créances (FCC) et des fonds communs d'investissement sur les marchés à terme (FCIMT)

Le 2° de la rédaction proposée pour l'article L. 341-10 **exclut également les deux types de produits très spécifiques que sont les FCIMT et FCC**, mentionnées respectivement aux articles L. 214-42 et L. 214-43 du code monétaire et financier. **Ces deux véhicules de placement présentent en effet une évidente complexité et des risques spécifiques.**

Les **FCIMT**, également dénommés « fonds de *futures* » ont été introduits en 1988 et investissent sur les marchés à terme de valeurs mobilières ou de matières premières. Ils constituent une stratégie particulière de « gestion alternative »¹ et présentent à ce titre des caractéristiques difficiles à appréhender pour le profane. Il s'agit en outre d'une stratégie particulièrement risquée dans l'univers de la gestion alternative, dans la mesure où elle repose soit sur les options fondamentales du gestionnaire (stratégie dite « discrétionnaire »), soit sur des modèles d'analyse technique élaborés (stratégie « systématique »), en vue de prévoir l'évolution probable à court terme de cours², et de prendre les positions à l'achat ou à la vente susceptibles d'en retirer le meilleur gain. Le rendement de ces fonds peut être momentanément très élevé, mais leur volatilité l'est également et les hypothèses économétriques du modèle peuvent se révéler déterminantes. Les FCIMT s'adressent donc à des investisseurs avertis et sont interdits de publicité, de même qu'ils sont encadrés dans certaines contraintes réglementaires strictes, telles que l'obligation d'investir au moins la moitié du fonds sur le marché monétaire. Il est donc naturel qu'ils soient interdits de démarchage. La ventilation des FCIMT selon leur encours était la suivante en 2002 :

<i>Encours en millions d'euros</i>	Encours			Total
	> 100 M€*	Entre 10 et 100 M€	< à 10 M€	
Nombre de FCIMT en 2002	2	11	16	29
Encours cumulé au 31/12/2002	368,5	413,8	54	836,3
Nombre de FCIMT en 2001	2	12	17	31
Encours cumulé au 31/12/2001	375,2	414,5	70,5	860,3

Source : Commission des opérations de bourse

¹ Ce type de gestion, à rapprocher de l'expression anglo-saxonne « hedge fund » désigne l'ensemble des stratégies plus ou moins décorrélées des marchés traditionnels et utilisant des produits dérivés et techniques de vente à découvert sur des actifs sous-jacents divers.

² Notamment via le principe central du « retour à la moyenne ».

Le **fonds commun de créances** constitue un véhicule de placement représentatif de la titrisation, coté ou non en bourse. Il est, aux termes de l'article L. 214-43 du code monétaire et financier, « *une copropriété qui a pour objet exclusif d'acquérir des créances et d'émettre des parts représentatives de ces créances.* » Un FCC peut comporter deux ou plusieurs compartiments, chaque compartiment donnant lieu à l'émission de parts représentatives des actifs du fonds qui lui sont attribués. Bien que les FCC soient également des instruments complexes, leur environnement juridique paraît assez sécurisé. Les parts de FCC non cotés ne sont toutefois pas liquides.

D. UN DISPOSITIF ÉTENDU SUR LES RÈGLES DE BONNE PRATIQUE PROFESSIONNELLE

La section 4 du dispositif proposé par le présent article pour le chapitre I^{er} du titre IV du livre III du code monétaire et financier traite des règles de bonne conduite que les démarcheurs doivent respecter. Ces dispositions peuvent être regroupées en **trois catégories** selon une séquence chronologique.

1. Les obligations préalables à l'acte de démarchage

La rédaction proposée pour l'article L. 341-11 dispose qu'**avant de formuler toute offre**, le démarcheur doit s'enquérir de « *la situation financière de la personne démarchée, de son expérience et de ses objectifs en matière de placement ou de financement.* » Il s'agit d'une obligation importante et susceptible de ménager des voies de recours à l'investisseur en cas de conflit, puisque le démarcheur est supposé agir en connaissance de cause. Cette disposition est aussi utile au démarcheur puisqu'elle le contraint à accomplir un acte qui relève de la bonne pratique et de la conscience professionnelles. En sollicitant ces informations auprès de la personne démarchée, le démarcheur prend immédiatement connaissance du « profil » de son prospect et est plus rapidement amené à lui faire une offre adaptée à ses besoins. **Cette règle constitue donc un facteur responsabilisant pour le démarcheur, mais aussi d'efficacité et de professionnalisme dans son activité.**

Le dispositif proposé dispose en outre que les démarcheurs communiquent, d'une manière claire et compréhensible, les informations qui sont utiles à la personne démarchée pour prendre sa décision. Cette obligation générale, qui diffère de la précédente dans la mesure où le démarcheur ne sollicite pas mais soumet des éléments d'information, emporte une série de conséquences qui sont précisées dans les dispositions suivantes de l'article. Parmi les éléments d'aide à la décision pour la personne démarchée, figurent

ainsi la nature et l'identité de l'organisme pour le compte duquel travaille le démarcheur, les caractéristiques des produits ou services proposés, et les modalités afférentes au contrat et au droit de rétractation.

2. Les obligations d'information afférentes à l'acte de démarchage

Plusieurs articles prévoient un certain nombre de règles contraignantes que le démarcheur doit respecter lors de la soumission de l'offre de produits ou services.

- En premier lieu, l'article L. 341-12 du code monétaire et financier, dans sa rédaction proposée par le présent article, impose au démarcheur de **fournir à la personne démarchée certaines informations par écrit, quel qu'en soit le support**. Il peut donc s'agir par exemple d'un courrier, d'un document d'information, d'une carte professionnelle ou d'un courrier électronique. Ces informations, qui s'ajoutent aux obligations législatives et réglementaires spécifiques propres à chaque catégorie d'instruments financiers ou de service, sont les suivantes :

- le nom, l'adresse et le numéro d'enregistrement de la personne physique procédant au démarchage ;

- le nom et l'adresse de la ou des (dans le cas du démarchage multicartes) personnes morales habilitées, ou le nom, l'adresse et le numéro d'enregistrement de la personne morale mandatée (de niveau intermédiaire), si le démarchage est effectué pour le compte d'une telle personne ;

- les **documents d'information particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés** requis par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur (tels que la notice d'information visée par la COB). En l'absence de tels documents, une notice d'information sur chacun des produits, instruments financiers et services proposés demeure requise. Cette notice est élaborée sous la responsabilité de la personne ou de l'établissement qui a recours au démarchage, et doit mentionner le cas échéant les risques particuliers inhérents à l'offre. Cette obligation d'information est d'une grande importance, car elle détermine l'appréciation que la personne démarchée peut porter tant sur l'adéquation de l'offre que sur la crédibilité des propos du démarcheur ;

- les conditions de l'offre contractuelle et les modalités de conclusion du contrat, en particulier son lieu et sa date de signature. Outre les modalités de rétractation, qui font l'objet d'une obligation particulière, ces conditions comprennent par exemple la durée, les modalités d'achat ou de cession, les éventuelles possibilités ultérieures d'avenants à l'offre, ou les modalités de rémunération (frais, honoraires et commissions) ;

- enfin l'absence ou l'existence d'un droit de rétractation ainsi que ses modalités d'exercice.

- En deuxième lieu, le texte proposé pour l'article L. 341-13 dispose qu'un démarcheur ne peut proposer des produits, instruments et services autres que ceux pour lesquels il a reçu mandat explicite de démarchage.

- En troisième lieu, l'article L. 341-14 disposerait que le contrat portant sur les services et opérations visées à l'article L. 341-1 (services d'investissements et services connexes, opérations de banque, sur biens divers et sur instruments financiers) est conclu entre la personne démarchée et le fournisseur habilité de ces produits ou services, **sans que le démarcheur puisse le signer ou nom et pour le compte d'une personne morale intermédiaire pour le compte de laquelle il agirait**. L'existence et le nom de ce mandant intermédiaire doivent donc être mentionnés à la personne démarchée, mais il n'est pas visé par le contrat.

- Enfin, l'article L. 341-15 disposerait qu'il est interdit au démarcheur de recevoir des personnes démarchées un quelconque moyen de paiement, tel qu'espèces, effets de commerce, valeurs ou chèques au porteur ou à son nom.

3. Les obligations postérieures à l'acte de démarchage : les délais de réflexion et de rétractation

Le régime du démarchage proposé par le présent article prévoit l'existence d'un délai de **rétractation** de droit commun au profit de la personne démarchée, qui s'applique sans pénalité et sans que cette personne soit tenue d'en indiquer les motifs. Les modalités de ce délai, qui constitue une garantie essentielle pour l'épargnant, sont précisées par le texte proposé pour l'article L. 341-16 :

- sa durée est de **quatorze jours**¹, ce qui peut être considéré comme relativement long mais est conforme aux dispositions de l'article 6 de la directive européenne 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. Ce délai court à compter de la date de réception par la personne démarchée du contrat signé par les deux parties. Si le délai de réflexion ou de rétractation expire un samedi, un dimanche ou un jour férié chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Le contrat doit comporter un formulaire, dont les mentions obligatoires sont précisées par décret, destiné à faciliter l'exercice de cette faculté de rétractation;

- l'exercice du droit de rétractation ne saurait être soumis à un quelconque versement de frais ou commissions. La personne démarchée doit

¹ La mission Rodocanachi avait préconisé un délai identique.

néanmoins payer le prix correspondant à l'utilisation du produit ou service fourni entre la date de conclusion de contrat et celle de l'exercice du droit de rétractation (ce délai intermédiaire comprend donc le temps d'acheminement du contrat à la personne démarchée). En outre, l'exécution des contrats portant sur des services de conservation, d'administration et de gestion de portefeuille pour compte de tiers est différée pendant la durée de ce droit.

Trois types d'exceptions à ce délai de rétractation sont prévues :

- les services de réception-transmission et d'exécution d'ordres pour le compte de tiers ;
- la fourniture d'instruments financiers ;

- **lorsque des dispositions spécifiques prévoient un délai de réflexion ou de rétractation de durée différente pour certains produits et services.** Il est en effet logique que ces délais ne s'appliquent pas aux produits et services dont le prix fluctue en fonction des variations du marché de référence, tels que les produits financiers cotés et les OPCVM, afin d'éviter toute tentation de spéculation dans l'intervalle. En outre le code de la consommation prévoit certains délais spécifiques de rétractation, et dans le cas des produits financiers régit les délais relatifs aux différents types de crédits. La directive européenne du 23 septembre 2002 sur les services financiers à distance mentionne par ailleurs dans son article 6-2 une série de produits pour lesquels le droit de rétractation ne s'applique pas : les opérations de change, instruments du marché monétaire, titres négociables, parts d'OPCVM, contrats financiers à terme, contrats sur taux d'intérêt, swaps de taux ou devises et les options. Cette liste est compatible avec les dispositions du présent projet de loi, pour autant qu'il s'agisse de produits éligibles au démarchage.

Enfin, un **délai de réflexion de quarante-huit heures**¹ au profit de la personne démarchée est requis lorsque l'activité de démarchage a lieu à son domicile, son lieu de travail ou dans un lieu non destiné à la commercialisation, et qu'il porte sur la fourniture d'instruments financiers ou de services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers. Ce délai de réflexion court à compter du lendemain de la remise d'une lettre recommandée avec avis de réception établissant la communication à la personne démarchée, par écrit sur support papier, de l'ensemble des informations afférentes à l'acte de démarchage et précédemment mentionnées. Le silence de la personne démarchée à l'issue de ce délai ne vaut pas consentement, celui-ci doit donc être explicitement requis.

La réglementation actuellement en vigueur sur les délais de réflexion et de rétractation afférents à tous les types de démarchage peut être résumée dans le tableau suivant :

¹ Soit une durée inférieure à celle de sept jours qu'avait recommandée la mission Rodocanachi.

Types de contrats	Délais de réflexion ou de rétractation	Modalités de renonciation
Crédit à la consommation	<p>Rétractation : 7 jours à compter de la signature de l'offre préalable</p> <p>SAUF livraison anticipée demandée par le client :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le 3^e jour si la livraison intervient dans les 3 jours suivant la signature du contrat d'achat ; - le jour de la livraison si celle-ci intervient entre le 4^e et le 7^e jour suivant la signature du contrat d'achat 	Renvoi sous 7 jours du formulaire détachable à l'organisme prêteur, sous pli recommandé avec avis de réception
Immobilier Contrat de prêt	Réflexion : 10 jours obligatoires à compter de la réception de l'offre préalable de crédit. Signature interdite avant le terme.	Par lettre recommandée avec avis de réception
Renégociation par voie d'avenant au contrat de prêt	Réflexion : 10 jours à compter de la réception du projet d'avenant	Par lettre recommandée avec avis de réception
Construction et acquisition d'un logement à usage d'habitation (comptant ou crédit)	Rétractation : 7 jours à compter de la réception de l'acte ayant pour objet l'acquisition ou la construction de l'immeuble à usage d'habitation. (l'acte doit avoir été adressé à l'acquéreur par lettre recommandée avec avis de réception).	Par lettre recommandée avec avis de réception
Démarchage à domicile	<p>Rétractation : 7 jours¹ à compter de la signature du contrat de commande ou de l'engagement d'achat.</p> <p>Aucun paiement ne peut être exigé pendant ce délai.</p>	Renvoi sous pli recommandé avec avis de réception, dans les délais, du formulaire détachable OBLIGATOIREMENT joint au contrat.
Ventes à distance (Téléachat, minitel, audiotel, internet...)	Rétractation : 7 jours à compter de la livraison de la commande.	Renvoi, durant le délai, du produit pour échange ou remboursement sans pénalité, à l'exception des frais de retour.
Enseignement à distance	<p>Réflexion : 7 jours obligatoires</p> <ul style="list-style-type: none"> - après la réception du projet de contrat ou du plan d'étude ; - puis pendant 3 mois, possibilité de rétractation avec indemnité compensatrice ; - sauf pour les langues étrangères, délai de réflexion supplémentaire de 15 jours. 	Par lettre recommandée avec avis de réception
Assurance vie	Rétractation : 30 jours à compter du premier versement	Par lettre recommandée avec AR. Remboursement, dans un délai d'un mois, de l'intégralité de la prime versée à la souscription

Source : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

¹ Ce délai serait porté à 14 jours pour le démarchage bancaire et financier, mais le délai de droit commun de sept jours, prévu par l'article L. 121-25 du code de la consommation pour le démarchage en tant que pratique commerciale réglementée, demeurerait inchangé.

E. DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES ET PÉCUNIAIRES ALIGNÉES SUR LE DROIT COMMUN

Le texte proposé pour l'article L. 341-17 du code monétaire et financier dispose que les manquements aux lois, règlements et obligations professionnelles applicables au démarchage bancaire ou financier sont sanctionnés, selon des modalités d'application fixées par décret, par la commission bancaire et l'AMF ou par la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance, dans les conditions afférentes à chaque catégorie de démarcheur et de mandant (prestataires de services d'investissement, conseillers en investissements financiers et entreprises d'assurance) :

- aux termes de l'article L. 613-21, qui pose des conditions communes à plusieurs activités, la **commission bancaire** peut sanctionner un prestataire de services d'investissement (établissement de crédit et entreprise d'investissement) qui a enfreint la réglementation, n'a pas répondu à une recommandation ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde, et en informe l'AMF. La gradation de ces sanctions disciplinaires encourues est alors la suivante : avertissement, blâme, interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire d'un ou plusieurs de ses dirigeants, la démission d'office de l'une ou plusieurs de ces mêmes personnes, et la radiation de ce prestataire d'investissement de la liste des établissements agréés.

La commission bancaire peut en outre prononcer, à la place ou en sus de ces sanctions, une **sanction pécuniaire** versée au budget de l'Etat et plafonnée au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée, et peut également décider d'interdire ou de limiter la distribution d'un dividende ou d'une rémunération des parts sociales. Enfin la commission bancaire peut décider la publication de l'ensemble de ces sanctions, aux frais de la personne morale sanctionnée ;

- le texte proposé pour l'article L. 621-15 par l'article 14 du présent projet de loi expose la procédure d'instruction par le **collège de l'AMF** du rapport d'enquête ou de contrôle établi par les services de cette même institution, ainsi que les modalités de la procédure de sanction applicable par la commission des sanctions et le collège. De même l'article L. 621-17 du code monétaire et financier dispose que lorsqu'une pratique est de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, le président de l'AMF peut demander au président du tribunal de grande instance de Paris de statuer en référés pour mettre fin à l'irrégularité constatée. En outre, la rédaction proposée par l'article 10 du présent projet de loi pour le II de l'article L. 621-9 dispose que l'AMF veille au respect des obligations professionnelles auxquelles sont astreintes en vertu des dispositions législatives et réglementaires les personnes habilitées à procéder au démarchage ;

- enfin, l'article L. 310-18 du code des assurances, dans sa rédaction proposée par l'article 28 du présent projet de loi, dispose que la commission de **contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP)**, au même titre que la commission bancaire, peut prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre d'une entreprise d'assurance, ou de ses dirigeants, qui aurait enfreint une disposition législative ou réglementaire ou aurait eu recours à des pratiques mettant en péril sa marge de solvabilité. Ces sanctions sont, en fonction de la gravité du manquement : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire ou la démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, le retrait total ou partiel d'agrément ou d'autorisation, et le transfert d'office de tout ou partie du portefeuille des contrats.

La CCAMIP peut en outre décider de reporter sa décision à l'issue d'un délai qu'elle impartit à l'entreprise, pour prendre toute mesure susceptible de mettre fin aux manquements ou pratiques précédemment mentionnés. Elle peut prononcer une sanction pécuniaire, versée au Trésor Public, à la place ou en sus de ces sanctions. Le montant de cette sanction pécuniaire doit être proportionné et ne peut excéder 3% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est cependant porté à 5% en cas de récidive. La commission de contrôle des assurances statue après une procédure contradictoire, et les personnes sanctionnées peuvent, dans le délai de deux mois qui suit la notification de la décision, former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. La commission peut enfin ordonner, aux frais de l'entreprise sanctionnée, l'insertion de sa décision dans trois journaux ou publications qu'elle désigne et l'affichage dans les lieux et pour la durée qu'elle indique.

Les sanctions professionnelles présentent l'avantage de pouvoir être mises en oeuvre plus rapidement que les sanctions pénales, et sont souvent d'un effet aussi dissuasif.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission approuve le nouveau régime du démarchage introduit par le présent article, qui devrait contribuer à clarifier les modalités du démarchage, à responsabiliser les acteurs et à mieux protéger les épargnants. En outre, ce dispositif vient après de longues années d'attente et répond à un certain consensus sur les nombreuses imperfections et sur le manque de lisibilité de la réglementation actuelle.

Les amendements qu'elle vous soumet s'inscrivent dans une double optique de renforcement des garanties pour les épargnants et de pragmatisme au regard des acteurs du démarchage, c'est-à-dire des personnes susceptibles d'y recourir comme des clients potentiels.

A. CLARIFIER LES OPÉRATIONS ET ACTEURS DU DÉMARCHAGE

1. L'inclusion dans le champ du démarchage

- Le texte proposé pour l'article L. 341-1 du code monétaire et financier donne la liste des opérations concernées par l'activité de démarchage : opérations sur instruments financiers, opérations de banque et connexes, services d'investissement et connexes, et opérations sur biens divers.

Cette liste pourrait être utilement complétée par **la fourniture de prestations de conseil en investissement**, dans la mesure où les conseillers en investissements financiers figurent dans la liste des personnes habilitées à recourir au démarchage¹. Il conviendrait cependant de préciser que les CIF en tant que tels ne sont habilités qu'à démarcher des prestations de conseil. Pour démarcher des produits, il est nécessaire qu'ils soient mandatés par une personne habilitée, comme les autres démarcheurs, dans les conditions prévues par le présent article².

Votre commission vous soumet donc deux **amendements** :

- le premier tendant à créer une **cinquième catégorie d'opérations visées par le démarchage** dans le texte de l'article L. 341-1 du code monétaire et financier, consistant en la fourniture par un CIF d'une prestation de conseil en investissement ;

- le second, au texte proposé pour le 3° de l'article L. 341-3 du même code, tendant à **préciser le champ de l'habilitation des CIF au démarchage** : les CIF en tant que tels ne peuvent être habilités qu'à démarcher directement des prestations de conseil.

- Le dispositif proposé pour l'article L. 341-3 du code monétaire et financier n'inscrit pas les mutuelles parmi les personnes habilitées à procéder au démarchage, ce qui est susceptible de porter préjudice à une catégorie spécifique de mutuelles. Les mutuelles régies par les dispositions du livre II du code de la mutualité, que sont **les mutuelles et unions pratiquant des**

¹ Cette liste est établie par le texte proposé par le présent article pour l'article L. 341-3 du code monétaire et financier.

² Egalement dans le dispositif proposé pour l'article L. 341-3.

opérations d'assurance et de capitalisation, relèvent en effet du même statut communautaire d'« entreprise d'assurance » que les sociétés d'assurance régies par le code des assurances, qui sont pour leur part habilitées à procéder au démarchage. Ces mutuelles sont ainsi soumises aux mêmes règles de sécurité financière et à la même autorité de contrôle¹ que les sociétés d'assurance, et sont donc fondées à exercer une activité de démarchage au même titre que ces dernières.

Votre commission vous propose donc un **amendement** au texte de l'article L. 341-3 en vue de faire figurer les mutuelles et unions agréées pour gérer les activités régies par les dispositions du livre II du code de la mutualité parmi les personnes habilitées à recourir au démarchage. Par souci de cohérence, votre commission vous propose également un **amendement** tendant à faire figurer, dans le texte proposé pour l'article L. 341-6, l'autorité chargée d'accorder l'agrément à cette catégorie de mutuelles dans la liste des autorités d'enregistrement des démarcheurs.

- Le dispositif du démarchage manifeste une lacune susceptible de nuire à la protection du particulier ou de créer un doute sur le critère de sollicitation, dans le cas de **démarches effectuées dans ou à proximité de magasins de grande surface**². Les consommateurs se voient en effet parfois proposer des cartes de paiement dont les modalités d'usage (paiement différé avec un taux de crédit élevé, "réserve automatique d'argent" portant un taux, frais d'assurance parfois inclus d'office sans réelle communication préalable) et les conditions d'offre se révèlent parfois abusives, et qui doivent en tout état de cause être soumises à la réglementation sur le démarchage. Il en va de même pour les produits financiers proposés par les filiales financières de sociétés de grande distribution à des "stands" souvent situés à l'entrée même du supermarché. Ces services financiers sont généralement fournis par des filiales des entreprises de grande distribution ou des sociétés financières qui leur sont contractuellement liées, dans la mesure où ces dernières ne peuvent constituer en tant que telles des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement.

Un cas fréquent de situation ambiguë au regard du régime du démarchage se présente lorsqu'un **client de grand magasin ou de grande surface se voit proposer une telle carte de paiement** au moment de son passage en caisse, et est invité à obtenir de plus amples renseignements ou à remplir diverses formalités dans un bureau ou stand dédié aux services financiers, situé dans les locaux ou à proximité immédiate du magasin. L'incertitude tient en effet à ce que :

¹ Le présent projet de loi prévoit en effet la fusion des autorités de contrôle des sociétés d'assurance et des mutuelles et institutions de prévoyance au sein d'un organisme unique, la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP).

² Ces zones commerciales sont visées à la section III du chapitre premier du titre V du livre IV du code de l'urbanisme et désignent les grands magasins ou grandes surfaces.

- la démarche de proposition effectuée par le responsable de caisse relèverait *a priori* du démarchage ;

- mais le fait pour le client de se rendre dans les locaux financiers ne serait pas soumis au régime du démarchage, car les critères de non-sollicitation (le client se rend dans les locaux de sa propre initiative, même si la démarche originelle revient à 'un responsable de caisse) et de lieux (il ne s'agit ni du domicile ou du lieu de travail de la personne démarchée, ni d'un lieu non destiné à la vente de produits et services financiers) ne s'appliqueraient pas.

L'insertion ou la non-insertion de cette situation dans le champ du démarchage supposerait donc de pouvoir établir une distinction claire entre la démarche du responsable de caisse et celle du client, qui paraît malaisée à établir et source de contentieux préjudiciable à la protection du consommateur.

Votre commission vous propose donc un **amendement** tendant à lever cette ambiguïté en **assimilant à du démarchage toute prise de contact, quelle que soit la personne à l'origine de la démarche, dans les bureaux de ces services financiers, lorsque ces derniers sont implantés sur le même site ou à proximité immédiate d'établissements grande distribution**. Une telle disposition constituerait une protection importante pour le consommateur, dont on ne saurait nier la vulnérabilité dans ce genre de situation : l'« effet de surprise » de la proposition peut en effet intimider le client ou l'empêcher de préciser les arguments qu'il pourrait légitimement opposer à la fourniture de ce type de carte ou produit.

2. L'exclusion du champ du démarchage

A contrario, certaines activités mériteraient de figurer dans la liste des situations et opérations ne pouvant pas faire l'objet de démarchage bancaire et financier, telle qu'elle est mentionnée dans le texte proposé pour l'article L. 341-2. **Le dispositif proposé est en particulier parfois susceptible de porter préjudice aux crédits affectés¹ et à la location-vente**. En effet, lorsque le financement à crédit est lié à l'achat d'un bien de consommation particulier, l'opération de crédit proposée par le vendeur (par exemple dans une concession automobile) qui agit pour le compte de l'établissement financier de l'entreprise qui produit les biens est subordonnée à l'activité principale de vente. La location-vente et la location avec option d'achat s'inscrivent dans le même contexte, en ce qu'elles constituent une modalité de financement d'un bien déterminé. Ainsi, les agents commerciaux qui offrent fréquemment au consommateur la possibilité de financer leur achat par un crédit n'exercent pas, au sens du projet de loi, une activité de

¹ Ces types de crédits sont régis par les dispositions des articles L. 311-20 à L. 311-28 du code de la consommation.

démarchage bancaire et financier à titre professionnel, mais seulement à titre accessoire. Ce caractère accessoire est pris en compte par l'actuelle législation : l'article L. 341-5 du code monétaire et financier exonère de l'obligation de détenir une carte de démarchage les démarcheurs qui, pour le compte d'un établissement de crédit, proposent des contrats de financement, à la condition que le nom du prêteur et le coût du crédit soient mentionnés dans le contrat.

En outre, le crédit affecté à l'achat d'une voiture est aujourd'hui soumis aux dispositions du code de la consommation relatives au crédit affecté (articles L. 311-15 à L. 311-17 et L. 311-24), qui prévoient un certain nombre de **garanties**, notamment un délai de rétractation de sept jours, pouvant être ramené à trois jours si l'acheteur demande expressément la livraison immédiate du bien. Toute vente réalisée en dehors des locaux commerciaux est également soumise aux règles de droit commun du démarchage à domicile des biens de consommation (qui se distingue du démarchage bancaire et financier), qui prévoient également un délai de rétractation de sept jours et l'interdiction pour le vendeur représentant l'établissement de crédit de recevoir des fonds avant l'expiration de ce délai (articles L. 121-25 et L. 121-26 du code de la consommation).

Votre commission vous propose donc un **amendement** tendant à insérer dans le texte proposé pour l'article L. 341-3 **deux nouvelles catégories d'activités auxquelles le régime du démarchage ne s'applique pas** : les démarches effectuées, pour le compte d'un établissement de crédit, en vue de proposer un contrat de crédit affecté, et celles relatives à un contrat de location-vente ou de location avec option d'achat. Cet amendement tend également à prévoir une disposition particulière pour les contrats de financement de vente à tempérament pour des biens à usage professionnel acquis par une personne physique ou morale (à la condition que le nom de l'établissement prêteur et le coût du crédit soient mentionnés, ainsi que le prévoit la législation actuelle).

B. PRÉVOIR UNE DÉFINITION PLUS OPÉRATIONNELLE DES INVESTISSEURS NON CONCERNÉS PAR LE DÉMARCHAGE

1. Prévoir un critère de l'investisseur professionnel

Le 1° du texte proposé pour l'article L. 341-2 prévoit que les règles du démarchage bancaire ou financier ne s'appliquent pas aux investisseurs qualifiés ni aux sociétés commerciales dont le total de bilan, le chiffre d'affaires ou les effectifs sont supérieurs à un seuil fixé par décret.

Ces critères quantitatifs sont susceptibles de faciliter l'adaptation du démarchage à la réalité de la pratique financière des investisseurs, mais

pourraient aboutir à **décrédibiliser la notion d'investisseur qualifié** telle qu'elle est entendue en France, ne serait-ce que parce qu'ils tendent à intégrer dans la loi les critères qui ne relèvent aujourd'hui que d'une simple faculté déclarative pour les investisseurs¹, ainsi que le dispose l'article L. 411-2 du code monétaire et financier. En outre, la référence aux investisseurs qualifiés, qui constituent une notion avant tout liée à l'appel public à l'épargne, tend à lier de manière impropre les réglementations relatives aux deux contextes différents que sont l'appel public à l'épargne et le démarchage (dans laquelle les établissements ayant recours à ce procédé n'ont pas la qualité d'émetteur ni de cédant). Les critères quantitatifs, inspirés de la définition européenne des PME, sont également susceptibles de créer des **effets de seuil** sans prendre en compte la compétence réelle de l'entreprise.

Le dispositif proposé est donc susceptible de soumettre au régime du démarchage des situations dans lesquelles la personne prospectée détient une pratique et une connaissance significatives des instruments financiers. Tel est par exemple le cas de petites entreprises fortement exportatrices, présentant un chiffre d'affaires ou des effectifs inférieurs aux seuils requis mais utilisant régulièrement des instruments de couverture ou des produits financiers complexes. *A contrario*, il ne serait pas non plus souhaitable d'exclure d'emblée l'ensemble des personnes morales du champ du démarchage, comme c'est le cas dans la réglementation actuelle, dans la mesure où nombre d'entreprises n'ont, du fait de leur taille réduite (entreprises unipersonnelles ou très petites sociétés) ou de leur activité, qu'une compétence réduite ou inexistante en matière de placements financiers et présentent donc une vulnérabilité proche de celle de l'épargnant non averti personne physique.

Il conviendrait donc de mettre en place un critère qualitatif transversal, qui soit plus conforme aux compétences réelles des investisseurs personnes morales et inscrive néanmoins dans le cadre protecteur du démarchage toute relation entre une partie « forte » (le démarcheur) et une partie « faible ». **Votre commission propose donc que se substitue à ces critères quantitatifs un critère d'activité, exercée à titre professionnel, d'opérations sur les instruments financiers, dont le contenu serait précisé par décret.** Il s'agirait ainsi d'exclure du champ du démarchage les personnes morales présentant des caractéristiques quantitatives éventuellement inférieures aux seuils mentionnés dans le présent projet de loi, mais dont au moins une partie de l'activité professionnelle et des salariés seraient dédiés aux opérations d'investissement et feraient l'objet d'offres de services et produits. A titre d'exemple, une entreprise de plomberie, même dotée d'un chiffre d'affaires conséquent et de quelques salariés, s'inscrirait dans le périmètre du démarchage dès lors que ses activités premières ou connexes ne seraient pas liées aux opérations sur les marchés et services financiers. En

¹ Il convient en effet de rappeler que la qualité d'investisseur qualifié demeure une option, et non une obligation, ouverte aux sociétés commerciales dont le total de bilan est supérieur à 150 millions d'euros. Cette option n'est en pratique jamais choisie par les sociétés concernées.

revanche, les démarches qui viseraient une entreprise de taille moyenne réalisant un chiffre d'affaires inférieur au seuil réglementaire prévu mais disposant d'un service financier plus ou moins étoffé et exclusivement dédié à titre professionnel aux opérations bancaires et financières, dont elle détiendrait une expérience et une connaissance abouties, n'auraient pas lieu de relever du démarchage bancaire ou financier dans la mesure où la personne morale prospectée exerce, parmi ses attributions, une activité professionnelle d'investissement.

Ce critère d'opérations financières exercées à titre professionnel a en outre déjà été invoqué par la jurisprudence administrative. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Boniface* du 14 février 2001 relatif à un contentieux fiscal, a en effet eu recours à cette notion et pour définir par analogie les opérations de bourse effectuées à titre habituel¹ par un particulier. Cette référence à l'activité de placement exercée à titre professionnel pourrait donc être utilement reprise dans le présent projet de loi. Elle présenterait en outre l'avantage de rapprocher la législation française de la notion d'« investisseur professionnel » proposée en 2002 par CESR², qui est plus complète et opératoire que celle d'investisseur qualifié.

Votre commission vous propose un **amendement** tendant à insérer dans le 1° du texte proposé pour l'article L. 341-2 un **critère qualitatif d'activité professionnelle emportant exclusion du champ du démarchage.**

2. Aménager le régime du démarchage au regard de l'épargne d'entreprise

Le dispositif proposé comporte un certain nombre d'obstacles au développement de l'épargne d'entreprise, qui présente la particularité d'être deux fois intermédiée, à la différence d'autres produits d'épargne, puisqu'une société de gestion peut démarcher une entreprise, qui elle-même démarche ses salariés. Considérant que l'intention du législateur est bien de dispenser les dispositifs d'épargne salariale de la majorité des obligations relatives au démarchage, il convient de s'assurer de la cohérence du régime proposé, tout

¹ *Les plus-values de cessions de valeurs mobilières sont susceptibles d'être taxées au barème de l'impôt sur le revenu, dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux, lorsqu'elles résultent d'opérations de bourse effectuées à titre habituel, c'est-à-dire lorsqu'elles dépassent la simple gestion privée de portefeuille et sont réalisées comme par un professionnel. Pour apprécier ce caractère habituel, l'administration et la jurisprudence se fondaient traditionnellement sur la technique du faisceau d'indices (notamment le nombre, la fréquence, l'échelonnement, la nature et la technicité des opérations). Le Conseil d'Etat a néanmoins tenu compte de l'inadaptation de ces critères aux nouvelles modalités de passation des ordres, notamment sur internet, et a estimé dans son troisième considérant que « les opérations de bourse effectuées à titre habituel par les particuliers (...) s'entendent des opérations effectuées dans des conditions analogues à celles qui caractérisent une activité exercée par une personne se livrant à titre professionnel à ce type d'opérations ».*

² cf. l'encadré du 4 du A du II, relatif aux investisseurs qualifiés, professionnels et avertis.

en **maintenant les plans d'épargne interentreprises¹ (PEI) dans le champ du démarchage**, dans la mesure où ces plans ne se distinguent finalement guère d'un plan d'épargne en actions et peuvent être institués par un accord collectif (organisations syndicales de salariés et d'employeurs pour un PEI sur une base géographique ou professionnelle), sans que les plus petites entreprises concernées par un tel accord n'aient réellement entrepris de démarche volontaire en ce sens. Ainsi un salarié d'une PME² couverte par un accord portant sur un PEI peut se voir proposer ce type de produits sans être particulièrement informé de son existence et de son contenu, et se trouve dès lors dans une situation semblable à celle du démarchage financier « classique ».

- Le texte proposé pour l'article L. 341-3 du code monétaire et financier dispose que les entreprises sont exonérées de la majorité des obligations relatives au démarchage lorsqu'elles proposent à leurs salariés des produits d'épargne salariale. Cet assouplissement de la réglementation est cependant trop restrictif sur deux points³ :

- il ne couvre ni les salariés des filiales et sociétés liées⁴, ni les anciens salariés, les retraités et les mandataires sociaux des petites entreprises. Il convient donc de mentionner plutôt les **bénéficiaires** de ces dispositifs ;

- il est en outre fréquent que les entreprises ne sollicitent pas directement les bénéficiaires sur les possibilités d'épargne d'entreprise qui leur sont offertes, mais mandatent une **personne morale** (telle qu'une société de gestion teneur de compte conservateur de parts ou une institution de prévoyance proche de l'entreprise ou du groupe) pour promouvoir et distribuer le dispositif conclu. Ces personnes morales désignées par l'entreprise doivent également pouvoir bénéficier des exemptions relatives au démarchage.

¹ Les PEI ont été introduit par la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale dans le but de favoriser le développement de ce type d'épargne dans les PME d'un effectif de un à cent salariés, en leur permettant de se regrouper au niveau local ou au niveau d'une branche pour proposer à leurs salariés un plan d'épargne entreprise commun. Leurs caractéristiques techniques sont semblables à celles des autres plans d'épargne entreprise (abondement, durée, fiscalité, conditions de déblocage).

² Les PEI peuvent s'adresser à une entreprise ne comportant qu'un salarié ainsi qu'aux professions libérales.

³ La mise en place d'un **compte épargne temps**, régi par les dispositions du chapitre VII du titre II du livre II du code du travail, ne répond pas exactement à la même démarche que les plans d'épargne salariale et n'a donc pas à être incluse dans le régime du démarchage. En effet le compte épargne temps, qui est proposé par une société de gestion à une entreprise, n'offre pas de choix d'investissement au salarié. Celui-ci a simplement le choix entre récupérer ses avoirs en temps ou en liquidités. Il ne s'agit donc pas d'un produit financier, à la différence du plan d'épargne entreprise, qui est également négocié sur une base collective mais où le choix de placement revient entièrement au salarié.

⁴ Ce qui est préjudiciable au développement de l'épargne salariale dans les groupes, qui figurent parmi les principaux intéressés de ce type de dispositif. Ainsi, les nouveaux titres émis à l'occasion d'une augmentation de capital de la société mère sont-ils souvent proposés aux salariés des filiales.

Votre commission vous soumet un **amendement** au 2° du texte proposé pour l'article L. 341-3, tendant à **inclure l'ensemble des bénéficiaires ainsi que les personnes morales désignées par l'entreprise signataire pour proposer un plan d'épargne salariale** dans le dispositif exonérant de la majeure partie des obligations relatives au démarchage ces sollicitations au titre de l'épargne d'entreprise et des comptes épargne temps.

- Il importe que les salariés et bénéficiaires potentiels de plans d'épargne salariale **puissent également être démarchés lorsque leur entreprise a fait l'objet d'une condamnation**, ce que ne permet pas, en tout cas de manière directe, le dispositif proposé puisque les seules dispositions du démarchage applicables à l'épargne salariale sont celles relatives aux capacités et sanctions pénales. Une entreprise condamnée peut néanmoins avoir indirectement recours au démarchage en mandatant une personne morale intermédiaire.

- Les exemptions prévues par le présent article aux produits interdits de démarchage ne comprennent pas les titres de sociétés non cotées qui peuvent être légalement proposés¹ aux bénéficiaires d'un dispositif d'épargne salariale. Il convient donc d'intégrer ces titres dans les produits pouvant faire l'objet de démarchage.

Votre commission vous soumet donc un **amendement** tendant à exclure du champ des produits interdits de démarchage les titres visés aux articles L. 442-5 et L. 442-3 du code du travail proposés dans le cadre d'un dispositif d'épargne salariale.

C. INCLURE DANS LE CHAMP DU DÉMARCHAGE LES TITRES DE SOCIÉTÉS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE INTRODUCTION EN BOURSE

Le dispositif proposé par le présent article pour l'article L. 341-10 du code monétaire et financier mentionne les produits qui ne peuvent faire l'objet de démarchage. Il exclut notamment d'emblée certains produits financiers, dès lors qu'ils ne sont pas admis à la commercialisation sur le territoire français et à la négociation sur les marchés réglementés, à l'exception des OPCVM dont on considère de façon assez logique, bien qu'ils ne soient pas cotés sur des marchés réglementés, qu'ils doivent pouvoir être démarchés.

¹ L'article L. 442-5 du code du travail dispose ainsi que les accords d'épargne d'entreprise peuvent prévoir « l'attribution d'actions ou de coupures d'actions de l'entreprise, ces actions ou coupures d'actions provenant d'une incorporation de réserve au capital ou d'un rachat préalable effectué par l'entreprise elle-même ».

L'article L. 443-3 dispose également que les sommes recueillies par un plan d'épargne d'entreprise peuvent être affectées à l'acquisition « d'actions émises par des sociétés créées dans les conditions prévues à l'article 11 de la loi du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique ».

Ce dispositif raisonnable comporte néanmoins un oubli : il ne prévoit pas la possibilité de démarcher des **titres de sociétés en voie d'introduction sur un marché français réglementé, qui ne sont par définition pas encore cotées**. Dès lors, il serait par exemple interdit de proposer la souscription d'actions d'entreprises publiques ouvrant leur capital. Une telle situation constituerait à l'évidence un recul par rapport au droit actuel.

Votre commission vous propose donc un **amendement** tendant à inclure dans le périmètre du démarchage, après obtention du visa de l'AMF, les titres de sociétés admises à faire l'objet de négociations sur un marché réglementé français.

D. ACCROITRE LES OBLIGATIONS D'INFORMATION DES DÉMARCHEURS AUX MANDANTS ET AUX PERSONNES DÉMARCHÉES

En matière d'information des démarcheurs aux mandants et aux personnes démarchées, votre commission vous propose de modifier le dispositif proposé sur les points suivants :

- le nouveau régime proposé pour le démarchage intègre dans la législation la possibilité du démarchage « multicartes », qui existait déjà assez largement dans la pratique. Votre commission vous soumet un **amendement** tendant à obliger les démarcheurs à informer leurs mandants de l'ensemble de leurs mandats, afin que les établissements mandants puissent le cas échéant clarifier les responsabilités qui leur incombent, eu égard notamment aux produits autorisés et aux conditions d'exercice ;

- le texte proposé pour l'article L. 341-11 dispose que les démarcheurs communiquent à la personne démarchée, « *d'une manière claire et compréhensible, les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision* ». **Cette rédaction pourrait être modifiée pour renforcer les garanties de symétrie de la relation et de bonne compréhension de l'offre de produits par la personne démarchée**. Il s'agirait, tout en restant dans le cadre d'un principe de portée générale, de dépasser le formalisme de l'information livrée par le démarcheur pour inciter ce dernier à s'assurer, de manière pédagogique, que la personne démarchée a bien compris l'ensemble de l'offre qui lui est soumise.

Votre commission vous propose un **amendement** visant à requérir des démarcheurs qu'ils s'assurent avec diligence de la bonne compréhension par la personne démarchée de l'ensemble des modalités et risques inhérents à l'offre de produits ou services ;

- le 5° du texte proposé par le présent article pour l'article L. 341-12 dispose que le démarcheur fournit à la personne démarchée les informations

relatives aux conditions de l'offre contractuelle et aux modalités de conclusion du contrat, en particulier le lieu et la date de signature de celui-ci.

Il serait opportun de compléter cette obligation par des **précisions sur les conditions financière du contrat**, dans la mesure où ces informations sont souvent au centre des contentieux et abus relatifs au démarchage, en raison du manque de clarté et de transparence dont elles peuvent faire l'objet. Cette disposition serait également cohérente avec celle prévue au 5° du texte proposé par l'article 42 du présent projet de loi pour l'article L. 541-4 du code monétaire et financier, relatif aux règles de bonne conduite des CIF, qui prévoit que ces derniers doivent « *communiquer, d'une manière appropriée, les informations utiles à la prise de décision par leurs clients ainsi que celles concernant les modalités de leur rémunération, notamment la tarification de leurs prestations* ».

En conséquence, votre commission vous soumet un **amendement** tendant à faire préciser par le démarcheur les conditions financières du contrat proposé. Toutefois, afin de ne pas introduire de distorsion avec les conditions prévalant aux offres faites dans les agences bancaires (qui ne relèvent pas du démarchage), cet amendement ne précise pas si l'information doit porter sur les frais, honoraires et commissions éventuels dont bénéficierait le démarcheur.

E. AMENDEMENT RÉDACTIONNEL RELATIF AUX DÉMARCHEURS PERSONNES PHYSIQUES

Votre commission vous propose également un **amendement** rédactionnel au texte proposé pour le IV de l'article L. 341-4, tendant à préciser que les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence mentionnées dans cet article, qui s'appliquent aux démarcheurs et aux personnes ayant le pouvoir de gérer ou d'administrer les personnes morales mandatées, concernent des personnes physiques.

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

ARTICLE 40

Régime des infractions pénales relatives au démarchage

Commentaire : le présent article a pour objet d'instaurer un nouveau régime des infractions pénales relatives au démarchage.

I. LE DROIT EXISTANT

Le chapitre III du titre V du livre III du code monétaire et financier traite des infractions relatives au démarchage. Les sections 1 à 3 concernent successivement les opérations de banque, les opérations sur les valeurs mobilières et les marchés à terme, et présentent donc une structure parallèle à celle des chapitres I à III du titre IV du même livre, qui présentent les modalités d'exercice du démarchage sur les mêmes opérations.

Le régime actuel des infractions pénales relatives au démarchage est donc décliné selon le type d'opérations démarchées, et comprend certaines sanctions identiques pour des infractions analogues et d'autres qui sont spécifiques, la peine la plus élevée étant prononcée pour des faits qualifiés d'escroquerie dans le cas du démarchage sur les valeurs mobilières.

A. LES SANCTIONS RELATIVES AU DÉMARCHAGE SUR LES OPÉRATIONS DE BANQUE

L'article L. 353-1 du code monétaire et financier dispose que le fait de méconnaître les obligations prévues aux articles L. 341-1 et L. 341-2 est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45.000 euros. Les infractions visées sont, à titre d'exemple, le fait de percevoir une commission ou des frais divers (recherche, démarche, constitution du dossier, etc.) avant le versement effectif des fonds prêtés, le fait de se livrer au démarchage en vue de conseiller ou d'offrir des prêts d'argent ou la souscription de plans d'épargne prévoyant, même pour partie, l'acquisition de parts de sociétés civiles immobilières, ou de recueillir sous forme de dépôts des fonds du public, ou le fait de ne pas se conformer aux principes inclus dans la définition du démarchage.

L'article L. 353-2 du même code dispose en outre que le fait de méconnaître les obligations prévues à l'article L. 341-3, au deuxième alinéa de

l'article L. 341-4 et au premier alinéa de l'article L. 341-5 est puni d'une amende de 4.500 euros. Parmi ces obligations figurent le fait de mentionner clairement dans toute publicité ou propagande sur des emprunts et prêts le taux effectif global et les charges y afférentes, la nécessité pour un démarcheur d'être de nationalité française ou ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne et d'être porteur d'une carte spéciale délivrée par l'établissement de crédit mandant, et diverses mentions (nom de l'établissement prêteur et coût du crédit) devant figurer sur les contrats de financement de ventes à tempérament.

B. LES SANCTIONS RELATIVES AU DÉMARCHAGE SUR LES OPÉRATIONS SUR VALEURS MOBILIÈRES

L'article L. 353-3 du code monétaire et financier punit d'une amende de **4.500 euros** le fait de méconnaître les obligations prescrites par l'article L. 342-8. Ces obligations ont trait au dépôt d'une déclaration au parquet du procureur de la République, aux limitations entourant le mandat de démarchage confié à une personne morale, et aux modalités de délivrance et de retrait de la carte d'emploi.

L'article L. 353-4 du même code prévoit que les peines pénales mentionnées aux articles 313-1 (cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende pour **escroquerie**), 313-7 (diverses interdictions de droits civiques et civils, d'exercice d'activité, de séjour, d'émission de chèques, et fermeture d'établissement, pour escroquerie ou entrave à une procédure d'enchères ou d'adjudication publique) et 318-8 (exclusion des marchés publics pour une durée maximale de cinq ans pour les mêmes infractions) du code pénal s'appliquent en cas de méconnaissance de nombreuses obligations prescrites au titre des opérations sur valeurs mobilières¹.

Enfin l'article L. 353-5 prévoit une **peine de deux ans d'emprisonnement et de 6.000 euros d'amende** en cas d'infraction aux obligations visées par les articles L. 342-6 (remise ou envoi d'une note d'information succincte), L. 342-13 (établissement d'un bulletin de souscription), L. 342-17 (investigations et demandes de documents de la commission des opérations de bourse) et L. 342-19 (restitution de l'intégralité des sommes éventuellement versées en cas de dénonciation d'une opération d'assurance de personnes).

¹ Ces obligations sont prévues aux articles L. 342-1, L. 342-3, L. 342-5, au premier alinéa de l'article L. 342-7, au cinquième alinéa de l'article L. 342-8 et à l'article L. 342-9 du code monétaire et financier.

C. LES SANCTIONS RELATIVES AU DÉMARCHAGE SUR LE MARCHÉ À TERME

L'article L. 353-6 du code monétaire et financier punit des peines précédemment citées et prévues par les articles 313-1, 313-7 et 313-8 du code pénal les infractions aux obligations prescrites par les articles L. 343-2 du code monétaire et financier (seuls les prestataires d'investissement et membres des marchés réglementés peuvent recourir au démarchage en vue d'opérations sur les instruments financiers à terme), L. 343-4 (modalités de déclaration au parquet et de délivrance de la carte d'emploi) et L. 343-6 (délai de sept jours requis, à compter de la délivrance d'une note d'information sur les marchés à terme, avant de pouvoir recueillir les ordres et fonds de la personne démarchée).

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Afin de simplifier le droit existant et de permettre une meilleure lisibilité du droit pénal, le présent article introduit un régime unifié de sanctions pénales. A la différence du dispositif actuel qui décline les sanctions selon le type d'opérations démarchées, il prévoit pour les personnes physiques un double niveau de répression selon la gravité des faits, assorti de peines complémentaires, et les distingue des peines encourues par les personnes morales. **Le dispositif proposé serait plus homogène que l'actuel et les peines globalement plus sévères.** La qualification d'escroquerie est en revanche maintenue pour les infractions les plus graves.

Le faible nombre de peines prononcées au cours des dernières années n'est sans doute pas représentatif des dommages subis par les épargnants. Ainsi dix-huit infractions pénales ont été recensées en matière de démarchage financier pour les années 1996 à 1998, et aucune condamnation n'a été enregistrée sur le casier judiciaire des personnes concernées par ces infractions.

Le collège de la Commission des opérations de bourse (COB) a également reçu en moyenne annuelle cinq demandes d'enquêtes afférentes au démarchage au cours des dix dernières années (dont trois en 1999 et 2000), sur une moyenne de quatre-vingt enquêtes annuelles présentées. Huit dossiers par an en moyenne ont été directement transmis au parquet sans faire l'objet d'une présentation devant le collège, sur un total d'environ vingt cinq transmissions de dossiers par an. La très grande majorité des dossiers relève de l'application des dispositions de la loi de 1885 sur les marchés à terme, principalement du fait d'établissements financiers étrangers. **La COB constate cependant une augmentation du nombre de plaintes relatives au démarchage,** qui

concernent en particulier le démarchage par internet émanant d'établissements étrangers.

Il résulte de ces observations que les interstices de la réglementation relative au démarchage tendent manifestement à s'élargir, **ce qui accroît la nécessité de mettre en place un dispositif de sanctions à la fois plus clair et plus dissuasif.**

A. LES PEINES PRÉVUES POUR LES PERSONNES PHYSIQUES

Ces peines sont mentionnées dans les nouveaux articles L. 353-1, L. 353-2 et L. 353-3, que le présent article propose d'insérer dans le code monétaire et financier.

1. Les cas de condamnation à 7.500 euros d'amende et six mois d'emprisonnement

L'article L. 353-1 prévoit une peine de six mois d'emprisonnement et 7.500 euros d'amende pour les infractions suivantes commises dans l'exercice d'une activité de démarchage :

- le fait de ne pas avoir obtenu de carte de démarchage dans les conditions prévues à l'article L. 341-8 dans sa rédaction proposée par l'article 39 du présent projet de loi ;

- le fait de ne pas communiquer à la personne démarchée les informations et documents prévus, tels que le numéro d'enregistrement du démarcheur, les coordonnées de la personne morale mandante (et le cas échéant son numéro d'enregistrement s'il s'agit d'une personne morale mandatée de niveau intermédiaire), les informations relatives aux produits présentés, les conditions et modalités de l'offre contractuelle et les informations relatives au droit de rétractation ;

- le fait de ne pas respecter les règles relatives à la signature du contrat, selon lesquelles le démarcheur ne peut signer au nom et pour le compte de la personne morale pour le compte de laquelle il agit ;

- le fait de ne pas permettre à la personne démarchée de bénéficier du délai de rétractation, sous réserves des dérogations prévues pour l'existence de ce délai ;

- le fait de recevoir des personnes démarchées des ordres ou des fonds en vue de la fourniture d'instruments financiers et de certains services (réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers), avant l'expiration du délai de réflexion de quarante-huit heures.

Les peines sont donc globalement renforcées, dans la mesure où elles s'élèvent aujourd'hui à 4.500 ou 6.000 euros d'amende pour des infractions comparables.

2. Les cas de condamnation pour une infraction équivalente à celle d'escroquerie

Le texte proposé pour l'article L. 353-2 du code monétaire et financier dispose qu'une deuxième série de peines plus sévères est prévue pour des infractions assimilées à une escroquerie, et fait à ce titre référence à l'article 313-1 du code pénal, qui définit l'escroquerie comme « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ». Ce comportement est puni de **cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende**. Les cas prévus par l'article L. 353-2 sont les suivants :

- ne pas remplir les conditions d'habilitation et de mandat prévues par les articles L. 341-3 et L. 341-4 ;

- proposer des produits interdits de démarchage ;

- exercer ou tenter d'exercer une activité de démarchage sans remplir les conditions de prescription et de condamnation pénales prévues à l'article L. 341-9 ;

- proposer des produits, instruments financiers et services autres que ceux pour lesquels le démarcheur a reçues des instructions expresses de son mandant ;

- enfin recevoir des personnes démarchées des espèces, effets de commerce, valeurs, chèques au porteur ou à son nom, ou tout moyen de paiement, conformément à l'interdiction posée à l'article L. 341-15.

Ces peines sont lourdes et *a priori* dissuasives, pour autant que les infractions soient bien communiquées par les victimes, dont on sait qu'elles n'osent parfois pas porter plainte du fait de pressions exercées par le démarcheur, d'incertitudes sur la réalité de l'infraction ou d'une méconnaissance des voies de recours et droits assurés aux démarchés. **L'architecture future du démarchage, qui prévoit des contrôles successifs exercés par les mandants et les autorités de régulation, une déontologie précise pour la profession et des restrictions imposées à l'exercice du démarchage (tant en termes de personnes habilitées que de produits**

proposés) est toutefois de nature à apporter une meilleure prévention en amont que dans la situation actuelle.

3. Les peines complémentaires

Le dispositif proposé pour l'article L. 353-3 du code monétaire et financier prévoit des peines complémentaires pour les délits évoqués précédemment :

- l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, selon les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal ;

- l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer la même activité professionnelle ou sociale que celle qui a donné lieu au démarchage délictueux, et ce pour une durée maximale de cinq ans ;

- la publication de la décision par affichage ou diffusion, selon les modalités prévues par l'article 131-35 du code pénal.

Ces peines sont à rapprocher de celles mentionnées à l'article 313-7 du code pénal, qui prévoit certaines de ces interdictions et est visé dans l'actuel article L. 353-4 du code monétaire et financier, relatif aux infractions¹ commises dans le cadre du démarchage sur les valeurs mobilières.

B. LES PEINES PRÉVUES POUR LES PERSONNES MORALES

Le texte proposé pour l'article L. 353-4 du code monétaire et financier dispose que les personnes morales peuvent être déclarées responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, des infractions définies précédemment pour les personnes physiques. Les personnes morales ne sont donc pas uniquement passibles de sanctions civiles (le III de l'article L. 341-4 nouveau dispose en effet qu'elles sont civilement responsables du fait des démarcheurs), et les sanctions pénales qu'elles encourent sont de deux ordres :

- **l'amende**, telle qu'elle est prévue à l'article 131-38 du code pénal et qui est plafonnée au quintuple de celles prévues pour les mêmes infractions commises par les personnes physiques, soit des maxima de 37.500 euros et 1.875.000 euros ;

- les peines alternativement ou cumulativement prévues à l'article 131-39 du code pénal, qui sont selon les termes de l'article :

¹ Exposées au B du I du présent commentaire d'article.

- a) la **dissolution**, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

- b) l'**interdiction**, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;

- c) le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous **surveillance judiciaire** ;

- d) la **fermeture** définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

- e) l' **exclusion des marchés publics** à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

- f) l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;

- g) l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;

- h) la **confiscation** de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;

- i) l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle.

Les peines définies aux a) et c) ne sont cependant pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée.

C. LES POUVOIRS D'INVESTIGATION DES AGENTS PUBLICS

Le texte proposé pour l'article L. 353-5 du code monétaire et financier dispose que **certaines catégories d'agents sont qualifiées pour procéder, sur l'ensemble du territoire national, à la recherche et à la qualification des infractions mentionnées précédemment.** Ces fonctionnaires sont ceux habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie, les rapporteurs du Conseil de la concurrence, et des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux.

Ces enquêtes sont réalisées dans les conditions fixées par les articles L. 450-2 à L. 450-4, L. 450-7 et L. 450-8 du code de commerce, c'est-à-dire :

- l'établissement de procès-verbaux, qui sont transmis à l'autorité compétente et dont un double est laissé aux parties intéressées, et le cas échéant de rapports ;

- un pouvoir d'accéder à tous les locaux et terrains, d'obtenir communication de tous les documents professionnels nécessaires, et de recueillir sur convocation ou sur place tous renseignements et justifications. Ils peuvent également recourir à un expert, et accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services et établissements de l'Etat et des autres collectivités publiques, sans se voir opposer le secret professionnel. Ces visites ne peuvent intervenir que sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président, ou d'un juge qu'il a délégué, du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter, et s'effectuent sous le contrôle de ce juge. Les enquêtes sur pièces et sur place sont également soumises à certaines conditions de réalisation (notification aux occupants, horaires, modalités de saisie des pièces entre autres) ;

- toute opposition à ces prérogatives des fonctionnaires habilités et des rapporteurs du Conseil de la concurrence est punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7.500 euros.

D. LES DISPOSITIONS DE COORDINATION

Le présent article prévoit également deux dispositions de coordination :

- la section 4 du chapitre III du titre V du livre III, qui traite des opérations sur matières précieuses et billets de banque étrangers dans le cadre des infractions relatives au démarchage, devient la section 2 ;

- l'article L. 353-7 qui constitue cette section devient l'article L. 353-6, cette disposition s'appliquant à tous les textes juridiques qui y font référence.

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

ARTICLE 41

Dispositions diverses

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser le régime des intermédiaires en opérations de banque exerçant l'activité de démarchage, ainsi que la condition à laquelle des démarcheurs peuvent fournir des services d'investissement. Il prévoit par ailleurs des dispositions de coordination.

I. LA SITUATION DES INTERMÉDIAIRES EN OPÉRATIONS DE BANQUE AU REGARD DU DÉMARCHAGE

Les intermédiaires en opérations de banque sont définis par l'article L. 519-1 du code monétaire et financier comme les personnes qui, à titre de profession habituelle, mettent en rapport les parties intéressées à la conclusion d'une opération de banque, sans se porter ducroire.

Les intermédiaires en opérations de banque sont soumis aux règles du démarchage¹.

Parmi les dispositions de coordination du présent article, la nouvelle rédaction proposée par le **I** pour l'article L. 519-5 du code monétaire et financier n'apporte pas de novation particulière par rapport au droit existant puisqu'il tend à soumettre les intermédiaires en opérations de banque qui se livrent à une activité de démarchage bancaire ou financier à l'ensemble des conditions, obligations et sanctions du nouveau régime du démarchage posées par les articles 39 et 40 du présent projet de loi. Cette disposition est cohérente avec l'objet du démarchage bancaire et financier, qui aux termes de l'article L. 341-1 vise notamment à proposer la réalisation d'une opération de banque.

II. LA SITUATION DES DÉMARCHEURS AU REGARD DE LA FOURNITURE DE SERVICES D'INVESTISSEMENT

Le g) du 2° de l'article L. 531-2 du même code dispose que les personnes dont l'activité est régie par les chapitres I^{er} à III du titre IV du

¹ L'article L. 519-5 du code monétaire et financier dispose que les intermédiaires en opérations de banque sont soumis aux dispositions des articles L. 341-1 à L. 341-6 relatives au démarchage concernant les opérations de banque, ainsi qu'aux sanctions pénales afférentes prévues par les articles L. 353-1 et L. 353-2.

livre III, c'est-à-dire les démarcheurs en opérations de banque, en valeurs mobilières et en opérations sur le marché à terme, **peuvent fournir des services d'investissement sans être soumis à la procédure d'agrément** pour les prestataires de services d'investissement, prévue à l'article L. 531-1.

La nouvelle rédaction proposée par le **II** du présent article pour le g) du 2° de l'article L. 531-2 du code monétaire et financier apporte une précision notable puisqu'elle dispose que les personnes habilitées à procéder au démarchage peuvent fournir des services d'investissement sans être soumis à la procédure d'agrément, **à la condition qu'elles soient mandatées par des personnes habilitées à fournir les mêmes services d'investissement**, conformément aux dispositions de l'article L. 341-4 proposées par l'article 39 du présent projet de loi.

Cette condition nouvelle est d'importance, car elle implique en particulier que les conseillers en investissements financiers ne peuvent démarcher des produits et services financiers que dès lors qu'ils ont été mandatés pour ce faire par un prestataire en services d'investissement. Sans un tel mandat, les conseillers financiers ne peuvent que démarcher pour des prestations de conseil.

III. LES INTERMÉDIAIRES EN BIENS DIVERS

L'article L. 550-1 du code monétaire et financier mentionne les personnes soumises à la législation sur les intermédiaires en biens divers. Ces personnes sont celles proposant directement ou indirectement à des tiers, par voie de publicité ou de démarchage, d'acquérir des biens divers¹, et celles qui recueillent des fonds à cette fin ou assurent la gestion desdits biens. Parmi les obligations auxquelles ces intermédiaires sont soumis, figurent la remise d'un document d'information sur l'opération proposée et son gestionnaire, l'inventaire annuel des biens gérés par le gestionnaire, et la production et le contrôle des comptes.

Le **III** du texte proposé par le présent article complète l'article L. 550-1 et dispose que **les intermédiaires en biens divers sont également soumis au nouveau régime du démarchage** lorsqu'ils ont recours à cette modalité de vente. Cette disposition ne figure pas dans le droit actuel mais est conforme aux dispositions du 4° de l'article L. 341-1 de ce même code (dans sa rédaction proposée à l'article 39 du projet de loi), qui vise les opérations sur biens divers parmi les opérations susceptibles de faire l'objet du démarchage.

¹ *C'est-à-dire de souscrire des rentes viagères ou d'acquérir des droits sur des biens mobiliers ou immobiliers lorsque les acquéreurs n'en assurent pas eux-mêmes la gestion ou lorsque le contrat offre une faculté de reprise ou d'échange et la revalorisation du capital investi.*

IV. LE CHAMP DE L'ACTIVITÉ DES ENTREPRISES D'ASSURANCE

L'article L. 322-2-2 du code des assurances dispose que les opérations autres que les opérations d'assurance mentionnées aux articles L. 310-1 et L. 310-1-1 du même code (notamment les opérations d'assurance-vie, d'assurance-maladie et d'assistance) et que le démarchage portant sur les opérations en valeurs mobilières mentionné à l'article L. 342-3 du code monétaire et financier, ne peuvent être effectuées par les entreprises d'assurances que si elles demeurent d'importance limitée par rapport à l'ensemble des activités de l'entreprise, selon des modalités fixées par un décret en Conseil d'Etat.

Cette disposition tend à limiter les activités « annexes » des entreprises régies par le code des assurances, qui ont prioritairement vocation à commercialiser des opérations d'assurance, lesquelles font l'objet de dispositions spécifiques et ne sont donc pas couvertes par le régime du démarchage proposé par l'article 39 du présent projet de loi.

La nouvelle rédaction proposée pour l'article L. 322-2-2 du code des assurances par le **IV** du présent article en actualise la formulation en ne faisant plus référence à l'article 3 de la loi n°72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance, mais aux opérations désormais visées par l'article L. 341-1 (ensemble des opérations susceptibles de faire l'objet de démarchage).

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

ARTICLE 42

Nouveau régime des conseillers en investissements financiers

Commentaire : le présent article a pour objet de créer un nouveau régime spécifique pour l'activité de conseiller en investissements financiers.

I. LE DROIT EXISTANT

Un des principaux apports du volet du présent projet de loi consacré au démarchage bancaire et financier est de créer un nouveau statut juridique pour l'activité de conseiller en investissements financiers (CIF), qui n'est aujourd'hui régie par aucun texte.

Les CIF font rarement l'objet d'un régime particulier chez nos principaux partenaires. L'exemple du Royaume-Uni constitue cependant un cas d'analyse intéressant, car il révèle un dispositif très détaillé, mis en place après que de nombreuses « affaires » eurent été mises à jour. Il révèle également les failles de ce système, qui a été très récemment modifié.

Le conseil en investissements financiers au Royaume-Uni

1 – Les différents acteurs

L'essentiel de la distribution de produits financiers au Royaume-Uni passe par la « vente conseillée », malgré un développement récent, notamment via internet, de la vente (exécution) seule. Toute personne qui fournit un service de conseil en matière financière au Royaume-Uni doit être autorisée et enregistrée par la *Financial Services Authority (FSA)*¹. Le système a reposé jusqu'au début de cette année sur le principe dit de la « polarisation », qui divise les conseillers financiers en deux grandes catégories :

- les **conseillers liés** (*tied advisers*) qui ne peuvent conseiller et vendre que les produits d'une seule société spécifique, cette dernière supportant la responsabilité du conseil donné. Ces conseillers se divisent en forces de vente directes (*direct sales forces*, employés du

¹ Avant que la FSA ne récupère directement les pouvoirs de les gérer (novembre 2001), le statut des conseillers financiers était celui de PIA, Personal Investment Adviser, qu'ils soient indépendants ou liés, gérés par la Personal Investment Authority.

fournisseur du produit¹), « bancassureurs » (*bancassurers*) et agents liés (*tied agents*, individus ou sociétés qui sont légalement distincts du fournisseur de produits mais ont un arrangement exclusif avec ce dernier pour vendre ses produits²);

- les **conseillers indépendants** (*independent financial advisers ou IFAs*), qui peuvent recommander les produits de n'importe quelle société, ne représentent pas un fournisseur de produits particulier et sont responsables de leur propre conseil. Ils se répartissent entre grandes sociétés nationales d'IFAs, entreprises régionales, entreprises locales et réseaux de conseillers financiers indépendants.

Le secteur des IFA est très fragmenté. Le nombre de conseillers indépendants actifs s'élèverait à 36 000, travaillant pour le compte de 11 000 entreprises de conseil¹. 37 % des IFAs travaillent en tant que praticien unique. Cette fragmentation s'accompagne toutefois d'un fort développement des réseaux : environ la moitié des IFAs personnes physiques seraient désormais membres d'un réseau.

Ces dernières années ont été marquées par une forte croissance du passage par des conseillers financiers indépendants (en 2000, ils représentaient plus de la moitié des ventes de produits financiers en valeur). Leur clientèle est plus particulièrement concentrée sur les riches particuliers, les personnes les plus modestes passant plutôt par les *direct sales forces*, dont le déclin pose de ce fait un problème d'accès au conseil financier pour les moins favorisés.

2 - Le régime des conseillers en investissements financiers

➤ *Autorisation et enregistrement*

Les conseillers en investissements financiers, indépendants ou liés, personnes physiques ou morales, **doivent être autorisés par la FSA**. Les conditions générales sont les mêmes que pour toute personne soumise à l'autorisation de la FSA et portent notamment sur le *fit and proper test*, la formation et la compétence (la FSA impose certains examens, qui sont toutefois en cours de réexamen du fait de leurs insuffisances), la solidité du plan d'affaires et la solvabilité financière.

Les sociétés de conseillers en investissements financiers doivent souscrire une **assurance** professionnelle pour un montant égal à au moins trois fois leur chiffre d'affaires annuel. La FSA revoit actuellement ces dispositions et envisagerait de les assouplir en allégeant les exigences dans les cas les moins risqués.

La FSA tient le **registre public** (consultable notamment sur son site internet) des conseillers en investissements financiers (sociétés et personnes physiques). Elle publie également une liste des individus et sociétés interdits d'activité.

➤ *Règles de bonne conduite*

¹ Leur nombre cumulé est passé de 190.000 à 37.000 (dont environ 12.500 pour les banques et 20.000 pour les compagnies d'assurance) entre 1991 et 2000. Même si ces chiffres sont à prendre avec précaution – notamment parce que, dans les premières années, les entreprises enregistraient beaucoup d'employés même si ces derniers n'étaient pas à plein temps, voire pas du tout, engagés dans des activités de conseil aux clients - la réduction est massive et touche notamment les compagnies d'assurance. Beaucoup d'employés se sont par la suite installés comme IFAs.

² Leur nombre serait d'environ 8.500.

L'activité des conseillers en investissements financiers, qu'ils soient indépendants ou non, est soumise à des règles de conduite édictées par la FSA. Les deux principes fondamentaux sont, d'une part, « connaître son client » et, d'autre part, « donner un conseil adéquat ».

La règle « **connaître son client** » passe par une collecte d'informations sur le client, appelée *fact finding*. Toutefois, c'est à chaque conseiller ou société de conseil de définir le niveau de détail des informations requises et le moyen de les obtenir. Les interprétations sont très variées : une enquête de la FSA montre que le document récapitulatif des informations nécessaires, appelé *fact find*, comporte entre six et trente pages selon les conseillers.

La règle du « **conseil adéquat** » (ou approprié) oblige le conseiller à ne recommander au client qu'un investissement qui corresponde à sa situation telle qu'elle transparaît dans le *fact find*. L'interprétation de la notion d'« adéquation » (*suitability*) varie elle aussi. Toutefois, le but de ce principe est d'éviter les *mis-selling*, dont la notion a été largement cernée dans le cadre des scandales financiers ayant éclaté ces dernières années.

Des règles de conduite détaillées ont été édictées spécifiquement pour l'activité de conseil et de vente. Elles comprennent notamment :

- le principe de la **polarisation**, avec notamment l'interdiction pour un conseiller lié de fournir des conseils sur un produit autre que ceux de l'établissement dont il dépend (ce dernier porte la responsabilité du respect de cette règle par ses conseillers) et l'obligation pour tout conseiller d'indiquer clairement, dès le début du contact avec le client, s'il est lié ou indépendant ;

- des précisions sur les règles « connaître son client » et « donner un conseil adéquat » (accompagnées de *guidances*) ;

- une obligation d'information sur la société concernée (nom, adresse) et l'identité, le statut ou les liens avec la société des personnes avec lesquelles le client pourra être en contact, ainsi que sur le fait que la société et les personnes concernées sont autorisées par la FSA ;

- une obligation d'information sur les frais, rémunérations et commissions ;

- une obligation d'information sur les caractéristiques du produit, par écrit (document appelé *key features*) ;

- l'obligation de s'assurer que le client a bien compris la nature du risque liée à l'investissement conseillé avec, dans certains cas (par exemple pour les produits dérivés), l'obligation de fournir au client une notice d'information sur ce risque, dont le client doit accuser réception par écrit ;

- une obligation d'information sur les éventuels délais de rétractation, lorsqu'ils existent (ce n'est le cas que pour certains produits financiers et uniquement dans certains cas).

Comme pour toute activité financière, les consommateurs bénéficient, en matière de conseil en investissements financiers, de mécanismes de recours, notamment le *Financial Ombudsman Service* ou devant les tribunaux, soit à l'encontre du conseiller si celui-ci est indépendant, soit à l'encontre du fournisseur de produit auquel le conseiller est lié.

¹ Le nombre de personnes physiques enregistrées comme IFA a fortement progressé ces dernières années (+ 43 % entre 1998 et 2001).

➤ *Rémunération*

Qu'ils soient liés ou indépendants, les conseillers en investissements financiers sont dans la plupart des cas rémunérés sur la base de **commissions**, c'est-à-dire un paiement versé uniquement en cas de vente d'un produit, par le fournisseur du produit vendu et généralement en proportion du montant de l'investissement¹.

Ce système pose un certain nombre de **problèmes**, malgré l'obligation d'information sur la rémunération, notamment parce que :

- les clients ont l'impression que le conseil est gratuit, alors qu'il est directement à la charge du client via les frais prélevés par le fournisseur ;

- le conseil peut être biaisé, selon l'importance des commissions, en faveur de tel ou tel produit ou de tel ou tel fournisseur, notamment dans le cas des conseillers indépendants².

Selon une enquête détaillée réalisée à la demande de la FSA, les consommateurs estiment, d'une manière générale, que le paiement d'honoraires est préférable à une rémunération par commission pour l'objectivité et l'indépendance du conseil, mais il apparaît également que ces honoraires sont généralement considérés comme trop élevés.

La question des rémunérations et du biais qu'elles peuvent introduire est particulièrement sensible et sous-tend la réflexion sur le principe de la polarisation.

3 – Les évolutions récentes

Suite à son document de consultation sur la question du régime de polarisation qui divise les conseillers financiers en deux grandes catégories (les conseillers liés et les conseillers indépendants), la FSA a annoncé le 21 novembre dernier sa **décision de supprimer ce régime**.

Par conséquent, les conseillers financiers liés à un seul fournisseur de produits financiers pourront offrir à leurs clients un choix plus vaste.

Les conseillers financiers qui voudront conserver la qualification d'« indépendants » pourront le faire à condition qu'ils prennent en compte, dans leurs conseils, l'ensemble des produits du marché et qu'ils offrent à leurs clients l'option de les payer par commission.

Les épargnants devront désormais être capables de comprendre la nature exacte du conseil qui leur est donné et des services fournis par les sociétés avec lesquelles ils traitent. Pour cela, un nouveau document d'information préalable sera mis en place.

¹ Selon une étude de la FSA, 10 % seulement des revenus du secteur des conseillers financiers proviennent d'honoraires. Ce mode de rémunération est presque totalement inexistant dans le cas des conseillers liés, qui reçoivent par ailleurs généralement un salaire de base auquel s'ajoutent les commissions liées aux ventes.

² Selon cette même étude de la FSA, 15 % des consommateurs se sont vus conseiller un produit considéré comme non adapté par un panel indépendant mais qui rapportait une commission plus élevée au conseiller. Les pertes pour les consommateurs liées à ce biais, qui entraîne le paiement de frais supplémentaires, se chiffrent à 140 millions de livres par an.

Parallèlement, la règle qui interdisait à un conseiller financier indépendant de recommander un produit d'un fournisseur détenant plus de 10 % de son capital va également être supprimée afin de permettre aux firmes de conseillers financiers indépendants d'attirer des investisseurs pour renforcer leur situation financière. Des mesures de sauvegarde, pour éviter que de tels investissements ne remettent en question l'indépendance du conseiller, seront mises en place.

Les représentants désignés par un fournisseur pour commercialiser ses produits continueront à ne pouvoir être liés qu'à un seul fournisseur, afin de préserver une claire ligne de responsabilité.

La FSA a procédé à une consultation sur des projets de règles, et les décisions sont effectives depuis janvier 2003. La mise en œuvre du nouveau régime a été précédée d'une vaste campagne d'information du public afin que les épargnants soient bien conscients de l'impact des changements.

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le nouveau statut des CIF est décliné en plusieurs types de dispositions : une définition de la profession, des conditions préalables d'exercice pénales et civiles (ces dernières étant pour la plupart définies par décret), une certaine autorégulation de la profession, dont la cohérence est toutefois assurée par l'Autorité des marchés financiers (AMF), une procédure d'enregistrement indirect auprès de l'AMF, et des prescriptions générales tenant à la déontologie de la pratique du conseil.

Ces dispositions sont proches de celles qui encadrent le nouveau statut des démarcheurs, mais s'en distinguent néanmoins par une souplesse plus prononcée, qui traduit une **confiance dans les capacités endogènes d'amélioration de la profession**.

Le statut des CIF est fondamentalement lié à la problématique du démarchage, dans la mesure où les CIF font partie des personnes habilitées à y recourir, ainsi que le dispose le 3° de l'article L. 341-3 du code monétaire et financier, dans sa rédaction proposée par l'article 39 du présent projet de loi. Toutefois le CIF et le démarchage répondent théoriquement à des **logiques quasiment inverses**, puisque le démarcheur détient un mandat pour solliciter un client potentiel, alors que le conseiller financier *stricto sensu* peut être mandaté par le client pour lui fournir des recommandations et une aide à la décision, et entretient avec son ou ses fournisseurs de produits une relation

contractuelle et non de mandant à mandataire¹. **Dans les faits, toutefois, la frontière entre les deux activités est souvent poreuse**, dans la mesure où elles concernent généralement des opérations et services communs ; une prestation de conseil peut ainsi assez naturellement aboutir à une offre de produits financiers relevant du démarchage. Néanmoins, ces deux activités doivent faire l'objet de déclarations séparées auprès de l'AMF (directement pour l'activité de démarchage, et indirectement, par l'intermédiaire d'une association agréée, pour l'activité de conseil), de telle sorte **qu'il n'existe pas de statut unique du conseiller-démarcheur**, qui aurait pu engendrer une certaine confusion auprès des épargnants².

Le nouveau statut spécifique portant sur le conseil a donc notamment pour objectif de clarifier les frontières juridiques entre les deux activités, tout en consacrant explicitement la profession de CIF. Une telle reconnaissance, qui suppose un encadrement, semblait en effet nécessaire, tant cette activité est aujourd'hui exercée par de multiples professionnels et indépendants³ aux contours mal définis et présentant des garanties parfois aléatoires. Si la plupart des professionnels exercent leur activité avec sérieux et compétence, la profession de CIF est cependant en partie décrédibilisée par une minorité de conseillers plus ou moins improvisés, parfois dénués de scrupules et habillant sous le vocable attractif de « conseil » des compétences improbables ou des intentions commerciales abusives, quand ce n'est plus abruptement d'escroquerie ou d'abus de faiblesse. Le présent article présente donc un double intérêt :

- **pour les épargnants**, qui pourront désormais mieux identifier leurs interlocuteurs et évaluer leur professionnalisme. Les petits épargnants et sociétés de taille et d'effectifs réduits sont les « cibles » favorites des conseillers financiers et se laissent parfois séduire par une forte sociabilité et des compétences supposées mais non certifiées ;

- **pour les CIF eux-mêmes**, qui aspirent légitimement à ce que leur profession soit mieux reconnue et à extraire d'un cadre mieux réglementé les pseudo-conseillers qui nuisent à l'image de l'ensemble du secteur.

Ce statut apparaît également nécessaire au regard des **évolutions de la réglementation communautaire**. Le projet de rénovation de la directive sur les services d'investissement, présenté par la Commission le 19 novembre 2002, prévoit ainsi de faire du conseil en investissement une **activité de base** (et non plus une activité auxiliaire), et donc susceptible de bénéficier d'un

¹ Il s'agit de la situation actuelle. Le nouveau régime du démarchage prévoit que les CIF doivent être mandatés par un prestataire de services d'investissement pour pouvoir proposer la vente de services et instruments financiers.

² Ce point est détaillé dans le A. ci-après.

³ Les conseillers financiers sont considérés comme « indépendants » lorsqu'ils n'ont pas de liens capitalistiques avec un établissement promoteur. Néanmoins leurs liens contractuels peuvent être de nature à atténuer la portée de cette indépendance.

« passeport » entre les Etats membres, c'est-à-dire de conditions d'agrément homogènes. Les présentes dispositions tendent ainsi à anticiper les prochaines règles communautaires, qui devraient prévoir des conditions minimales d'exercice, en particulier celles relatives aux principes déontologiques, à la gestion des conflits d'intérêt, et à l'obligation d'assurance en responsabilité civile professionnelle.

Le présent article propose d'insérer un nouveau chapitre premier intitulé « les conseillers en investissements financiers » dans le titre IV (« les sociétés de gestion collective ») du livre V (« les prestataires de services ») du code monétaire et financier.

A. LA DÉFINITION ET LES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA PROFESSION

1. Une définition dont le champ est vaste mais le critère d'entrée unique

Dans le dispositif proposé, la définition de l'activité de CIF figure à l'article L. 541-1 nouveau du code monétaire et financier. Le **I** de cet article dispose en premier lieu que « *les conseillers en investissements financiers sont les personnes exerçant à titre de profession habituelle une activité de conseil* ». Les deux éléments importants de cette première partie de définition sont :

- **le caractère habituel**: cela signifie *a contrario* que les professionnels exerçant une activité de conseil à titre accessoire, tels que certaines professions juridiques (notamment visées dans le **II** du même article), ne sont pas concernés par le statut de CIF ;

- **le conseil** : bien que ce terme revête une signification relativement floue¹, il implique clairement que le statut de CIF ne porte pas sur des activités telles que la gestion ou le démarchage, quand bien même elles seraient exercées par la même personne.

Le texte proposé pour l'article L. 541-1 énumère ensuite les domaines étendus sur lesquels porte l'activité de conseil :

- **la réalisation d'opérations sur les instruments financiers** définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier (actions et autres titres

¹ *L'activité de conseil peut néanmoins être assimilée à la formulation de recommandations et avis sur ce qu'il convient de faire, ou à la fourniture d'une prestation intellectuelle tendant à formuler des orientations, un choix d'actions et une aide à la décision sur diverses opérations. Le conseil consiste donc à donner une opinion de nature à influencer un comportement, une réflexion ou une action.*

donnant accès au capital et aux droits de vote, titres de créance, OPCVM, instruments financiers à terme et tous instruments financiers équivalents émis sur le fondement de droits étrangers) ;

- **la réalisation d'opérations de banque ou d'opérations connexes** respectivement définies aux articles L. 311-1 et L. 311-2 du même code. Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement. Les opérations qui leur sont connexes sont les opérations de change, les opérations sur or, métaux précieux et pièces, le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine, l'ingénierie financière, le conseil en gestion financière, les transactions et la gestion portant sur les valeurs mobilières et produits financiers, et les opérations de crédit-bail ;

- **la fourniture de services d'investissement ou de services connexes**, respectivement définis aux articles L. 321-1 et L. 321-2 du même code. Les services d'investissement portent sur les instruments financiers précédemment énumérés et comprennent la réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers, l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, la prise ferme et le placement. Les services connexes sont également variés et comprennent la conservation ou l'administration d'instruments financiers ; le conseil en gestion de patrimoine (qui est donc visé à deux reprises), le conseil en stratégie financière et industrielle aux entreprises, les services liés à la prise ferme, les services de change liés à la fourniture de services d'investissement et la location de coffres-forts ;

- **la réalisation d'opérations sur biens divers**, qui sont d'après les termes de l'article L. 550-1 du code monétaire et financier les souscriptions de rentes viagères et acquisitions de droits sur des biens immobiliers ou mobiliers lorsque les acquéreurs n'en assurent pas eux-mêmes la gestion.

Le conseil porte donc sur les mêmes opérations que celles visées dans le régime du démarchage. Il convient néanmoins d'insister sur le fait que ce statut de CIF doit être distingué des statuts de démarcheur et de gérant de portefeuille. La fonction de CIF réside exclusivement dans une fonction de conseil, à l'exclusion de toute proposition de signature de contrat de vente d'un produit financier. Ainsi, dès lors qu'un CIF souhaite se livrer à une activité de démarchage, il devient régi par les nouvelles dispositions relatives à cette activité et doit être enregistré auprès de l'AMF en qualité de démarcheur. De même, un CIF qui souhaite effectuer de la gestion de portefeuille doit impérativement recueillir les agréments requis pour tout gérant de portefeuille¹. **La qualité de CIF n'emporte donc pas celle de**

¹ La gestion de portefeuille est un service d'investissement prévu par l'article L. 321-1 du code monétaire et financier, dont les prestataires sont les établissements de crédit et entreprises

démarcheur ou de gérant de portefeuille, les trois activités peuvent être exercées par une seule et même personne mais doivent bénéficier de trois déclarations ou agréments distincts.

Le **conseil en gestion de patrimoine** (CGP), dont le champ est assez proche du conseil en investissements financiers et qui y est parfois tacitement assimilé dans les appellations de la profession, est implicitement inclus dans les secteurs d'activités des CIF. Il ne fait pas l'objet d'un statut spécifique et est donc soumis aux règles applicables à l'ensemble des prestations de conseil. Le contenu de cette activité mériterait sans doute d'être précisé dans la législation, dans la mesure où le « conseil en gestion de patrimoine » constitue une formulation plus générique et moins précise que les autres opérations et services visés dans les articles précédemment mentionnés, et qui font également l'objet d'autres articles du code. De fait, une certaine ambiguïté persiste sur les périmètres respectifs des conseils en investissement financier et en gestion de patrimoine, car de même que les CIF peuvent exercer notamment une activité de CGP, le CGP peut être fourni par d'autres personnes que les CIF, compte tenu des nombreux types de prestations qu'il comporte (financier, juridique et fiscal, immobilier, économique). Ces deux activités comprennent donc des prestations et acteurs communs, mais ne se confondent pas et ne font pas l'objet d'une « hiérarchie » implicite.

2. Les professions explicitement exclues du statut

Le **II** du texte proposé pour l'article L. 541-1 ne soumet pas au statut du CIF :

- les établissements de crédit, les organismes publics mentionnés à l'article L. 518-1, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance ;

- « *les professionnels soumis à une réglementation spécifique qui exercent une activité de conseil en investissements financiers dans les limites de cette réglementation* ». **Cette disposition vise notamment les notaires et professions juridiques**, qui peuvent à titre uniquement accessoire exercer une activité de conseil financier mais ne sont donc pas soumis au statut des CIF.

De manière inverse, le **III** du texte proposé pour l'article L. 541-1 prévoit que les conseillers financiers « *ne peuvent à titre habituel et rémunéré donner de consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui que dans les conditions et limites des articles 54, 55 et 60 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions*

d'investissement, et font l'objet d'un agrément délivré par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

judiciaires et juridiques ». Ces articles prévoient notamment que ces prestations juridiques sont soumises à diverses conditions :

- un diplôme (licence ou droit) ou à défaut une « *compétence juridique appropriée¹ à la consultation et à la rédaction d'actes* » (article 54 de la loi du 31 décembre 1971) qui est réputée, et résulte d'une réglementation ou d'un agrément donné pour la pratique du droit à titre accessoire ;

- des conditions d'honorabilité (absence de certaines sanctions pénales, disciplinaires, administratives et civiles) ;

- des conditions financières (article 55 de la loi précitée) telles que la couverture par une assurance souscrite personnellement ou collectivement et garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle encourue au titre de cette activité juridique, et une garantie financière résultant d'un engagement de caution pris par une entreprise d'assurance ou un établissement de crédit ;

- le respect du secret professionnel et la prévention des conflits d'intérêt ;

- enfin, l'article 60 de la loi précitée dispose que « *les personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée pour laquelle elles justifient d'une qualification reconnue par l'Etat ou attestée par un organisme public ou un organisme professionnel agréé peuvent, dans les limites de cette qualification, donner des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité* ». Cette disposition concerne notamment les CIF, dont l'activité est désormais attestée par des associations professionnelles agréées et indirectement par l'AMF.

Aussi l'éventuelle activité juridique des CIF, qui peut être rémunérée et habituelle dès lors qu'elle constitue une conséquence nécessaire de leur activité de conseil, est-elle strictement encadrée et disjointe des professions juridiques réglementées.

3. Des conditions d'exercice nombreuses mais devant être précisées

Le statut des CIF proposé par le présent article **prévoit de nouvelles conditions d'activité, qui n'existent pas à l'heure actuelle, relevant de dispositions analogues à celles d'autres professions réglementées**, telles que les professions juridiques et désormais les démarcheurs :

¹ Un certain nombre de professionnels sont réputés détenir cette compétence de rédaction et de consultation (articles 56 et 58 de la loi n°71-1130), en particulier les avocats, notaires, huissiers, commissaires-priseurs, administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et juristes d'entreprise.

- la rédaction proposée pour l'article L. 541-2 du code monétaire et financier dispose que les CIF personnes physiques, ainsi que les personnes physiques qui gèrent ou administrent des personnes morales habilitées en tant que CIF **doivent remplir des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence professionnelle fixées par décret**. Ces conditions pourront être inspirées de celles qui prévalent pour les courtiers et agents d'assurance (en particulier les conditions de diplôme et d'expérience professionnelle qui sont très précisément mentionnées à l'article R. 513-1 du code des assurances¹), mais devront être également définies en fonction des spécificités de chaque profession concernée. Les conditions d'honorabilité sont en partie prévues par l'article L. 541-7 relatif aux conditions pénales d'exercice, dans sa rédaction proposée par le présent article.

- de même que l'article L. 341-5, dans sa rédaction proposée à l'article 39, le prévoit pour les démarcheurs, le texte proposé pour l'article L. 541-3 dispose que tout CIF « *doit être en mesure de justifier à tout moment de l'existence d'un contrat d'assurance le couvrant contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle* ». Le niveau minimal de ces garanties est fixé par décret et est fonction de la forme juridique sous laquelle l'activité de conseil est exercée, et des produits et services susceptibles d'être conseillés ;

- le texte proposé pour l'article L. 541-7 mentionne également **les mêmes garanties pénales que celles prévues pour les démarcheurs** par l'article L. 341-9. Ces conditions tiennent à **l'absence de condamnation définitive depuis au moins dix ans pour des peines** n'ayant pas exclusivement trait à des infractions financières, puisque le I de l'article L. 541-7 précité vise les condamnations définitives pour crime et à une peine

¹ « Les courtiers d'assurances, les agents généraux d'assurances et les associés ou tiers mentionnés au 1° et au 2° de l'article R.511-2 doivent justifier préalablement à leur entrée en fonctions :

« a) Soit de la possession d'un diplôme mentionné sur une liste fixée par arrêté pris par le ministre de l'économie, des finances et du budget, le ministre de l'agriculture, le ministre de l'éducation nationale et le ministre de la formation professionnelle, ainsi que de l'accomplissement d'un stage professionnel ;

« b) Soit de l'exercice à temps complet, pendant deux ans au moins, dans les services intérieurs ou extérieurs d'une entreprise mentionnée à l'article L. 310-1, d'un courtier ou d'une société de courtage d'assurances d'une personne physique ou société titulaire d'un mandat d'agent général d'assurances ou d'un agent d'assurances ou d'une société mentionnés au dernier alinéa du présent article, de fonctions relatives à la production ou à l'application de contrats d'assurance ou de capitalisation ainsi que de l'accomplissement d'un stage professionnel soit de l'exercice à temps complet pendant un an au moins, en qualité de cadre ou de dirigeant, dans ces mêmes entreprises.

« c) Soit de l'exercice, pendant deux ans au moins, en qualité de cadre ou de chef d'entreprise, de fonctions de responsabilité dans une entreprise industrielle ou commerciale, ainsi que de l'accomplissement d'un stage professionnel ;

« d) Soit de l'accomplissement d'un stage professionnel. Dans ce cas, il est vérifié au début du stage que les candidats ont un niveau suffisant de connaissances générales. Les résultats du contrôle de ces connaissances doivent être annexés au livret de stage mentionné à l'article R. 5145. »

d'emprisonnement sans sursis d'au moins trois mois pour divers délits et infractions, parmi lesquels :

Le blanchiment, l'escroquerie et l'abus de confiance, le recel, la corruption passive ou active, le trafic de stupéfiants, le proxénétisme, la banqueroute, la fraude fiscale, les infractions relatives aux chèques et cartes de paiement mentionnées aux articles L. 163-2 à L. 163-4 et L. 163-7 du code monétaire et financier, l'abus de faiblesse (articles L. 122-8 à L. 122-10 du code de la consommation), la falsification, la tromperie et les délits connexes (articles L. 213-1 à L. 213-5 du code de la consommation), le délit d'initié et l'entrave au fonctionnement régulier d'un marché financier (articles L. 465-1 et L. 465-2 du code monétaire et financier), les infractions relatives aux placements collectifs, les infractions relatives à l'appel public à l'épargne, aux marchés réglementés, aux négociations sur instruments financiers et aux entreprises de marché et chambres de compensation (chapitres Ier à IV du titre VI du livre IV du code monétaire et financier), et les infractions relatives au secteur bancaire, aux prestataires de services d'investissement, aux change manuel et au blanchiment de capitaux (titre VII du livre V du code monétaire et financier). La dernière condition tient à l'absence de condamnation depuis dix ans à la destitution des fonctions d'officier public ou ministériel.

Le II du même article dispose **qu'en cas de condamnation à une de ces peines, les CIF concernés doivent cesser leur activité dans un délai d'un mois** à compter de la date de décision définitive de justice. Le III du même article traite en outre les **cas de condamnation par une juridiction étrangère** : ainsi lorsqu'une telle condamnation est passée en force de chose jugée pour une infraction constituant, selon la loi française, un crime ou l'un des délits mentionnés supra, le tribunal correctionnel du domicile du condamné prononce l'interdiction d'exercice de l'activité de démarchage. Cette incapacité s'applique également à toute personne ayant fait l'objet d'une faillite personnelle prononcée par une juridiction étrangère.

B. UNE AUTOREGULATION ENCADREE PAR L'AMF

L'architecture du contrôle de la profession de CIF diffère quelque peu de celle de l'activité de démarcheur car elle ne repose ni sur une chaîne de mandats ni sur le principe d'une carte d'emploi. Elle privilégie l'autorégulation, dans la mesure où l'agrément de l'AMF ne porte pas directement sur les démarcheurs personnes physiques mais sur les associations professionnelles auxquelles ils doivent adhérer.

1. Le rôle des associations agréées

Le dispositif proposé pour l'article L. 541-4 du code monétaire et financier dispose que chaque CIF doit adhérer à une **association professionnelle** chargée de la représentation collective et de la défense des droits et intérêts de ses membres. Ces associations font l'objet d'une reconnaissance officielle puisqu'elles doivent recevoir **l'agrément de l'AMF**,

en fonction notamment de leur représentativité et de leur aptitude à remplir leurs missions. Ces deux derniers critères semblent relativement imprécis :

- concernant la **représentativité** des associations, elle ne pourra pas être uniquement jugée à l'aune de leurs effectifs, et devra sûrement comporter une appréciation discrétionnaire puisque le nombre total de CIF exerçant actuellement en France n'est pas connu avec précision, et varie selon les conceptions de 2.000 (pour les acteurs considérés comme « stables ») à 10.000 individus. Il existe notamment une « Chambre des indépendants du patrimoine », qui revendique 1.200 membres et les astreint à une formation continue dans une logique de filtre. D'autres associations existantes sont l'Association nationale des conseils diplômés en gestion du patrimoine et la Chambre nationale des conseils et experts financiers ;

- **l'aptitude de ces associations représentatives à exercer leurs missions** devra également être précisément évaluée par l'AMF, par exemple au moyen d'un **audit approfondi** portant sur le nombre et le rôle des permanents, le contenu et la présentation du site internet (qui peut être un indice concordant de professionnalisme), les formations dispensées et les obligations en la matière, le contrôle que ces associations opèrent sur les moyens techniques et humains de leurs membres (le conseil financier requiert en effet de disposer d'une certaine logistique et d'un accès étendu à l'information sur les produits et marchés financiers) et les procédures d'admission et d'exclusion. Il serait également utile que l'AMF rappelle précisément dans son règlement général que les CIF doivent obtenir un agrément spécifique pour exercer des activités de gestion et de démarchage.

Une garantie forte de régulation du système est en outre apportée par le fait que les conditions de compétence et le code de bonne conduite des membres de ces associations doivent être soumis à l'AMF et approuvés par elle.

Cette nouvelle architecture préserve donc à la fois une certaine souplesse et des garanties de bonne pratique professionnelle. L'obligation d'affiliation est susceptible de mettre fin à une situation que d'aucuns qualifient aujourd'hui de « no man's land » préjudiciable à la sécurité des épargnants, et de « rapatrier » dans les effectifs des associations ceux des nombreux conseillers « indépendants » qui ne sont aujourd'hui adhérents d'aucune association et exercent leur activité librement, sans garantie de professionnalisme pour les épargnants. En ce qui concerne les CIF qui sont actuellement adhérents d'une association, il est vraisemblable que la plupart d'entre eux présentent de meilleures garanties, mais ne bénéficient que ponctuellement de formations, lignes de conduite et recommandations de ces organismes, sans que leurs prestations n'aient fait l'objet d'un quelconque contrôle ou d'une certification par une autorité publique. La situation actuelle suppose donc de s'en remettre à la rigueur escomptée d'associations professionnelles.

Au total, le choix de l'autorégulation encadrée a pu susciter des critiques parfois légitimes, mais il a le mérite de ne pas imposer des contraintes réglementaires excessives et de maintenir une certaine **confiance** dans la responsabilisation des acteurs, et au premier chef des associations représentatives. **Si des dysfonctionnements et manquements importants venaient à se manifester à moyen terme, il sera toujours temps de modifier le régime des CIF dans le sens d'une tutelle plus prononcée**, se traduisant par exemple par une procédure d'agrément et d'enregistrement direct des conseillers auprès de l'AMF.

2. Les procédures d'enregistrement indirect des CIF

Le texte proposé pour l'article L. 541-5 dispose que tout CIF doit, après vérification qu'il remplit les conditions posées aux articles L. 541-2 et L. 541-4 en matière d'assurance et d'affiliation, être **enregistré sur une liste tenue et mise à jour par chaque association agréée**, selon des modalités fixées par un décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Ces listes sont transmises à l'Autorité des marchés financiers – sans qu'il soit fait mention d'obligation particulière en termes de régularité – qui en assure le libre accès au public.

De même que pour le régime des démarcheurs, la question de l'établissement d'un fichier des CIF interdits d'activité peut être posée. Un tel fichier est d'ailleurs alimenté et publié par la FSA en Grande-Bretagne.

Dans le dispositif proposé, les CIF se voient attribuer un **numéro d'enregistrement**, au même titre que les démarcheurs. A la différence de ces derniers, ce numéro n'est pas délivré par l'AMF mais par les associations agréées, conformément aux modalités précitées d'enregistrement. Ce numéro doit être communiqué à toute personne entrant en contact avec le CIF et figurer sur tous ses documents, en vue d'assurer le client de la réalité de son affiliation.

Une précision s'impose sur **la compatibilité de ces dispositions avec la procédure d'agrément actuellement envisagée dans le cadre de la refonte de la directive européenne sur les services d'investissement**. Le projet de directive pose en effet le principe que le conseil en investissements financiers constitue une activité connexe des services d'investissement, et que les CIF soient agréés directement en tant que tels par les autorités de régulation, ce qui n'est pas le cas dans le dispositif proposé. Cependant, il est également envisagé dans ce projet que les autorités compétentes soient habilitées à déléguer leurs fonctions d'agrément et de contrôle des CIF à des organismes auto réglementés dûment constitués et dotés de ressources suffisantes.

C. DES RÈGLES GÉNÉRALES DE BONNE PRATIQUE AUX CONSÉQUENCES IMPORTANTES

Dans le dispositif proposé par le présent article pour l'article L. 541-4 du code monétaire et financier, les associations agréées doivent faire approuver par l'AMF les conditions de compétence et le code de bonne conduite qu'elles soumettent à leurs membres. Ce code doit respecter un ensemble de prescriptions centrales fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers¹, et dont les principes généraux sont exposés par le même article et sont autant de garanties destinées à prévenir de tout amateurisme ou improvisation :

- « *se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients* ». Cette prescription implique que le CIF fasse preuve d'honnêteté, connaisse les objectifs et souhaits de ses clients et respecte un principe d'équilibre dans ses relations, sans tentative d'intimidation ni de contrainte. L'équité suppose qu'ils formulent l'offre la mieux adaptée à la situation financière et patrimoniale de leurs clients ;

- « *exercer leur activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de leurs clients* ». Cette prescription emporte une obligation de rigueur, de professionnalisme et de technicité dans la recherche des informations et la formulation des propositions soumises aux clients ;

- « *être dotés des ressources et procédures nécessaires pour mener à bien leurs activités et mettre en oeuvre ces ressources et procédures avec un souci d'efficacité* ». La première partie de cette disposition a trait à l'efficacité, c'est-à-dire à la mobilisation exhaustive de moyens adéquats et opérationnels, et doit inciter les associations professionnelles à contrôler ces moyens et procédures, notamment par la présence d'un manuel, une répartition claire des tâches, des moyens technologiques suffisants, la protection des données ou des règles de prévention des conflits d'intérêt ;

- « *s'enquérir, avant de formuler un conseil, de la situation financière de leurs clients, de leur expérience et de leurs objectifs en matière d'investissements* ». Cette obligation est similaire à celle qui prévaut pour les démarcheurs en application des dispositions de l'article L. 341-11 du code monétaire et financier, introduit par l'article 39 du présent projet de loi, et

¹ L'article 8 du présent projet de loi dispose également, pour le III de l'article L. 621-7 du code monétaire et financier, que le règlement général de l'AMF détermine notamment les règles de bonne conduite et les obligations professionnelles que doivent respecter les personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9, parmi lesquelles figurent les démarcheurs et les CIF. Ces règles et obligations doivent tenir compte de la compétence financière de la personne à laquelle le service est rendu, ce qui implique de distinguer plusieurs cas, selon que l'investisseur est par exemple un particulier ou, dans le cas du conseil, un investisseur qualifié.

implique que le conseiller prenne l'initiative de cerner la situation et les motivations financières de son client.

A cet égard, on pourrait concevoir le principe d'une « **lettre de mission** », qui ne serait pas un contrat mais un document sollicité par le conseiller et rédigé par le client, qui inciterait ce dernier à préciser ses attentes sur les modalités de l'offre de conseil, notamment sa durée, son « spectre » de prestations (s'agit-il par exemple d'un conseil ponctuel et précis portant sur un actif particulier, ou d'une mission plus large tenant à l'allocation globale des actifs d'un patrimoine ?) ou les objectifs attendus (tels que l'arbitrage entre rendement et risque). S'il ne paraît pas opportun d'introduire cet instrument par voie législative, il serait sans doute souhaitable qu'il figure dans les prescriptions fixées par le règlement général de l'AMF ;

- « *communiquer, d'une manière appropriée, les informations utiles à la prise de décisions par leurs clients ainsi que celles concernant les modalités de leur rémunération, notamment la tarification de leurs prestations* ». Ces « informations utiles » comportent par exemple les modalités afférentes aux clauses contractuelles, les éventuelles perspectives de rendement et de risque induites par l'offre (par exemple s'il s'agit d'un conseil en allocations d'actifs) ou les frais et honoraires perçus par le conseiller.

Par ailleurs, le dispositif proposé par le présent article pour l'article L. 541-6 du code monétaire et financier dispose que le CIF ne peut recevoir de ses clients des fonds autres que ceux destinés à rémunérer son activité de conseil. Il s'agit là d'une prescription traditionnelle.

Le projet de loi ne prévoit aucune disposition relative aux relations entre un CIF et son ou ses établissements promoteurs. Dans la mesure cependant où cette relation demeure régie par la liberté contractuelle, il ne semble en effet pas nécessaire de prévoir de nouvelles règles qui pourraient aboutir à la rigidifier.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission approuve les dispositions du présent article, qui créent un statut des CIF susceptible de lever nombre des incertitudes actuelles, et in fine de renforcer la crédibilité de la profession aux yeux des épargnants. Elle considère néanmoins qu'il conviendrait de mieux impliquer l'AMF dans la régulation des CIF et de préciser les obligations professionnelles de ces derniers, dans un souci de plus grande protection de l'épargnant.

A. IMPLIQUER DAVANTAGE L'AMF DANS LA RÉGLEMENTATION DES CIF

Il est normal que les conditions d'âge et d'honorabilité des CIF, ainsi que le dispose le texte proposé par le présent article pour l'article L. 541-2 du code monétaire et financier, soient fixées par décret en Conseil d'Etat au même titre que d'autres professions réglementées, dans la mesure où elles ont trait à des dispositions judiciaires et peuvent concerner les rapports entretenus avec d'autres professions. Il serait cependant opportun que les **conditions de compétence soient pour leur part fixées par règlement général de l'AMF**, qui leur conférerait rapidement une portée plus opérationnelle et proche des préoccupations des professionnels. Une telle disposition serait également cohérente avec celles proposées par le présent article pour l'article L. 541-4 du code monétaire et financier, relatives à l'approbation par l'AMF des conditions de compétence auxquelles les associations professionnelles agréées soumettent leurs membres.

En conséquence, votre commission vous propose un **amendement** tendant à faire préciser les conditions de compétences professionnelles des CIF par le règlement général de l'AMF.

De même, il serait souhaitable que le règlement général de l'AMF précise les modalités de transmission des listes de CIF tenues par chaque association professionnelle agréée. Dans le dispositif proposé par le présent article, l'article L. 541-5 du code monétaire et financier prévoit que les modalités d'enregistrement des CIF et de mise à jour de ces listes seraient fixées par décret après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, dans la mesure où elles ont trait à la protection des informations sur les personnes. Il importerait que la nature des obligations de transmission des fichiers des associations (périodicité, délai, sanctions en cas de non-respect, etc.) soient mieux précisée par l'AMF, en vue de sécuriser le système d'enregistrement indirect des CIF et de mieux formaliser les liens entre l'autorité de tutelle et les associations qu'elle agréée.

Votre commission vous propose donc un **amendement** tendant à faire préciser par le règlement général de l'AMF les modalités de transmission de chaque liste de CIF à cette autorité.

B. PRÉCISER LES PRINCIPES DU CODE DE BONNE CONDUITE DES CIF

Quatre points doivent être précisés :

- Votre commission vous soumet en premier lieu un **amendement rédactionnel** tendant à préciser les termes du texte proposé par le présent article pour l'article L. 541-3 du code monétaire et financier, qui dispose que tout CIF doit être en mesure de justifier à tout moment de l'existence d'un

contrat d'assurance le couvrant contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle. Il s'agirait, notamment par souci de cohérence avec le texte proposé par l'article 39 du présent projet de loi pour l'article L. 341-5 du même code relatif à l'obligation d'assurance des démarcheurs, de préciser que ce contrat d'assurance couvre le CIF en cas de manquement à ses obligations professionnelles, telles que définies dans le nouveau chapitre introduit par le présent article.

- Le texte proposé pour le 2° de l'article L. 541-4 pourrait en outre comporter, comme c'est le cas en Grande-Bretagne, un **devoir d'adéquation de l'offre du conseiller**, c'est-à-dire l'obligation de ne recommander qu'un investissement qui soit réellement adapté et proportionné à la situation du client, telle qu'elle transparaît dans l'examen préalable de son expérience et de ses objectifs, formalisé dans le 4° du même article. Une telle disposition serait profitable, dans la mesure où le risque majeur pesant sur la personne conseillée est sans doute celui de mévente, davantage que celui de fraude caractérisée, c'est-à-dire un service ou un produit manifestement inadapté aux souhaits du client. Le 2° de l'article L. 541-4 pourrait en outre préciser que les CIF agissent bien dans les limites de leur statut.

Votre commission vous propose un **amendement** disposant que les CIF exercent leur activité dans les limites imposées par leur statut et avec toute la compétence et la diligence nécessaires pour présenter à leur clients une offre de service adaptée et proportionnée à leurs besoins et à leurs objectifs ;

- Dans le dispositif proposé, les CIF en tant que tels ne peuvent effectuer qu'une mission de conseil, à l'exclusion de toute activité financière ou juridique (du moins, pour cette dernière, à titre habituel). Dès lors, s'ils souhaitent réaliser de la gestion d'actifs pour compte de tiers ou proposer d'investir dans des instruments financiers précis émanant de promoteurs, ils devront remplir les conditions d'exercice des professions de gestionnaire et de démarcheur mandaté par un prestataire de services d'investissement, et recevoir de l'AMF les agréments afférents à ces régimes spécifiques. Les CIF doivent avoir des relations claires et transparentes avec leurs clients, et en particulier ne pas entretenir d'ambiguïté sur l'étendue de leurs attributions ni sur l'agrément dont elles doivent faire l'objet.

Votre commission vous soumet donc un **amendement** au texte proposé pour l'article L. 541-4 du code monétaire et financier, tendant à préciser que **les CIF s'interdisent toute initiative susceptible de laisser croire à la clientèle qu'ils pourraient exercer des activités pour lesquelles ils ne seraient pas agréés ;**

- Il serait enfin souhaitable de compléter les obligations déontologiques des CIF par une disposition relative à la **communication aux clients de l'étendue et de la nature juridique des engagements qui les lient**

à d'autres prestataires. Il s'agit en particulier de faire en sorte que le CIF informe ses clients de l'ensemble des établissements promoteurs dont il conseillera les produits, et pour lesquels il doit être mandaté par ces fournisseurs. Cela permettrait en particulier à l'épargnant de mieux évaluer la crédibilité, l'« indépendance », la notoriété et la compétitivité de l'offre du conseiller. Les modalités de la rémunération du CIF, déjà prévues dans le texte proposé pour le 5° de l'article L. 541-4 du code monétaire et financier, n'ont en revanche pas été précisées dans la législation, dans la mesure où le CIF ne perçoit pas de commissions (il ne vend pas de produits), et où le texte proposé pour l'article L. 541-6 prévoit que le CIF ne peut recevoir de ses clients de fonds autres que ceux destinés à rémunérer son activité de conseil.

Votre commission vous propose sur ce point un **amendement** tendant à préciser que le CIF doit communiquer aux clients, d'une manière appropriée, la nature et l'étendue des éventuelles relations entretenues avec des établissements promoteurs de produits tels que mentionnés au 1° de l'article L. 341-3 du code monétaire et financier (relatif aux personnes habilitées à procéder au démarchage).

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

ARTICLE 43

Sanctions disciplinaires applicables aux conseillers en investissements financiers

Commentaire : le présent article a pour objet d'introduire un régime de sanctions disciplinaires applicables aux conseillers en investissements financiers.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 621-17 du code monétaire et financier ne traite pas directement des conseillers en investissements financiers (CIF), qui ne font dans le droit actuel l'objet d'aucun texte, mais mentionne le **pouvoir général de sanction** et les procédures applicables par le tribunal de grande instance de Paris et par la Commission des opérations de bourse (COB) lorsque cette dernière constate une pratique susceptible de porter atteinte aux droits des épargnants, que la COB a pour vocation de garantir.

Le premier alinéa de cet article dispose ainsi que lorsqu'une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires est de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, le président de la COB peut demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets.

Le deuxième alinéa dispose que cette demande est adressée au président du tribunal de grande instance de Paris, qui statue par référé et dont la décision est exécutoire par provision. Le président du tribunal est compétent pour connaître des exceptions d'illégalité et peut prendre, même d'office, toute mesure conservatoire et prononcer pour l'exécution de son ordonnance une astreinte versée au Trésor public.

Le troisième alinéa dispose que, lorsque la pratique relevée est passible de sanctions pénales, la COB informe le procureur de la République de la mise en oeuvre de la procédure devant le tribunal de grande instance de Paris.

Le quatrième et dernier alinéa de l'article L. 621-17 dispose qu'en cas de poursuites pénales, l'astreinte, si elle a été prononcée, n'est liquidée qu'après que la décision sur l'action publique est devenue définitive.

II. LE DISPOSITIF PROPOSE

Le présent article propose une nouvelle rédaction pour l'article L. 621-17 du code monétaire et financier, qui ne traiterai désormais que des CIF personnes physiques ou morales. Il mentionne notamment le rôle joué par la nouvelle commission des sanctions de l'AMF, et précise la gradation des peines applicables. **Le dispositif proposé repose sur l'idée que les CIF doivent être soumis à la procédure de sanction de droit commun, mais faire cependant l'objet de sanctions spécifiques.**

A. LES CIF SONT SOUMIS À LA PROCÉDURE DE SANCTIONS DE L'AMF DE DROIT COMMUN

Le premier alinéa du texte proposé pour l'article L. 621-17 du code monétaire et financier dispose que tout manquement par les CIF aux lois, règlements et obligations professionnelles qui leur incombent au titre de cette activité de conseil, est passible de sanctions prononcées par la commission des sanctions de l'AMF selon les modalités prévues aux I, IV et V de l'article L. 621-15 du même code. **Ces modalités, précisées à l'article 14 du présent projet de loi, ont trait à la seule procédure de sanction¹** et sont les suivantes :

- le rapport d'enquête ou de contrôle établi par les services de l'AMF est tout d'abord examiné par le collège. S'il décide l'ouverture d'une procédure de sanction, il notifie les griefs aux personnes concernées et à la commission des sanctions, qui désigne un rapporteur parmi ses membres ou parmi des personnalités désignées. En cas d'urgence, le collège peut suspendre d'activité les personnes passibles de sanctions. Si le collège transmet au procureur de la République le rapport d'enquête ou de contrôle, ce dernier peut autoriser à rendre publique cette transmission ;

- la commission des sanctions statue par décision motivée, et aucune sanction ne peut être prononcée sans que la personne concernée ou son représentant n'ait été entendu ou appelé ;

- la commission des sanctions peut rendre publique sa décision dans les publications, journaux ou supports qu'elle désigne. Les frais y afférents sont alors acquittés par les personnes sanctionnées.

¹ Les II et III du nouvel article L. 621-15 introduit par l'article 14 du présent projet de loi ont trait au régime de sanctions de droit commun.

B. UN RÉGIME SPÉCIFIQUE DE SANCTIONS

Le deuxième alinéa du texte proposé pour l'article L. 621-17 précise la **gradation des sanctions spécifiques applicables**. Il s'agit de l'avertissement, du blâme, du retrait de l'enregistrement et de la radiation de la liste des CIF. La commission des sanctions peut également prononcer des sanctions pécuniaires plafonnées à 300.000 euros. Les sommes correspondant à ces sanctions sont versées au fonds de garantie auquel est affiliée la personne sanctionnée ou, à défaut, au Trésor Public.

Ces sanctions diffèrent quelque peu du régime de droit commun prévu par les II et III de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, qui mentionnent l'avertissement, le blâme, le retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle, et l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des activités ou services. Les sanctions applicables aux CIF sont donc analogues et emportent notamment, dans le cas le plus grave, interdiction d'exercice de l'activité de conseil¹, mais ne prévoient pas de modalité temporaire ou permanente d'application. En outre, la sanction pécuniaire maximale de 300.000 euros est conforme à celle du droit commun pour les personnes physiques², mais est appliquée indifféremment aux personnes morales et physiques, considérant la taille et la surface financière généralement réduites des CIF constitués en personne morale.

Le troisième et dernier alinéa institue un principe de proportionnalité – habituel pour les sanctions disciplinaires et notamment prévu dans le nouvel article L. 621-15 – et dispose que le montant de la sanction doit être fixé en fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages ou profits éventuellement tirés de ces manquements.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission approuve ces dispositions. Elle vous propose un **amendement** rédactionnel au texte proposé par le présent article pour l'article L. 621-17 du code monétaire et financier. Cet article prévoit en effet que des sanctions sont applicables pour tout manquement à l'activité de CIF commis par « *les personnes mentionnées à l'article L. 541-1* ». Or cet article

¹ La radiation du fichier empêche en effet un CIF de continuer d'exercer son activité, puisqu'aux termes de l'article L. 541-5, son numéro d'enregistrement doit être communiqué à toute personne entrant en contact avec lui et mentionné sur les documents d'information qu'il remet à ses clients.

² Le III du texte proposé par l'article 14 du présent projet de loi pour l'article L. 621-15 du code monétaire et financier dispose que la sanction pécuniaire applicable aux personnes morales ne peut être supérieure à 1,5 million d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés.

mentionne non seulement les CIF, dont il définit la prestation, mais également les personnes qui ne sont pas soumises aux dispositions relatives aux CIF : les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et d'assurance, et les professionnels soumis à une réglementation spécifique qui exercent une activité de conseil en investissements financiers dans les limites de cette réglementation.

Dans la mesure où l'article L. 621-17 ne vise manifestement que les CIF, en vue de préciser le régime de sanctions disciplinaires qui leur est applicable (les autres personnes mentionnées étant soumises à une réglementation spécifique), il paraît opportun de simplifier la rédaction de cet article et de lever également toute éventuelle ambiguïté sur le champ des personnes concernées.

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

ARTICLE 44

Sanctions pénales applicables aux conseillers en investissements financiers

Commentaire : le présent article a pour objet de créer un régime de sanctions pénales applicables aux conseillers en investissements financiers.

I. LE DROIT EXISTANT

Le régime pénal des conseillers en investissements financiers (CIF) ne fait l'objet d'aucun texte spécifique. Il est donc soumis aux dispositions de droit commun du code de la consommation, et en particulier aux sanctions relatives au **délit d'abus de faiblesse**¹, telles qu'elles sont précisées dans les articles L. 122-8 à L. 122-11 de ce code. L'article L. 122-8 dispose ainsi que « *quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9.000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

Le titre VII du livre V du même code, dans lequel s'insère le présent article, est consacré aux dispositions pénales relatives aux prestataires de services, et comprend aujourd'hui quatre chapitres qui traitent successivement des établissements du secteur bancaire, des changeurs manuels, des prestataires de services d'investissement et du blanchiment de capitaux.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article insère un chapitre III *bis*, intitulé « *dispositions relatives aux conseillers en investissements financiers* » et composé de trois articles, au titre VII du livre V du code monétaire et financier. Il prévoit des peines pénales principales et complémentaires pour les personnes physiques et les personnes morales.

¹ *Le délit d'abus de faiblesse a été introduit par la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972, et a été repris dans la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 qui en a étendu le champ d'application.*

A. LES PEINES APPLICABLES AUX PERSONNES PHYSIQUES

L'article L. 573-9 propose de punir des peines prévues à l'article 313-1 du code pénal, qui définit **l'escroquerie** et la punit de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende plafonnée à 375.000 euros, les délits suivants commis par toute personne exerçant l'activité de conseil en investissements financiers :

- ne pas remplir les conditions prévues par les articles L. 541-2 à L. 541-5 du code monétaire et financier, qui sont l'âge, l'honorabilité, la compétence professionnelle, la couverture par une assurance en responsabilité civile professionnelle, l'affiliation à une association représentative agréée par l'Autorité des marchés financiers (AMF), les règles générales du code de bonne conduite et l'enregistrement sur la liste tenue par son association professionnelle d'affiliation ;

- ne pas remplir (y compris pour les personnes tentant d'exercer cette activité de conseil) les conditions pénales prévues par l'article L. 541-7 ;

- recevoir de ses clients des fonds autres que ceux destinés à rémunérer son activité de conseil.

L'article L. 573-10 du code monétaire et financier, que le présent article propose de créer, prévoit les peines complémentaires suivantes pour les personnes physiques coupables des délits sus-mentionnés :

- la privation des droits civiques, civils et de famille qui, selon l'article 131-26 du code pénal, porte sur le droit de vote, l'éligibilité, le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice, le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations, et le droit d'être tuteur ou curateur. Cette interdiction ne peut excéder une durée de dix ans en cas de condamnation pour crime et une durée de cinq ans en cas de condamnation pour délit, et l'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique ;

- l'interdiction, pour une durée maximale de cinq ans, d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise. Cette interdiction est, aux termes de l'article 131-27 du code pénal, définitive ou temporaire pour une durée maximale de cinq ans, et n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales ;

- l'affichage et la diffusion de la décision peuvent alors être prononcées.

B. LES PEINES APPLICABLES AUX PERSONNES MORALES

L'article L. 573-11 du code monétaire et financier, que le présent article propose d'insérer, dispose que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables des infractions définies précédemment et commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Les peines encourues sont de deux ordres :

- une amende d'un montant égal au quintuple de celle applicable pour les personnes physiques, soit un maximum de 1.875.000 euros ;
- les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal¹.

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

¹Ces peines sont :

- la dissolution ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;
- le placement sous surveillance judiciaire pour une durée de cinq ans au plus, la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ;
- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle.

CHAPITRE II : SÉCURITÉ DES ÉPARGNANTS ET DES DÉPOSANTS

Section 1

Mesures relatives aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et aux sociétés de gestion

ARTICLE 45

Modification de la liste des actifs éligibles des organismes de placement en valeurs mobilières et autorisation de l'utilisation des dérivés de crédit

Commentaire : le présent article a pour objet d'insérer les fonds de dépôt dans la liste des actifs éligibles des organismes de placement en valeurs mobilières, et d'autoriser l'utilisation des dérivés de crédit par ces fonds.

I. LE DROIT EXISTANT

Le premier alinéa de l'article L. 214-4 du code monétaire et financier dispose que l'actif d'un organisme de placement en valeurs mobilières (OPCVM) comprend des valeurs mobilières françaises ou étrangères, négociées ou non sur un marché réglementé, ainsi qu'à titre accessoire des liquidités. Les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) peuvent en outre posséder les immeubles nécessaires à leur fonctionnement.

L'article L. 214-7 du même code dispose que le règlement d'un fonds commun de placement (FCP) ou les statuts d'une SICAV peuvent prévoir, dans des limites et conditions fixées par décret, la possibilité de procéder à des opérations d'achat ou de vente sur des marchés à terme réglementés.

Enfin, le premier alinéa de l'article L. 511-6 exonère un certain nombre d'organismes des interdictions définies à l'article L. 511-5, aux termes duquel toute personne autre qu'un établissement de crédit ne peut effectuer des opérations de banque à titre habituel, ni recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme. Parmi les organismes qui ne sont pas concernés par ces interdictions figurent les sociétés d'assurance, les entreprises d'investissement ou les fonds communs de créances.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. L'INSERTION DES DÉPÔTS DANS LES ACTIFS ELIGIBLES DES OPCVM

Le I du présent article propose de modifier les dispositions de l'article L. 214-4 du code monétaire et financier en vue de rénover la liste des actifs éligibles d'un OPCVM. Ceux-ci comprennent désormais, dans des conditions et limites fixées par décret en Conseil d'Etat :

- des instruments financiers au sens de l'article L. 211-1, c'est-à-dire des actions et autres titres donnant accès au capital ou aux droits de vote, des titres de créance (à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse), des parts ou actions d'OPCVM, des instruments financiers à terme, et tous instruments financiers équivalents émis sur le fondement de droits étrangers. La liste de ces instruments recouvre notamment les dispositions de l'article L. 214-7, qui est en conséquence supprimé par le II du présent article ;

- **des dépôts effectués auprès d'établissements de crédit français ou étrangers**, ce qui constitue une innovation ;

- et à titre accessoire des liquidités.

La faculté pour les SICAV de posséder les immeubles nécessaires à leur fonctionnement est maintenue.

L'ajout des dépôts bancaires, qui sont proches des pensions, permet aux investisseurs d'accéder à des placements sécurisés, et à l'industrie française de la gestion de renforcer la compétitivité de son offre de produits, dans la mesure où des produits similaires existent déjà dans d'autres pays (en Allemagne notamment) et devraient être prochainement commercialisés en France. Il s'agit donc de rapatrier dans des OPCVM français des dépôts qui étaient susceptibles de se placer dans des véhicules étrangers.

Le dispositif proposé permet de transposer une disposition de la directive communautaire 2001/108/CE du 21 janvier 2002, qui modifie certaines dispositions de la directive du 20 décembre 1985 sur les OPCVM. La nouvelle directive inscrit en effet les dépôts parmi les placements des OPCVM, ces dépôts devant, aux termes de l'article 19 f de la directive, être remboursables sur demande ou présenter une échéance inférieure ou égale à douze mois. Ils doivent également être constitués auprès d'un établissement de crédit qui ait son siège statutaire dans un Etat membre ou, si le siège statutaire de l'établissement de crédit est situé dans un pays tiers, soit soumis à des

règles prudentielles considérées par les autorités compétentes pour les OPCVM comme équivalentes à celles prévues par la législation communautaire.

B. LA CONFIRMATION DE LA FACULTÉ OUVERTE AUX OPCVM DE RECOURIR AUX DÉRIVÉS DE CRÉDIT

Le **III** du présent article modifie l'article L. 511-6 du code monétaire et financier pour accorder aux OPCVM, au même titre que les entreprises d'assurance et de réassurance, les entreprises d'investissement ou les fonds communs de créance, une **dérogation au monopole des opérations de banque détenu par les établissements de crédit** et prévu à l'article L. 511-5. **Cette dérogation permet ainsi explicitement aux OPCVM de contracter des dérivés de crédit, dès lors qu'ils seraient assimilés à des opérations de banque.** Les dérivés de crédit ne sont pas une innovation récente et sont des instruments permettant de transférer tout ou partie du risque de crédit d'un porteur à un autre¹.

Cette disposition législative entérine les dispositions de l'article 2 du décret n°2002-1439 du 10 décembre 2002², qui modifie l'article 2 du décret n° 89-624 du 6 septembre 1989³. Le décret du 10 décembre 2002 offre ainsi la possibilité aux OPCVM de recourir à des opérations de dérivés de crédit, en achat ou en vente de protection, en liant toutefois cet accès⁴ à une obligation d'information (devant figurer dans la notice visée par la Commission des opérations de bourse) et au respect de plusieurs dispositions actuelles :

- l'approbation, par la Commission des opérations de bourse (puis par l'Autorité des marchés financiers - AMF), d'un programme d'activité spécifique produit par la société de gestion, prévoyant :

¹ Dans une récente étude consacrée aux dérivés de crédit, la Banque de France a considéré que « l'innovation majeure apportée par les dérivés de crédit réside dans la possibilité pour un intervenant de marché de vendre le risque de crédit portant sur une créance tout en conservant la propriété juridique de cette dernière, c'est-à-dire tout en continuant à l'inscrire à son bilan ». Elle estime en outre que « cette capacité à transférer de manière « synthétique » une créance, fondée sur la dissociation du risque de crédit et de la créance elle-même, procure, tant à l'intervenant vendeur de risque (aussi appelé acheteur de protection) qu'à celui acheteur de risque (vendeur de protection) une plus grande souplesse dans la gestion du risque de crédit ».

² Décret modifiant le décret n° 89-624 du 6 septembre 1989 pris en application de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances.

³ Le 4 bis de l'article 2 de ce décret prévoit qu'« un organisme de placement collectif en valeurs mobilières peut conclure des contrats constituant des instruments financiers à terme répondant aux caractéristiques des dérivés de crédit définis par les conventions-cadres de place française ou internationale ».

⁴ Les délais de mise en conformité des OPCVM sont de trois ou douze mois, selon les dispositions, à compter de la publication du décret.

a) une valorisation quotidienne des contrats confortée mensuellement d'une comparaison avec une valorisation externe ;

b) des moyens spécifiques en analyse de crédit, laquelle doit être réalisée par une unité indépendante des unités commerciales et opérationnelles et soumise semestriellement au moins à l'organe délibérant de la société de gestion ;

c) un contrôle interne indépendant des autres fonctions opérationnelles, autres que de direction générale de la société de gestion ;

- l'interdiction de conclure plus de 20 % des engagements de l'OPCVM sur dérivés de crédit avec, pour contrepartie, une société liée au sens de l'article 10 du décret n°89-623 du 6 septembre 1989. Cette disposition est conforme aux règles de répartition des risques posées dans l'article 22 de la directive modificatrice 2001/108/CE du 21 janvier 2002, relative aux placements des OPCVM ;

- les entités sur lesquelles porte le risque de crédit peuvent être, outre des organismes publics ou para-publics, des personnes morales ayant émis des titres de créances négociés sur un marché réglementé en fonctionnement régulier, et ayant rendu publique pour au moins une émission de tels titres de créance au moins une notation auprès d'un organisme reconnu par le ministère de l'économie, ou ayant émis des titres en capital négociés sur un marché réglementé. Le sous-jacent des dérivés de crédit doit donc être composé d'au moins un actif éligible (par la notation), et non pas exclusivement de tels actifs, ce qui constitue une disposition relativement souple¹ mais conforme aux orientations de la réglementation communautaire sur les placements des OPCVM ;

- les contrats devront respecter les principes généraux d'une convention cadre de place, française ou internationale, mentionnée à l'article L. 431-7 du code monétaire et financier, et ne pourront être dénoués que par la livraison ou le transfert d'actifs éligibles aux OPCVM (titres ou liquidités).

Les conditions de recours à ces instruments sophistiqués seraient donc désormais clairement encadrées, empêchant notamment les banques de recycler leurs mauvais risques, et correspondent en cela aux recommandations de la commission bancaire.

L'appréciation de l'utilisation de ce type d'instrument demeure fluctuante, et se traduit notamment depuis plusieurs années par un **débat sur la nature même des dérivés de crédit**, qui n'est pas précisée dans la

¹ Mais pragmatique, dans la mesure où les dérivés portent généralement non pas sur chaque ligne mais sur l'ensemble du passif, qui peut donc comporter des titres éligibles et d'autres qui ne le sont pas.

réglementation¹ mais dont les instruments sous-jacents sont généralement plutôt des crédits bancaires que des titres obligataires. Une question majeure est ainsi de savoir si ces instruments constituent des opérations de banque, des instruments financiers à terme, voire de quasi contrats d'assurance, dans la mesure où les dérivés de crédit peuvent être considérés comme une garantie bancaire, mais aussi comme une forme d'assurance contre un risque de défaut de paiement d'une entreprise. Ce débat n'est toujours pas tranché, mais la position majoritaire consiste à les assimiler à des opérations de banque, ce qui placerait les OPCVM en infraction avec le monopole bancaire². **La présente disposition permet donc de lever toute éventuelle ambiguïté** cet égard, en exemptant les OPCVM de l'interdiction relative aux opérations de crédit.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

L'insertion des dépôts dans les actifs éligibles des OPCVM conforte la sécurité de la gestion collective comme des dépôts, qui offrent un faible rendement mais contribuent à amortir les chocs boursiers auxquels les OPCVM ont été confrontés ces dernières années.

Il convient également de préciser que les dispositions du présent article relatives aux dérivés de crédit ne constituent pas à proprement parler une « validation » législative a posteriori du décret du 10 décembre 2002, mais plutôt un prolongement de la clarification de l'environnement réglementaire des placements des OPCVM, clarification à laquelle ce décret avait contribué. En effet, les gestionnaires d'OPCVM ont dès les années 90 eu recours à ces instruments sans être certains d'y être autorisés. Si le décret avait permis d'encadrer le recours aux dérivés de crédit, le présent article lève l'incertitude juridique relative existante, dans l'intérêt de la compétitivité de la place de Paris. Il faut cependant être conscient des changements de nature qu'une telle évolution induit : des porteurs de parts d'OPCVM souscrivent à des risques de crédit, qui constituent une nouvelle classe d'actifs. **Il est clair que cela n'est acceptable que moyennant une très grande vigilance des autorités de surveillance du marché.** L'AMF devra définir dans son règlement général les procédures et les limites applicables. Elle en portera donc la responsabilité.

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

¹ Le décret du 6 septembre 1989 précité dispose que les dérivés de crédit sont des produits « définis par les conventions-cadres de la place ». Or ces dernières ne garantissent pas une qualification juridique des dérivés de crédit en instruments financiers.

² Définir les dérivés de crédit comme des instruments financiers à terme ne poserait pas de difficultés, dans la mesure où les OPCVM peuvent déjà recourir à ces produits.

ARTICLE 46

Suppression de l'obligation d'émettre des parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) à tout moment de la vie de l'OPCVM

Commentaire : le présent article a pour objet de supprimer l'obligation d'émettre des parts d'OPCVM à tout moment de la vie du fonds.

I. LE DROIT EXISTANT

A. UN PRINCIPE GENERAL D'ENTRÉE ET DE SORTIE A TOUT MOMENT ASSORTI D'EXCEPTIONS

On distingue deux catégories d'OPCVM, les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) et les fonds communs de placement (FCP), qui obéissent à des règles semblables quant au rachat ou à la suspension de l'émission d'actions ou parts.

L'article L. 214-15 du code monétaire et financier définit la SICAV et dispose que ses actions sont émises et rachetées à tout moment par la société à la demande de ses actionnaires et à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions.

L'article L. 214-19 dispose en outre que le rachat par la société de ses actions, comme l'émission d'actions nouvelles, peuvent être suspendus, à titre provisoire, par le conseil d'administration ou le directoire, quand des circonstances exceptionnelles l'exigent et si l'intérêt des actionnaires le commande dans des conditions fixées par les statuts de la société.

S'agissant des FCP, l'article L. 214-20 du même code définit ces fonds et dispose que leurs parts sont émises et rachetées à la demande des porteurs et à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions.

Enfin, l'article L. 214-30 dispose que le rachat par un FCP de ses parts et l'émission de parts nouvelles peuvent être suspendus à titre provisoire par la société de gestion quand des circonstances exceptionnelles l'exigent et si l'intérêt des porteurs de parts le commande, dans des conditions fixées par le règlement du fonds.

Les « circonstances exceptionnelles » évoquées ont généralement trait à des conditions de marché ou au contexte particulier d'un type de fonds, telles que celui prévalant pour les fonds communs de placement d'entreprise (FCPE), pour lesquels les possibilités de rachat de parts sont soumises à des conditions plus restrictives de durée de détention ou d'évènement survenu dans la situation individuelle du porteur (licenciement, mariage, déménagement, etc.).

B. UNE INTERPRETATION RESTRICTIVE DES DISPOSITIONS COMMUNAUTAIRES

Le droit actuel constitue la transposition de l'article 37 de la directive 85/611/CEE du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains OPCVM. Cet article dispose en effet qu' « *un OPCVM doit racheter ou rembourser ses parts à la demande du participant* ». Par dérogation cependant, « *un OPCVM peut suspendre provisoirement, dans les cas et selon les modalités prévus par la loi, le règlement du fonds ou les documents constitutifs de la société d'investissement, le rachat ou le remboursement de ses parts. La suspension ne peut être prévue que dans des cas exceptionnels quand les circonstances l'exigent et si la suspension est justifiée compte tenu des intérêts des participants* ». En outre, « *les États membres peuvent permettre aux autorités compétentes d'exiger dans l'intérêt des participants ou dans l'intérêt public la suspension du rachat ou du remboursement des parts* ».

Ainsi, les dispositions législatives françaises, si elles prévoient un principe général assorti d'exceptions, constituent néanmoins une interprétation restrictive de la directive, **dans la mesure où elles lient l'émission au rachat de parts ou actions à tout moment**. La directive préserve en effet une possibilité de sortie à tout moment des participants, mais ne prévoit pas de dispositions semblables pour l'entrée (achat de parts ou actions) dans le fonds, que la loi française inscrit dans le principe général.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. LES MODIFICATIONS DU DROIT ACTUEL

Les **II** et **III** du présent article proposent d'assouplir les dispositions existantes par l'insertion d'un second alinéa aux articles L. 214-19 et L. 214-30 précités, qui dispose que le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) fixe les cas et les conditions, autres que ceux explicitement mentionnés au premier alinéa des mêmes articles, dans lesquels

les statuts de la société ou le règlement du fonds peuvent prévoir l'interruption provisoire ou définitive de l'émission d'actions.

Par coordination, le **I** de cet article insère également les termes « *sous réserve des dispositions de l'article L. 214-19* » au début du deuxième alinéa de l'article L. 214-15 précité.

Les dispositions du présent article ne concernent que l'interruption provisoire ou définitive de la seule émission d'actions ou parts, et non de leur rachat, ce qui signifie que de nouvelles exceptions sont ainsi apportées aux modalités d'entrée dans un fonds, mais non aux possibilités de sortie. En effet si les restrictions à l'achat (et donc à l'émission) peuvent s'imposer dans des cas précis (cf. B.), il convient de maintenir le principe de droit commun de rachat à tout moment, qui est protecteur pour l'investisseur. **Ces nouvelles exceptions, qui seront prévues par le règlement général de l'AMF, impliquent donc que les OPCVM ne seront plus contraints d'émettre des parts ou des actions à tout moment de la vie du fonds.**

B. LES APPLICATIONS PRATIQUES

La suppression de l'obligation d'émettre à tout moment se justifie en particulier dans deux cas précis :

- **les fonds dits « dédiés »**, c'est-à-dire réservés à un seul ou à un nombre restreint d'investisseurs. Ces fonds ne sont par définition pas ouverts à d'autres participants et les conditions d'émission de nouvelles parts, généralement à la demande du ou des investisseurs s'ils souhaitent accroître leur encours, sont fixées dans le règlement du fonds. Les possibilités de sortie du fonds sont en revanche plus étendues;

- **les fonds appelés « à formule »**, définis par la Commission des opérations de bourse¹ comme les OPCVM « *dont l'objectif de gestion est d'atteindre, à l'expiration d'une période déterminée, un montant final ainsi que de distribuer, le cas échéant, des revenus, par application mécanique d'une formule de calcul prédéfinie, reposant sur des indicateurs de marchés financiers ou des instruments financiers. En contrepartie de l'engagement ainsi décrit, la réalisation de cet objectif de gestion doit être garantie par un établissement de crédit dont le siège social est situé dans l'OCDE, soit vis-à-vis de l'OPCVM, soit vis-à-vis des porteurs de part(s) ou d'action(s)* ». Ces fonds connaissent depuis deux ans un vif succès auprès des particuliers – essentiellement en raison de l'attrait que présente, dans les difficiles circonstances de marché actuelles, le cumul d'un capital garanti à échéance et d'une formule d'indexation sur la performance – et présentent des modalités

¹ *Relevé de décisions du 11 décembre 2002, prises à l'issue d'une consultation de place sur la régulation des fonds à formule lancée en août 2002.*

spécifiques d'entrée. Une période limitée de souscription est généralement fixée, et le porteur potentiel entrant au-delà de cette période ne peut plus bénéficier de la garantie, ce qui annule tout l'intérêt du fonds. Dans la mesure où une telle interdiction d'émission de nouvelles parts n'est pas prévue par la législation actuelle, les promoteurs de ce type de fonds tendent généralement à fixer des droits d'entrée prohibitifs afin de dissuader de nouveaux entrants au-delà de la période de souscription. Les nouvelles dispositions du présent article permettront au règlement général de prévoir ce cas de figure.

La rénovation de l'encadrement des fonds à formule

Une remarque s'impose sur ces « fonds à formule », apparus il y a treize ans mais qui connaissent un renouveau et représentent aujourd'hui près du quart des agréments d'OPCVM généraux délivrés par la COB. Le tableau ci-après permet de prendre la mesure de leur notoriété :

Répartition des OPCVM par classification (OPCVM nourriciers inclus)

OPCVM	Au 31/12/2002		Au 31/12/2001		Variation de l'encours	Variation du nombre de produits
	Encours (en milliards €)	Nombre d'OPCVM	Encours (en milliards €)	Nombre d'OPCVM		
Actions françaises	44,0	505	66,3	535	-33,7%	-30
Actions des pays de l'UE	4,4	75	-	-	-	75
Actions de pays de la zone euro	26,5	328	33,3	286	-20,4%	42
Actions internationales	51,3	1 010	69,6	1 008	-26,3%	2
Oblig./titres de créances libellés en euro	90,2	927	92,2	957	-2,2%	-30
Oblig./titres de créances internationaux	57,	344	46,5	338	22,8%	6
Monétaire euro	303,1	627	255,9	639	18,4%	-12
Monétaire à vocation internationale	1,2	24	1,8	22	-34,6%	2
Diversifié	179,3	3 136	197,0	3 056	-9,0%	80
Garanti ou assorti d'une protection	46,1	815	37,6	762	22,6%	53
TOTAL	803,1	7 791	800,2	7 603	0,4%	188

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

Ces fonds posent toutefois de nombreuses questions en termes de transparence, de niveau de frais (relativement élevés et plus difficiles à déterminer dans leur globalité que dans un fonds « classique »), de division des risques et surtout d'information de l'investisseur au regard du fonctionnement des produits et des espérances réelles de gain (susceptibles de créer des attentes trop optimistes). Une régulation plus stricte de ces fonds est donc souhaitable, mais ne devrait pas requérir de nouvelles dispositions législatives, dans la mesure où les orientations adoptées par la COB à la fin de l'année dernière semblent satisfaisantes au regard de la protection des épargnants et de la nécessité de maintenir l'inventivité et la compétitivité de l'industrie française de la gestion. La COB a en effet adopté les cinq orientations suivantes :

- une définition des OPCVM à formule et la création d'une nouvelle catégorie unifiée, avec une mention particulière pour les fonds à capital garanti ;
- l'élaboration avec la profession d'une charte de commercialisation et de nouvelles règles pour les documents publicitaires (qui devront reprendre l'objectif de gestion et les avertissements figurant dans la notice d'information) ;
- une meilleure compréhension de l'économie du produit par l'épargnant : avertissement spécifique en en-tête de la notice d'information notamment sur les aléas relatifs aux valorisations avant échéance), description détaillée de la formule d'indexation avec des exemples chiffrés, indications sur l'espérance de gain par rapport au taux sans risque (notamment par des simulations historiques) ;
- rappel du principe de primauté de l'intérêt des investisseurs, qui implique notamment pour la société de gestion l'obligation d'obtenir, par une mise en concurrence des contreparties, le juste prix du contrat mettant en oeuvre la formule ;
- enfin soumission à la règle de division des risques, dans des conditions qui tiennent compte de la particularité de ces fonds.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Les modifications proposées par le présent article s'imposent pour deux raisons. D'une part pour des raisons de **compétitivité**, puisque sont déjà commercialisés en France des OPCVM coordonnés enregistrés au Luxembourg ou en Allemagne qui ne sont pas astreints aux obligations françaises relatives à l'émission, et, d'autre part, de **meilleure conformité au droit communautaire**, dans la mesure où les nouvelles directives 2001/107/CE et 2001/108/CE du 21 janvier 2002, qui modifient substantiellement la directive originelle de 1985 sur les OPCVM, ne prévoient pas ces obligations.

L'assouplissement de la réglementation relative aux suspensions d'émission devrait favoriser la **transparence** (notamment par une baisse des rétrocessions tacites sur les commissions de mouvement pour les grands investisseurs) voire la diminution des droits d'entrée, en particulier pour les

fonds à formule. Il pourrait toutefois pénaliser les fonds présentant un taux de rotation¹ élevé de leur portefeuille, dans la mesure où la baisse escomptée des droits d'entrée ne serait pas compensée par une hausse nulle ou limitée des commissions de mouvement, qui sont directement liées à cette rotation.

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

¹ *Le taux de rotation d'un fonds constitue une indication du « dynamisme » du portefeuille (qui peut toutefois être factice) et de la mobilité des titres sous-jacents, et est généralement calculé sur une base mensuelle en rapportant la somme des mouvements d'achat et de vente à l'actif net moyen du fonds sur la période.*

ARTICLE 47

Introduction d'une étanchéité financière entre les différents compartiments d'un fonds à compartiments

Commentaire : le présent article a pour objet de permettre une isolation financière entre les compartiments d'un fonds à compartiment.

I. LE DROIT EXISTANT

Le I de l'article L. 214-33 du code monétaire et financier prévoit qu'un OPCVM peut comporter deux ou plusieurs compartiments. Il dispose que « *chaque compartiment donne lieu à l'émission d'une catégorie d'actions ou de parts représentative des actifs de l'OPCVM qui lui sont attribués* ». Le II du même article dispose en outre que chaque compartiment fait l'objet d'une comptabilité distincte.

Le deuxième alinéa de l'article L. 214-43 du code monétaire et financier, relatif aux fonds communs de créance (FCC), dispose que ce type de fonds peut comporter deux ou plusieurs compartiments si son règlement le prévoit, chaque compartiment donnant alors lieu à l'émission de parts représentatives des actifs du fonds qui lui sont attribués.

Si aucune disposition ne prévoit explicitement un principe de solidarité financière entre les compartiments d'un fonds, l'ensemble de ces compartiments n'en est pas moins aujourd'hui soumis au **principe de l'unicité du patrimoine de l'article 2093 du code civil**, qui dispose que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Dans le cas des OPCVM à compartiments, cette disposition implique que les dettes, créances et obligations de ces compartiments sont ainsi assumées par le véhicule de placement qui les porte, et qui détient la personnalité morale (dans le cas d'une SICAV) ou constitue une copropriété (dans le cas des FCP).

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article propose de modifier le I de l'article L. 214-33 et l'article L. 214-43 précités, **de façon à permettre d'isoler financièrement les compartiments d'un fonds**. Il dispose, par dérogation à l'article 2093 du code

civil précité et sauf stipulation contraire des documents constitutifs de l'OPCVM ou du FCC, que « *les actifs d'un compartiment déterminé ne répondent que des dettes, engagements et obligations et ne bénéficient que des créances qui concernent ce compartiment* ». L'étanchéité des compartiments n'est toutefois pas une obligation mais une faculté, dès lors que le règlement du fonds le prévoit, qui devrait néanmoins être choisie par la grande majorité des OPCVM.

Les OPCVM à compartiments

Le marché des OPCVM à compartiments est en France plutôt **réduit** puisqu'au 31 décembre 2002, 28 OPCVM « tête » coiffant 120 compartiments (contre 128 un an plus tôt) réunissaient un encours de 4,9 milliards d'euros, soit 0,6% des 803 milliards d'euros d'encours global des OPCVM agréés par la COB. A la même date, 3084 OPCVM ou compartiments coordonnés agréés dans d'autres pays européens bénéficiaient d'autorisations de commercialisation délivrées par la COB, pour un encours global assez faible, estimé à 29 milliards d'euros. Ces fonds de droit européens sont néanmoins très majoritairement des OPCVM de droit luxembourgeois et à compartiments puisqu'ils se répartissent entre 81 fonds sans compartiments et 231 fonds à compartiments (avec une moyenne de 13 compartiments par fonds, soit bien davantage que pour les fonds de droit français).

Ces fonds sont cependant vraisemblablement appelés à se développer en France car ils **présentent un triple intérêt** :

- des frais de gestion généralement inférieurs, en particulier pour les fonds coordonnés dont les compartiments sont plus nombreux et la taille moyenne des encours plus élevée qu'en France ;

- la possibilité pour l'investisseur de changer plus facilement de catégorie d'actifs (actions, obligations, monétaire), de secteur économique, de « style de gestion » (par exemple passer d'une gestion en titres dits « de croissance » – potentiellement rentables mais volatils et qui tendent à accuser davantage les chocs récessifs – à un style dit « valeur » dont les performances sont moins spectaculaires mais plus régulières), de zone géographique de placement ou de type de titres (par exemple céder des actions de grandes capitalisations pour se positionner sur des PME). Si le choix se révèle suffisamment vaste au sein du fonds, l'investisseur peut passer d'un compartiment à un autre tout en restant dans le même OPCVM, donc avec des frais d'arbitrage généralement inférieurs aux droits d'entrée et de sortie classiques ;

- du point de vue du promoteur, les fonds à compartiments permettent de réaliser des économies d'échelle sur les coûts variables de structure, d'accroître la taille moyenne des fonds et de mieux fidéliser la clientèle en lui permettant d'arbitrer tout en restant dans le même fonds.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Cette innovation présente trois avantages :

- **elle est susceptible de renforcer la sécurité juridique et financière des porteurs de parts**, bien que la solidarité qui prévaut aujourd'hui entre les compartiments n'ait jusqu'à présent pas créé d'incident, qui se manifesterait par un appel de fonds pour remédier aux difficultés d'un ou de plusieurs autres compartiments ;

- **elle est conforme aux orientations communautaires**, puisque la directive 85/611/CE du 20 décembre 1985 et les deux directives 2001/107/CE et 2001/108/CE du 21 janvier 2002, qui fixent le cadre juridique européen des OPCVM, ne comportent pas de dispositions précises sur la solidarité ou la séparation financière des compartiments ;

- **elle pourrait donner un nouvel élan à la création de fonds à compartiments de droit français**, qui souffrent de la comparaison avec leurs homologues luxembourgeois coordonnés (c'est-à-dire commercialisables en France), lesquels proposent déjà à leurs porteurs l'option de l'isolation.

En outre le dispositif proposé répond à une forte demande des professionnels et devrait permettre aux promoteurs de fonds communs de placement d'entreprise de créer des fonds à compartiments garantis, lesquels impliquent effectivement que la garantie ne s'applique qu'aux compartiments concernés et non à l'ensemble de l'OPCVM.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 47

Possibilité de créer différentes catégories de parts ou actions au sein d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de permettre la création de différentes catégories de parts ou actions au sein des organismes de placement collectif en valeurs mobilières

I. LE DROIT EXISTANT

La législation sur les OPCVM ne reconnaît l'existence de catégories de parts conférant des droits différents aux porteurs que pour les fonds communs de créances (FCC) et les fonds communs de placement à risque (FCPR). Le cinquième alinéa de l'article L. 214-43 du code monétaire et financier dispose ainsi que les parts de FCC peuvent donner lieu à des droits différents sur le capital et les intérêts, et le 8 de l'article L. 214-36 du même code dispose que les parts de FCPR peuvent donner lieu à des droits différents sur l'actif net ou sur les produits du fonds dans des conditions fixées par décret¹.

S'agissant des autres OPCVM – sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) et fonds communs de placement (FCP) – la création de catégorie de parts n'est possible que pour distinguer **les parts ou actions de distribution et de capitalisation**². Les droits des porteurs ou actionnaires sont identiques, de même que les frais qu'ils acquittent, mais la valorisation des parts ou actions est légèrement différente, selon qu'elle intègre (capitalisation) ou non (distribution) le dividende annuel dû par le FCP ou la SICAV. Il n'existe donc pas de catégories de parts ou actions correspondant à des types d'investisseurs aux intérêts dissemblables.

En revanche, la possibilité de créer des actions conférant des droits de vote différents aux actionnaires de sociétés commerciales est prévue par le code de commerce. L'article L. 228-11 de ce code dispose ainsi que lors de la

¹ Les FCPR comprennent ainsi fréquemment trois types de parts (parts A, B et C) de montants unitaires distincts et donnant lieu à des droits de priorité successifs sur le versement des produits du fonds.

² La faculté de distribuer ou de capitaliser est purement fiscale et l'historique en la matière est le suivant : la loi du 23 décembre 1988 relative aux OPCVM prévoyait dans son article 31 une distribution obligatoire, qui a été levée partiellement puis totalement en 1989 (article 39-1 de la loi n°89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, et article 16 de la loi de finances du 29 décembre 1989). Ainsi les fonds sont aujourd'hui libres de distribuer ou de capitaliser.

constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes autres actions (actions à droit de vote double en particulier). Il peut de même être créé des actions à dividende prioritaire mais sans droit de vote dans les conditions prévues aux articles L. 228-12 à L. 228-20.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ PAR VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission vous propose d'insérer dans le code monétaire et financier une disposition tendant à prévoir un principe général permettant la création, au sein d'un même OPCVM, de différentes catégories de parts ou d'actions.

Il s'agit par cette disposition de pérenniser par voie législative, et de diversifier, les possibilités de création de catégorie de parts, et plus particulièrement de favoriser la coexistence d'intérêts différents dans un même OPCVM, notamment entre investisseurs institutionnels (entreprises, fonds de retraite, institutions de prévoyance...) et particuliers, qui n'ont ni la même surface financière, ni des attentes identiques sur ce type de produits. Elle se traduirait par exemple par la création de parts et actions se différenciant par le montant unitaire, le niveau des frais de distribution ou les modalités de versement du dividende. Trois principaux arguments plaident en faveur de la mise en place de ce dispositif :

- une exigence **concurrentielle** : cette possibilité existe déjà depuis plusieurs années chez certains partenaires européens, le Luxembourg et la Grande-Bretagne en particulier, dont l'abondante offre de gestion tend à capter une partie de la demande des institutionnels français et étrangers grâce à des catégories de parts qui leur sont spécifiquement dédiées ;

- une exigence de **rationalisation de l'offre de produits** : les entreprises d'investissement tendent aujourd'hui à créer un OPCVM par type de clientèle, ce qui contribue à rendre l'offre peu lisible, à minorer la taille moyenne des fonds et éventuellement à différencier les styles de gestion au profit des investisseurs institutionnels. Le transfert de la différenciation sur les catégories de parts plutôt que sur les fonds eux-mêmes permettrait de rationaliser les gammes d'OPCVM et d'accroître l'encours moyen des fonds¹, ce qui présente des avantages en termes de diminution des coûts fixes et variables de gestion (comptabilité, frais de transaction sur titres, etc.) et d'attractivité de l'industrie française de la gestion. En outre, les OPCVM dont

¹ En 2001, l'encours moyen des OPCVM était de 106,6 millions d'euros en France, de 772,8 millions d'euros aux Etats-Unis et de 207,4 millions d'euros dans l'ensemble des pays développés.

l'encours est important permettent de réduire fortement les contraintes des investisseurs institutionnels afférentes au ratio d'emprise (souvent plafonné à 10% de l'encours du fonds) ;

- un impératif de **transparence** : le rapport intitulé « *Frais et commissions à la charge de l'investisseur dans la gestion collective* », publié en octobre 2002 à la suite des travaux menés par la Commission des opérations de bourse et la profession, a mis en évidence que l'absence de catégories de parts favorisait la mise en place de mécanismes de **rétrocessions de frais** dans les fonds de fonds et au profit des investisseurs institutionnels¹. Ces pratiques sont d'autant plus contestables qu'elles sont largement diffusées mais non moins officieuses. Le nouveau régime permettrait d'établir une plus grande transparence des frais affichés en proposant des frais de distribution réels pour les investisseurs institutionnels inférieurs à ceux aujourd'hui publiés, sans pour autant accroître ceux applicables aux particuliers, dans la mesure où les coûts de gestion diminueraient.

Il est donc proposé, par le présent article additionnel, d'insérer un second alinéa à l'article L. 214-2 du code monétaire et financier (portant dispositions communes aux OPCVM), disposant que les OPCVM peuvent comprendre différentes catégories de parts ou d'actions dans des conditions fixées respectivement par le règlement du fonds ou les statuts de la SICAV, selon les prescriptions du règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Ces prescriptions seraient destinées à assurer une parfaite transparence dans la création des catégories de parts et actions.

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

¹ Ces derniers tendent à négocier une « remise » sur frais de distribution en fonction de la taille de leur participation dans le fonds.

ARTICLE 48

Suppression de la distinction entre les sociétés de gestion collective et les sociétés de gestion de portefeuille

Commentaire : le présent article a pour objet de supprimer la catégorie des sociétés de gestion collective, conformément aux dispositions de la directive communautaire 2001/107/CE du 21 janvier 2002. La date limite de mise en conformité avec ces dispositions est fixée au 13 février 2004.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LA DISTINCTION JURIDIQUE ENTRE SOCIÉTÉ DE GESTION COLLECTIVE ET SOCIÉTÉ DE GESTION DE PORTEFEUILLE

Les articles L. 214-24 et L. 214-25¹ du code monétaire et financier mentionnent, sans les nommer sous cette appellation, les sociétés de gestion collective, qui sont des **sociétés de gestion à objet exclusif**, cet objet résidant dans la gestion d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).

L'article L. 214-24 du code monétaire et financier dispose qu'un FCP est constitué à l'initiative conjointe d'une société de gestion, telle que mentionnée à l'article L. 214-25, chargée de sa gestion, et d'une personne morale dépositaire des actifs du fonds. Cette société et cette personne établissent le règlement du fonds. La société chargée de la gestion du FCP peut être une société de gestion de portefeuille.

L'article L. 214-25 du même code dispose que la société de gestion a pour objet exclusif (**il s'agit alors d'une société de gestion collective**) des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), des FCP et des sociétés d'investissement. La société de gestion est soumise aux mêmes règles, notamment en matière d'agrément et de contrôle, que celles prévues pour les sociétés mentionnées à l'article L. 532-9, c'est-à-dire les sociétés de gestion de portefeuille.

¹ Le titre IV du livre V du code monétaire et financier, intitulé « les sociétés de gestion collective », comprend un unique article L. 540 qui précise que les dispositions relatives aux sociétés de gestion collective sont fixées au chapitre IV du titre I^{er} du livre II, dans lequel s'insèrent les deux articles sus mentionnés.

Les **sociétés de gestion de portefeuille** sont définies à l'article L. 532-9 du code monétaire et financier comme les entreprises d'investissement exerçant à titre principal la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, et sont agréées par la Commission des opérations de bourse.

B. L'ORIGINE COMMUNAUTAIRE DES SOCIÉTÉS DE GESTION COLLECTIVE

La raison d'être des sociétés de gestion collective est liée aux dispositions de la **directive 85/611/CE du 20 décembre 1985** relative aux organismes de placements collectifs en valeurs mobilières (OPCVM), qui limitait l'activité des sociétés de gestion à la seule gestion collective d'OPCVM pour compte de tiers (ce qui constitue l'actuelle définition des sociétés de gestion de portefeuille), et excluait donc la gestion individualisée sous forme de mandat de gestion de portefeuille. Cette disposition était peu cohérente avec la pratique des sociétés de gestion de portefeuille, qui exercent généralement à la fois des activités de gestion collective et de mandat. **La transposition de la directive a donc amené ces dernières à créer des sociétés de gestion collective *ad hoc*, à objet exclusif** (donc ne fournissant aucun service de mandat de gestion) et ne disposant pas de réels moyens financiers ou humains – l'essentiel de ces moyens étant concentré dans les sociétés de gestion de portefeuille – pour pouvoir bénéficier du passeport européen et constituer des fonds coordonnés exportables. Les sociétés de gestion collective sont donc des structures quelque peu factices imposées par les critères communautaires de reconnaissance des OPCVM.

C. LES NOUVELLES DISPOSITIONS COMMUNAUTAIRES SUR LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS DE GESTION

La nouvelle directive 2001/107/CE du 21 janvier 2002 sur la réglementation des sociétés de gestion a cependant étendu la capacité juridique des sociétés de gestion à la gestion de mandats individualisés¹. Cette disposition avait été anticipée dans les faits par les sociétés de gestion françaises, dont les gammes de fonds coordonnés étaient donc logées dans des sociétés de gestion collective.

Le 3 de l'article 5 de la directive dispose ainsi que les Etats membres peuvent autoriser les sociétés de gestion à fournir, « *outre la gestion de fonds communs de placement et de sociétés d'investissement, une activité de gestion de portefeuilles d'investissement, y compris ceux qui sont détenus par des*

¹ Cette extension vient remédier à des difficultés pratiques et commerciales pour les sociétés de gestion de portefeuille, mais également à une incohérence juridique, puisque la directive sur les services d'investissement de 1993 intègre la gestion sous mandat individuel dans les services d'investissement, et à ce titre susceptible de bénéficier du passeport européen.

fonds de retraite, sur une base discrétionnaire et individualisée, dans le cadre d'un mandat donné par les investisseurs ».

L'existence des sociétés de gestion collective n'est donc plus justifiée, dans la mesure où les sociétés de gestion de portefeuille sont susceptibles de requérir le passeport pour leurs activités de gestion collective comme individuelle.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. LA DISPARITION PROGRAMMÉE DES SOCIÉTÉS DE GESTION COLLECTIVE

Le présent article propose d'intégrer l'évolution du droit communautaire en supprimant **la distinction entre sociétés de gestion collective et sociétés de gestion de portefeuille, en substituant les secondes aux premières. Cette disposition prend effet à compter du 13 février 2004**, date prévue de transposition de la directive 2001/107/CE précitée. Des modifications transitoires du code monétaire et financier ayant trait aux sociétés de gestion collective sont néanmoins prévues et font l'objet des dispositions de l'article 33 du présent projet de loi¹.

Le I du présent article, dont les dispositions prennent effet à compter du 13 février 2004, tire les conséquences de cette suppression :

- au premier alinéa de l'article L. 214-24 du code monétaire et financier, les termes « *société de gestion de portefeuille* » se substituent aux termes « *mentionnés à l'article L. 214-25* », qui font référence aux sociétés de gestion collective ;

- le troisième alinéa du même article, qui précise que la société chargée de la gestion d'un FCP peut également être une société de gestion de portefeuille, est supprimé, puisque seules de telles sociétés pourront désormais gérer des FCP ;

- les deux premiers alinéas de l'article L. 214-25, qui définissent l'objet exclusif et la procédure d'agrément de la société de gestion collective,

¹ Le II de cet article dispose ainsi qu'il est créé dans le nouveau titre IV du livre V du code, intitulé « *Autres prestataires de services* », un chapitre III intitulé « *Les sociétés de gestion collective* ». Le IV du même article dispose en outre que l'article L. 540 du même code, qui constitue l'unique article de l'actuel titre IV du livre V, devient l'article L. 543-I et est inséré dans le chapitre III susmentionné.

qui est la même que pour les sociétés de gestion de portefeuille, sont en conséquence supprimés ;

- enfin le C du I du présent article dispose que le chapitre III du titre IV du livre V du code monétaire et financier et son article L. 543-I, relatifs aux sociétés de gestion collective, sont abrogés, également à compter du 13 février 2004.

C. LES MESURES TRANSITOIRES PORTANT DÉLAI DE MISE EN CONFORMITÉ

Le **II** du présent article prévoit les obligations des sociétés de gestion collective durant la période transitoire. Ces sociétés disposent donc d'un **délai de mise en conformité**, jusqu'au 13 février 2004, pour harmoniser leurs organisation et moyens avec les présentes dispositions. Elles doivent en outre effectuer une déclaration d'activité et présenter une demande d'agrément (afin de faire en sorte que les sociétés de gestion collective deviennent des sociétés de gestion de portefeuille) auprès de l'Autorité des marchés financiers avant le 31 décembre 2003, et poursuivre leur activité jusqu'à ce que l'autorité ait statué sur cette demande. Ce délai, assez court compte tenu des échéances potentielles pour le vote du présent projet de loi, ne devrait cependant pas créer de difficultés majeures pour les sociétés concernées. La plupart des sociétés de gestion de portefeuille fournissent en effet des prestations collectives et individuelles, de telle sorte que les OPCVM coordonnés pourront par exemple être rapatriés dans les sociétés de gestion de portefeuille, et que les sociétés de gestion collective qui les commercialisent seront supprimées ou aisément converties en nouvelles sociétés de gestion de portefeuille.

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

Section 2
Autres dispositions

ARTICLE 49

Adhésion au mécanisme de garantie des titres de l'ensemble des prestataires de services d'investissement, à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille

Commentaire : le présent article a pour objet de faire adhérer au fonds de garantie des dépôts l'ensemble des prestataires de services d'investissement, à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 322-1 du code monétaire et financier définit le mécanisme de garantie des titres, institué par l'article 62 modifié de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 (dite « loi de modernisation des activités financières »), son objet et ses adhérents.

Il dispose ainsi que *« lorsqu'ils sont conservateurs¹ d'instruments financiers confiés par des tiers, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement agréés en France, les intermédiaires habilités par le conseil des marchés financiers au titre de la conservation et de l'administration des instruments financiers et les adhérents des chambres de compensation adhèrent à un mécanisme de garantie des titres. Ce mécanisme a pour objet d'indemniser les investisseurs en cas d'indisponibilité de leurs instruments financiers ainsi que de leurs dépôts en espèces lorsqu'ils sont liés à un service d'investissement, à la compensation ou à la conservation d'instruments financiers et qu'ils n'entrent pas dans le champ d'application du fonds de garantie des dépôts institué par l'article L. 312-4 »*. En outre, *« ne peuvent*

¹ Hubert de Vauplane et Jean-Pierre Bornet, dans leur ouvrage « Droit des marchés financiers », définissent ainsi l'activité du conservateur :

« Chargé de l'administration et du « dépôt » des titres, le conservateur intervient en début et en fin de la chaîne boursière. Le conservateur assure la « garde » du stock de valeurs qui lui ont été confiées par ses clients ; il procure les services administratifs attachés à cette fonction : encaissement des dividendes et des coupons, information du client sur les opérations sur titres, etc. Cette notion est voisine de celle d'établissement dépositaire des OPCVM avec laquelle elle ne se confond cependant pas. »

La conservation des titres est, aux termes de l'article L. 321-2 du code monétaire et financier, une activité connexe aux services d'investissement.

bénéficiaire du mécanisme de garantie les personnes et les fonds exclus de l'indemnisation par l'article L. 312-4 ».

L'article L. 312-4 du même code définit le **fonds de garantie des dépôts des établissements de crédit** et précise son objet ainsi que les dépôts exclus de cette indemnisation. Il dispose ainsi que *« les établissements de crédit agréés en France adhèrent à un fonds de garantie des dépôts qui a pour objet d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou autres fonds remboursables. Sont exclus de cette indemnisation les dépôts ou autres fonds des établissements de crédit, des entreprises d'assurance, des organismes de placement collectif, des organismes de retraite, des entreprises d'investissement et des personnes mentionnées à l'article L. 518-1 ou au 1 de l'article L. 312-2. Peuvent être exclus de l'indemnisation, dans des conditions prévues par un règlement du comité de la réglementation bancaire et financière, des dépôts ou autres fonds en raison soit des informations sur la situation de l'entreprise ou des avantages particuliers dont a pu bénéficier le déposant concerné, soit de la nature spécifique de certains fonds ou dépôts, soit de l'origine illicite des fonds concernés ».*

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article propose deux modifications de l'article L. 322-1 relatif au mécanisme de garantie des titres :

- la mention *« lorsqu'ils sont conservateurs d'instruments financiers confiés par des tiers »* est supprimée ;

- les termes *« les établissements de crédit et les entreprises d'investissement »* sont remplacés par les mots *« les prestataires de services d'investissement, à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille »*.

Il résulte de ces deux dispositions une **modification du périmètre des adhérents du fonds de garantie**, qui est aujourd'hui trop étroit en ce qu'il ne concerne que les conservateurs d'instruments financiers, en vue d'accroître la sécurité financière des investisseurs. Les adhérents, qui sont aussi les bénéficiaires (ou du moins leurs clients), seraient désormais l'ensemble des prestataires de services d'investissement (PSI, qui sont, aux termes de l'article L. 531-1 du code monétaire et financier, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement agréés pour fournir des services d'investissement), **qu'ils assurent ou non une fonction de conservation de titres**.

L'exclusion actuelle des sociétés de gestion de portefeuille du mécanisme de garantie est toutefois maintenue par une disposition spécifique. Les sociétés de gestion sont en effet des PSI, mais dans la mesure où l'article L. 533-12 du code monétaire et financier leur interdit d'être

dépositaires des fonds qu'elles gèrent, elles sont de facto aujourd'hui exclues du mécanisme de garantie.

Le mécanisme de garantie établit donc une solidarité entre PSI au bénéfice des investisseurs, en permettant de couvrir les fonds affectés par la défaillance d'un adhérent. Ces fonds sont naturellement des titres, mais aussi des espèces ou créances telles que des avances sur commissions ou des ristournes non réclamées par les investisseurs, qui ne constituent pas des dépôts stricto sensu et ne sont donc pas éligibles au fonds de garantie des dépôts, prévu à l'article L. 312-4 précédemment cité pour les établissements de crédit.

En ne réservant l'obligation d'adhésion à ce mécanisme qu'aux PSI habilités par le Conseil des marchés financiers à la conservation de titres, qui sont généralement des sociétés de taille moyenne ou importante, la législation actuelle introduit une distorsion au sein des prestataires pour des flux de même nature, et pénalise in fine les investisseurs dont les fonds et créances sont détenus par des structures de petite taille, qui ne sont pas conservateurs d'instruments financiers et présentent finalement davantage de risques de défaillance.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission note que l'extension proposée par le présent article est **conforme aux dispositions de la directive 97/9/CE du 3 mars 1997** relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs, qui ne distingue pas les entreprises d'investissement concernées par de tels systèmes, selon qu'elles sont ou non teneurs-conservateurs de comptes.

Pourtant, l'utilité de l'extension du périmètre aux entreprises d'investissement non conservateurs n'est pas immédiatement perceptible, dans la mesure où les avoirs des clients sont essentiellement constitués de titres, et où ce sont bien ces titres qu'il convient de placer à l'abri d'une éventuelle faillite du prestataire conservateur. Il apparaît cependant que, même de manière marginale, **des avoirs non constitués de titres mais d'avances en espèces** exclusivement affectées à des instruments financiers pouvaient être conservés par des établissements non conservateurs de titres. Leur adhésion au mécanisme de garantie paraît donc justifiée, et il est vraisemblable que les prestataires, tels que les courtiers, qui ne conservent aucun avoir en titres ni en espèces, ne seront astreints qu'à la cotisation annuelle minimale pour les PSI. Cette cotisation, aux termes du point 1.1 de l'annexe 1 du règlement n° 99-15 du Comité de la réglementation bancaire et financière, est constitué d'une base forfaitaire de **800 euros**, à la différence des cotisations plus élevées dont l'assiette repose sur le montant des avoirs conservés.

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

ARTICLE 50

Mesures relatives aux émetteurs et gestionnaires de monnaie électronique et d'autres moyens de paiement

Commentaire : le présent article a pour objet d'assujettir l'ensemble des émetteurs de monnaie électronique à l'obligation de déclaration de soupçon, et de transposer une disposition de la directive européenne sur la monnaie électronique tendant à permettre la création d'une nouvelle catégorie d'émetteurs dispensés de l'agrément du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LE PRINCIPE DU MONOPOLE BANCAIRE ET SES EXCEPTIONS

L'article L. 511-5 du code monétaire et financier pose un principe général de **monopole des opérations de banque** pour les établissements de crédit. Il dispose en effet qu'« *il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel* », et qu'il est « *interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme* ». L'article L 511-7 du même code vient néanmoins **atténuer la portée de ce principe** puisqu'il dispose que ces interdictions ne font pas obstacle à ce que toute entreprise puisse effectuer certaines opérations s'apparentant à des opérations de banque :

« - *dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses contractants des délais ou avances de paiement ;*

« - *conclure des contrats de location de logements assortis d'une option d'achat ;*

« - *procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;*

« - *émettre des valeurs mobilières ainsi que des titres de créances négociables ;*

« - émettre des bons et cartes délivrés pour l'achat auprès d'elle, d'un bien ou d'un service déterminé ;

« - remettre des espèces en garantie d'une opération sur instruments financiers ou d'une opération de prêt de titres régies par les dispositions de l'article L. 431-7 ;

« - prendre ou mettre en pension des instruments financiers et effets publics visés à l'article L. 432-12. »

Les activités d'émission comme de gestion et de mise à disposition des moyens de paiement relèvent du monopole bancaire, dans la mesure où elles constituent, aux termes de l'article L. 311-1 du code monétaire et financier, des opérations de banque. Le droit communautaire, par la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, ne soumet cependant pas la gestion de moyens de paiement au monopole bancaire.

Aux termes de l'article L. 511-10 du même code, les établissements de crédit doivent avant d'exercer leur activité obtenir **l'agrément** délivré par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI). L'article L. 511-9 dispose en outre que les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque, de banque mutualiste ou coopérative, de caisse de crédit municipal, de société financière ou d'institution financière spécialisée.

B. LES RÈGLES RELATIVES À L'OBLIGATION DE DÉCLARATION DE SOUPÇON

L'article L. 562-1 du même code mentionne quant à lui la liste des personnes physiques et morales assujetties à l'obligation de déclaration portant sur des mouvements de capitaux suspects dans le cadre de la lutte contre le blanchiment. Ces personnes sont :

- les établissements de crédit ;
- la Banque de France, l'institut d'émission des départements d'outre-mer et l'institut d'émission d'outre-mer ;
- les entreprises d'assurance et de capitalisation, les mutuelles, les courtiers d'assurance et de réassurance ;
- les entreprises d'investissement, les membres des marchés réglementés d'instruments financiers et les adhérents des chambres de compensation ;
- les changeurs manuels ;

- les personnes qui réalisent, contrôlent, ou conseillent des opérations portant sur l'acquisition, la vente, la cession ou la location de biens immobiliers ;
- les représentants légaux et directeurs responsables de casinos ;
- les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'oeuvres d'art.

C. LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE

L'article premier de la **directive européenne 2000/46/CE du 18 septembre 2000** concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements définit la monnaie électronique comme toute « *valeur monétaire représentant une créance sur un émetteur qui est : stockée sur un support électronique, émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise, et acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur¹* ». Un établissement de monnaie électronique est quant à lui défini au même article comme « *une entreprise ou toute autre personne morale, autre qu'un établissement de crédit (...), qui émet des moyens de paiement sous la forme de monnaie électronique* ». La monnaie électronique est parfois considérée comme un troisième type de monnaie en ce qu'elle ne pourrait être assimilée ni à de la monnaie scripturale² ni à de la monnaie fiduciaire (qui est à la fois un support et un instrument monétaire), et présente un pouvoir libératoire caractéristiques de toute monnaie, dont il n'existe toutefois pas de définition légale.

Le 4 de l'article premier de la directive précitée dispose que **les Etats membres interdisent aux personnes ou entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit d'exercer, à titre professionnel, l'activité d'émission de monnaie électronique**. Le même article dispose en outre que les activités commerciales des établissements de monnaie électronique, autres que l'émission, sont limités à la gestion de monnaie électronique, à l'exercice de fonctions opérationnelles et accessoires liées à l'émission, et au stockage de

¹ Le règlement 2002-13 du Comité de la réglementation bancaire et financière dispose que « la monnaie électronique est composée d'unités de valeur, dites unités de monnaie électronique. Chacune constitue un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et accepté comme moyen de paiement, au sens de l'article L. 311-3 du code monétaire et financier, par des tiers autres que l'émetteur ».

² Néanmoins la Banque Centrale Européenne tend à considérer qu'elle n'est qu'un type de monnaie scripturale, et qu'elle est donc remboursable en monnaie de banque centrale, les fonds stockés (contrepartie de la monnaie électronique) étant assimilés à des dépôts bancaires.

données sur le support électronique pour le compte d'autres entreprises ou institutions publiques.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article comporte deux grandes dispositions, susceptibles à la fois de **sécuriser l'utilisation de la monnaie électronique au regard de transactions suspectes, et d'assouplir la réglementation applicable à une catégorie d'établissements utilisateurs.**

A. LA NOUVELLE EXEMPTION D'AGRÉMENT PERMISE PAR LA TRANSPOSITION COMMUNAUTAIRE

Le texte proposé par le I du présent article pour le II de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier a pour objet de **transposer expressément le point c de l'article 8 de la directive européenne du 18 septembre 2000 précitée**, dont la France a déjà transposé en droit interne l'essentiel des dispositions¹. Ce point dispose que les Etats membres peuvent autoriser leurs autorités compétentes à exempter un établissement de monnaie électronique de l'application de tout ou partie des dispositions de la directive, lorsque la monnaie électronique émise par l'établissement n'est acceptée comme moyen de paiement que par un nombre limité d'entreprises, qui se distinguent par une proximité géographique ou organisationnelle². Ces dispositions ne constituent donc qu'une faculté offerte aux Etats membres, que le présent article applique pour certains établissements émetteurs de moyens de paiement éventuellement (mais pas exclusivement) électroniques.

Le dispositif proposé crée ainsi une nouvelle catégorie d'entreprises exerçant une activité de gestion ou de mise à disposition de moyens de paiement, quels qu'ils soient³, **susceptible d'être exemptée d'agrément⁴ par**

¹ La majeure partie de la directive a été transposée par le règlement 2002-13 du CRBF, relatif à la monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique. Cet arrêté a été homologué par un arrêté du 10 janvier 2003 du ministre de l'économie.

² Les a et b de l'article 8 prévoient également deux autres conditions alternatives d'exemption :
- lorsque toutes les activités commerciales de l'établissement génèrent un montant total d'engagements financiers liés à la monnaie électronique en circulation ne dépassant pas normalement cinq millions d'euros et jamais six millions d'euros ;
- ou lorsque la monnaie électronique émise par l'établissement n'est acceptée comme moyen de paiement que par des filiales de l'établissement qui exercent des fonctions opérationnelles et d'autres fonctions accessoires en rapport avec la monnaie électronique émise ou distribuée par l'établissement concerné, la maison mère de l'établissement ou les autres filiales de ladite maison mère.

³ Le présent article vise ainsi l'ensemble des moyens de paiement afin de cristalliser les avancées et d'anticiper les nombreuses évolutions futures en la matière.

⁴ Cette exemption demeure une faculté, elle n'est pas automatique.

le CECEI. Cette disposition s'inscrit dans la continuité des normes jurisprudentielles que le CECEI a fixées sur la portée de l'exception au monopole bancaire, qui porte sur les établissements gestionnaires de tous moyens de paiement, qu'ils soient ou non électroniques. Le dispositif proposé prévoit que cette exemption n'est possible que lorsque ces moyens de paiement ne sont utilisés que par des sociétés liées¹ ou par un nombre limité d'entreprises répondant aux conditions alternatives prescrites par la directive précédemment mentionnée :

- se trouver dans les mêmes locaux ou dans une zone géographique restreinte (**critère de proximité géographique**);

- être liées avec l'établissement émetteur par un dispositif de commercialisation ou de distribution commun (**critère du lien organisationnel**).

La jurisprudence du CECEI relative aux exceptions au monopole bancaire de l'activité de gestion et de mise à disposition de la clientèle de moyens de paiement

La dérogation prévue par le 5° de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier permet à une entreprise qui n'a pas le statut d'établissement de crédit d'émettre une carte ou un bon exclusivement utilisable auprès d'elle sans enfreindre le monopole bancaire. Par conséquent, la seule exception expresse prévue par la loi au monopole bancaire concerne les cartes ou bons « monoprestataires », qui se caractérisent par l'unicité de l'émetteur et du prestataire-accepteur chez qui sera effectué l'achat.

La jurisprudence du CECEI a cependant été souple en la matière puisque l'exception au monopole bancaire a aussi concerné une pluralité de commerçants, dès lors que l'entité émettrice regroupe exclusivement des commerçants qui acceptent la carte en paiement et qu'une solidarité commerciale et financière a été organisée entre eux pour la sécurité des porteurs des cartes ou bons (jurisprudence Relais et Châteaux, 1994).

De même, le CECEI a admis en 1988 (« Points verts ») que des commerçants puissent, sur la base d'un contrat conclu avec un établissement de crédit, délivrer des espèces à des clients de cet établissement de crédit. Il n'a en revanche pas admis que des commerçants puissent délivrer des espèces à une clientèle plus large mais aussi recevoir des espèces (Banque Rivaud, 1993). Dans ce dernier cas, il a estimé que la constitution d'un établissement de crédit était nécessaire. Dans le même esprit, l'émission d'un porte-monnaie électronique a été considérée comme relevant du monopole bancaire (Kleline, 1997 et W-HA, 2001) : un statut de société financière a donc été donné aux sociétés Kleline et W-HA. Il est à noter que cette jurisprudence intervenait avant la transposition des deux directives européennes concernant la monnaie électronique.

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

¹ C'est-à-dire, selon les termes du 3 de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier dans sa rédaction actuelle, des sociétés ayant entre elles des liens directs ou indirects de capital conférant à l'une d'entre elle un pouvoir de contrôle effectif sur les autres.

B. LES IMPLICATIONS CONCRÈTES

Il s'agit donc de permettre à certaines entreprises de gérer et de mettre à la disposition du public des moyens de paiement éventuellement électroniques sans devoir créer un établissement de crédit qui y soit dédié. Ces dispositions concernent de manière assez marginale certains cas précis d'entreprises commerciales. Deux exemples sont à ce titre éclairants :

- la société Club Méditerranée permet à ses clients d'utiliser une monnaie « alternative » (mais qui n'est pas électronique) non seulement dans les hôtels, mais encore avec certains commerçants de l'environnement immédiat. Le nouveau critère de proximité géographique permettrait donc à cette entreprise de continuer à émettre ces moyens de paiement sans avoir à solliciter une demande d'agrément ;

- de même la société Relais & Châteaux donne à ses clients la possibilité d'utiliser des moyens de paiement internes entre les différents établissements du groupe. Dans ce cas, le nouveau critère organisationnel permettrait d'être exempté d'agrément.

Au-delà de ces cas particuliers, ces dispositions amènent à **s'interroger sur la nature même des moyens de paiement dans un nouveau contexte technologique**, en particulier eu égard au développement des transactions par téléphonie mobile. Le porte-monnaie électronique Monéo n'est en revanche pas concerné par ce dispositif, dans la mesure où Monéo est un consortium d'établissements de crédit, qui bénéficie lui-même de l'agrément du CECEI.

C. DES CONDITIONS ET OBLIGATIONS PRÉCISES

Le présent article prévoit deux séries de dispositions, la première pour les seuls établissements de monnaie électronique et la seconde pour l'ensemble des bénéficiaires de l'exemption au monopole bancaire précédemment mentionnée.

Le texte proposé par le I de cet article pour le II de l'article L. 511-7 dispose que l'entreprise qui gère ou utilise des moyens de paiement électroniques et bénéficie de l'exemption précédemment mentionnée doit respecter **deux conditions**¹ :

- la capacité maximale de chargement du support électronique de paiement ne peut excéder un montant précis, fixé par arrêté du ministre chargé

¹ *Le régime prudentiel des établissements de monnaie électronique est toutefois allégé par rapport à celui des établissements de crédits « classiques », aux termes du titre II du règlement 2002-13 du CRBF précité.*

de l'économie dans des conditions établies par décret. L'article 8c de la directive communautaire précitée établit ce plafond à 150 euros et il devrait en être de même dans la réglementation française ;

- l'entreprise concernée doit adresser un rapport d'activité annuel à la Banque de France, dont le contenu est fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Le **II** du présent article propose de compléter l'article L. 562-1 du code monétaire et financier par un alinéa qui inscrit les entreprises bénéficiaires de l'exemption d'agrément dans la liste des personnes et organismes **soumis à l'obligation de déclaration de soupçon** portant sur des mouvements de capitaux suspects dans le cadre de la lutte contre le blanchiment. Cette obligation constitue la principale mesure administrative de vigilance des établissements de crédit à l'égard des mouvements supposés illicites¹, et s'applique donc également à des entreprises qui ne sont pas agréées comme établissements de crédit, ce qui tend à conforter la position de pointe de la France dans le domaine de la lutte contre le blanchiment.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

L'exemption au monopole bancaire proposée par le présent article ne paraît pas contestable en ce qu'elle répond à des critères limitatifs et est conforme à la jurisprudence du CECEI, notamment élaborée par les représentants professionnels des établissements de crédit.

Ses implications concrètes sont néanmoins tributaires de la **définition des moyens de paiement dans un nouveau contexte technologique**, et ne sont à ce titre pas exemptes d'incertitudes, dans la mesure où cette définition n'est pas réellement arrêtée, que ce soit par le droit communautaire ou par les autorités françaises de réglementation. Le débat tend aujourd'hui à se focaliser sur les opérateurs téléphoniques et le développement rapide de leurs partenariats commerciaux avec d'autres prestataires de services : on peut ainsi se demander si les unités téléphoniques prépayées, utilisées dans le cadre d'offres promotionnelles adressées par les opérateurs à leurs utilisateurs, constituent un réel moyen de paiement virtuel. Selon les informations

¹ *Le règlement n° 2002-13 de la commission bancaire dispose néanmoins que les établissements émetteurs et distributeurs de monnaie électronique doivent mettre en place un système automatisé de détection des transactions inhabituelles ayant comme support la monnaie électronique. L'établissement distributeur doit indiquer à l'établissement émetteur les anomalies constatées et l'établissement émetteur peut lui demander de renforcer les normes de sécurité et de vigilance.*

Les règles internes en matière de blanchiment doivent également préciser les diligences à accomplir en cas de détection d'anomalies qui peuvent être significatives du point de vue de la lutte contre le blanchiment des capitaux.

recueillies par votre rapporteur auprès du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, cela ne semble pas devoir être le cas, tant du point de vue du droit communautaire que du juge judiciaire¹. En l'état actuel du droit, ce type de transactions n'est donc pas concerné par la présente exception au monopole bancaire.

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

¹ *La position actuelle est en effet de considérer que tout moyen de paiement doit être lié à un compte en banque. On peut donc en exciper que les unités téléphoniques, qu'elles soient pré- ou postpayées, ne constituent pas des moyens de paiement mais relèvent plutôt de la gestion commerciale de créances.*

ARTICLE 51

Aggravation des sanctions disciplinaires et pécuniaires applicables aux personnes physiques et morales exerçant la profession de change manuel

Commentaire : le présent article a pour objet d'aggraver les sanctions pécuniaires et disciplinaires applicables aux changeurs manuels et aux dirigeants des personnes morales exerçant la profession de change manuel.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 520-1 du code monétaire et financier définit le change manuel¹ comme **l'échange immédiat de billets ou monnaies libellés en devises différentes.**

Il prévoit que les personnes physiques ou morales autres que les établissements de crédit et les institutions publiques mentionnées à l'article L. 518-1 du même code (le Trésor Public, les services financiers de la Poste, la Banque de France, l'institut d'émission des départements d'outre-mer, l'institut d'émission d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations), qui font profession habituelle d'effectuer des opérations de change manuel, doivent adresser préalablement une déclaration d'activité à la Banque de France, sous peine d'interdiction d'exercice de la profession de changeur manuel. Ces personnes sont inscrites au registre du commerce et des sociétés. Les changeurs manuels sont tenus à tout moment de justifier soit d'un capital libéré, soit d'une caution d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'assurances, d'un montant au moins égal à une somme fixée par un règlement du comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF).

L'article L. 520-3 du même code prévoit les sanctions disciplinaires que la commission bancaire peut prononcer en cas de manquement à la réglementation relative au change manuel ou aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux. **Ces sanctions sont l'avertissement, le blâme, et l'interdiction d'exercer la profession de changeur manuel.** La commission bancaire peut également prononcer, à la place ou en sus de ces sanctions, une **sanction pécuniaire plafonnée à 37.500 euros.**

¹ *La population des changeurs manuels est très hétérogène, puisqu'elle va du bureau de change à employé unique ou du camping exerçant une activité réduite à des établissements filiales de groupes bancaires internationaux.*

784 changeurs manuels en activité sont recensés début 2003 (contre 828 début 2001), dont environ 120 hôtels, une cinquantaine de camping et une vingtaine d'offices de tourisme. Ces données sont toutefois à considérer avec prudence, s'agissant d'un régime purement déclaratif.

Les changeurs manuels peuvent être des personnes physiques ou morales. Dès lors **ce dispositif n'interdit pas expressément à une personne de reprendre ses activités de change manuel dans un autre établissement** que celui qui a fait l'objet de la sanction, dans la mesure où les interdictions d'exercer ne visent que la société dont le changeur fautif est le dirigeant.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article tend à rendre explicitement applicables aux dirigeants les sanctions prévues pour les personnes morales exerçant la profession de change manuel. Il a également pour objet de rendre les dirigeants d'une société de change manuel solidairement redevables de la sanction pécuniaire infligée à la personne morale.

Le **I** du présent article modifie ainsi l'article L. 520-1 du code monétaire et financier en vue de prévoir, pour toute personne physique ou morale qui n'a pas souscrit à l'obligation de déclaration d'activité à la Banque de France, **une interdiction de fonctions de dirigeant de droit ou de fait** dans une personne morale exerçant la profession de change manuel, en sus de l'interdiction existante d'exercice de la profession de changeur manuel. Cette interdiction est également prévue pour toute personne qui a fait l'objet de la sanction disciplinaire de la commission bancaire prévue au 3° de l'article L. 520-3 du code monétaire et financier.

Par coordination, le **II** du présent article tend ainsi à insérer une disposition au 3° de l'article L. 520-3 – qui prévoit une interdiction d'exercer la profession de changeur manuel – selon laquelle la commission bancaire peut également interdire aux dirigeants de droit ou de fait des établissements de change manuel d'exercer directement ou indirectement l'activité de change manuel.

Le **III** de cet article tend en outre à accroître fortement le plafond de la sanction pécuniaire applicable, que la commission bancaire peut prononcer à la place ou en sus des sanctions disciplinaires et qui passe de 37.500 euros à **un million d'euros**.

Cet article a également pour effet de **rendre les dirigeants de droit ou de fait d'une société de change manuel solidairement redevables de la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de la personne morale**, dans la mesure où la sanction pécuniaire s'ajoute ou supplée à l'ensemble des sanctions disciplinaires mentionnées à l'article L. 520-3 du code monétaire et financier, et où la sanction figurant au 3 de cet article viserait désormais également les dirigeants de droit ou de fait.

Ces sanctions devraient se révéler plus dissuasives et pallier un défaut du dispositif actuel, qui n'interdit pas réellement à un changeur sanctionné de créer une nouvelle société de change manuel pour y reprendre ses activités.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission approuve cet accroissement de la sévérité du dispositif de sanctions applicables aux changeurs manuels, et plus particulièrement à leurs dirigeants. De nombreux abus ont en effet été constatés par la commission bancaire au cours de la période récente¹.

L'applicabilité de la sanction pécuniaire aux personnes physiques dirigeantes est néanmoins implicite et mérite donc d'être clairement inscrite dans le texte de l'article L. 520-3.

Votre commission vous propose donc un **amendement** visant à préciser que lorsque le changeur manuel est une personne morale, la commission bancaire peut décider que ses dirigeants de droit ou de fait seront tenus solidairement au paiement de la sanction pécuniaire prononcée.

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

¹ *D'après le ministère de l'économie, les changeurs manuels constituent en outre une profession particulièrement exposée aux risques de blanchiment et de financement du terrorisme. En raison de la nature même de leur activité, les changeurs manuels ont en effet une moindre connaissance de leur clientèle essentiellement occasionnelle, et ont davantage de difficultés à connaître l'origine des fonds puisqu'il s'agit de manipulation d'espèces. La Commission bancaire constate une certaine méconnaissance de la part des changeurs manuels de leurs obligations de vigilance en matière de participation à la lutte contre le blanchiment de capitaux.*

ARTICLE 52

Extension des possibilités d'échange d'information entre les autorités de régulation françaises et leurs homologues étrangères

Commentaire : le présent article a pour objet d'accroître les obligations d'information entre entreprises d'un même groupe et les possibilités d'échanges d'informations entre autorités de régulation européennes, en particulier dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

I. LE DROIT EXISTANT

Le premier alinéa de l'article L. 511-34 du code monétaire et financier dispose que, pour les besoins de la surveillance sur la base de la situation financière consolidée d'un ou plusieurs établissements de crédit ou entreprises d'investissement ayant leur siège social dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, les entreprises établies en France et qui font partie du groupe financier ou du groupe mixte auquel appartiennent ces établissements de crédit ou entreprises d'investissement sont tenues de transmettre les renseignements nécessaires à des entreprises du même groupe ayant leur siège social dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

L'article L. 533-3 du même code dispose en outre que les prestataires de services d'investissement, les entreprises de marché et les chambres de compensation doivent communiquer à la Banque de France les informations nécessaires à l'élaboration des statistiques monétaires.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Les dispositions du **I** du présent article, qui remplacent le premier alinéa de l'article L. 511-34, **précisent et élargissent les obligations d'information entre entreprises d'un même groupe**. Les entreprises établies en France et qui font partie d'un groupe financier ou mixte auquel appartiennent également des entreprises ayant leur siège social dans d'autres Etats devraient dorénavant transmettre des informations dont le contenu est précisé sur trois points :

- le champ **géographique** est élargi, puisque le périmètre du groupe inclut désormais non seulement les sociétés implantées dans un Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen¹, mais également dans un Etat où sont applicables les accords prévus à l'article L. 613-13 du code monétaire et financier. Cet article prévoit que la commission bancaire peut conclure avec les autorités d'un Etat non partie à l'accord sur l'Espace économique européen et chargées d'une mission similaire (à condition que ces autorités soient également soumises au secret professionnel) des conventions bilatérales portant sur l'extension des contrôles sur place aux succursales et filiales d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement de droit français ou du droit du pays faisant l'objet de l'accord ;

- les données qui doivent être transmises comprennent non seulement les renseignements relatifs à la situation financière de ces établissements nécessaires à leur surveillance sur une base consolidée, ce qui est déjà le cas actuellement, mais également les informations nécessaires à l'organisation de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Ces informations traduisent notamment le **principe de connaissance du client**, déterminant en matière de lutte contre le blanchiment selon lequel aucun flux financier n'est en soi suspect, mais peut le devenir en fonction de la nature de l'émetteur et du destinataire. Les établissements de crédit et entreprises d'investissement doivent ainsi respecter un double objectif, à la fois prudentiel (il s'agit notamment de veiller à ce que les groupes financiers ne multiplient pas les filiales dans les Etats considérés comme « grands risques ») et de lutte contre le blanchiment ;

- les informations relatives à la lutte contre le blanchiment et le terrorisme ne peuvent être communiquées à des personnes extérieures au groupe, **excepté aux autorités de régulation des prestataires d'investissement implantés dans les Etats précédemment mentionnés**, ce qui permet donc à ces dernières d'échanger les informations transmises et de mieux coordonner leur action. Néanmoins, le dernier alinéa du texte proposé pour l'article L. 511-34 dispose que ces informations ne doivent pas être transmises aux autorités des Etats dont la législation et les pratiques sont reconnues comme insuffisantes et inadaptées par l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, le Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (**GAFI**).

¹ L'Espace économique européen regroupe les quinze Etats membres de l'Union européenne et trois Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) : la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

Le GAFI a récemment actualisé la liste de ces Etats ne faisant pas l'objet de transmissions d'informations, appelés « pays ou territoires non coopératifs » (PTNC). Ces Etats sont depuis le 17 février 2003 au nombre de dix : Iles Cook, Egypte, Guatemala, Indonésie, Myanmar, Nauru, Nigéria, Philippines, Saint-Vincent et Grenadines, Ukraine. Le GAFI n'ayant pas la personnalité morale, la liste qu'il établit périodiquement est reprise et inscrite dans la réglementation française par un arrêté du ministre de l'économie.

Le rôle et l'action du GAFI

Le GAFI est engagé dans une initiative importante ayant pour l'objet l'identification des pays ou territoires non coopératifs (PTNC) dans la lutte contre le blanchiment de capitaux. Cela a notamment entraîné l'élaboration d'un processus visant à la recherche des défaillances graves des dispositifs anti-blanchiment qui constituent des obstacles à la coopération internationale dans ce domaine. L'objectif de ce processus est la réduction de la vulnérabilité du système financier au blanchiment de capitaux en assurant que toute place financière adopte et mette en œuvre des mesures de prévention, de détection et de sanctions du blanchiment selon les normes internationales reconnues.

Le 14 février 2000, le GAFI a publié un **premier Rapport sur les PTNC**. Le rapport définissait vingt-cinq critères permettant d'identifier les règles et pratiques préjudiciables, et ces critères s'inscrivaient dans une logique de cohérence avec les **quarante Recommandations du GAFI**. Le rapport décrivait également une procédure devant permettre d'identifier les juridictions dotées de telles règles et pratiques, et il encourageait la mise en œuvre dans ces juridictions des normes internationales dans ce domaine.

L'étape suivante de l'initiative PTNC fut la publication en juin 2000 du premier rapport visant à identifier des PTNC spécifiques. Le rapport a identifié **quinze juridictions** (les Bahamas, les Îles Caïmans, les Îles Cook, Dominique, l'Israël, le Liban, le Liechtenstein, les Îles Marshall, Nauru, Niue, le Panama, les Philippines, la Russie, Saint-Christophe-et-Niévès, et Saint-Vincent et les Grenadines) comme manifestant des défaillances dans leurs dispositifs anti-blanchiment ou un manque de volonté manifeste concernant la coopération anti-blanchiment.

Depuis la publication du rapport de juin 2000, un grand nombre des juridictions définies comme non coopératives ont réalisé des progrès considérables et rapides. En juin 2001, le GAFI a mis à jour la liste des PTNC avec la publication d'un deuxième rapport. Quatre pays sont sortis de la liste (les Bahamas, les Îles Caïmans, le Liechtenstein et le Panama), mais six autres juridictions y ont été rajoutées (l'Égypte, le Guatemala, la Hongrie, l'Indonésie, le Myanmar et le Nigeria). Lors de la réunion plénière suivante du GAFI en septembre 2001, deux autres pays sont entrés dans la liste (la Grenade et l'Ukraine). La Plénière a également décidé du délai de l'application des contre-mesures possibles, auxquelles les pays membres du GAFI pourraient recourir si certaines juridictions ne faisaient pas suffisamment de progrès pour remédier aux défaillances identifiées.

En juin 2002, le GAFI a retiré quatre autres pays de la liste des PTNC : la Hongrie, Israël, le Liban, et Saint-Christophe-et-Niévès. Le GAFI a également publié son troisième rapport sur les PTNC. **En octobre 2002, le GAFI a de nouveau retiré quatre pays de la liste des PTNC : la Dominique, les Îles Marshall, Niue** (territoire indépendant associé à la Nouvelle-Zélande) **et la Russie**. Il a également décidé d'appliquer des contre-mesures au Nigeria et à l'Ukraine à partir du 15 décembre 2002, sous réserve que ces deux pays ne remédient rapidement aux défaillances identifiées précédemment par le GAFI.

L'Ukraine ayant échoué dans la promulgation d'une législation anti-blanchiment, le GAFI a recommandé le 20 décembre 2002 l'application de contre-mesures à son encontre. Cependant, en raison de l'importance des réformes législatives qui ont suivi, le GAFI a décidé en février 2003 de supprimer l'application des contre-mesures, bien que l'Ukraine demeure sur la liste des PTNC. A la même date, le GAFI a également retiré la Grenade de la liste des PTNC.

Source : site internet du GAFI

Le **II** du présent article propose d'introduire un article L. 533-3-1 dans le code monétaire et financier qui étend aux sociétés de gestion soumises au contrôle de l'Autorité des marchés financiers et aux groupes financiers comprenant une société de gestion, les mêmes obligations, relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, d'information interne et de communication aux autorités de régulation.

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

ARTICLE 53

Extension aux entreprises d'investissement de certaines dispositions applicables aux établissements de crédit en matière de contrôle de la structure du capital

Commentaire : le présent article a pour objet de rapprocher le régime des entreprises d'investissement en matière de contrôle des mouvements survenant dans leur capital de celui des établissements de crédit.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LES RÈGLES APPLICABLES AUX ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT

L'article L. 531-6 du code monétaire et financier dispose que toute modification dans la structure du capital d'une **entreprise d'investissement** doit être effectuée dans des conditions définies par le règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF). Elle doit être notifiée au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) – et le cas échéant autorisée par ce conseil – et au conseil des marchés financiers (CMF).

Les prescriptions du CRBF, qui sont confidentielles, tendent à renforcer la surveillance dans les domaines du respect de ratios prudentiels, de la lutte contre le blanchiment et de la crédibilité de l'acquéreur (il s'agit en particulier de s'assurer que la prise de participation ou de contrôle est le fait d'une société disposant d'une surface financière appropriée). Dans le nouveau dispositif de surveillance introduit par le titre I^r du présent projet de loi et en particulier dans son article 21, le CRBF, ainsi que le Conseil national des assurances et le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière, disparaîtraient pour donner naissance à une nouvelle entité, le Comité consultatif de la législation et de la réglementation, saisi de tout projet de texte en matière financière. Ce comité est présidé par le ministre chargé de l'économie et ne dispose plus du pouvoir normatif du CRBF, mais d'un pouvoir d'avis renforcé sur les dispositions communautaires, législatives et réglementaires.

L'article L. 532-9-1 du même code dispose que toute modification apportée aux conditions auxquelles était subordonné l'agrément délivré à une **société de gestion de portefeuille** doit faire l'objet, selon les cas, d'une autorisation préalable de la Commission des opérations de bourse (COB),

d'une déclaration ou d'une notification, dans les conditions fixées par un règlement de la Commission. Dans les cas où une autorisation doit être délivrée, elle peut, elle-même, être assortie de conditions particulières visant à préserver l'équilibre de la structure financière de la société de gestion, ou subordonnée au respect d'engagements pris par la société de gestion.

B. LES DISPOSITIONS RELATIVES AUX ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

L'article L. 511-12-1 du code monétaire et financier prévoit pour les établissements de crédit des dispositions similaires à celles de l'article L. 532-9-1 précité pour les sociétés de gestion de portefeuille, en cas de modification des conditions¹ auxquelles était subordonné l'agrément délivré à un établissement de crédit. Le CECEI délivre le cas échéant l'autorisation préalable, et un règlement du CRBF fixe les conditions de cette procédure de notification, déclaration ou autorisation.

L'article L. 611-2 du même code dispose en outre qu'en cas de manquement aux prescriptions édictées par le Comité de la réglementation bancaire et financière pour l'application des dispositions relatives, notamment, au montant du capital des établissements de crédit et aux conditions dans lesquelles des participations directes ou indirectes peuvent être prises, étendues ou cédées dans ces établissements, le procureur de la République, la commission bancaire ou le CECEI ou tout actionnaire **peut demander au juge de suspendre, jusqu'à régularisation de la situation, l'exercice des droits de vote** attachés aux actions ou parts sociales détenues irrégulièrement, directement ou indirectement. **A la différence des établissements de crédit, les entreprises d'investissement ne sont pas soumises à ce cadre strict.**

En ce qui concerne la communication d'informations entre autorités européennes de régulation, le troisième alinéa de l'article L. 612-6 du même code en outre dispose que, par dérogation aux dispositions de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales, le CECEI peut transmettre des informations aux autorités chargées, dans d'autres Etats, de l'agrément ou de la surveillance des établissements de crédit et des établissements financiers sous réserve de réciprocité et à condition que ces autorités soient elles-mêmes soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France. La Commission des communautés européennes peut également être destinataire de ces informations, dans la limite de ce qui est nécessaire à l'exercice des missions qui lui sont confiées, et sous réserve que les personnes destinataires soient soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

¹ Parmi lesquelles figurent, aux termes de l'article L. 511-10, la qualité des porteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article vise à étendre aux entreprises d'investissement certaines dispositions plus strictes aujourd'hui applicables aux établissements de crédit concernant les modifications survenues dans la structure du capital. Plus concrètement, ces dispositions visent à renforcer le contrôle et le pouvoir suspensif des autorités de régulation dans le cas d'opérations portant sur le capital d'entreprises d'investissement, telles qu'un rachat ou une prise de participation, afin de les harmoniser avec les procédures prévues pour les établissements bancaires, et qui ont par exemple été récemment mises en oeuvre lors du rachat par la BNP-Paribas des actions détenues par l'Etat dans le Crédit Lyonnais.

Le **I** du texte proposé par le présent article introduit ainsi un nouvel alinéa à l'article L. 531-6 précédemment mentionné, qui dispose qu'en cas de manquement aux prescriptions édictées par le ministre chargé de l'économie (au titre de ses attributions dans le cadre du nouveau Comité consultatif de la législation et de la réglementation) dans des conditions fixées par décret, **l'opération portant sur le capital de la société concernée peut être suspendue par le juge sur demande du procureur de la République, du CECEI¹, de la commission bancaire² ou de tout actionnaire ou détenteur de parts sociales de cette société.** Ce pouvoir d'interruption, qui permet aux autorités compétentes d'approfondir le dossier ou de solliciter une régularisation de la situation, se traduit par la suspension temporaire de l'exercice des droits de vote attachés à celles des actions et parts sociales de l'entreprise d'investissement dont il a été constaté qu'elles étaient détenues irrégulièrement, de manière directe ou indirecte. Ce nouvel alinéa exclut les sociétés de gestion de portefeuille, qui font l'objet d'une disposition spécifique analogue (impliquant l'AMF et non plus le CECEI ni la commission bancaire), exposée ci-après.

Concernant les **sociétés de gestion de portefeuille**, le **II** du texte proposé par le présent article introduit de la même manière un nouvel alinéa à l'article L. 532-9-1 du code monétaire et financier, qui dispose qu'en cas de défaut d'information préalable sur une modification de la structure de l'actionariat, l'AMF, le procureur de la République ou tout actionnaire ou détenteur de parts sociales peut demander, jusqu'à régularisation de la situation, la suspension de l'exercice des droits de vote.

Le **III** du présent article apporte enfin une modification de coordination au troisième alinéa de l'article L. 612-6, destiné à permettre

¹ *Le CECEI agrée les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille.*

² *La commission bancaire assure le contrôle prudentiel des entreprises d'investissement.*

l'échange d'informations entre le CECEI et les autorités d'autres Etats chargées de l'agrément ou de la surveillance des entreprises d'investissement, selon les mêmes modalités que la procédure déjà en vigueur pour les échanges d'informations portant sur les établissements de crédit et les établissements financiers.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission approuve ces dispositions, qui ne tendent pas à remédier a posteriori à des manquements graves ou à des structures capitalistiques suspectes qui auraient été récemment constatées pour telles ou telles entreprises d'investissement, mais bien plutôt à unifier la réglementation et à prévenir d'éventuels dysfonctionnements. Elles préservent en outre l'esprit de la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996, qui avait introduit une séparation claire entre le régime des établissements de crédit et celui des entreprises d'investissement, motivée notamment par le fait que les risques encourus n'étaient pas de même nature, et que les activités conduites par les entreprises d'investissement ne justifiaient pas l'existence d'un actionnaire de référence au sens de la loi bancaire. **Le rapprochement actuel ne consiste pas en un alignement intégral sur le régime des établissements de crédit, et préserve en particulier la spécificité du contrôle prudentiel des entreprises d'investissement.**

De même, la procédure de coordination des autorités de régulation apparaît particulièrement nécessaire dans le cas d'opérations transfrontalières de fusions et acquisitions – qui tendent notamment à se développer dans le cadre de la consolidation européenne du secteur bancaire et financier – mais aussi lorsqu'une entreprise d'investissement entreprend d'ouvrir une succursale dans un autre Etat de l'Espace économique européen.

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

ARTICLE 54

Encadrement de la dissolution anticipée des établissements de crédit et des entreprises d'investissement

Commentaire : le présent article a pour objet de renforcer l'encadrement des conditions de dissolution anticipée des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LE CONTRÔLE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION EN CAS DE DISSOLUTION ANTICIPÉE

En cas de dissolution anticipée d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement, il convient de distinguer les règles qui s'appliquent à la **personnalité morale** (qui sont les règles du droit commun de la liquidation) de celles dont l'application résulte du **statut** proprement dit d'établissement de crédit ou d'entreprise d'investissement, lequel nécessite un agrément délivré par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI). Le statut emporte l'application de la réglementation bancaire et place l'établissement sous le contrôle de la commission bancaire, du Conseil des marchés financiers (CMF) ou de la Commission des opérations de bourse (COB), selon qu'il s'agit d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement.

L'article L. 511-16 du code monétaire et financier dispose ainsi, dans son dernier alinéa, que tout **établissement de crédit** ayant décidé sa dissolution anticipée avant le terme de la période couvrant la durée de l'agrément accordé par le comité des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (CECEI) demeure soumis, jusqu'à la clôture de sa liquidation, au contrôle de la commission bancaire, qui peut prononcer les sanctions disciplinaires, y compris la radiation, prévues en cas d'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires afférentes à son activité et dont l'étendue est précisée à l'article L. 613-21 du même code. Il ne peut faire état de sa qualité d'établissement de crédit qu'en précisant qu'il est en liquidation.

Le dernier alinéa de l'article L. 532-6 du même code prévoit le même type de dispositions pour les **entreprises d'investissement**. Il dispose ainsi que toute entreprise d'investissement ayant décidé sa liquidation avant le terme de sa période d'agrément demeure soumise, jusqu'à la clôture de sa

liquidation, au contrôle de la commission bancaire et du CMF. La commission bancaire, le CMF et la COB peuvent prononcer les sanctions disciplinaires prévues aux articles L. 613-21 (pour la commission bancaire), L. 621-24 à L. 621-27 (pour la COB), et L. 622-15 à L. 622-18 (pour le CMF). De même, l'entreprise ne peut alors faire état de sa qualité d'entreprise d'investissement qu'en précisant qu'elle est en liquidation.

Enfin le statut d'établissement de crédit ou d'entreprise d'investissement rend applicables les dispositions des articles L 613-25 à L. 613-31 du code monétaire et financier relatives aux mesures disciplinaires de redressement et de liquidation judiciaires, qui subordonnent la disparition de la personnalité morale à l'accord préalable des autorités de régulation afin de préserver l'intérêt des déposants et épargnants. L'article L. 613-27 du code dispose en particulier que les procédures de redressement et de liquidation judiciaires ne peuvent être ouvertes à l'égard d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement qu'après avis de la commission bancaire.

B. LE CONTRÔLE DES AUTORITÉS PEUT CEPENDANT ÊTRE INEFFECTIF DANS LE RÉGIME ACTUEL

L'indépendance des sphères commerciale et bancaire au sein de ces établissements financiers implique cependant que, si les opérations de liquidation amiable se déroulent dans un délai suffisamment court, les autorités (commission bancaire, CMF ou COB) ne disposent pas du temps nécessaire pour s'y opposer et s'assurer que la dissolution ne portera aucun préjudice aux clients ou créanciers. En effet si l'établissement concerné n'existe plus à la suite d'une procédure commerciale rapide, les autorités de régulation ne peuvent plus appliquer d'éventuelles sanctions.

Par conséquent, dans le cadre légal actuel, la décision des associés (assemblée générale pour une société anonyme) d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement d'engager une dissolution anticipée de leur activité dans les conditions du 4° de l'article 1844-7¹ du code civil **peut ne faire l'objet d'aucune intervention spécifique des autorités de tutelle**. Les deux réglementations, bancaire et commerciale, existent ainsi en parallèle mais ne sont pas synchronisées et tendent à s'ignorer.

Enfin, il importe d'autant plus de corriger cette faille du système existant que les dispositions du présent article correspondent à celles de la directive 2001/24/CE du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit², dont l'article 11 dispose que « *les autorités compétentes de l'Etat membre* (c'est-à-dire les superviseurs

¹ Qui dispose que la société prend fin notamment par la dissolution anticipée décidée par ses associés.

² Dont la date limite de transposition est fixée au 5 mai 2004.

bancaires) *sont consultées, sous la forme la plus appropriée, avant toute décision de liquidation volontaire émanant des organes statutaires d'un établissement de crédit* ».

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose de remplacer le dernier alinéa des articles précédemment mentionnés par de nouvelles dispositions, en vue de renforcer les procédures relatives à la cessation anticipée d'activité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Ce renforcement de l'encadrement repose sur deux principales mesures :

- **une plus grande implication des autorités de régulation** : la dissolution anticipée d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement ne pourrait être prononcée **qu'après obtention du retrait de son agrément** par le CECEI, ou par l'Autorité des marchés financiers (AMF) lorsque l'entreprise a été agréée en tant que société de gestion de portefeuille. Le présent article prévoit que cette disposition déroge aux dispositions de l'article 1844-5¹ et des 4° et 5° de l'article 1844-7² du code civil ;

- **l'établissement d'un lien formel entre la procédure commerciale et la procédure des autorités de régulation** : la date de décision de retrait de cet agrément devrait figurer dans la publication et l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés concernant le prononcé de la dissolution. Aux termes du présent article, cette disposition déroge aux articles L. 123-1 et L. 237-3 du code de commerce³.

Ces dispositions sont prévues au **I** du présent article pour les établissements de crédit, et au **II** pour les entreprises d'investissement. Ainsi que le précise la réglementation actuelle, ces sociétés demeurent soumises jusqu'à la clôture de leur liquidation au contrôle des autorités compétentes

¹ L'article 1844-5 du code civil dispose que la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société, et que tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans un délai d'un an. En outre le tribunal ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu.

² Les 4° et 5° de l'article 1844-7 disposent en outre qu'une société prend fin par la dissolution anticipée décidée par ses associés, et par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour de justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou d'une mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société. Le présent article apporte une condition supplémentaire à la mise en oeuvre de cette dissolution anticipée.

³ Ces articles mentionnent respectivement la liste de l'ensemble des sociétés immatriculées au registre du commerce et des sociétés, et les conditions de publication de l'acte de nomination du liquidateur.

(CECEI ou AMF)¹. Elles ne peuvent également faire état de leur qualité d'établissement de crédit ou d'entreprise d'investissement sans préciser qu'elles sont en liquidation.

III – LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

L'objet de ces dispositions est bien d'empêcher les prestataires de services d'investissement d'organiser unilatéralement et dans des délais courts leur disparition, pour éventuellement créer une nouvelle société sans avoir rempli leurs obligations à l'égard des créanciers. Si la réglementation actuelle prévoit qu'une cessation anticipée d'activité demeure soumise au contrôle des autorités compétentes, il est apparu que des interstices subsistaient dans la pratique et qu'il demeurerait possible à certaines entreprises de procéder délibérément à leur dissolution. Or, les exigences de la protection des investisseurs imposent bien que dans le cas d'une dissolution anticipée, les déposants et épargnants soient désintéressés, c'est-à-dire que l'entreprise dissoute ait honoré l'ensemble de ses obligations à l'égard de ses créanciers. Si les situations de cessation volontaire demeurent très rares, un tel cas s'est néanmoins produit en 2002.

Les dispositions proposées sont de nature à prévenir et empêcher de tels manquements. Le retrait préalable de l'agrément, le contrôle plus approfondi de la régularisation par le tribunal de commerce, les sanctions potentielles prononcées par la commission bancaire ou l'AMF et la publicité de la liquidation à l'égard des tiers renforcent les garanties de désintéressement des clients et créanciers de la société.

La référence à l'article 1844-5 du code civil semble en revanche inutile. Elle vise à inclure dans le nouveau régime les dissolutions qui se font par réunion dans une seule main des parts d'une société. Or les dissolutions prononcées par le juge en pareille occurrence sont visées par l'article 1844-7 du même code et, dans la mesure où l'article 1844-4 du même code dispose que de telles dissolutions ne sont pas de plein droit, l'hypothèse prévue à l'article 1844-7 est la seule possible. Par conséquent, l'article 1844-7 couvre bien toutes les hypothèses et doit être le seul visé par le présent article.

Votre commission vous propose donc un amendement tendant à supprimer la référence à l'article 1844-5 du code civil.

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

¹ *Qui peuvent prononcer l'ensemble des sanctions disciplinaires et pécuniaires prévues, selon les cas, aux articles L. 613-21 (pour la Commission bancaire) et L. 621-15 (pour l'AMF).*

ARTICLE 55

Garantie de la rémunération de l'administrateur provisoire ou du liquidateur d'un prestataire de services d'investissement

Commentaire : le présent article a pour objet de modifier les articles L. 613-18 et L. 613-22 du code monétaire et financier, en vue de permettre de garantir la rémunération par le Fonds de garantie des dépôts de l'administrateur provisoire ou du liquidateur d'un prestataire de services d'investissement.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 613-18 du code monétaire et financier dispose que la commission bancaire peut désigner un **administrateur provisoire** auprès d'un établissement de crédit, ou d'une des personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 613-2 (prestataires de services d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, membres des marchés réglementés et adhérents aux chambres de compensation), auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale.

Cet article prévoit également les cas d'ouverture par la commission bancaire de décharge des dirigeants de la gestion de l'établissement. La désignation de l'administrateur provisoire est faite :

- soit à la demande des dirigeants lorsqu'ils estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions ;

- soit à l'initiative de la commission lorsque la gestion de l'établissement ou de l'entreprise ne peut plus être assurée dans des conditions normales, ou lorsque a été prononcée la suspension temporaire la ou démission d'office d'un ou de plusieurs des dirigeants.

L'article L. 613-22 du même code dispose que la commission bancaire peut nommer un **liquidateur**, auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale :

- lorsqu'un établissement de crédit ou une des personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 613-2 précédemment mentionné a fait l'objet d'une mesure de radiation ;

- lorsqu'une entreprise exerce irrégulièrement des activités d'opérations de banque et d'opérations connexes ou enfreint l'une des

interdictions définies à l'article L. 511-5 (interdiction pour toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations de banque),

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Les dispositions du présent article ont pour objet d'assurer la garantie du paiement du liquidateur ou de l'administrateur provisoire qui serait mandaté en cas de graves difficultés pour un prestataire de services d'investissement (PSI, établissement de crédit ou entreprise d'investissement).

Le **I** du présent article propose de compléter l'article L. 613-18 du code monétaire et financier pour prévoir que, lorsque la situation laisse craindre, à terme, une incapacité de l'établissement ou de l'entreprise à assurer la rémunération de l'administrateur provisoire, le **Fonds de garantie des dépôts** peut, sur proposition de la commission bancaire, décider d'en garantir le paiement.

La charge de cette garantie serait imputée au mécanisme de garantie des titres pour les PSI autres que établissements de crédit, et au mécanisme de garantie des cautions pour les établissements qui y adhèrent. En cas de mise en oeuvre conjointe, la charge est imputée à parts égales sur les différents mécanismes de garantie mis en oeuvre.

Le **II** du présent article propose d'insérer les mêmes dispositions à l'article L. 613-22 du code monétaire et financier relatif au **liquidateur**.

L'objet de cette garantie de rémunération est double :

- il concerne avant tout les petites entreprises d'investissement, qui pourraient ne pas avoir les moyens suffisants, avant même la cessation de paiement, de rémunérer l'administrateur provisoire ou le liquidateur ;

- bien que la mise en oeuvre de la garantie demeure soumise à l'appréciation de la commission bancaire, elle présenterait l'avantage de permettre aux administrateurs provisoires et liquidateurs concernés de ne plus agir à titre gracieux, comme cela leur est parfois aujourd'hui demandé.

L'organisation du Fonds de garantie des dépôts

Le Fonds de garantie des dépôts a été créé par la **loi n° 99-532 du 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière**, notamment à la suite de la faillite du Crédit Martiniquais en 1999, pour l'apurement duquel le Fonds a avancé près de 300 millions d'euros en janvier 2000¹. **Cette intervention, ainsi que celle au profit de la clientèle de Mutua-équipement, constituent d'ailleurs les deux seules du Fonds depuis sa création.** Le Fonds a pour mission principale d'indemniser aussi rapidement que possible les déposants, mais dans certaines conditions et en particulier dans la limite d'un plafond de 70.000 euros, lorsque l'établissement auquel ils ont confié leurs avoirs ne peut plus faire face à ses engagements et ne peut donc assurer le désintéressement de l'ensemble des créanciers. Il peut aussi intervenir à titre **préventif** pour permettre la disparition ordonnée d'un établissement défaillant sans que les déposants ne soient lésés par cette défaillance. Son action, en coordination avec celle de la commission bancaire, a vocation à être une composante de la sécurité du système bancaire français confortant, en cas de nécessité, la confiance des déposants dans la qualité d'ensemble de ce système.

Le Fonds de garantie des dépôts est une personne morale de droit privé et gère **trois mécanismes de garantie : la garantie des dépôts bancaires (de loin le plus important au regard du montant), la garantie des titres et la garantie des cautions.** Il est dirigé par un directoire agissant sous le contrôle d'un conseil de surveillance.

Le mécanisme de garantie des dépôts concerne les établissements bancaires, notamment les grandes banques à réseau. Le mécanisme de garantie des cautions ne joue que lorsque, concomitamment, les prestataires cautionnés (par exemple des agences de voyages ou constructeurs de maisons individuelles) et l'établissement de crédit qui a donné sa caution à ce prestataire sont défaillants, et concerne également les établissements de crédit, mais pour des montants plus réduits. Le mécanisme de garantie des titres garantit tout instrument financier mentionné à l'article L 211-1 du code monétaire et financier (actions, titres de créances, parts ou actions d'organismes de placement collectif, instruments financiers à terme), et inclut les dépôts espèces auprès d'un établissement adhérent non établissement de crédit, liés à un service d'investissement (y compris ceux effectués en garantie ou en couverture de positions prises sur un marché d'instruments financiers).

Les dispositions législatives régissant le Fonds de garantie des dépôts ont été codifiées, dans le code monétaire et financier, aux articles L 312-4 à L. 312-18 pour la garantie des espèces, aux articles L 322-1 à L. 322-4 pour la garantie des titres, et aux articles L 313-50 et L. 313-51 pour la garantie des cautions.

Les statuts du Fonds de garantie des dépôts sont également définis par les règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) n°99-06 modifié (articles 10 à 14), n°99-07 (articles 11 à 13), n°99-15 modifié (article 11), et n°99-16 (articles 11 à 13). Son règlement intérieur complète son dispositif statutaire.

Source : Fonds de garantie des dépôts

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

¹ *Le Fonds a engagé une action en responsabilité à l'encontre des dirigeants du Crédit Martiniquais en mai 2000. Le tribunal de grande instance de Paris a, par jugement du 9 janvier 2002, déclaré cette action prescrite depuis octobre 1999, décision que le Fonds de garantie conteste.*

ARTICLE 56

Suppression de la publication de la situation hebdomadaire de la Banque de France

Commentaire : le présent article a pour objet de mettre fin à la publication de la situation hebdomadaire de la Banque de France.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article 144-5 du code monétaire et financier dispose que la situation hebdomadaire¹ de la Banque de France est publiée au *Journal officiel*.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Cet article vise à mettre fin à l'obligation actuellement faite à la Banque de France de publier une situation hebdomadaire, qui s'appuie sur les données transmises par la Banque centrale européenne (BCE).

Or le groupe de travail comptable de la BCE a mis en oeuvre, à compter du 1^{er} janvier 2002, une actualisation des données relatives au partage

¹ *La situation hebdomadaire de la Banque de France a pour objectifs prioritaires :*
- *d'informer de l'incidence, sur les comptes de la Banque, des opérations de politique monétaire menées au sein de l'Eurosystème ;*

- *d'indiquer le niveau des réserves de change détenues et gérées par la Banque.*
Pour satisfaire aux objectifs qui lui sont assignés, la situation hebdomadaire de la Banque affiche, dans des postes distincts, tous les comptes qui relèvent des missions fondamentales de la Banque prévues par la loi du 4 août 1993 ou qui retracent des activités ayant une incidence sur la liquidité bancaire. En tant que de besoin, pour certaines rubriques, une distinction est faite entre résidents de la zone euro et non-résidents. De même, pour certaines rubriques, la devise d'origine est précisée : or, devises ou droits de tirage spéciaux (DTS). Si la devise d'origine n'est pas indiquée, c'est que la rubrique est libellée en euro et/ou en une des dénominations nationales de l'euro.

La situation hebdomadaire, diffusée le même jour que la situation financière consolidée de l'Eurosystème, fait apparaître les données arrêtées au vendredi précédent ainsi que les variations par rapport à la précédente situation. Une série longue – situations sur dix semaines – est publiée dans le Bulletin mensuel de la Banque de France.

La situation financière consolidée de l'Eurosystème, élaborée et publiée par la BCE, comprend tous les avoirs et engagements de l'Eurosystème vis-à-vis des tiers, tels qu'ils figurent dans les comptes des banques centrales nationales de la zone euro et de la BCE. Ce document permet de disposer d'une vision complète des répercussions sur la liquidité bancaire de l'ensemble de la zone euro des décisions prises par le Conseil des gouverneurs de l'Eurosystème, aussi bien en matière de politique monétaire qu'en matière de politique des changes.

du revenu monétaire sur une base désormais mensuelle. En outre, le Conseil des gouverneurs de la BCE a émis le 4 juillet 2002 une recommandation aux banques centrales nationales portant sur la suppression des situations hebdomadaires.

Dès lors, cette situation hebdomadaire ne paraît plus nécessaire, d'autant que son maintien imposerait d'inutiles opérations de « recalcul ». La situation de la Banque de France sera donc désormais publiée dans son bulletin mensuel.

Les économies éventuellement permises par cette mesure sont a priori faibles et n'ont pas été chiffrées par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

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

CHAPITRE III : SÉCURITÉ DES ASSURÉS

Section 1

Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

Sous-section 1 :

Extension de la compétence du Fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse aux entreprises d'assurances de dommages

ARTICLE 57

Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

Commentaire : le présent article prévoit l'extension de la prise en charge, par l'actuel Fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse, des conséquences pour les bénéficiaires de police d'assurance de la défaillance de l'entreprise contractante à l'ensemble des assurances dommage dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition législative ou réglementaire.

I. LES FONDS DE GARANTIE ACTUELS EN MATIÈRE D'ASSURANCE

A. LE FONDS DE GARANTIE CONTRE LES ACCIDENTS DE CIRCULATION ET DE CHASSE (FGAC)

1. Statut et structure de direction

Le FGAC a été institué par une loi du 31 décembre 1951 qui l'a doté de la personnalité morale, sans pour autant définir de façon précise sa nature juridique. Plusieurs décisions rendues par des juridictions civiles ont considéré que ce fonds était doté d'une personnalité morale de droit privé.

L'article R. 421-25 du code des assurances prévoit que le FGAC est administré par un conseil d'administration composé de 14 membres (8 représentants des assureurs et 6 représentants des assurés à l'assurance). Ce conseil élit son président parmi ses membres. Conformément aux statuts du FGAC¹, le conseil d'administration nomme un directeur général et lui délègue les pouvoirs nécessaires pour la direction des affaires ordinaires du FGAC et la gestion du personnel.

Le FGAC est soumis au contrôle du ministre chargé de l'économie : un commissaire du gouvernement désigné par le ministre exerce en son nom un contrôle sur l'ensemble de la gestion du fonds².

2. Missions

Au titre de ses activités propres, le FGAC a pour mission d'indemniser les victimes d'accidents de la circulation et d'accidents de chasse, ou leurs ayants droits, lorsque l'auteur des dommages demeure inconnu, n'est pas assuré ou lorsque son assureur est partiellement ou totalement insolvable³.

A ce titre, le FGAC groupe obligatoirement toutes les entreprises d'assurance qui couvrent les risques de responsabilité civile résultant de l'emploi de véhicules terrestres à moteur⁴.

Au titre de ses activités déléguées, qu'il exerce sur la base de conventions de gestion, le FGAC assure l'instruction des dossiers de trois autres fonds d'indemnisation : le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI)⁵, le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH) et le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA).

3. Ressources

Le fonds est essentiellement financé par :

- des contributions instituées par le code des assurances sur les assurés, les non assurés, les entreprises d'assurance, ainsi que des majorations

¹ Approuvés par décret du ministre chargé de l'économie en vertu de l'article R. 421-25 du code des assurances.

² Article R. 421-26 du code des assurances.

³ Articles L. 421-1 (pour les accidents de circulation) et L. 421-8 (pour les accidents de chasse) du code des assurances.

⁴ Article L. 421-2 du code des assurances.

⁵ Voir articles L. 126-1, L. 422-1 et L. 422-4 du code des assurances.

d'amendes pénales et des pénalités dues par l'assureur en cas d'offre d'indemnisation manifestement insuffisante ;

- le produit des recours intentés par le fonds, subrogé dans les droits des victimes, à l'encontre des responsables d'accidents de circulation ou de chasse ou de leur assureur.

B. LE FGAP

La loi « épargne et sécurité financière »¹ a créé dans son article 68 un « Fonds de garantie des assurés contre la défaillance de sociétés d'assurance de personnes », dit **Fonds de garantie des assurances de personnes (FGAP)**.

Ce fonds, auquel adhèrent obligatoirement, toutes les entreprises agréées en France pour des opérations d'assurance-vie, de capitalisation et de dommages corporels, a été créé pour indemniser les assurés bénéficiant de telles assurances lors de la défaillance de leur assureur. L'intervention du fonds, qui n'est que curative, est déclenchée par la Commission de contrôle des assurances (CCA) qui transfère le portefeuille de l'entreprise concernée et lui retire tous ses agréments administratifs.

Ce fonds est une personne morale de droit privé, à directoire et conseil de surveillance. Il est financé par des cotisations appelées *ex ante* auprès de ses adhérents. Au 31 décembre 2001, les ressources du fonds s'établissaient à 5,2 millions d'euros en excédent cumulé de gestion, 16,6 millions d'euros en cotisations versées par les entreprises adhérentes et 160,6 millions d'euros en cotisations mises en réserve pour le FGAP dans les comptes de ces mêmes entreprises.

II. LE PROJET DU GOUVERNEMENT

Afin de garantir les assurés ayant souscrit des assurances obligatoires de dommages contre les conséquences de la défaillance de leur assureur, le gouvernement propose d'étendre les compétences de l'actuel FGAC à la prise en charge des conséquences de ces défaillances.

Le FGAC devient ainsi le « Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages » (FGAO).

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

A. STATUT ET ORGANISATION DU FGAO

Le V du présent article propose une nouvelle rédaction de l'actuel article L. 421-2, qui est relatif au statut du FGAC (personnalité civile) et à ses membres obligatoires (« *toutes les entreprises d'assurance qui couvrent les risques de responsabilité civile résultant de l'emploi de véhicules terrestres à moteur* »).

1. Une personne morale de droit privé

Le gouvernement propose de donner au fonds, comme il l'a fait pour les fonds de garantie des dépôts et des assurances de personnes, la « *personnalité morale de droit privé* ».

Ce statut *sui generis* s'est imposé pour les précédents fonds de garantie en raison de l'inadéquation des formes juridiques existantes à prendre en compte toutes les caractéristiques que doit revêtir un tel système de garantie : autonomie par rapport aux pouvoirs publics, adhésion obligatoire des entreprises d'assurance, constitution de réserves impartageables, etc. La solution retenue évite en particulier de perturber le droit commun des sociétés commerciales.

Une telle innovation n'est pas de nature à soulever de grandes difficultés dès lors que le fonds de garantie n'évoluera pas dans un secteur concurrentiel et que le projet de loi permet de définir en pratique les règles de droit qui lui sont applicables.

2. Les entreprises obligatoirement adhérentes du fonds

Le gouvernement propose que **le fonds groupe obligatoirement** :

- d'une part, « *l'ensemble des entreprises qui offrent des garanties en matière d'assurance automobile et de chasse* » comme le fait l'actuel FGAC,

- d'autre part, « *toutes les entreprises d'assurance agréées en France et soumises au contrôle de l'Etat en vertu de l'article L. 310-1 [du code des assurances] qui couvrent les risques faisant l'objet d'une obligation d'assurance en vertu d'une disposition législative ou réglementaire* ».

Il ne s'agit donc **que des entreprises d'assurance du code des assurances** (à l'exclusion des mutuelles du code de la mutualité et des institutions de prévoyance, qui ne pratiquent pas l'assurance dommage), et à l'intérieur de cette catégorie, uniquement celles qui sont **agréées en France** et

celles qui **couvrent des risques pour lesquels la loi ou le règlement¹ a prévu une obligation d'assurance.**

Il existe actuellement plus d'une centaine d'obligations d'assurance². La dernière en date, prévue par une loi de 2002, est l'assurance obligatoire de responsabilité civile médicale³.

Il s'agit le plus souvent d'assurances de responsabilité civile de professionnels⁴, dont le but est de protéger des consommateurs particuliers et d'une assurance dommage obligatoire, appelée la « dommage ouvrage ». Il s'agit donc de la couverture de risques longs.

Il importe de bien distinguer ces assurances obligatoires, des garanties obligatoires elles-mêmes supportées par des assurances facultatives qui n'entrent donc pas dans le champ du FGAO (c'est le cas par exemple des garanties « catastrophes naturelles », « attentats » et bientôt « catastrophes industrielles »). Ces sinistres relèveront de la liquidation de l'entreprise d'assurance, sans intervention du FGAO. S'agissant de sinistres dont le délai de règlement est court (incendie, catastrophes naturelles), il y aura de toutes façons un montant relativement faible de sinistres non réglés au moment de la défaillance de l'entreprise.

B. MISSIONS DU FGAO

1. La reprise des missions du FGAC

Le **1° du IV** du présent article propose une nouvelle rédaction pour la première phrase du premier alinéa de l'article L. 421-1 qui définit la mission de l'actuel FGAC en matière de garantie contre les accidents de la circulation.

¹ Aux termes d'un avis rendu le 24 février 1994, le Conseil d'Etat a estimé que la création d'une assurance obligatoire relevait du domaine législatif. Toutefois, lorsque la loi donne à une autorité administrative compétence pour fixer les conditions d'exercice d'une profession ou d'une activité soumises à autorisation, agrément ou nomination, une décision réglementaire de l'autorité administrative peut inclure au nombre de ces conditions l'obligation d'assurance, si la nature de la profession ou de l'activité l'exige.

² Il n'en existe pas de liste codifiée mais le ministère chargé de l'économie en fait des recensements périodiques.

³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁴ Par exemple : aéroclubs, exploitants de remontées mécaniques, transports publics de voyageurs et de marchandises, accueil des personnes âgées à domicile par des particuliers, assistantes maternelles, crèches, centres de transfusion sanguine, architectes, locataires, sociétés civiles de placement immobilier, chasseurs, manifestations aériennes, assurance scolaire, volontaires pour la solidarité internationale, calamités agricoles, commissaires aux comptes, exploitants d'installations nucléaires, avocats, notaires, nombreuses sociétés civiles professionnelles, nombreuses sociétés d'exercice libéral, propriétaires de chiens dangereux, etc.

Les compétences actuelles du FGAC en matière d'accident de la circulation sont reprises au profit du FGAO. Il est toutefois précisé qu'en cas d'intervention pour insolvabilité partielle ou totale de l'assureur, ce mécanisme est subsidiaire par rapport à la garantie apportée au titre de la défaillance de l'assureur : ces deux garanties ne sauraient se cumuler.

Le **2° du IV** du présent article complète l'article L. 421-1 pour prévoir que lorsque le fonds prend en charge, pour le compte de l'entreprise d'assurance en liquidation, le règlement des dommages causés aux tiers dans un accident de la circulation¹, il ne peut exercer aucun recours contre les assurés et souscripteurs de contrats pour le recouvrement des indemnités qu'il a versées en application de cet même article L. 421-1 relatif à la garantie contre les accidents de la circulation².

L'article L. 421-8 du code n'étant pas modifié par le présent article, **le FGAO reprendra les compétences du FGAC en matière de garantie contre les accidents de la chasse.**

De même, **le FGAO pourra continuer à assurer les missions que le FGAC exerçait pour le compte des autres fonds d'indemnisation.**

2. L'extension à la garantie contre les défaillances d'entreprises d'assurance lorsque l'assuré a souscrit une assurance obligatoire

Le **VI** du présent article prévoit l'extension de la compétence de l'actuel FGAC à la garantie contre les conséquences des défaillances d'entreprises d'assurance lorsque l'assuré a souscrit une assurance obligatoire. Il propose une nouvelle rédaction de l'article L. 421-9³.

a) Le champ de la garantie

Le I de l'article L. 421-9 tel que modifié par le VI du présent article définit la mission du FGAO : il est « *chargé de protéger les personnes assurées, souscriptrices, adhérentes ou bénéficiaires de prestations de contrats d'assurance dont la souscription est rendue obligatoire par une disposition législative ou réglementaire, contre les conséquences de la défaillance des entreprises d'assurance agréées en France et soumises au contrôle de l'Etat en vertu de l'article L. 310-1* » du code des assurances.

¹ Dommages mentionnés à l'article L. 211-1.

² Cette disposition est une reprise d'une disposition existante à l'article L. 421-9 qui est supprimée par la nouvelle rédaction prévue pour cet article au VI du présent article.

³ Dont une partie des dispositions actuelles est reprise dans la nouvelle rédaction de l'article L. 421-1 proposée par le IV du présent article.

Ne sont toutefois pas concernées ni les entreprises d'assurance-vie¹, ni celles qui font de la capitalisation² ni celles qui n'ont que des activités d'assistance³ ou que des activités d'assurance de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie⁴ (ces entreprises relèvent du FGAP). Il s'agit donc bien des **seules entreprises d'assurance de dommages, agréées en France et qui ont fait souscrire des contrats d'assurance obligatoire**.

De façon logique, ne sont couverts par le fonds que les sinistres garantis par le contrats, survenus et déclarés par l'assuré avant la date de cessation des effets du contrat ou qui sont la conséquence de faits ou d'actes précis survenus et déclarés par l'assuré avant cette date.

b) L'exclusion de certains contrats d'assurance

Le II de l'article L. 421-9 tel que modifié par le VI du présent article prévoit, sur le modèle de ce qui existe actuellement pour le FGAP, que **certaines contrats sont exclus de toute indemnisation**, à raison de la qualité des personnes qui les ont souscrits ou de la nature particulière des contrats concernés.

Il s'agit :

1° des contrats « *dont un assuré, un souscripteur, un adhérent, un bénéficiaire de prestations ou un tiers agissant pour le compte d'une de ces personnes a pu bénéficier d'informations sur la situation de l'entreprise défaillante ou d'avantages particuliers* » ; il s'agit d'éviter qu'un assuré ne profite de son information privilégiée sur l'entreprise pour souscrire un contrat d'assurance avec cette entreprise dans le seul but d'être indemnisé ;

2° des contrats « *relatifs aux corps de véhicules marins, lacustres, fluviaux, aériens, spatiaux et ferroviaires ; aux marchandises transportées ; à la protection juridique ; à l'assistance aux personnes en difficulté, notamment au cours de déplacements ; de responsabilité civile ou de garantie financière exigés au titre des conventions internationales sur la responsabilité nucléaire, les mouvements transfrontières de déchets dangereux et sur la responsabilité du transporteur maritime fluvial et aériens, et ceux souscrits en application* » du règlement communautaire de 1997 relatif à la responsabilité des

¹ Il s'agit des entreprises agréées pour des opérations citées au 1° de l'article L. 310-1.

² Il s'agit des entreprises agréées pour des opérations citées au dernier alinéa de l'article L. 310-1.

³ Il s'agit des entreprises agréées à titre exclusif pour les activités d'assistance mentionnées au 3° de l'article L. 310-1.

⁴ Il s'agit des entreprises agréées à titre exclusif pour des opérations citées au 2° de l'article L. 310-1.

transporteurs aériens en cas d'accident¹ ; il s'agit d'exclure de la garantie du FGAO les risques spéciaux ;

3° des contrats « *couvrant ou indemnisant des risques ou engagements situés hors de la communauté européenne, ou couvrant ou indemnisant des tiers victimes ressortissants ou résidents de pays situés hors de la Communauté européenne* », il s'agit de ne pas faire entrer dans la garantie des engagements non maîtrisés ;

4° a) des contrats souscrits par les « *administrateurs, dirigeants, associés personnellement responsables détenteurs directement ou indirectement, d'au moins 5 % du capital de l'entreprise d'assurance, commissaires aux comptes et assurés ayant les mêmes qualités dans d'autres sociétés du groupe, administrateurs de la société d'assurance mutuelle* » car ces personnes ont aussi des informations privilégiées sur la situation difficile de l'entreprise ;

4° b) des contrats souscrits par les « *tiers agissant pour le compte des assurés, souscripteurs de contrats, adhérents et bénéficiaires des prestations (...)* » car seuls les assurés directs ont droit à la garantie ;

4° c) des contrats souscrits par les « *entreprises d'assurance relevant du [code des assurances], institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural ainsi que les mutuelles régies par le code de la mutualité, sauf lorsqu'il s'agit de contrats souscrits au profit de leurs salariés ou de leurs clients* » car ces entreprises sont censées être suffisamment averties pour ne pas choisir un assureur présentant un risque de défaillance ;

4° d) des contrats souscrits par les « *sociétés entrant dans le périmètre de consolidation² (...) dont relève l'entreprise d'assurance, sauf s'il s'agit de contrats souscrits au profit de leurs salariés ou de leurs clients* » car ces sociétés sont également censées être en mesure d'apprécier la solidité de l'entreprise d'assurance qui fait partie du même groupe ;

4° e) des contrats souscrits par les « *établissements de crédit [ainsi que le Trésor Public, la Banque de France, les services financiers de La Poste, l'institut d'émission des départements d'outre-mer, l'institut d'émission d'outre-mer, la Caisse des dépôts et consignations et ses filiales]³ sauf pour les contrats souscrits pour le compte d'un emprunteur, d'un client ou de leurs salariés* » pour les mêmes raisons ;

¹ Règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil du 9 octobre 1997 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident.

² Tel que défini à l'article 233-16 du code de commerce, lui-même modifié par l'article 85 du présent projet de loi.

³ Il s'agit des personnes mentionnées à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier.

5° des contrats « *assurant les personnes morales et les personnes physiques, souscriptrices, adhérentes ou bénéficiaires, en ce qui concerne leurs activités professionnelles ; sont couverts en revanche les contrats souscrits au profit d'une personne physique, cliente ou adhérente hors du cadre de ses activités professionnelles ou au profit des salariés des personnes morales ou physiques mentionnées ci-dessus* » ; les personnes agissant dans leur cadre professionnel sont ainsi réputées être à même de choisir un assureur financièrement solide ; ainsi un particulier ou une société civile immobilière (personne morale), assurés auprès d'un assureur qui fait faillite, seront couverts si les contrats d'assurance obligatoire conclus ne concernent pas leurs activités professionnelles.

Si les personnes assurées agissant dans le cadre de leur activité professionnelle sont réputées à même de choisir un bon assureur, **les victimes** de dommages que ces personnes assurées pourraient causer dans le cadre de leur activité professionnelle n'ont pas à subir les conséquences du mauvais choix de l'assureur.

C'est pourquoi le **III de l'article L. 421-9** tel que modifié par le VI du présent article prévoit que « *les personnes victimes d'un dommage dont l'assuré est responsable et qui ne se trouvent pas avec lui dans une situation contractuelle à raison de leur activité professionnelle sont indemnisées par le fonds* ». C'est le cas par exemple d'un patient, victime d'un dommage causé par son médecin (obligatoirement assuré en responsabilité civile médicale) : il sera indemnisé si l'assureur de son médecin vient à faire faillite.

Un décret en Conseil d'Etat prévoira les modalités d'application de l'article L. 421-9 tel que modifié par le VI du présent article.

C. MODALITÉS D'INTERVENTION DU FONDS

Afin de préciser les modalités d'intervention du fonds lorsqu'il agit au titre de la garantie contre les défaillances d'entreprises d'assurances, le **VII** du présent article propose d'insérer six nouveaux articles dans le code des assurances. Ces articles sont la reprise, presque à l'identique, des dispositions prévues dans le cadre du FGAP.

1. Le recours au fonds de garantie et la procédure de transfert de portefeuille

L'**article L. 421-9-1** introduit par le présent article détaille la procédure qui permet d'avoir recours au fonds de garantie ainsi que la procédure de transfert de portefeuille qui lui fait suite. Il s'agit d'un

fonctionnement à titre exclusivement curatif, aucune intervention de nature préventive¹ n'est prévue.

a) Le recours au fonds de garantie

La décision de recourir au fonds de garantie intervient en plusieurs étapes :

- tout d'abord, il faut qu'au cours d'une procédure de sanction², **la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP)³ estime qu'une des entreprises** visées dans le champ de la garantie du FGAO (c'est à dire mentionnées au premier aliéna de l'article L. 421-9) ou présente sur le marché des garanties de responsabilité civile automobile **« n'est plus en mesure de faire face à ses engagements »** envers les personnes couvertes par cette garantie (c'est à dire celles qui sont également mentionnées au premier alinéa de l'article L. 421-9) ; si elle fait ce constat, **elle doit alors décider de recourir au fonds ;**

- toutefois, avant de prendre sa décision, **elle doit consulter par écrit le fonds** en lui indiquant qu'elle envisage de recourir à lui ;

- **le fonds dispose alors d'un délai de quinze jours pour adresser ses observations à la CCAMIP** et son représentant peut être reçu par elle pendant ce délai de quinze jours ;

- à l'expiration de ce délai ou d'un délai plus court fixé d'un commun accord entre le fonds et le président de la CCAMIP, **celle-ci statue sur la saisine du fonds et lui notifie sa décision de recourir à lui ;**

- s'il conteste la décision de la CCAMIP, **le fonds peut**, dans un délai de quinze jours suivant cette décision, **saisir le ministre chargé de l'économie ; celui-ci peut**, « dans l'intérêt des assurés et des souscripteurs, adhérents et bénéficiaires des contrats » et dans un nouveau délai de quinze jours, **demander à la CCAMIP une nouvelle délibération ;**

- la décision de la CCAMIP de recourir au fonds de garantie est immédiatement notifiée à l'entreprise concernée à l'issue de cette procédure.

¹ Comme il en existe pour le fonds de garantie des dépôts.

² Article L. 310-18 du code des assurances.

³ Créée à l'article 26 du présent projet de loi par fusion de la Commission de contrôle des assurances (CCA) et de la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP).

b) La procédure de transfert de portefeuille

Dès cette notification à l'entreprise concernée, **la CCAMIP lance un appel d'offres en vue du transfert d'office du portefeuille** de contrats¹ de l'entreprise. Cet appel d'offres est communiqué au fonds de garantie.

Dans le cadre de cette procédure d'appel d'offres, la CCAMIP retient la ou les offres qui lui paraissent « *le mieux préserver l'intérêt des assurés, souscripteurs de contrats, adhérents et bénéficiaires de prestations* ». La CCAMIP prend alors une **décision de transfert du portefeuille au profit d'une ou plusieurs entreprises**. Cette décision est publiée au *Journal Officiel*. Elle libère l'entreprise cédante de tout engagement envers ses assurés dont les contrats ont été ainsi transférés.

Si, en revanche, la procédure de transfert de portefeuille n'aboutit pas, la CCAMIP en informe le fonds.

Que le transfert de portefeuille soit total, partiel ou qu'il ne réussisse pas, **la CCAMIP doit obligatoirement retirer tous les agréments administratifs de l'entreprise défaillante**. Cette disposition est très importante pour éviter tout risque d'aléa moral.

Si une partie du portefeuille n'a pas été transférée, c'est alors le fonds de garantie (ou l'administrateur provisoire nommé le cas échéant par la CCAMIP, pour le compte du fonds de garantie) qui accomplit, jusqu'à la nomination du liquidateur, les actes nécessaires à la gestion de cette partie du portefeuille.

2. Le versement d'indemnités par le fonds

L'intervention à titre curatif par le fonds de garantie a pour seul but l'indemnisation des assurés et/ou des victimes. **L'article L. 421-9-2** introduit par le VII du présent article, prévoit que le fonds verse des indemnités dans deux cas de figure :

- **soit le transfert de portefeuille n'a pas abouti** : dans ce cas, les droits des assurés sont garantis par des **versements du fonds de garantie, au profit direct des assurés** (dans des limites fixées par un décret en Conseil d'Etat et dans celles prévues par les contrats souscrits auprès de l'entreprise dont l'agrément a été retiré) ; les droits concernés doivent toutefois être nés avant la résiliation des contrats prévue en cas de retrait de l'agrément administratif, c'est à dire au plus tard 40 jours après la publication au *Journal officiel* de la décision de la CCAMIP prononçant le retrait ;

¹ Cette procédure a le caractère d'une sanction disciplinaire de l'article L. 310-18 (6°).

- **soit le transfert de portefeuille a abouti**: dans ce cas ce n'est que **la partie des droits des assurés éventuellement non couverte par le cessionnaire qui est garantie par le versement du fonds au cessionnaire** (dans des limites fixées par un décret en Conseil d'Etat et dans celles prévues par les contrats souscrits auprès de l'entreprise dont l'agrément a été retiré).

3. Relations du fonds avec les autres autorités compétentes en matière d'assurance

L'article L. 421-9-3 introduit par le présent article prévoit que :

- le ministre chargé de l'économie (ou son représentant) peut demander à être entendu par le fonds. Ce droit est également ouvert au président de la CCAMIP (ou son représentant) ;

- à l'inverse, la CCAMIP peut demander au représentant du fonds de s'exprimer devant elle sur toute question concernant une entreprise d'assurance¹ et le fonds peut demander à être entendu par la commission.

4. Subrogations et actions récursoires

L'article L. 421-9-4 introduit par le présent article prévoit :

- les cas dans lesquels le fonds de garantie peut être subrogé dans les droits des assurés et de l'entreprise défaillante : le fonds de garantie rachète les droits des assurés indemnisés et devient titulaire de ces droits dans la procédure de liquidation ouverte à l'encontre de l'entreprise défaillante ;

- et ceux dans lesquels il peut engager des actions récursoires contre les dirigeants de cette entreprise.

a) Cas de subrogation

Le fonds de garantie est subrogé :

- **dans les droits des assurés** à concurrence du montant des sommes qu'il a versées sous forme d'indemnités ;

- **dans les droits de l'entreprise dont l'agrément a été retiré**, à concurrence du montant des sommes qu'il a versées sous forme d'indemnités

¹ Dans la procédure analogue prévue pour le FGAP, le fonds n'est entendu que sur les questions concernant une entreprise d'assurance pour laquelle la mise en œuvre du fonds est envisagée.

et des sommes exigibles en vertu de l'exécution des **traités de réassurance en cours**¹.

b) Actions récursoires

La subrogation permet au fonds d'entamer des actions récursoires afin d'obtenir le remboursement des sommes qu'il a versées sous forme d'indemnités. Il peut ainsi engager plusieurs types d'actions, dont il doit informer la CCAMIP :

- toute **action en responsabilité**² à l'encontre des **dirigeants de droit ou de fait** de l'entreprise d'assurance dont la défaillance a entraîné son intervention ;

- une **action en responsabilité à l'encontre de autres dirigeants et actionnaires** de la société défaillante (ce qui constitue une nouveauté par rapport aux dispositions régissant le FGAP).

Par ailleurs, afin d'obtenir le remboursement de l'indemnisation versée à des tiers victimes d'un dommage dont est responsable une personne dans le cadre de ses activités professionnelles et dont la situation de l'assureur a justifié l'intervention du fonds de garantie, celui-ci engage une **action contre le responsable du dommage**.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application de cet article.

b) Reversement de commissions par les intermédiaires d'assurances

L'article L. 324-5 du code des assurances **permet actuellement à la CCAMIP**, lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure de transfert d'office du portefeuille et **si elle estime que les intermédiaires**³ qui ont présenté ou fait souscrire des contrats comportant la garantie de risques couverts par le FGAP **ont eu un comportement ayant contribué aux difficultés** de cette entreprise, **de décider que ces intermédiaires doivent reverser au cessionnaire du portefeuille (ou à défaut au fonds de garantie)** tout ou partie des commissions ou rémunérations encaissées à l'occasion de la présentation ou de la souscription de ces contrats au cours des 18 mois précédents.

¹ Le texte du présent article précise, afin de sécuriser le dispositif (cette « sécurisation » n'existe d'ailleurs pas dans le FGAP) que « les versements des sommes dues (...) par les réassureurs sont effectués au profit du fonds de garantie » et « aucune indivisibilité, résiliation ou résolution des traités de réassurance ne peut résulter du seul retrait d'agrément de l'entreprise cédante adhérente au fonds de garantie ».

² Il s'agit d'une responsabilité personnelle et pécuniaire. Voir également le commentaire de l'article additionnel après l'article 59.

³ Personnes physiques ou morales (autres que les mandataires et salariés d'entreprises d'assurance).

Le **VIII** du présent projet de loi propose d'étendre cette possibilité aux contrats comportant la garantie de risques couverts par le FGAO.

En outre, le **IX** du présent article introduit un nouvel article dans le code, numéroté **L. 326-14-1**, qui permet à **la CCAMIP**, lorsqu'une entreprise fait l'objet d'un retrait d'agrément, de décider que les personnes physiques ou morales exerçant le courtage d'assurances par l'intermédiaire desquelles des contrats ont été souscrits auprès de cette entreprise **doivent reverser à la liquidation une part des commissions encaissées**¹ à l'occasion de ces contrats². La même disposition s'applique aux mandataires non salariés de la même entreprise qui n'étaient pas tenus de lui réserver l'exclusivité de leurs apports de contrats. Il s'agit de la reprise d'un dispositif existant à l'article L. 326-18, supprimé par le X du présent article, et qui était limité aux contrats de responsabilité civile couvrant les dommages causés aux tiers en cas d'accident de la circulation³.

La CCAMIP agissant dans le cadre du fonds de garantie pourra donc, dans certains cas, faire jouer cumulativement les deux mécanismes.

5. Règles de secret professionnel

L'article **L. 421-9-5** introduit par le présent article prévoit les règles de secret professionnel applicables dans le cadre des activités du FGAO.

Il est prévu que les membres du conseil d'administration du fonds de garantie ainsi que toute personne qui, par ses fonctions, a accès aux documents et informations détenus par le fonds de garantie, sont tenus au secret professionnel⁴.

6. Précisions par décret en Conseil d'Etat

L'article **L. 421-9-6** introduit par le présent article prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat, qui ne pourra être modifié qu'après avis du fonds, précisera :

- les conditions et les **plafonds d'indemnisation par assuré**,

¹ A quelque titre que ce soit.

² Dans la limite du quart des commissions perçues depuis le 1^{er} janvier de l'année précédant celle au cours de laquelle l'agrément est retiré.

³ Article L. 211-1 du code des assurances.

⁴ De façon classique, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 226-13 du code pénal. Ce secret n'est opposable ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, ni aux juridictions civiles statuant sur un recours formé à l'encontre d'une décision du fonds de garantie, ni à la CCAMIP.

- les modalités et délais d'indemnisation,
- les règles relatives à l'information de la clientèle,
- **le plafond pluriannuel global** pour l'intervention du fonds dans sa mission de garantie contre les conséquences des défaillances d'entreprises d'assurance dommage¹ (la garantie des assurances de dommages pouvant représenter des montants très considérables, notamment en cas de dommages sériels, il est prévu qu'elle ne sera pas illimitée ; ainsi, les entreprises d'assurance qui sont appelées à cotiser au fonds pourront chiffrer leurs engagements hors bilan au titre de ce fonds) ;
- les délais de forclusion des demandes de versement présentées par les entreprises cessionnaires du portefeuille ou par les assurés² ;
- les modalités de définition des limites de garantie en cas de transfert de portefeuille de l'entreprise défaillante³.

D. AUTRES DISPOSITIONS

Le **I** du présent article renomme le chapitre I^f du titre deuxième du livre quatrième du code des assurances, actuellement intitulé « *Le Fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse* », en « *Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages* ». Il prévoit également que dans tout le code des assurances, les mots « *Fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse* », sont remplacés par les mots « *Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages* ».

Le **II** du présent article renomme la section première du chapitre précité « *dispositions générales* »⁴.

Le **III** du présent article renomme la section VI du chapitre précité « *intervention du fonds en cas de retrait d'agrément administratif d'entreprises d'assurances obligatoires* »⁵.

Le **X** du présent projet de loi abroge trois articles du code des assurances :

- l'article L. 326-17 qui prévoit qu'en cas de retrait administratif d'une entreprise qui pratique les opérations d'assurance automobile, le FGAC

¹ Nouveauté par rapport au FGAP.

² Nouveauté par rapport au FGAP.

³ Nouveauté par rapport au FGAP.

⁴ Et non plus « *dispositions spéciales aux accidents de la circulation survenus en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer* ».

⁵ Et non plus « *rôle du Fonds de garantie en cas de retrait d'agrément administratif d'une entreprise d'assurance automobile* ».

prend en charge, pour le compte de l'entreprise en liquidation, le règlement des dommages causés aux tiers lors d'accidents de la circulation ; le FGAO reprend cette responsabilité à son compte ;

- l'article L. 326-18 qui est repris et étendu à l'article L. 326-14-1 introduit par le **IX** du présent article¹ ;

- l'article L. 326-19 qui précise que les dispositions des articles L. 326-17 et L. 326-18 sont applicables dans les territoires d'outre-mer dans la rédaction du code antérieure à une loi de 1991.

L'article L. 421-10 prévoit que les principales dispositions qui régissent actuellement le FGAC² sont applicables à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et à Saint-Pierre-et-Miquelon. Le **XI** du présent article prévoit que l'article L. 421-9, qui fixe le champ de la garantie contre les conséquences de la défaillance des entreprises du FGAO, ne fait pas partie des dispositions étendues.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. UNE SOLUTION PRUDENTE

1. La création d'un mécanisme de garantie pour les assurances de dommages

L'opportunité de créer, à côté du FGAP, un fonds dédié aux assurances dommages, avait été évoquée dès la discussion du projet de loi précité relatif à l'épargne et à la sécurité financière.

Un projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier³, déposé sur le bureau du Sénat par le précédent gouvernement en mai 2001, avait eu pour ambition de créer un tel fonds de garantie pour les assurances de dommages. Ce projet de loi n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour de notre assemblée.

¹ Cf. *supra*.

² Articles L. 421-1 à L. 421-6 et L. 421-9. Sont exclus l'article L. 421-7 sur les mesures conservatoires, l'article L. 421-8 sur les accidents de chasse (limité à la France métropolitaine) et l'article L. 421-8-1 sur le régime financier du fonds.

³ Sénat n° 346 (2000-2001).

2. Le choix d'un mécanisme prudent

Le gouvernement reprend donc ces projets antérieurs en limitant de façon raisonnable le champ couvert par le fonds de garantie, afin d'éviter toute déresponsabilisation des assureurs et tout risque de dérive financière incontrôlée :

- il ne s'agit **que des assurances obligatoires de dommages**¹ (à l'exclusion des garanties obligatoires liées à des assurances facultatives qui relèvent du libre choix de tout un chacun) ; les assurances automobiles (déjà couvertes par le FGAC) représentant déjà quelques 90 % du chiffre d'affaires des assurances obligatoires, **l'extension permise dans le présent article demeure limitée par rapport au droit existant** ;

- **seules les personnes agissant en dehors du cadre de leur activité professionnelle** sont couvertes, car elles sont réputées être placées dans une situation de profane face au professionnel averti qu'est l'assureur : à l'inverse, **on considère, peut-être de façon un peu illusoire** compte tenu de la difficile évaluation de la solidité d'une entreprise d'assurance, **qu'une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle est plus avertie sur la qualité des assureurs** opérant sur le marché et n'est donc pas fondée à demander une couverture en cas de défaillance de son assureur ;

- seules les personnes assurées auprès d'une **entreprise d'assurance agréée en France** sont couvertes², à l'exclusion des personnes assurées auprès de succursales d'entreprises d'assurance communautaires opérant en France ou d'entreprises d'assurances travaillant en libre prestation de services en France ; en outre, **les contrats couvrant des risques ou indemnisant des victimes hors Union européenne sont exclus** de la garantie ; cette limitation du champ géographique du mécanisme de garantie vise à éviter tout détournement par des entreprises confrontées à des risques de procès en masse qui viendraient s'assurer en France dans le seul but de bénéficier de la couverture du fonds ;

- des **plafonds d'indemnisation** par assuré seront fixés ainsi qu'un **plafond global pluriannuel d'intervention**, afin de limiter le risque de dérive financière.

¹ Sur les six défaillances d'entreprises enregistrées depuis 1998, seules les conséquences des faillites des entreprises d'assurance ICD (retrait d'agrément en décembre 2000) et ICS assurances (retrait d'agrément en juillet 1999), en ce qui concerne leurs contrats d'assurance construction, auraient été couvertes par le fonds s'il avait existé au moment de leur défaillance.

² Les filiales d'entreprises étrangères agréées en France sont donc comprises dans le mécanisme.

Comparaison des principaux régimes existant à l'étranger

Un mécanisme de fonds de garantie pour l'assurance dommage a été institué dans plusieurs pays de l'OCDE et notamment au Japon, en Corée du Sud, au Canada, aux Etats-Unis (dans la plupart des Etats), en Grande-Bretagne et en Irlande (un tel mécanisme est en cours de discussion aux Pays-Bas). L'Allemagne, l'Italie et l'Espagne ne disposent pas de tels mécanismes, le régime de liquidation judiciaire étant très protecteur des intérêts des assurés.

S'agissant du champ d'intervention du fonds de garantie, on observe qu'il existe systématiquement des restrictions liées à la nature du contrat souscrit ou à la qualité du titulaire du contrat d'assurance :

- s'agissant de la nature du contrat souscrit, le **caractère obligatoire de l'assurance** est un critère en vigueur au Royaume-Uni, au Japon et en Italie ;

- s'agissant de la qualité des souscripteurs, **les personnes dont on est en droit de penser qu'elles possèdent des moyens suffisants pour choisir leur assureur** en connaissance de cause font souvent l'objet de dispositions spécifiques ; c'est le cas au Royaume-Uni, en Irlande, au Japon, aux Etats-Unis (dans 19 Etats) et en Corée du Sud ;

- lorsqu'aucune exclusion n'est prévue quant à la nature du contrat ou à la qualité du souscripteur, **d'autres mécanismes** viennent limiter l'action des systèmes de garantie, essentiellement sous la forme de plafonds d'indemnisation ; c'est le cas en Irlande, aux Etats-Unis, au Canada et en Corée du Sud.

Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

2. L'adossement au FGAC

La fusion du fonds de garantie des assurances de dommages avec le FGAP n'étant pas envisageable compte tenu de la différence fondamentale de nature entre les risques couverts, le gouvernement a choisi d'adosser le nouveau fonds de garantie à un fonds existant de même nature.

Cette solution permet au FGAO de disposer sans délai d'une **assise financière confortable** (de l'ordre 300 millions d'euros de provisions techniques).

Votre rapporteur est favorable à l'approche choisie par le gouvernement : il convient de mettre en œuvre de façon très prudente un fonds qui garantit des risques non calculables. Les prochaines années permettront d'observer son évolution et, le cas échéant, d'améliorer la couverture qu'il offre.

B. LES RECOURS CONTRE LES RESPONSABLES D'ACCIDENTS DE LA CIRCULATION

L'article L. 421-1 du code des assurances tel que modifié par le IV du présent article prévoit que, lorsque le fonds de garantie prend en charge le règlement des dommages de la circulation (au titre des anciennes missions du FGAC), **il ne peut exercer aucun recours contre les assurés** pour le recouvrement des indemnités qu'il a versées.

Or, **l'article L. 421-9-4** introduit par le VII du présent article prévoit quant à lui, dans le cadre de la garantie des assurances obligatoires de dommages, **que le recours du fonds contre le responsable du sinistre est possible** lorsque les dommages subis par la victime ont été provoqués par une personne morale ou une personne physique dans le cadre de ses activités professionnelles.

La garantie des assurances obligatoires de dommages n'étant pas ouverte aux entreprises d'assurance non agréées en France, on peut imaginer la situation suivante :

- un poids lourd, dont le propriétaire est assuré auprès d'une entreprise d'assurance agréée en France, cause un accident de la circulation ; le fonds pourra demander au propriétaire du poids lourd le remboursement des indemnités versées à la victime de l'accident ;

- mais si l'exploitant est assuré auprès d'une entreprise d'assurance non agréée en France, le fonds ne pourra pas demander le remboursement de ces indemnités.

Afin de ne pas laisser subsister dans la loi une telle incitation pour les professionnels à choisir des assureurs non agréés en France, votre commission vous soumet **un amendement** qui maintient, dans ce seul domaine des accidents de la circulation, le droit acquis en confirmant qu'aucun recours ne peut être engagé à l'encontre du responsable du dommage.

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

Sous-section 2 :
Diverses extensions du Fonds de garantie des assurances obligatoires de
dommages

ARTICLE 58

**Gestion et financement des majorations de rentes par le Fonds de garantie
des assurances obligatoires de dommages**

**Commentaire : le présent article a pour objet de transférer au fonds de
garantie des assurances obligatoires de dommages la gestion et le
financement de la majoration des rentes allouées en réparation du
préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur.**

I. LE DROIT EXISTANT

***A. LES MAJORATIONS DE RENTES ALLOUÉES SUITE A UN ACCIDENT DE
LA CIRCULATION***

L'article 1^{er} de la loi n° 74-1118 du 27 décembre 1974 relative à la revalorisation de certaines rentes allouées en réparation du préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur dispose que les rentes allouées en réparation du préjudice causé du fait d'un accident de la circulation sont majorées de plein droit selon les coefficients de revalorisation prévus à l'article L. 455 du code de la sécurité sociale.

Cette revalorisation a pour objet de maintenir le pouvoir d'achat des personnes titulaires d'une rente, qu'elles soient les victimes de l'accident de la circulation ou, en cas de décès, les personnes à charge de la victime.

S'agissant du financement de ces majorations, l'article 2 de la loi du 27 décembre 1974 dispose qu'elles sont à la charge du débiteur de la rente (ou de l'organisme qui lui est substitué) à une exception près : **les majorations dont le versement incombe aux sociétés d'assurance et au fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse, sont prises en charge par l'Etat.**

Les crédits sont inscrits à l'article 10 du chapitre 46-93 du budget des charges communes et ont représenté 15,5 millions d'euros en 2002.

Il faut noter que c'est une administration centrale du ministère de l'économie et des finances, la direction du Trésor, qui gère les demandes de remboursements présentées chaque année par les compagnies d'assurance.

B. LES AUTRES MAJORATIONS DE RENTES

L'article 2 de la loi n°51-695 du 24 mai 1951 portant majoration de certaines rentes viagères et pensions dispose que, d'une manière générale, les rentes viagères et pensions allouées, soit amiablement, soit judiciairement, en réparation d'un préjudice sont majorées chaque année au mois de décembre, par arrêté du ministre chargé du budget publié au *Journal officiel*, par application du taux prévisionnel d'évolution en moyenne annuelle de prix à la consommation de tous les ménages, tel qu'il figure dans le rapport économique et financier annexé au dernier projet de loi de finances.

L'article 3 dispose que les majorations dont le service incombe aux compagnies d'assurance sont financées par un fonds commun alimenté en partie par les compagnies, partie par l'Etat et partie au moyen d'une contribution des assurés contre les risques de responsabilité civile.

Les crédits représentant la participation de l'Etat sont inscrits à l'article 20 du chapitre 46-93 du budget des charges communes et représentent près de 150.000 euros pour les majorations des rentes viagères constituées auprès des compagnies d'assurances. Il s'agit essentiellement d'accidents de la circulation sur le sol (ex : accidents de ski, rollers, vélo, etc..).

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour objet de transférer la gestion et le financement des majorations de rentes dont le financement incombe aux compagnies d'assurance au fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages prévu à l'article L. 421-1 du code des assurances.

Le I modifie à cet effet le second alinéa du 2 de la loi du 27 décembre 1974.

Le II modifie le premier alinéa de l'article 3 de la loi du 24 mai 1951 dans les mêmes termes.

Le III ajoute cette nouvelle mission au fonds de garantie.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission ne peut que se réjouir des dispositions du présent article qui constituent à la fois une mesure d'économie pour le budget de l'Etat et une simplification administrative, sans que les droits des titulaires de rente ne soient modifiés.

Elle est donc favorable à son adoption **sous réserve d'un amendement rédactionnel** visant à préciser dans le code des assurances que le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, prévu à l'article L. 421-1 du code des assurances non seulement financera mais également gèrera les majorations de rentes. Il s'agit d'une simple coordination entre le code des assurances et les dispositions modifiées de la loi du 27 décembre 1974 et du 24 mai 1951.

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

Section 2

Transposition de la IV^{ème} directive relative à l'assurance automobile

ARTICLE 59

Transposition de la IV^{ème} directive relative à l'assurance automobile

Commentaire : le présent article a pour objet de transposer la directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 mai 2000 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE du Conseil.

I. LA IVÈME DIRECTIVE AUTOMOBILE

A. LES DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE

La directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 mai 2000, dite « IV^{ème} directive sur l'assurance automobile » vise à résoudre les cas dans lesquels un accident de la circulation survient en dehors de l'État membre de résidence de la victime. Elle s'applique également aux accidents impliquant deux ressortissants de l'Union Européenne dans n'importe lequel des 40 pays adhérant au système de la carte verte.

La directive vise à faciliter et accélérer le règlement des sinistres en permettant aux victimes de s'adresser directement à l'assureur de la partie responsable, au lieu de devoir passer par celle-ci. Chaque assureur doit désigner un représentant chargé du règlement des sinistres dans chaque État membre de l'UE, si bien que la victime d'un accident pourra traiter, dans son propre État membre et dans sa propre langue, avec un représentant de l'assureur de la partie responsable.

En vertu de la directive, les États membres doivent, en outre:

- imposer **des sanctions propres à accélérer l'indemnisation**, lorsque les assureurs responsables prennent plus de trois mois pour donner une réponse motivée à une demande d'indemnisation ;

- créer des **organismes d'information** chargés de traiter les questions liées à l'assurance automobile en général, afin que les victimes d'accidents puissent identifier plus facilement l'assureur de la partie responsable ;

- mettre en place **un organisme d'indemnisation** ayant pour rôle de régler les sinistres lorsque aucun représentant chargé du règlement des sinistres n'a été désigné ou lorsque l'assureur traite le dossier avec une lenteur excessive. Cet organisme demandera ensuite à l'organisme d'indemnisation de l'État membre où est établi l'assureur le remboursement de la somme payée à titre d'indemnisation.

B. L'ETAT DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE

La transposition de la IV^{ème} directive automobile devait intervenir au plus tard le 20 juillet 2002.

Seuls quatre États membres, l'Allemagne, l'Autriche, la Finlande et la Suède, ont respecté ce délai. Depuis cette date, le Danemark, l'Espagne, la Belgique, le Royaume-Uni et la Grèce ont également pris des mesures de transposition.

La France fait donc partie des six Etats membres n'ayant pas encore transposé la directive et elle fait l'objet d'une procédure d'infraction engagée par la Commission européenne, de même que les autres pays n'ayant toujours pas pris de mesures de transposition.

Le présent article a donc pour objet de prendre les mesures nécessaires pour respecter nos engagements communautaires.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

A. L'OFFRE D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS

Le **I** du présent article a pour objet de modifier l'article L. 211-9 du code des assurances.

Le premier alinéa introduit une obligation, pour l'assureur d'un véhicule terrestre à moteur, de présenter à la victime d'un accident corporel ou matériel une offre d'indemnité motivée **dans un délai de trois mois à compter de la demande d'indemnisation**.

Ce principe souffre une exception : lorsque la responsabilité est contestée par l'assureur ou lorsque le dommage n'est pas entièrement quantifié (cas en particulier d'un accident corporel sans consolidation de l'état de la victime), l'assureur peut ne pas faire d'offre d'indemnité mais doit, toujours dans les trois mois, donner une réponse motivée à la demande qui lui a été soumise.

Le second alinéa ajoute aux dispositions du premier alinéa, pour les seules victimes ayant un préjudice corporel, qu'une offre d'indemnité doit leur être faite dans **un délai maximum de huit mois à compter de leur accident**.

Il s'agit là d'une reprise des dispositions législatives en vigueur, qui s'ajouteront donc aux nouvelles dispositions prises en application de la IV^{ème} directive relative à l'assurance automobile. Ainsi, en cas d'accident corporel, deux délais joueront : l'un de trois mois à compter de la demande d'indemnité, l'autre de huit mois à compter de la date de l'accident.

Il s'agit en particulier de prévoir le cas où la demande d'indemnisation serait tardive ou la victime ne ferait pas de demande d'indemnisation. L'entreprise d'assurance est contrainte par la loi de faire une offre d'indemnité dans les huit mois suivant l'accident, à la victime ou à ses ayant-droits (héritiers et, s'il y a lieu, conjoint). L'alinéa précise que l'offre comprend tous les éléments indemnifiables du préjudice, y compris les éléments relatifs aux dommages aux biens, lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un règlement préalable.

Le troisième alinéa dispose que l'offre peut avoir un caractère provisionnel lorsque l'assureur n'a pas, dans les trois mois de l'accident, été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive d'indemnisation doit alors être faite dans un délai de cinq mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation.

Ces dispositions montrent que l'on estime que le délai de huit mois à compter de la date de l'accident pour faire une offre peut être pleinement respecté si l'assureur est informé rapidement de la consolidation de la victime (c'est-à-dire de la stabilisation définitive de son état de santé). En revanche, dans le cas où cette information prend du temps, il est proposé de laisser un délai supplémentaire. L'offre doit tout de même être faite dans les huit mois de l'accident mais elle a un caractère provisionnel, c'est-à-dire qu'elle peut être modifiée.

Le quatrième alinéa dispose que « *en tout état de cause, le délai le plus favorable à la victime s'applique* ». Cette disposition vise à rassurer quant aux droits des victimes. Elle pourrait être jugée inutile par le fait que les contraintes en termes de délais (offre d'indemnisation trois mois après la demande et huit mois après l'accident) ne sont pas contradictoires mais s'additionnent naturellement.

Enfin, le dernier alinéa dispose qu'en cas de pluralité de véhicules, et s'il y a plusieurs assureurs, l'offre est faite par l'assureur mandaté par les autres.

B. LA DÉSIGNATION DE REPRÉSENTANTS DES ENTREPRISES D'ASSURANCE DANS L'ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN

Le **II** du présent article a pour objet d'introduire un nouvel article L. 310-2-1 au code des assurances.

Le premier alinéa dispose que toute entreprise d'assurance couvrant les risques de responsabilité civile résultant de l'emploi de véhicules terrestres à moteur désigne dans chacun des Etats de l'Espace économique européen (c'est-à-dire les 15 Etats membres de l'Union européenne, la Norvège, l'Islande et le Lichtenstein) un représentant qui a pour mission de traiter et de régler, dans l'Etat de résidence de la personne lésée, les sinistres résultant d'un accident de la circulation causé dans l'EEE par un véhicule qu'elle assure.

Le second alinéa étend les compétences du représentant aux accidents causés dans un Etat tiers adhérent au régime de la carte internationale d'assurance (dite « carte verte »).

Le troisième alinéa précise les conditions d'exercice du métier de représentant d'une ou plusieurs entreprises d'assurance : résider ou être établi dans l'Etat où il est désigné, connaître la ou les langues officielles de l'Etat.

Enfin, **le dernier alinéa** impose aux entreprises d'assurance une obligation de transmettre à l'organisme d'information de l'Etat, qui lui-même transmet aux organismes d'information de tous les autres Etats, le nom et l'adresse du représentant qu'elles ont désigné dans tous les Etats membres.

C. LA CRÉATION D'UN ORGANISME D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS DANS L'ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN OU DANS UN PAYS TIERS

Le **III** du présent article crée un organisme d'indemnisation des victimes d'accidents dans l'espace économique européen et dans les pays dont

le bureau national d'assurance a adhéré au régime de la carte internationale d'assurance.

Les missions du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages sont complétées par un alinéa qui dispose que le fonds de garantie est l'organisme d'indemnisation chargé des missions détaillées aux articles L. 424-1 à L. 424-7 détaillées au IV du présent article.

Le **IV** ajoute en effet un chapitre intitulé « organisme d'indemnisation » au titre II^{ème} du livre IV^{ème} du code des assurances.

Le texte proposé pour l'article L. 424-1 détermine les compétences de l'organisme d'indemnisation : il s'agit d'indemniser les personnes lésées, résidant en France, pour un préjudice résultant d'un accident survenu sur le territoire métropolitain d'un autre Etat de l'Espace économique européen, et mettant en cause un véhicule ayant son stationnement habituel ou étant assuré dans un de ces Etats. Cette compétence s'étend aux accidents survenus dans un pays adhérant à la carte verte, mais à la condition cette fois que le véhicule soit stationné et assuré dans un Etat membre de l'Union européenne.

Le texte proposé pour l'article L. 424-2 précise les conditions de saisine de l'organisme d'indemnisation. Elles sont au nombre de trois :

1) Lorsque la personne lésée n'a pas reçu de réponse motivée dans un délai de trois mois à une demande d'indemnisation auprès d'une entreprise d'assurance ou de son représentant ;

2) Lorsque l'entreprise d'assurance n'a pas de représentant (à condition de ne pas s'être adressé directement à l'entreprise d'assurance auquel cas il faut naturellement attendre le délai de trois mois évoqué ci-dessus) ;

3) Lorsque l'identification du véhicule en cause ou l'identification de l'entreprise d'assurance qui accorde sa garantie ne sont pas possibles au terme d'un délai de deux mois à compter de l'accident.

Enfin, il est précisé que les personnes lésées ne peuvent présenter de demande d'indemnisation si elles ont engagé une action en justice directement à l'encontre de l'entreprise d'assurance. Cette disposition vise les cas prévus aux 1) et 2) ci-dessus.

Le texte proposé pour l'article L. 424-3 précise, dans son premier alinéa, les conditions d'intervention de l'organisme d'indemnisation. Celui-ci intervient dans un délai de deux mois à compter de la demande d'indemnisation, sauf si dans cette période, l'entreprise d'assurance ou son représentant donne une réponse motivée à la demande qui lui a été faite.

Dans son second alinéa, il affirme le principe général selon lequel l'offre d'indemnisation a un caractère subsidiaire.

En effet, l'organisme d'indemnisation paye les indemnités qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre.

Le texte proposé pour l'article L. 424-4 dispose que l'organisme d'indemnisation est subrogé dans ses droits à l'encontre de l'organisme d'indemnisation de l'Etat où se trouve l'entreprise d'assurance du véhicule en cause pour le remboursement de l'indemnisation. Cela signifie que lorsqu'un citoyen français est lésé, il se tourne d'abord vers l'organisme d'indemnisation français pour se faire rembourser, dans les cas prévus à l'article L. 424-2 puis, l'organisme d'indemnisation se tourne vers son homologue de l'Etat où se trouve l'entreprise d'assurance, pour le remboursement des sommes engagées.

En application de **l'article L. 424-5**, lorsque la situation inverse se produit, c'est-à-dire lorsque l'organisme d'indemnisation français rembourse à un homologue étranger les sommes engagées du fait d'un accident pour lequel le véhicule impliqué est assuré en France, il est subrogé dans les droits de l'organisme et de la personne lésée pour obtenir remboursement auprès de la personne ayant causé l'accident, de l'entreprise d'assurance ou du fonds de garantie.

Le texte proposé pour l'article L. 424-6 dispose que pour accomplir sa mission, l'organisme d'indemnisation se fait communiquer toute information utile et tous documents et prend les mesures nécessaires pour négocier le règlement des sinistres. Il est précisé que le droit applicable pour l'indemnisation de la personne lésée est le droit en vigueur sur le territoire de l'Etat de survenance de l'accident.

Le texte proposé pour l'article L. 424-7 précise le cas où l'organisme d'indemnisation est intervenu lorsque le véhicule ou l'entreprise d'assurance n'ont pu être identifiés.

Dans ce cas, l'organisme possède une créance sur le fonds de garantie de l'Etat où l'accident a eu lieu, sur le fonds de garantie de l'Etat où le véhicule a son stationnement habituel si l'entreprise d'assurance n'a pu être identifiée ou sur le fonds de garantie de l'Etat où l'accident a eu lieu dans le cas d'un véhicule non identifié. A la créance s'ajoutent des frais de gestion selon un accord conclu entre les organismes d'indemnisation des Etats membres.

D. LA CRÉATION D'UN ORGANISME D'INFORMATION

Dans son V, le présent article insère dans le livre IV^{ème} du code des assurances un titre V^{ème} intitulé « organisme d'information » qui comprend les articles L. 451-1 à L. 451-4.

Le texte proposé par l'article L. 451-1 énumère les informations que le nouvel organisme est chargé de diffuser et les personnes habilitées à les demander.

Les personnes habilitées à demander des informations sont les personnes lésées dans un accident de la circulation survenu sur le territoire d'un Etat membre de l'espace économique européen, à l'exception de leur Etat de résidence ou sur le territoire d'un Etat tiers adhérent à la carte verte, lorsque le véhicule a son stationnement habituel sur le territoire français et est assuré auprès d'une entreprise adhérent à l'organisme d'information. Ces personnes doivent résider dans un Etat de l'EEE et peuvent faire leur demande par l'intermédiaire d'un représentant.

Les informations délivrées sont détaillées aux 1° à 5° de l'article L. 451-1 : il s'agit des coordonnées de l'entreprise d'assurance du véhicule en cause, du numéro de contrat, du numéro de carte internationale d'assurance ou de contrat d'assurance frontière, des coordonnées du représentant de l'entreprise dans le pays de résidence du demandeur, des coordonnées de autorités chargées de l'indemnisation s'il s'agit d'un véhicule de l'Etat.

En plus de ces informations, un dernier alinéa précise que si la personne lésée « prouve qu'elle y a un intérêt légitime », l'organisme d'information lui communique le nom et l'adresse du propriétaire ou du conducteur habituel ou du détenteur déclaré du véhicule impliqué dans l'accident.

La diffusion de données personnelles peut poser problème. L'article 5 de la directive 2000/56/CE du 16 mai 2000 dispose que le traitement des données à caractère personnel résultant des dispositions de la directive doit être effectué en conformité avec les dispositions nationales prises en application de la directive 95/46/CE. Il s'agit de la directive du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

En France, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés protège les données personnelles et la Commission nationale de l'informatique et des libertés joue un rôle fondamental en ce domaine. Par bien des aspects, la loi de 1978 a anticipé sur les dispositions

communautaires actuelles. Toutefois, il faut souligner que la transposition des dispositions de la directive de 1995 n'est pas parvenue à son terme en France.¹

L'article L. 451-2 traite des relations entre les entreprises d'assurances et l'organisme d'information.

Toutes les entreprises d'assurance ayant leurs activités sur le territoire français doivent adhérer à l'organisme d'information sous peine de sanctions. Ces sanctions sont celles :

- mentionnées à l'article L. 310-18 du code des assurances, c'est-à-dire les sanctions disciplinaires infligées par la commission de contrôle des assurances (avertissement, blâme, limitation de l'exercice de l'activité, suspension temporaire des dirigeants de l'entreprise, retrait d'agrément, transfert d'office du portefeuille des contrats, sanctions pécuniaires) ;

- ou mentionnées aux articles L. 351-7 et L. 351-8, c'est-à-dire les sanctions administratives infligées par la commission de contrôle des assurances (injonction, saisine des autorités de contrôle de l'Etat, interdiction de conclure des contrats puis avertissement, blâme ou limitation de l'exercice de l'activité).

L'article impose également aux entreprises d'assurance de communiquer un certain nombre d'informations à l'organisme d'information dans un délai de sept ans à compter de la survenance de l'accident : le numéro de contrat d'assurance, le numéro de carte internationale, le nom et l'adresse du propriétaire ou du conducteur habituel ou du détenteur du véhicule.

Les données doivent donc être conservées sept ans après l'expiration du contrat d'assurance et l'obligation s'impose à l'entreprise nouvelle en cas de transfert de portefeuille. Les mêmes obligations relatives à la conservation des données s'imposent aux services d'immatriculation de l'Etat. L'Etat doit répondre aux demandes d'identification formulées par l'organisme d'information et communiquer les coordonnées des autorités chargées de l'indemnisation.

L'article L. 451-3 impose à l'organisme d'information de communiquer les coordonnées de l'entreprise d'assurance d'un véhicule responsable d'un accident aux autorités suivantes : le fonds de garantie, l'organisme d'indemnisation, le bureau national d'assurance.

¹ Le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 30 janvier 2002. Il n'a pas été inscrit à l'ordre du jour du Sénat. La directive de 1995 aurait dû être transposée en droit français avant le 24 octobre 1998

L'article L. 451-4 dispose que l'organisme d'information peut interroger le fichier national des immatriculations lorsque le véhicule n'est pas assuré.

En pratique, c'est l'Association pour la gestion des informations sur le risque automobile (AGIRA) qui sera chargée de la gestion de l'organisme d'information.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission ne peut que se féliciter de la décision du gouvernement de transposer la IV^{ème} directive sur l'assurance automobile, mais regrette que cette transposition tardive souligne une fois de plus le retard pris par notre pays en matière de transposition des actes communautaires.

Elle proposera toutefois **sept amendements rédactionnels** visant à :

- **remplacer le terme « carte verte »** par le terme « carte internationale d'assurance » par coordination avec les autres dispositions du code des assurances ;

- **remplacer la référence au fonds de garantie « contre les accidents de la circulation et de chasse »**, par une référence au fonds de garantie visé à l'article L. 421-1 (celui-ci étant rebaptisé « fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages » par l'article 57 du présent projet de loi) ;

- **supprimer une conjonction de coordination inutile et modifier l'insertion de l'alinéa** selon lequel les personnes lésées ne peuvent présenter une demande à l'organisme d'indemnisation si elles ont engagé une action en justice directement à l'encontre de l'entreprise d'assurance afin de viser tous les cas ;

- **rédiger de manière plus claire** les dispositions du premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 451-1 relatif à l'organisme d'information ;

- **corriger deux erreurs de référence** et préciser que **auront seules accès aux informations sur l'entreprise d'assurance d'un véhicule ayant causé un accident les entreprises d'assurance des personnes lésées**, et non pas l'ensemble des entreprises d'assurances adhérant à l'organisme d'information.

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

DIVISION ADDITIONNELLE APRÈS L'ARTICLE 59

Dispositions diverses

Le titre II du présent projet de loi relatif à la sécurité des épargnants et des assurés comprend trois chapitres :

- le chapitre premier porte sur la réforme du démarchage en matière bancaire et financière ;
- le chapitre II porte sur la sécurité des épargnants et des déposants ;
- le chapitre III est relatif à la sécurité des assurés.

Votre commission vous propose après l'article 59 deux articles additionnels dont les dispositions concernent la sécurité des épargnants et des assurés, conformément à l'intitulé du titre II du présent projet de loi, mais ne s'insèrent dans aucun des chapitres existants. Il importe donc de d'insérer dans le titre II un chapitre IV intitulé « *Dispositions diverses* ».

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 59

Actions en responsabilité intentées par les fonds de garantie

Commentaire : le présent article additionnel est interprétatif. Il vise à préciser l'intention du législateur s'agissant des actions en responsabilité que peuvent intenter les fonds de garantie à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait des entreprises pour lesquelles ils interviennent.

La loi « épargne et sécurité financière » de 1999¹ a ouvert la possibilité pour le Fonds de garantie des dépôts qu'elle créait d'engager « toute action en responsabilité à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait des établissements pour lesquels il intervient aux fins d'obtenir le remboursement de tout ou partie des sommes versées par lui ».

Dans la mise en œuvre de cette faculté qui lui était offerte, le Fonds de garantie des dépôts s'est heurté à **l'interprétation de la nature juridique de cette action en responsabilité** :

- s'agit-il d'une **action préexistante** à la création du Fonds et qui donc se prescrit dans les trois ans de la commission des faits ou de leur révélation² ?

- ou s'agit-il d'une **action d'un type nouveau** dans la conception classique du droit français³ puisqu'elle ne vise pas à réparer un préjudice mais à obtenir un remboursement⁴ ?

Or, s'il s'agit d'une action d'un type nouveau, force est de constater que le législateur de 1999 n'a pas prévu, au moment du vote de la loi, de **disposition rétroactive explicite** permettant de l'appliquer sans détours à des fautes reprochées aux dirigeants, antérieures à la publication de la loi.

L'insécurité juridique dans laquelle se trouve le Fonds de garantie des dépôts (et les autres fonds qui seraient amenés à utiliser cette disposition qui est également prévue à leur bénéfice) pour exercer ce pouvoir que lui a conféré la loi est préjudiciable au caractère dissuasif de l'intervention du Fonds.

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

² C'est ce qu'a jugé le Tribunal de grande instance de Paris le 9 janvier 2002.

³ Voir l'article 1382 du code civil.

⁴ C'est ce qu'a jugé en appel la Cour d'appel de Paris le 13 décembre 2002.

Il convient donc de préciser :

- que les actions en responsabilité intentées par les fonds de garantie concernent les fautes commises antérieurement à la date d'entrée en vigueur des textes introduisant ces actions ;

- que ces précisions s'appliquent aux instances en cours à la date de la publication de la loi issue du présent projet de loi.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 59

Renforcement des garanties afférentes au crédit à la consommation

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de renforcer les garanties afférentes au crédit à la consommation, en particulier au crédit renouvelable, en étendant les obligations formelles portant sur les mentions légales devant apparaître sur les documents publicitaires et en précisant ce qui relève de la publicité mensongère ou tendancieuse.

I. LE DROIT EXISTANT

Le crédit à la consommation fait l'objet des dispositions des articles L. 311-1 à L. 311-37 du code de la consommation. Ces dispositions définissent le champ d'application, les modalités d'octroi (notamment le crédit gratuit et les crédits affectés), les règles relatives au contrat de crédit, au remboursement anticipé et à la défaillance de l'emprunteur, et les sanctions applicables en cas de manquement.

A. LE CHAMP DU CRÉDIT À LA CONSOMMATION

L'article L. 311-2 du code de la consommation dispose ainsi que la législation relative au crédit à la consommation s'applique à **toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit**. La location-vente et la location avec option d'achat, ainsi que les ventes ou prestations de services dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné, sont assimilées à des opérations de crédit. Sont en revanche exclus par l'article L. 311-3 du même code :

« 1° Les prêts, contrats et opérations de crédit passés en la forme authentique ;

« 2° Ceux qui sont consentis pour une durée totale inférieure ou égale à trois mois, ainsi que ceux dont le montant est supérieur à une somme qui sera fixée par décret ;

« 3° Ceux qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public ;

« 4° Les opérations de crédit portant sur des immeubles, notamment les opérations de crédit-bail immobilier et celles qui sont liées ;

« a) A l'acquisition d'un immeuble en propriété ou en jouissance ;

« b) A la souscription ou à l'achat de parts ou d'actions de sociétés donnant vocation à une attribution en jouissance ou en propriété d'un immeuble ;

« c) A des dépenses de construction, de réparation, d'amélioration ou d'entretien d'un immeuble, lorsque le montant de ces dépenses est supérieur à un chiffre fixé par décret. »

B. LES DISPOSITIONS RELATIVES À LA PUBLICITÉ

La publicité pour le crédit à la consommation doit respecter un certain nombre de **mentions légales**, précisées à l'article L. 311-4 du code de la consommation. Toute publicité faite, reçue ou perçue en France doit ainsi :

« 1° Préciser l'identité du prêteur, la nature, l'objet et la durée de l'opération proposée ainsi que le coût total et, s'il y a lieu, le taux effectif global mensuel et annuel du crédit et les perception forfaitaires ;

« 2° Préciser le montant, en euros, des remboursements par échéance ou, en cas d'impossibilité, le moyen de le déterminer. Ce montant inclut le coût de l'assurance lorsque celle-ci est obligatoire pour obtenir le financement et, le cas échéant, le coût des perceptions forfaitaires ;

« 3° Indiquer, pour les opérations à durée déterminée, le nombre d'échéances. »

La publicité mensongère ou tendancieuse¹ ne fait pas l'objet de dispositions particulières pour le crédit à la consommation. Les articles L. 121-1 à L. 121-15 régissent en revanche la publicité dans le cadre de pratiques commerciales réglementées, et l'article L. 121-1 prévoit ainsi certaines dispositions susceptibles de contribuer à une définition globale de la publicité mensongère. Il dispose ainsi qu' « est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements

¹ Qui doit être distinguée des cas de tromperie d'un contractant sur les marchandises et produits, qui sont visés à l'article L. 213-1 du code de la consommation.

pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. »

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ PAR VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. LE SURENDETTEMENT PAR ACCUMULATION D'ILLUSIONS

Le surendettement demeure un problème chronique en France, en dépit des nombreuses améliorations successives dont sa prévention et son traitement ont fait l'objet depuis une quinzaine d'années¹. Plusieurs rapports ont également été rédigés, et il convient à cet égard de mentionner celui de nos collègues MM. Jean-Jacques Hyst et Paul Loridant en 1997², et celui remis au gouvernement en décembre 2002 par M. Benoît Jolivet³, alors secrétaire général du Conseil national du crédit et du titre.

Le surendettement est lié à des facteurs variés : un contexte économique, social et individuel particulier, l'irresponsabilité d'une fraction minoritaire de consommateurs vivant chroniquement au-dessus de leurs moyens, ou les abus commis par les promoteurs de crédit, dont les pratiques se situent parfois à la limite de la réglementation. Dès lors, l'accumulation par strates successives et sans discernement de nombreux crédits renouvelables d'un montant unitaire modéré conduit parfois à une situation consolidée de surendettement, alors que chaque crédit contracté ne semble pas présenter de risques majeurs.

La publicité constitue un terreau privilégié d'exploitation des failles et interstices de la réglementation, d'exacerbation de la crédulité des consommateurs et de création d'une illusion sur un accès facile et illimité à un pouvoir d'achat supplémentaire d'un coût réduit. **La publicité est néanmoins nécessaire**, car elle constitue un vecteur privilégié de commercialisation, d'extension de la clientèle et de préservation de la rentabilité des établissements de crédit.

¹ En particulier par la loi « Neiertz » du 31 décembre 1989, qui a mis en place les commissions départementales de surendettement et renforcé les dispositions de la loi « Scrivener » du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, et la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions.

² Rapport d'information n°60 (1997-1998) par le groupe de travail conjoint des commissions des finances et des lois, chargé de dresser un bilan de l'application sur le surendettement des particuliers et des familles.

³ Rapport du comité consultatif du Conseil national du crédit et du titre sur la prévention et le traitement du surendettement des ménages.

S'il serait absurde de vouloir la supprimer, **il convient néanmoins de mieux l'encadrer et de lui donner un contenu plus informatif, sans pour autant exclure sa vocation promotionnelle, afin de renforcer la sécurité juridique et financière des consommateurs.**

B. RENFORCER LES OBLIGATIONS FORMELLES RELATIVES À LA PUBLICITÉ

L'article L. 311-4 du code de la consommation comporte plusieurs dispositions régissant le contenu et la présentation des documents publicitaires. Ces obligations, en nombre limité mais opérationnelles, pourraient néanmoins être précisées de la façon suivante :

- la publicité doit être **loyale** et **informatif** ;

- seul le **taux annuel effectif global** (TAEG), au lieu de la mention alternative ou cumulative des taux mensuel et annuel, devrait figurer dans les documents afin de fournir aux consommateurs une base de comparaison homogène et plus claire et compréhensible que le seul taux mensuel, qui peut donner à penser que le taux est réduit ;

- indiquer que les mentions légales doivent figurer en **caractères très apparents** (une telle disposition est aujourd'hui en vigueur pour les contrats d'assurance), **lisibles et de taille équivalente**. Cette dernière précision est destinée à éviter, par exemple, que le TAEG n'apparaisse en caractères minuscules comme cela est parfois le cas. Il paraît en revanche difficile d'imposer que les mentions légales soient de même taille que les mentions commerciales, par souci de lisibilité et pour préserver la vocation de la publicité. Les conditions de lisibilité et d'homogénéité au sein des mentions légales devraient donc être suffisantes ;

- la publicité doit explicitement comporter les termes de « **prêt** » ou de « **crédit** » ;

- imposer que **l'offre préalable de crédit soit distincte du document publicitaire**. Ces deux volets figurent en effet fréquemment sur le même support, ce qui entraîne une confusion préjudiciable entre le simple dépliant promotionnel à portée informative et l'acte juridique à valeur d'engagement.

C. PRÉCISER LE CONTENU DE LA PUBLICITÉ MENSONGÈRE OU TENDANCIEUSE

L'article L. 121-1 du code de la consommation, qui définit la publicité mensongère, dispose qu' « *est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations*

fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. ». L'article L. 121-6 du même code dispose en outre que les infractions à ces dispositions sont punies des peines prévues en cas de **tromperie** et mentionnées à l'article L. 213-1¹, et que le maximum de l'amende prévue à cet article peut être porté à 50% des dépenses de la publicité constituant le délit.

Votre commission vous propose l'insertion dans le code de la consommation d'un nouvel article L. 311-4-1 précisant la nature de la publicité mensongère ou tendancieuse portant sur le crédit à la consommation. Il est en effet manifeste que certaines publicités tendent aujourd'hui à banaliser l'acte d'endettement et à donner l'illusion de la gratuité, de la facilité et de l'augmentation de pouvoir d'achat. Ce nouvel article reprendrait certaines règles déontologiques formulées par le Bureau de vérification de la publicité, et disposerait ainsi qu'est interdite toute publicité pour un crédit, une ouverture de crédit, un renouvellement de crédit ou une augmentation du capital emprunté suggérant que :

- le crédit peut être accordé sans condition ou formalité ;

- le crédit entraîne une augmentation de ressources ou accorde une réserve automatique d'argent immédiatement disponible, sans contrepartie financière identifiable. La « réserve d'argent » constitue en effet un argument fréquent de vente, sans pour autant être toujours assorti d'une mention claire du surcoût occasionné, de telle sorte qu'elle peut être davantage perçue comme une simple avance de trésorerie que comme un réel crédit à la consommation.

Les peines applicables en cas de manquement seraient celles prévues à l'article L. 213-1 du code de la consommation pour tromperie, soit une peine

¹ Cet article dispose que :

« Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37.500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement whichever, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen en procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

« 1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

« 2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

« 3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. »

maximale alternative ou cumulative consistant en un emprisonnement de deux ans et une amende de 37.500 euros. Votre commission vous propose également que le juge civil puisse en outre être saisi en vue de prononcer la **déchéance des intérêts** du prêt contracté sur le fondement d'une publicité mensongère ou tendancieuse. Cette sanction financière constituerait une solution à la fois équitable et opérationnelle, permettant aux deux parties de revenir à la situation antérieure au prêt¹.

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

¹ *Le prononcé de la déchéance des intérêts emporte remboursement à l'emprunteur des intérêts qu'il a acquittés, et restitution au prêteur du capital du crédit consenti.*

TITRE III :
**MODERNISATION DU CONTRÔLE LÉGAL DES COMPTES
ET TRANSPARENCE**

CHAPITRE PREMIER :
DU CONTROLE LÉGAL DES COMPTES

ARTICLE 60

**Création d'une division en tête du titre II du livre VIII du code de
commerce**

Commentaire : le présent article a pour objet d'ajouter au titre deuxième du livre VIII du code de commerce un chapitre préliminaire regroupant les dispositions existantes des articles L. 820-1 à L. 820-7, qui sont les dispositions relatives à la profession réglementée de commissaire aux comptes.

I. LE DROIT EXISTANT

Le livre VIII du code de commerce intitulé « *de quelques professions réglementées* » comprend un titre II intitulé « *des commissaires aux comptes* » qui regroupe les articles L.820-1 à L.820-7 du code de commerce.

L'article L. 820-1 dispose que les articles L. 225-218 à L. 225-242 du code, qui régissent le contrôle des sociétés anonymes, sont applicables aux commissaires aux comptes nommés dans toutes les personnes morales, quelle que soit la nature de la certification prévue dans leur mission et quel que soit leur statut juridique. Ces obligations sont également applicables aux dirigeants des personnes morales tenues d'avoir un commissaire aux comptes.

Les dispositions des articles L. 225-218 à L. 225-242 sont relatives à l'exercice du contrôle des sociétés anonymes auquel participent les commissaires aux comptes. Ces articles contiennent d'ailleurs des dispositions importantes sur l'exercice des fonctions de commissaire aux comptes : principe de l'inscription sur une liste, modalités de cette inscription, action

disciplinaire, incompatibilités, prestation de serment, modalités de désignation, durée des mandats, récusation, certification des comptes, vérifications, relations avec le conseil d'administration, responsabilité etc¹.

L'article L. 820-2 dispose que nul ne peut se prévaloir du titre de commissaire aux comptes s'il ne remplit pas les conditions visées aux articles L. 225-218 à L. 225-242 précités².

L'article L. 820-3 dispose qu'un décret approuve un code de déontologie de la profession.

L'article L. 820-4 punit de peines d'emprisonnement ou d'amende, certains faits délictueux de nature à entraver l'exercice du commissariat aux comptes, à savoir :

- le fait de ne pas provoquer la désignation d'un commissaire aux comptes ou de ne pas le convoquer à toute assemblée générale ;

- le fait de mettre obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes ou de leur refuser la communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission et, notamment, de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux.

L'article L. 820-5 dispose que sont également soumis à des peines d'emprisonnement ou d'amende le fait de faire usage du titre de commissaire aux comptes, de se faire passer pour commissaire aux comptes sans en avoir la qualité ou d'exercer illégalement la profession de commissaire aux comptes, en violation d'une mesure d'interdiction ou de suspension temporaire.

Les articles 226-13 et 226-14 du code pénal relatifs au secret professionnel sont applicables aux commissaires aux comptes : la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende. L'article 226-14 prévoit cependant des exceptions lorsque la loi impose ou autorise la révélation du secret. C'est le cas des dispositions visées à l'article L. 820-7 détaillé ci-après (révélation de faits délictueux).

L'article L. 820-6 punit d'emprisonnement et d'amende le fait, pour toute personne d'accepter, d'exercer ou de conserver les fonctions de

¹ Ces dispositions font l'objet d'une refonte complète dans le présent projet de loi : les cinq derniers alinéas de l'article L. 225-218 et l'article L. 225-222 deviennent les articles L. 822-9 et L. 822-10 (article 65), l'article L. 225-234 est modifié (article 67), l'article L. 225-224 fait l'objet d'une nouvelle rédaction (article 70), les articles L. 225-219 à L. 225-221, L. 225-223 à L.225-226 et le dernier alinéa de l'article L. 225-240 sont abrogés (article 72), l'article L. 225-37 est modifié (article 76), de même que l'article L. 225-235 (article 78) et l'article L. 225-239 (article 80). On se reportera aux commentaires dans le présent rapport.

² Idem.

commissaire aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes.

L'article L. 820-7 punit d'emprisonnement ou d'amende le fait, pour toute personne, de donner ou confirmer soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes des informations mensongères sur la situation de la personne morale ou de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

A. DES DISPOSITIONS DE CODIFICATION

Le présent article **a pour simple objet de regrouper, sous un nouveau chapitre préliminaire**, intitulé « Chapitre préliminaire – Dispositions générales » au titre deuxième du livre VIII du code de commerce, les articles L. 820-1 à L.820-7 du code de commerce.

Ce regroupement est la condition nécessaire pour ajouter, au même titre du livre VIII, deux chapitres nouveaux :

- le premier chapitre consacré **à l'organisation et au contrôle de la profession** de commissaire aux comptes, comprenant les articles L. 821-1 à L. 821-12 (qui font l'objet de l'article 61 du présent projet de loi) ;
- le second chapitre consacré au **statut des commissaires aux comptes** divisé en une section I consacrée à l'inscription et à la discipline et en une section II consacrée à la déontologie et à l'indépendance des commissaires aux comptes (ces dispositions font l'objet des articles 62 à 64 du présent projet de loi).

Les deux nouveaux chapitres créés par les articles 61 à 64 du présent projet de loi comprennent à la fois des dispositions nouvelles et des dispositions jusqu'à présent inscrites aux articles L. 225-218 à L. 225-242 du code de commerce, relatives à l'exercice du contrôle des sociétés anonymes¹.

¹ On se reportera aux commentaires desdits articles dans le présent rapport.

B. DES DISPOSITIONS MODIFIÉES DANS D'AUTRES ARTICLES DU PRÉSENT PROJET DE LOI

Le présent article ne modifie pas les dispositions existantes aux articles L. 820-1 à L. 820-7 regroupés sous un chapitre préliminaire.

Des modifications interviennent cependant aux articles 69 et 68 du présent projet de loi¹ concernant respectivement les articles L. 820-1 et L. 820-2, et L. 820-3 du code de commerce :

- la modification des articles L. 820-1 et L. 820-2 consiste à remplacer les références aux articles L. 225-218 à L. 225-242 par une référence aux articles L. 225-227 à L. 225-242 du code de commerce, pour tenir compte des modifications intervenues dans le présent projet de loi ;

- la modification de l'article L. 820-3 est plus substantielle puisqu'elle supprime les dispositions selon lesquelles un décret approuve un code de déontologie de la profession pour introduire des dispositions nouvelles relatives à la mise à disposition des honoraires versés aux commissaires aux comptes. Les nouvelles dispositions relatives au code de déontologie sont introduites dans un nouvel article L. 822-16 (article 65 du présent projet de loi).

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

S'agissant d'un article ayant pour seul objet de permettre l'introduction de mesures législatives nouvelles relatives à l'exercice de la profession réglementée de commissaires aux comptes dans le titre deuxième du livre VIII du code de commerce, votre commission ne peut que l'approuver.

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

¹ On se reportera également aux commentaires desdits articles dans le présent rapport.

ARTICLE 61

Création d'une division regroupant les dispositions relatives au contrôle et à l'organisation de la profession

Commentaire : le présent article a pour objet d'ajouter au titre deuxième du livre VIII du code de commerce des dispositions concernant le contrôle et l'organisation de la profession des commissaires aux comptes sous la forme d'un nouveau chapitre.

I. LE DROIT EXISTANT

A. L'ORGANISATION PROFESSIONNELLE DU COMMISSARIAT AUX COMPTES

En application du II de l'article L. 225-219 du code de commerce, **un décret en Conseil d'Etat fixe l'organisation de la profession de commissaire aux comptes** et détermine notamment :

- le mode d'établissement et de révision de la liste sur laquelle doit être inscrit tout commissaire aux comptes pour exercer ses fonctions, qui relève de la compétence de commissions régionales d'inscription et, en appel, d'une commission nationale d'inscription dont la composition est prévue à l'article L.225-220 du code de commerce ;

- les conditions d'inscription sur la liste ;

- le régime disciplinaire, qui relève de la compétence de chambres régionales de discipline et, en appel, d'une chambre nationale de discipline, mentionnées à l'article L. 225-221 ;

- les conditions dans lesquelles les commissaires aux comptes sont groupés dans des organismes professionnels.

L'organisation professionnelle des commissaires aux comptes est ainsi réalisée par le décret n° 69-810 du 12 août 1969¹ relatif à l'organisation et au statut professionnel des commissaires aux comptes de sociétés.

¹ Modifié par les décrets n° 76-1141 du 7 décembre 1976, n° 85-665 du 3 juillet 1985 et par décret n° 93-9 du 4 janvier 1993.

Le décret de 1969 précise l'établissement et la révision de la liste des commissaires aux comptes mais également **le groupement des commissaires aux comptes dans des organisations professionnelles constituées dans le ressort de chaque cour d'appel par une compagnie régionale de commissaires aux comptes et à l'échelon national par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes.**

Les compagnies régionales sont administrées par des conseils régionaux et la Compagnie nationale par un conseil national. Les conseils régionaux et le conseil national sont élus par la profession.

B. LE CONTRÔLE DU COMMISSARIAT AUX COMPTES

Le contrôle des commissaires aux comptes est aujourd'hui réalisé par les professionnels eux-mêmes, par l'intermédiaire du Comité d'examen national d'activité des commissaires aux comptes (CENA), comité spécial créé au sein de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Le contrôle est effectué suivant un programme établi conjointement avec la Commission des opérations de bourse (COB)

Le rapport annuel du CENA est transmis chaque année¹ à la COB.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour objet d'ajouter au titre deuxième du livre VIII du code de commerce, un chapitre premier intitulé «*du contrôle et de l'organisation de la profession*» comprenant douze articles L. 821-1 à L. 821-12.

¹ *Le dernier rapport annuel du CENA a été remis le 12 novembre 2002. Ses contrôles ont porté sur :*

*- 147 dossiers de commissaires aux comptes de sociétés cotées,
- 49 dossiers d'OPCVM et une société civile de placements immobiliers (SCPI)
- 5 dossiers d'apport-fusions.*

Au total, 90 % des dossiers de sociétés cotées ont été jugés satisfaisants par le CENA.

A. LA CRÉATION D'UN HAUT CONSEIL DU COMMISSARIAT AUX COMPTES

1. Article L. 821-1 : les missions du Haut conseil du commissariat aux comptes

Le texte proposé par l'article L. 821-1 institue auprès du garde des sceaux, ministre de la justice, un Haut conseil du commissariat aux comptes, et lui fixe ses missions.

Celles-ci sont au nombre de sept :

1) **Assurer la surveillance de la profession**, avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Cette Compagnie nationale reçoit par ailleurs une consécration législative au nouvel article L.821-6 ;

2) **Veiller au respect de la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes** ;

3) **Organiser les programmes de contrôles périodiques** prévus aux nouveaux articles L. 821-7 et L. 821-9. Il s'agit, aux termes de ces articles détaillés plus après, de contrôles dont les modalités sont définies par le Haut conseil lui-même et pour lesquels les commissaires aux comptes sont tenus de fournir tous les renseignements et documents qui leur sont demandés, sans pouvoir opposer le secret professionnel ;

4) **Emettre un avis sur les normes d'exercice professionnel** élaborées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes avant leur homologation par arrêté du garde des sceaux (cette homologation donnant une solennité nouvelle à ces normes professionnelles) ;

5) Définir et promouvoir **les bonnes pratiques professionnelles** ;

6) Avec les commissions régionales mentionnées à l'article L. 822-2, assurer **l'inscription des commissaires aux comptes** ;

7) Assurer la discipline des commissaires aux comptes comme **instance d'appel des chambres régionales**.

Ainsi, le Haut conseil, **haute autorité distincte des organismes professionnels** et notamment de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, exercera une fonction de surveillance de la profession, mais

également le rôle d'instance d'appel en matière d'inscription et de discipline jusqu'alors dévolu à la Compagnie nationale des commissaires aux comptes¹.

2. Article L. 821-2 : procédure de consultation sur les normes professionnelles

Le titre proposé pour l'article L. 821-2 précise que l'avis sur les normes d'exercice professionnel susmentionné sera recueilli après consultation de diverses autorités en fonction de leurs compétences respectives : l'Autorité des marchés financiers, la commission bancaire, la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance.

Cet article, qui prévoit, en plus de l'avis du Haut conseil, une consultation élargie avant la promulgation par arrêté du garde des sceaux des normes professionnelles des commissaires aux comptes, devrait permettre de s'assurer que les spécificités propres à chaque secteur (banques, assurances, etc) sont prises en compte.

3. Article L. 821-3 : composition du Haut conseil

Aux termes du nouvel article L. 821-3, le Haut conseil comprendrait :

- **trois magistrats** dont un membre de la Cour de Cassation, président, un magistrat de la Cour des comptes, et un second magistrat de l'ordre judiciaire ;
- le **président de l'Autorité des marchés financiers** ou son représentant, **un représentant du ministre chargé de l'économie** et un **professeur des universités** spécialisé en matière juridique, économique ou financière ;
- **trois personnalités qualifiées** dans les matières économique et financière.

Le projet de loi va très loin dans la précision puisqu'il dispose que deux personnalités qualifiées sont choisies pour leurs compétences dans les domaines des entreprises faisant appel public à l'épargne et la troisième personnalité qualifiée pour ses compétences dans le domaine des petites et moyennes entreprises, des personnes morales de droit privé ayant une activité économique ou des associations. L'idée est évidemment **d'assurer une représentation susceptible de prendre en compte de manière satisfaisante**

¹ On se reportera sur ce point au commentaire, dans le présent rapport, de l'article 64 du présent projet de loi.

les problèmes spécifiques au commissariat aux comptes des sociétés cotées.

- **trois commissaires aux comptes**, dont deux ayant une expérience du contrôle des comptes des personnes faisant appel public à l'épargne ou à la générosité publique. Les commissaires aux comptes seront donc en minorité au sein du Haut conseil.

La nomination du président et des membres composant le Haut Conseil intervient par décret. Par ailleurs, **un décret en Conseil d'Etat** détermine les conditions de nomination des membres et de leurs suppléants et fixe les règles de fonctionnement du Haut Conseil.

Il est enfin précisé que **le Haut conseil peut constituer des commissions consultatives en son sein** pour préparer ses décisions et avis et s'adjoindre, le cas échéant, des experts. Ces dispositions pourraient simplement figurer dans le décret en Conseil d'Etat relatif au fonctionnement du Haut conseil, mais il a été jugé utile de l'inscrire dans la loi pour signifier que le Haut conseil aura les moyens de préparer ses décisions.

4. Article L. 821-4 : commissaire du gouvernement

Le nouvel article L. 821-4 du code de commerce disposerait que le commissaire du Gouvernement auprès du Haut conseil est désigné par le garde des sceaux, ministre de la justice.

Dans le dispositif proposé, le commissaire du Gouvernement ne siège qu'avec voix consultative.

En matière disciplinaire, il n'assiste pas aux délibérations. Sauf en cette matière, il peut demander une seconde délibération dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

5. Moyens financiers

Le texte proposé pour l'article L. 821-5 dispose que les crédits nécessaires au fonctionnement du Haut conseil sont inscrits au budget du ministère de la justice.

L'enveloppe de crédits qui sera allouée au Haut conseil n'est pas encore connue. Son montant sera pourtant essentiel puisqu'il conditionnera les moyens d'expertise et donc d'autorité de la nouvelle institution.

B. LA COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Le texte proposé pour l'article L. 821-6 institue auprès du garde des sceaux, ministre de la justice, **une Compagnie nationale des commissaires aux comptes sous la forme d'un établissement d'utilité publique**¹, doté de la personnalité morale, chargé de représenter la profession de commissaire aux comptes auprès des pouvoirs publics.

Ses missions sont définies comme le concours au bon exercice de la profession, à sa surveillance ainsi qu'à la défense de l'honneur et de l'indépendance de ses membres.

Il est également institué une **compagnie régionale des commissaires aux comptes**, dotée de la personnalité morale, par ressort de cour d'appel, sans préjuger d'éventuels regroupements (ceux-ci sont faits par le garde des sceaux, sur proposition de la Compagnie nationale après consultation des compagnies régionales intéressées²).

Les **ressources** de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes sont constituées « notamment » par une cotisation annuelle à la charge des commissaires aux comptes. Il s'agit de ne pas exclure la possibilité pour la compagnie de recueillir d'autres ressources.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de cet article.

C. LE CONTRÔLE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

1. Article L. 821-7 : nature du contrôle

Le texte proposé pour l'article L. 821-7 énumère les modalités de contrôle des commissaires aux comptes.

Il s'agit :

- des **inspections**, dont les modalités sont précisées à l'article L. 821-8 ;

¹ A l'instar du Conseil national des barreaux qui représente la profession d'avocat auprès des pouvoirs publics, harmonise les règles et usages de la profession et organise la formation. La Compagnie nationale a été créée par le décret du 12 août 1969 qui organise la profession de commissaire aux comptes.

² Sur ce point, le texte est ambigu puisqu'il mentionne une consultation « à l'initiative » de la compagnie nationale, ce qui pourrait laisser penser que cette consultation est discrétionnaire. Votre commission vous proposera un **amendement** rédactionnel sur ce point.

- des **contrôles périodiques** organisés selon des modalités définies par le Haut conseil ;

- des **contrôles occasionnels** à l'initiative de la Compagnie nationale et des compagnies régionales.

2. Article L. 821-8 : modalités d'exercice des inspections

L'article L. 821-8 préciserait les modalités des inspections. Elles pourraient être diligentées par deux autorités : le garde des sceaux et l'Autorité des marchés financiers.

Dans le dispositif proposé, **le garde des sceaux** peut faire diligenter toute inspection, « *notamment* » avec le concours de l'Autorité des marchés financiers et de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes.

Cette formulation signifie que le garde des sceaux pourra s'adjoindre d'autres experts, qu'il a été ici jugé inutile voire dangereux d'énumérer (afin de ne pas restreindre la liste), mais il convenait de souligner que l'Autorité des marchés financiers et la Compagnie nationale seraient sollicitées, compte tenu de leurs compétences évidentes, pour prêter leur concours. On peut imaginer que d'autres organismes, tels la commission bancaire ou la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance pourraient être sollicités à raison de leur domaine de compétence.

L'Autorité des marchés financiers peut également faire diligenter toute inspection d'un commissaire aux comptes d'une société faisant appel public à l'épargne ou d'un organisme de placements collectifs. Si de cette inspection découlent des suites disciplinaires, le président de l'Autorité des marchés financiers ou son représentant ne siège pas lors de l'instance disciplinaire.

L'Autorité des marchés financiers agit, « *notamment avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes* » c'est-à-dire qu'une fois de plus, le rôle de la compagnie, organe professionnel, dans la surveillance de la profession est mis en valeur. Celle-ci intervient en effet dans les contrôles périodiques, les contrôles occasionnels et les inspections et quel que soit le type d'entreprise.

Le pouvoir d'inspection de l'Autorité des marchés financiers à l'égard des commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne ou des organismes de placements collectifs est essentiel, compte tenu du rôle central joué par cette autorité dans la surveillance des marchés financiers et

des dispositions du présent projet de loi renforçant les pouvoirs d'information et d'alerte entre l'AMF et les commissaires aux comptes mentionnés¹.

3. Article L. 821-9 : modalités d'exercice des contrôles

La rédaction proposée pour l'**article L. 821-9** précise les modalités des contrôles. Ces contrôles ont vocation à être réguliers, sur un programme défini par le Haut conseil, contrairement aux inspections qui, même si le projet de loi ne le mentionne pas explicitement, devraient revêtir un caractère plus ciblé².

Le contrôle des commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne serait effectué par la Compagnie nationale, avec le concours de l'Autorité des marchés financiers lorsqu'il s'agit de commissaires aux comptes de personnes faisant appel public à l'épargne ou d'organismes de placements collectifs.

La situation est ici inversée par rapport aux inspections puisque l'AMF apporte son concours à la Compagnie nationale lors de ses contrôles. Les modalités précises de sa coopération avec la Compagnie nationale des commissaires aux comptes devront être précisées, même si le caractère systématique de son concours aux contrôles exercés par la Compagnie nationale semble posé.

Enfin, les compagnies régionales procèdent aux contrôles avec le concours des magistrats des chambres régionales des comptes ou de l'ordre judiciaire désignés à cet effet.

La formulation retenue laisse également penser que le concours devrait être systématique, ce qui ne semble pas nécessaire : certains contrôles peuvent ne pas nécessiter la présence d'un magistrat de chambre régionale des compte ou de l'ordre judiciaire.

¹ On rappellera que l'article 72 du présent projet de loi met en place des procédures spécifiques d'information et d'alerte entre l'AMF et les commissaires aux comptes des personnes faisant appel public à l'épargne. Par ailleurs, il existe déjà des dispositions spécifiques pour les commissaires aux comptes des sociétés de gestion de portefeuille à l'article L. 621-23 du code monétaire et financier.

² Si l'on excepte les divergences tenant à leurs modalités de déclenchement, le partage entre les inspections et les contrôles n'est pas clairement explicité dans le présent article. Cependant, l'exposé des motifs du présent projet de loi indique que l'inspection « est une procédure qui a vocation à rester peu fréquente ».

4. Article L. 821-10 : suspension temporaire d'un commissaire aux comptes

L'article L. 821-10 disposerait que lorsque les faits reprochés sont d'une particulière gravité, le garde des sceaux peut prononcer la suspension temporaire du commissaire aux comptes personne physique pendant la durée de l'instance disciplinaire.

Cette disposition est relativement floue : elle ne lie pas la suspension temporaire à un contrôle ou à une inspection ; elle ne prévoit pas clairement la durée de la suspension temporaire ; elle ne donne aucun recours au commissaire aux comptes contre une décision qui peut être gravement pénalisante pour lui. Enfin, il apparaît qu'une mesure de suspension temporaire devrait être prise seulement en cas d'urgence ou à tout le moins de faits suffisamment graves pour entraîner des sanctions pénales ou disciplinaires.

Consciente de ces difficultés, et soucieuse de préserver les droits des commissaires aux comptes, au même titre que les droits fondamentaux de tout citoyen, votre commission souhaite modifier cette disposition. Elle a donc engagé une réflexion avec la commission des lois sur ce point particulier.

Aux termes de l'article L. 821-11, les conditions d'application des articles L. 821-7 à L. 821-10 relatifs au contrôle des commissaires aux comptes seraient fixées par décret en Conseil d'Etat.

5. Article L. 821-12 : obligations des commissaires aux comptes lors d'un contrôle

L'article L. 821-12 disposerait que les commissaires aux comptes sont tenus de fournir tous les renseignements et documents qui leur sont demandés dans le cadre des inspections et contrôles, sans pouvoir opposer le secret professionnel.

III. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. CLARIFIER LES MISSIONS DU HAUT CONSEIL

Le nouvel article L. 821-1 qui fixe les missions du Haut conseil mélange des missions générales (surveillance, respect de la déontologie etc.) et

des attributions précises (programmes de contrôle, avis sur les normes d'exercice professionnel, inscription etc) qui sont simplement la déclinaison des missions précitées.

Il apparaît donc utile de rédiger l'article L. 821-1 de manière à regrouper les grandes missions du conseil et de les faire suivre par l'énumération, non exhaustive, de ses prérogatives concrètes.

Votre commission vous propose donc un amendement en ce sens (ainsi qu'un amendement de coordination).

Par ailleurs, une des interrogations les plus fortes de votre rapporteur général porte sur **la coordination entre les missions du Haut conseil** relatives à la surveillance, au respect de la déontologie et de l'indépendance et aux bonnes pratiques professionnelles **et les missions de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes**, qui sont précisées à l'article L. 821-6. Celle-ci concourt au bon exercice de la profession, à sa surveillance ainsi qu'à la défense de l'honneur et de l'indépendance de ses membres.

Le verbe «concourir» exprime l'idée que **la Compagnie sera, en quelque sorte, le «bras armé» du Haut conseil**. Il devra donc exister un réel lien de subordination et non de concurrence, s'agissant, en particulier, de la surveillance, de la déontologie ou de l'indépendance du commissariat aux comptes. Il est permis de s'interroger sur la réalité de cette belle architecture : si la Compagnie nationale dispose de ressources significatives et de compétences déjà bien ancrées, le Haut conseil fonctionnera avec les crédits budgétaires que le garde des sceaux voudra ou pourra lui donner...

Dans le domaine des contrôles, le Haut conseil définira le programme des contrôles périodiques tandis que la Compagnie sera chargée de les mettre en oeuvre, le cas échéant avec l'Autorité des marchés financiers.

En matière de normes professionnelles comme de déontologie, la Compagnie nationale sera le « maître d'oeuvre » dans l'élaboration tant du code de déontologie que des normes d'exercice professionnelle. Toutefois, le Haut conseil donnera son avis sur ce code et ces normes. Il faut supposer que l'avis du Haut Conseil sera suivi d'effet, c'est-à-dire que ses observations permettent d'amender le projet avant son homologation par le garde des sceaux (normes professionnelles) ou l'approbation par décret en Conseil d'Etat (code de déontologie).

Reste dans les missions générales du Haut conseil la définition et la « promotion » des **bonnes pratiques professionnelles**. On peut s'interroger sur la différence entre ces « bonnes pratiques » et les « normes d'exercice professionnel » qui seront homologuées par arrêté du ministre de la justice. On peut également se demander s'il ne revenait pas à la Compagnie nationale, véritable instance professionnelle, de définir ces bonnes pratiques.

Selon les informations recueillies auprès du gouvernement, les « bonnes pratiques professionnelles » n'ont pas la même solennité que les normes d'exercice professionnel mais ont vocation à s'y intégrer à brève échéance. Il s'agirait en quelque sorte de recommandations officielles du Haut conseil, qu'il prendrait à l'occasion de difficultés particulières à trancher. On peut toutefois remarquer que le projet de loi ne fait mention que de décisions et avis du Haut conseil, et non de recommandations. En tout état de cause, il apparaît logique que le Haut conseil puisse formuler toutes recommandations sur les pratiques professionnelles des commissaires aux comptes, mais celles-ci devraient être ponctuelles, dans la mesure où la Compagnie nationale des commissaires aux comptes devrait continuer à jouer pleinement son rôle d'animation de la profession.

Bref, cette casuistique bien subtile, si elle semble globalement acceptée par les professionnels qui l'ont négociée avec le gouvernement, laisse votre rapporteur assez sceptique sur l'intérêt concret de tels mécanismes. Ils auront sans doute le mérite de susciter de nombreux commentaires de la part des universitaires spécialisés et, en cas de réels problèmes, de permettre aux uns et aux autres de se rejeter réciproquement les responsabilités...

B. PRÉCISER LE MANDAT DES MEMBRES DU HAUT CONSEIL

Le projet de loi renvoie à un décret en Conseil d'Etat pour fixer les conditions de nomination des membres du Haut conseil, de leurs suppléants, et les règles de fonctionnement de cette instance.

On peut tout d'abord se demander pourquoi **la durée du mandat des membres du Haut conseil** n'est pas déterminée par la loi, alors même que le présent projet de loi prévoit un mandat de cinq ans pour les membres de l'Autorité des marchés financiers.

Votre commission vous propose en conséquence un amendement pour inscrire dans la loi que les membres du Haut conseil sont nommés pour six ans renouvelables et renouvelés par moitié tous les trois ans.

De même on peut s'interroger sur **la pertinence de prévoir des suppléants**, ce qui conduirait sans doute, s'ils étaient amenés à siéger fréquemment en remplacement des titulaires, à affaiblir l'autorité du Haut conseil.

Votre commission vous propose donc, par un amendement, de supprimer l'existence de suppléants au Haut conseil.

C. PRÉCISER L'ORGANISATION DU HAUT CONSEIL

Le Haut conseil, instance unique du commissariat aux comptes, symbolisera l'unité de la profession.

Cependant, l'exercice du commissariat aux comptes comprend inévitablement des spécificités, les domaines concernés (associations, personnes morales faisant appel public à l'épargne, petites et moyennes entreprises, entreprises du secteur public, etc...).

Le projet de loi prévoit actuellement que le Haut conseil « peut » créer des commissions « consultatives » pour préparer ses décisions et avis.

Votre commission estime que, s'agissant d'une faculté d'organisation interne, il n'est pas nécessaire d'inscrire ces dispositions dans la loi.

Pour leur donner une plus grande force, il serait utile de prévoir que le Haut conseil crée des commissions consultatives spécialisées pour préparer ses décisions et avis. Cette disposition, **qui affirmerait clairement la nécessité de spécialiser l'approche du commissariat aux comptes, notamment pour tenir compte de la spécificité des personnes faisant appel public à l'épargne** (spécificité déjà reconnue au sein de la compagnie nationale des commissaires aux comptes par l'existence d'un département « appel public à l'épargne »¹) ne mettrait pas en cause l'unité du Haut conseil puisque les commissions spécialisées ne recevraient pas de délégations de pouvoirs. Mais il importe que ces commissions spécialisées soient permanentes de manière à garantir la qualité de l'expertise du Haut conseil dans des domaines très spécifiques et pour lesquels un haut niveau de technicité est requis.

Votre commission vous propose donc un amendement en ce sens.

Enfin, votre commission vous soumet **un amendement rédactionnel** visant à s'assurer que, en cas de projet de regroupement des compagnies régionales de commissaires aux comptes, celles-ci seront automatiquement consultées.

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

¹ Le Conseil national a voté le 5 juillet 2001 la création d'un département appel public à l'épargne « APE » au sein de la Compagnie nationale. Ce département a pour objectifs d'améliorer la prise en compte des spécificités des mandats APE, d'assurer le niveau le plus élevé de qualité de l'audit dans ces entités et de contribuer à la meilleure perception du rôle et de la mission des commissaires aux comptes auprès des épargnants, de la place financière et des autorités de marché.

ARTICLE 62

Création d'une division regroupant les dispositions relatives au statut des commissaires aux comptes

Commentaire : le présent article a pour objet d'insérer un chapitre II intitulé « Du statut des commissaires aux comptes » dans le titre II du livre VIII du code de commerce.

Le présent article a pour simple objet de créer un nouveau chapitre relatif au statut des commissaires aux comptes dans le titre II du livre VIII du code de commerce.

Conformément aux dispositions des articles 63 à 65 du présent projet de loi, ce chapitre comprendrait les articles L. 822-1 à L. 822-16 répartis en deux sections relatives respectivement à l'inscription et à la discipline (section 1) et à la déontologie et à l'indépendance des commissaires aux comptes (section 2)¹.

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

¹ On se reportera en conséquence aux commentaires desdits articles.

ARTICLE 63

Création de deux divisions regroupant respectivement les dispositions relatives à l'inscription et la discipline d'une part, à la déontologie et l'indépendance d'autre part

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser que le chapitre II du titre deuxième du livre VIII du code de commerce, relatif au statut des commissaires aux comptes, et créé par l'article 62 du présent projet de loi, est composé d'une première section relative à l'inscription et à la discipline et d'une seconde section relative à la déontologie et à l'indépendance des commissaires aux comptes.

Le présent article a pour simple objet de créer deux subdivisions au nouveau chapitre relatif au statut des commissaires aux comptes dans le titre II du livre VIII du code de commerce.

L'article 64 du présent projet de loi détaille les dispositions de la première section, relatives à l'inscription (nouveaux articles L. 822-1 à L. 822-5) et à la discipline (nouveaux articles L. 822-6 à L. 822-8).

L'article 65 du présent projet de loi détaille les dispositions de la seconde section relatives à la déontologie et à l'indépendance (nouveaux articles L. 822-9 à L. 822-16)¹.

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

¹ On se reportera en conséquence aux commentaires desdits articles.

ARTICLE 64

Dispositions relatives à l'inscription et à la discipline

Commentaire : le présent article a pour objet de détailler les dispositions relatives à l'inscription et à la discipline des commissaires aux comptes, qui font l'objet de deux sous-sections au sein de la section I du chapitre II du titre deuxième du livre VIII du code de commerce.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LES DISPOSITIONS RELATIVES A L'INSCRIPTION DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

1. L'inscription sur une liste de commissaires aux comptes relève de commissions régionales et d'une commission nationale d'inscription

Les dispositions relatives à l'inscription des commissaires aux comptes figurent actuellement à l'article L. 225-219 du code de commerce.

Le I de l'article L. 225-219 pose comme principe que nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes, s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet.

Aux termes du II, c'est un décret en Conseil d'Etat qui fixe l'organisation de la profession de commissaire aux comptes. Le contenu de ce décret est précisé puisqu'il doit déterminer notamment :

1° Le mode d'établissement et de révision de la liste, dont il est indiqué qu'il relève de la compétence de commissions régionales d'inscription et, en appel, d'une commission nationale d'inscription dont la composition est prévue à l'article L. 225-220 (décrit ci-après);

2° Les conditions d'inscription sur la liste ;

3° Le régime disciplinaire, dont il est précisé qu'il relève de la compétence de chambres régionales de discipline et, en appel, d'une chambre nationale de discipline, mentionnées à l'article L. 225-221 (décrit ci-après);

4° Les conditions dans lesquelles les commissaires aux comptes sont groupés dans des organismes professionnels.

2. La composition des commissions régionales et de la commission nationale d'inscription

L'article L. 225-220 du code de commerce décrit la **composition de chaque commission régionale d'inscription**, qui a, selon les dispositions de l'article L. 225-19, compétence pour établir et réviser la liste des commissaires aux comptes.

Chaque commission comprend huit membres, dont la qualité est précisée par la loi :

- trois magistrats dont un magistrat du siège de la cour d'appel, président ; un magistrat du siège d'un tribunal de grande instance du ressort de la cour d'appel, vice-président et un magistrat de la chambre régionale des comptes ;

- un membre des tribunaux de commerce ;

- un professeur de droit, de sciences économiques ou de gestion ;

- une personnalité qualifiée dans le domaine de la gestion des entreprises ;

- un représentant du ministre de l'économie et des finances ;

- un membre de la compagnie régionale des commissaires aux comptes.

Le II de l'article L. 225-20 dispose que **les décisions des commissions régionales d'inscription peuvent être déférées en appel devant une commission nationale d'inscription**, qui comprend également huit membres dont la qualité est précisée par la loi :

- deux magistrats dont un magistrat de l'ordre judiciaire, président; et un magistrat de la Cour des comptes ;

- un professeur de droit, de sciences économiques ou de gestion ;

- une personnalité qualifiée dans le domaine de la gestion des entreprises ;

- un représentant du ministre de l'économie et des finances ;

- un membre des tribunaux de commerce ;

- deux commissaires aux comptes.

Aux termes du III de l'article L. 225-20, il est précisé qu'en cas de partage égal des voix entre les membres de la commission régionale ou nationale, la voix du président est prépondérante.

Enfin, le IV dispose que les membres des commissions régionales et de la commission nationale ainsi que leurs suppléants, en nombre égal et choisis dans les mêmes catégories, sont désignés dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. En ce qui concerne les commissaires aux comptes, ils sont nommés sur proposition respectivement de leurs compagnies régionales ou de leur compagnie nationale.

B. LES DISPOSITIONS RELATIVES A LA PRESTATION DE SERMENT DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

L'article L. 225-223 du code de commerce dispose que tout commissaire aux comptes doit prêter, devant la cour d'appel dont il relève, et dans le mois de son inscription sur la liste mentionnée à l'article L. 225-219 du code de commerce, le serment de remplir les devoirs de sa profession avec honneur et probité et de respecter et de faire respecter les lois.

C. LES DISPOSITIONS RELATIVES A LA DISCIPLINE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES : LA CONSTITUTION DES COMMISSIONS RÉGIONALES ET DE LA COMMISSION NATIONALE D'INSCRIPTION EN CHAMBRES RÉGIONALES ET NATIONALE DE DISCIPLINE

Aux termes de l'article L. 225-221 du code de commerce, la commission régionale d'inscription est instituée en chambre régionale de discipline pour statuer sur l'action disciplinaire intentée contre un commissaire aux comptes membre d'une compagnie régionale, quel que soit le lieu où les faits reprochés ont été commis.

La commission nationale d'inscription est instituée en chambre nationale de discipline pour statuer sur l'appel des décisions des chambres régionales de discipline.

Un magistrat de l'ordre judiciaire appartenant au parquet ou au parquet général, désigné par le ministre de la justice, exerce les fonctions de ministère public auprès de chaque chambre régionale ou de la chambre nationale de discipline.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

A. LES DISPOSITIONS RELATIVES À L'INSCRIPTION DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Le présent article propose de créer une première sous-section au sein de la section I du chapitre II du livre VIII du code de commerce intitulée « De l'inscription » comprenant **les articles L. 822-1 à L. 822-5**.

L'article L. 822-1 disposerait que nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet.

Il s'agit d'une reprise exacte des dispositions du I de l'article L. 225-219 du code de commerce.

L'article L. 822-2 disposerait que la liste précédemment mentionnée est établie et révisée par des commissions régionales d'inscription établies au siège de chaque cour d'appel et présidées par un magistrat de l'ordre judiciaire. Les recours contre leurs décisions sont portés devant le Haut conseil du commissariat aux comptes.

Ces dispositions reprennent le 1° du II de l'article L. 225-19 qui énonçait déjà que le mode d'établissement et de révision de la liste relevait de la compétence de commissions régionales d'inscription, dont elles précisent le siège auprès de chaque cour d'appel et la présidence par un magistrat de l'ordre judiciaire.

En revanche, elles indiquent que le recours sera porté devant le Haut conseil du commissariat aux comptes et non plus devant une commission nationale d'inscription.

Par ailleurs, pour la composition des commissions régionales, l'article reprend la liste des personnes auparavant énumérées à l'article L. 225-220, sous réserve de modifications mineures¹. Le Président et les membres de la commission régionale seraient nommés par arrêté du garde des sceaux.

Enfin, la mention selon laquelle le décret en Conseil d'Etat doit préciser les conditions dans lesquelles les commissaires aux comptes sont groupés dans des organismes professionnels est supprimée : en effet, la

¹ *Le membre des tribunaux de commerce et la personnalité qualifiée dans le domaine de la gestion des entreprises sont remplacés par « deux personnes qualifiées dans les matières économique et financière ». Par ailleurs, il faut noter qu'il est indiqué par erreur qu'un membre de la Compagnie nationale siège au sein de la commission régionale d'inscription : il s'agit bien évidemment d'un membre de la compagnie régionale.*

Compagnie nationale des commissaires aux comptes et les compagnies régionales reçoivent une consécration législative au nouvel article L. 821-6 créé par l'article 61 du présent projet de loi.

L'article L. 822-3 disposerait que tout commissaire aux comptes doit prêter serment devant la cour d'appel dont il relève. Il s'agit du serment de remplir les devoirs de sa profession avec honneur, probité et indépendance, de respecter et faire respecter les lois.

Ceci reprend les dispositions de l'actuel article L. 222-223 du code de commerce, à l'exception de la condition selon laquelle ce serment devait intervenir dans le mois suivant l'inscription du commissaire aux comptes sur la liste mentionnée à l'actuel article L. 225-219 du code de commerce transformé en article L. 822-1.

Le nouvel article L. 822-4 disposerait que toute personne inscrite que la liste de l'article L. 822-1 qui n'a pas exercé les fonctions de commissaire aux comptes pendant trois ans est tenue de suivre une formation continue particulière avant d'accepter une mission de certification.

Cette disposition introduisant dans la loi une obligation de formation est entièrement nouvelle. Il faut bien évidemment comprendre que les fonctions de commissaire aux comptes doivent avoir été interrompues pendant trois ans « consécutifs », c'est-à-dire « depuis trois ans ».

Enfin, **le texte proposé pour l'article L. 822-5** précise que les conditions d'application de ces dispositions relatives à l'inscription et notamment la procédure de nomination des membres des commissions régionales d'inscription et de leurs suppléants et les modalités d'établissement et de révision de la liste sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

B. LES DISPOSITIONS RELATIVES À LA DISCIPLINE

L'article L. 822-6 disposerait que la commission régionale d'inscription, statuant en chambre régionale de discipline, connaît de l'action disciplinaire intentée contre un commissaire aux comptes membre d'une compagnie régionale, quel que soit le lieu où les faits qui lui sont reprochés ont été commis.

Il s'agit d'une reprise, moyennant une amélioration rédactionnelle, des dispositions de l'actuel article L. 225-221 du code de commerce.

L'article L. 822-7 disposerait que la saisine de la chambre régionale de discipline peut être exercée par les autorités suivantes : le ministre de la justice, le procureur de la République, le président de la

Compagnie nationale des commissaires aux comptes ou le président de la compagnie régionale.

Ces dispositions ne figuraient pas dans la loi, qui ne précisait pas les modalités de saisine de la chambre de discipline.

Par ailleurs, **le second alinéa** du dispositif proposé prévoit que le président de l'autorité des marchés financiers peut saisir le procureur général aux fins d'exercice de l'action disciplinaire. Dans ce cas, il ne siège pas dans la formation disciplinaire du Haut conseil saisi de la même procédure. Il faut noter que « *des personnes déterminées par décret en Conseil d'Etat* » peuvent également saisir le procureur général.

Ces dispositions, permettant une action auprès du procureur général de la part de l'Autorité des marchés financiers ou d'autres personnes, dont la qualité n'a pas été précisée, à des fins de saisine des commissions régionales de discipline, viennent se substituer à des dispositions existant actuellement par simple décret¹. **Il serait nécessaire de connaître précisément la liste des personnes qui seraient habilitées à saisir le procureur général.**

Le troisième alinéa dispose que le recours contre les décisions de la chambre de discipline peut être exercé devant le Haut conseil du commissariat aux comptes, à l'initiative des autorités de saisine (donc le ministre de la justice, le procureur de la République, le président de la compagnie régionale ou le président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes) ou du professionnel intéressé.

Ces dispositions modifient le droit existant actuellement au deuxième alinéa de l'article L. 225-221, aux termes duquel la commission nationale d'inscription est instituée en chambre nationale de discipline pour statuer sur l'appel des décisions des chambres régionales de discipline. La commission nationale d'inscription ayant disparu, son rôle étant repris par le Haut conseil du commissariat aux comptes, il en est de même pour sa formation disciplinaire.

Par ailleurs, les personnes autorisées à introduire un recours contre les décisions des chambres régionales de discipline sont précisées par la loi, ce qui n'existait pas auparavant. Logiquement, il s'agit des mêmes personnes que celles autorisées à saisir la chambre régionale, auxquels il faut adjoindre évidemment le professionnel mis en cause.

¹ L'article 67 du décret du 12 août 1967 dispose : « Les agents de la Commission des opérations de bourse peuvent demander aux commissaires aux comptes tous renseignements sur les sociétés qu'ils contrôlent en application des articles 3 et 5 de l'ordonnance du 28 septembre 1967. La Commission des opérations de bourse peut adresser toute observation qu'elle juge opportune aux commissaires aux comptes des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. Elle saisit, s'il y a lieu, le procureur général aux fins d'exercice de l'action disciplinaire dans les conditions prévues à l'article 94 du décret. »

Le quatrième alinéa dispose qu'un magistrat de l'ordre judiciaire, désigné par le ministre de la justice, qui appartient au parquet ou au parquet général, exerce les fonctions de ministère public auprès de chaque chambre régionale et auprès du Haut conseil statuant en matière disciplinaire.

Ces dispositions reprennent exactement celles actuellement en vigueur à l'article L. 225-221 du code de commerce, hormis le remplacement de la référence à la chambre nationale d'inscription par une référence au Haut conseil du commissariat aux comptes.

Enfin, les conditions d'application de l'article L. 822-7, et notamment la procédure suivie en matière disciplinaire, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Par ailleurs, **le texte proposé pour l'article L. 822-8 énumère les sanctions disciplinaires.**

Il s'agit de l'avertissement, du blâme, de l'interdiction temporaire pour une durée n'excédant pas cinq ans, enfin de la radiation de la liste. Il y est ajouté qu'il peut être aussi procédé au retrait de l'honorariat.

Les trois premières sanctions (avertissement, blâme, suspension) peuvent être assorties d'une sanction complémentaire consistant en l'inéligibilité aux organismes professionnels pendant dix ans au plus.

La sanction de suspension temporaire peut être assortie du sursis (mais pas la sanction complémentaire éventuelle¹). Ce sursis est levé, et la sanction est pleinement exécutée (pas de confusion des peines), si dans le délai de cinq ans à compter du prononcé de la sanction, le commissaire aux comptes a commis une infraction ou une faute ayant entraîné le prononcé d'une nouvelle sanction disciplinaire, sauf décision motivée.

Les frais occasionnés par des inspections ayant entraîné une sanction disciplinaire peuvent être mis à la charge du commissaire aux comptes, en tout ou partie, sur décision du Haut conseil ou des chambres régionales.

L'ensemble de ces dispositions ne figurait pas dans la loi. Les peines disciplinaires sont « calquées » sur celles existant pour la profession d'avocat, au terme du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat (sous réserve que dans leur cas, l'interdiction temporaire ne peut excéder trois années). S'agissant des avocats, le conseil de l'ordre peut, en outre, à titre de sanction accessoire, ordonner la publicité de toute peine disciplinaire.

¹ Le texte emploie par erreur le terme de « mesure accessoire », qui, contrairement à la sanction complémentaire, revêt un caractère automatique.

Modalités d'exercice de la discipline sur les commissaires aux comptes

Saisine Préalable	Autorité déclenchante	Organisme	Recours	Sanctions possibles
-	- ministre de la justice, - procureur de la République, - président de la compagnie régionale - président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes	Commission régionale de discipline	Haut conseil	- avertissement - blâme - suspension pas supérieure à 5 ans - radiation de la liste Possibilités de sursis Paiement possible des frais d'inspection
- Président de l'AMF -« Personnes déterminées par décret en Conseil d'Etat »	- procureur général		Haut conseil (sauf Président de l'AMF)	

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Le présent article reprend, sous réserve d'améliorations rédactionnelles et d'ajouts dans la loi, des dispositions relevant jusqu'à présent du simple décret¹, l'économie du dispositif existant en matière d'inscription et de discipline des commissaires aux comptes.

La réforme essentielle consiste à donner au Haut Conseil du commissariat aux comptes la compétence jusqu'alors exercée par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, à savoir être l'instance d'appel en matière d'inscription et de discipline.

Votre commission ne peut qu'approuver les dispositions générales du présent article, sous réserve de précisions complémentaires sur la liste des personnes qui seront susceptibles de saisir le procureur général à des fins d'exercice de poursuites disciplinaires.

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

¹ Sur ces points, votre commission s'en remet à l'avis de la commission des lois.

ARTICLE 65

Dispositions tendant à prévenir les conflits d'intérêts

Commentaire : le présent article a pour objet de compléter les dispositions du code de commerce relatives à la déontologie et à l'indépendance des commissaires aux comptes.

I. LE DROIT EXISTANT

Les commissaires aux comptes sont soumis à de nombreuses incompatibilités qui ont pour objectif de garantir leur indépendance.

A. LES RESTRICTIONS A LA DÉSIGNATION DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Les II des articles L. 221-10 et L. 223-38 du code de commerce, qui s'appliquent respectivement aux sociétés en nom collectif et aux sociétés à responsabilité limitée, disposent que ne peuvent être choisis comme commissaires aux comptes de ces sociétés un certain nombre de personnes ayant des liens familiaux ou professionnels. Il s'agit plus précisément des personnes suivantes :

1° Les gérants ainsi que leurs conjoints, ascendants, descendants et collatéraux au quatrième degré inclusivement ;

2° Les apporteurs en nature et les bénéficiaires d'avantages particuliers ;

3° Les personnes qui, directement ou indirectement ou par personnes interposées, reçoivent de la société ou de ses gérants un salaire ou une rémunération quelconque à raison d'une autre activité que celle de commissaire aux comptes à l'exception des activités autorisées par le 4° de l'article L. 225-224 ;

4° Les sociétés de commissaires dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeants se trouve dans une des situations prévues aux 1° à 3° ;

5° Les conjoints des personnes qui, en raison d'une activité autre que celle de commissaire aux comptes, reçoivent soit de la société, soit des gérants de celle-ci, un salaire ou une rémunération en raison de l'exercice d'une activité permanente ;

6° Les sociétés de commissaires aux comptes dont soit l'un des dirigeants, soit l'associé ou actionnaire exerçant les fonctions de commissaire aux comptes au nom de la société a son conjoint qui se trouve dans l'une des situations prévues au 5°.

Pour les sociétés anonymes, l'article L. 225-224 du code de commerce pose des principes similaires. Ne peuvent être commissaires aux comptes d'une société anonyme :

1° Les fondateurs, apporteurs en nature, bénéficiaires d'avantages particuliers, administrateurs ou, le cas échéant, membres du directoire ou du conseil de surveillance de la société ou de ses filiales ;

2° Les parents et alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, des personnes visées au 1° ;

3° Les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance, les conjoints des administrateurs ainsi que, le cas échéant, des membres du directoire ou du conseil de surveillance des sociétés possédant le dixième du capital de la société ou dont celle-ci possède le dixième du capital ;

4° Les personnes qui, directement ou indirectement ou par personne interposée, reçoivent de celles qui sont mentionnées au 1° du présent article, de la société ou de toute société à laquelle s'applique le 3° ci-dessus, un salaire ou une rémunération quelconque à raison d'une autre activité que celle de commissaire aux comptes ; cette disposition ne s'applique ni aux activités professionnelles complémentaires effectuées à l'étranger ni aux missions particulières de révision effectuées par le commissaire aux comptes pour le compte de la société dans les sociétés comprises dans la consolidation ou destinées à entrer dans le champ de cette dernière. Les commissaires aux comptes peuvent recevoir des rémunérations de la société pour des missions temporaires, d'objet limité, et entrant dans le cadre de leurs fonctions, dès lors que ces missions leur sont confiées par la société à la demande d'une autorité publique ;

5° Les sociétés de commissaires dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeants, se trouve dans une des situations prévues aux 1°, 2°, 3° et 4° ;

6° Les conjoints des personnes qui, en raison d'une activité autre que celle de commissaire aux comptes, reçoivent soit de la société, soit des administrateurs, des membres du directoire ou du conseil de surveillance, soit des sociétés possédant le dixième du capital de la société ou dont celle-ci possède le dixième du capital, un salaire ou une rémunération en raison de l'exercice d'une activité permanente ;

7° Les sociétés de commissaires aux comptes dont soit l'un des dirigeants, soit l'associé ou l'actionnaire exerçant les fonctions de commissaire aux comptes au nom de la société, a son conjoint qui se trouve dans l'une des situations prévues au 6°.

Ces interdictions sont complétées par celles figurant à **l'article L. 225-226 du code de commerce** concernant l'interdiction de nommer d'anciens dirigeants commissaires aux comptes d'une société (cf. C. ci-après).

B. L'INTERDICTION DE NOMMER UN COMMISSAIRE AUX COMPTES DANS UNE SOCIÉTÉ QU'IL A CONTRÔLÉE

Les III des articles L. 221-10 et L. 223-38 du code de commerce disposent que **pendant les cinq années qui suivent la cessation de leurs**

fonctions, les commissaires aux comptes ne peuvent devenir gérants des sociétés qu'ils ont contrôlées. Pendant le même délai, ils ne peuvent être nommés gérants, administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire ou du conseil de surveillance des sociétés possédant 10 % du capital de la société contrôlée par eux ou dont celle-ci possède 10 % du capital. La même interdiction est applicable aux associés, actionnaires ou dirigeants d'une société de commissaires aux comptes.

L'article L. 225-225 du code de commerce dispose également, pour les sociétés anonymes, que les commissaires aux comptes ne peuvent être nommés administrateurs, directeurs généraux ou membres du directoire des sociétés qu'ils contrôlent, moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions. La même interdiction est applicable aux associés, actionnaires ou dirigeants d'une société de commissaires aux comptes. Pendant le même délai, ils ne peuvent exercer les mêmes fonctions dans les sociétés possédant 10 % du capital de la société contrôlée par eux ou dont celle-ci possède 10 % du capital lors de la cessation des fonctions du commissaire.

C. L'INTERDICTION DE NOMMER COMMISSAIRE AUX COMPTES UN MEMBRE D'UNE SOCIÉTÉ CONTRÔLÉ

Aux termes de **l'article L. 225-226 du code de commerce**, les personnes ayant été administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire, gérants ou salariés d'une société ne peuvent être nommées commissaires aux comptes de cette société moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions.

Pendant le même délai, elles ne peuvent être nommées commissaires aux comptes dans les sociétés possédant 10 % du capital de la société dans laquelle elles exerçaient leurs fonctions ou dont celle-ci possédait 10 % du capital, lors de la cessation de leurs fonctions.

D. LES INCOMPATIBILITÉS PROFESSIONNELLES ET DÉONTOLOGIQUES

Aux termes de l'article L. 225-222 du code de commerce, les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles :

- d'une manière générale, **avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance** ;

- avec **tout emploi salarié** (sauf enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable) ;

- avec **toute activité commerciale**, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée.

Il faut indiquer que si la notion d'activité ou acte de nature à porter atteinte à l'indépendance n'est pas précisée dans la loi, cette mention sert de fondement aux règles déontologiques fixées par **le code de déontologie** de la profession.

E. LES DISPOSITIONS RELATIVES AU SECRET PROFESSIONNEL

Aux termes du dernier alinéa de **l'article L. 225-240 du code de commerce**, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions.

Cette interdiction est faite sous réserve des dispositions des premier et second alinéas de l'article, qui disposent que :

- les commissaires aux comptes signalent, à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission ;

- ils révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le I du présent article procède à une transformation des cinq derniers alinéas de l'article L. 225-218 du code de commerce en un nouvel article L. 822-9 et transforme l'article L. 225-222 en un article L. 822-10.

Les cinq derniers alinéas de l'article L. 225-218 sont relatifs aux sociétés de commissaires aux comptes et à leur capital. Celui-ci, de même que les fonctions dirigeantes, doivent être détenus en grande majorité (aux trois-quarts) par des commissaires aux comptes. Les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées, au nom de la société, par des commissaires aux comptes personnes physiques associés, actionnaires ou dirigeants de cette société. Ces personnes ne peuvent exercer les fonctions de commissaire aux comptes qu'au sein d'une seule société de commissaires aux comptes.

L'article L. 225-222, précité, est relatif aux incompatibilités professionnelles et au principe d'indépendance des commissaires aux comptes.

Ces deux articles constituent donc les deux premiers articles de la section II du chapitre II du livre VIII du code de commerce relative à la déontologie et à l'indépendance

Le II du présent article complète cette section par cinq articles L. 822-11 à L. 822-16.

A. L'INTERDICTION DE TOUT INTÉRÊT AUPRÈS DE L'ENTREPRISE DONT LE COMMISSAIRE AUX COMPTES CERTIFIE LES COMPTES, DE LA MÈRE OU DES FILIALES

Le premier alinéa du texte proposé pour l'article L. 822-11 pose le principe selon lequel il est **interdit au commissaire aux comptes chargé de certifier les comptes d'une société, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de cette société ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle**, au sens des I et II de l'article L. 233-3.

Ce principe général est décliné dans les dispositions suivantes du code de commerce.

B. L'INTERDICTION DES PRESTATIONS DE SERVICES N'ENTRANT PAS DIRECTEMENT DANS LES DILIGENCES DE LA MISSION DE CERTIFICATION DES COMPTES

1. L'interdiction visant le commissaire aux comptes

Le second alinéa du texte proposé pour l'article L. 822-11 **interdit au commissaire aux comptes chargé de certifier les comptes d'une société de donner toute prestation de service, notamment de conseil, avis ou recommandation**, à cette société ou aux personnes qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle. Seules les diligences directement liées à la mission, telles que définies par les normes professionnelles mentionnées au 4° de l'article L. 821-1 sont autorisées.

Cette disposition introduit une séparation entre la certification des comptes et toutes les autres prestations de service, qui sont désormais interdites, sauf dans le cadre strict de la mission de certification¹. La loi illustre l'interdiction en mentionnant le conseil, les avis ou recommandations,

¹ On observera que dans toutes les dispositions proposées par le présent article, l'interdiction de «cumuler» une mission de certification des comptes et d'autres prestations (conseil, avis, recommandation) est simultanée. Dès que la mission de certification des comptes s'achève, il est possible de faire des prestations de service ou inversement.

mais cette liste n'est pas exhaustive. De plus, la formulation retenue n'exclut pas que certaines de ces prestations de services soient autorisées si elles entrent dans les diligences directement liées à la mission.

En effet, **il faut noter que ce ne sera ni la loi, ni le décret qui préciseront ces diligences**, mais les normes professionnelles établies par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Cependant, ces normes devront recevoir l'avis du Haut conseil du commissariat aux comptes (après consultation de diverses autorités « spécialisées » pour leurs domaines de compétence) et devront de surcroît être homologuées par arrêté du garde des sceaux, ce qui donne la garantie importante que l'application de la séparation des missions de certification et des autres prestations de services sera faite de manière stricte.

2. L'interdiction visant le réseau national ou international du commissaire aux comptes

Le troisième alinéa de l'article L. 822-11 disposerait que **le commissaire aux comptes affilié à un réseau¹ national ou international** ne peut certifier les comptes d'une personne entretenant avec ce réseau des relations contractuelles ayant pour objet la fourniture d'une prestation de service, notamment de conseil, distincte des diligences directement liées à la mission de certification des comptes, telles qu'appréciées par le Haut conseil en application de l'article L. 821-1.

Cette disposition **interdit donc à une société de commissaires aux comptes appartenant à un réseau de certifier les comptes d'une entreprise lorsque celle-ci reçoit des prestations de services d'un membre de ce réseau.**

Contrairement aux dispositions précédentes, les diligences directement liées à la mission, pour ce qui concerne les réseaux, ne sont pas définies par les normes professionnelles, mais seulement par le Haut conseil. On peut s'interroger sur cette différence d'approche, dans la mesure où la notion de « *diligences directement liées à la mission de certification des comptes* » devrait avoir une définition unique. Il semble que la solution retenue s'explique par la complexité de la notion de « réseau » et donc en pratique la nécessité de faire trancher par le Haut conseil des situations particulières.

¹ Aucune définition du « réseau » n'existe dans la loi. Actuellement, aux termes du texte d'application de l'article 33 du code de déontologie des commissaires aux comptes, sont considérés comme formant un réseau les cabinets, personnes physiques ou morales, fournissant à titre professionnel des services ou conseils en matière de comptabilité, de commissariat aux comptes, d'audit contractuel, de conseil juridique, financier, fiscal, organisationnel et dans des domaines connexes, et entretenant directement ou indirectement entre eux des relations établissant une communauté d'intérêt économique significative et durable.

En tout état de cause, contrairement à l'interdiction pesant sur le commissaire aux comptes d'une société, qui s'étend à toute prestation de service au sein du groupe (mère et filiales), l'interdiction pesant sur les réseaux de commissaires aux comptes ne porte que sur l'entreprise elle-même et non sur le groupe auquel elle appartient. Ainsi, une société de commissaires aux comptes pourra certifier les comptes d'une entreprise dont une ou plusieurs filiales reçoivent par ailleurs des prestations de conseils d'un membre de son réseau, à condition que ces conseils ne s'étendent pas à la société-mère¹.

3. Les dispositions complémentaires du code de déontologie

Le dernier alinéa du texte proposé pour l'article L. 822-11 dispose que **les liens familiaux, financiers et professionnels**, actuels ou antérieurs à la mission de commissaire aux comptes, incompatibles avec l'exercice de celle-ci sont précisés par le code de déontologie prévu à l'article L. 822-16. Il s'agit ici de renvoyer au code de déontologie pour énumérer les personnes jusqu'alors visées directement, mais de manière à la fois très longue et incomplète, dans le code de commerce.

Par ailleurs, dans la mesure où les précédentes dispositions n'épuisent pas les possibilités de cumul des fonctions de certification et de conseil pour les réseaux de commissaires aux comptes, il est ajouté explicitement que *« sont notamment prises en compte les prestations de services fournies par un réseau à une personne contrôlée ou qui contrôle au sens des I et II de l'article 233-3 la personne dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes affilié au même réseau »*.

Ainsi, les questions soulevées plus haut, à savoir les modalités selon lesquelles, par exemple, une société de commissaires aux comptes peut certifier les comptes d'une entreprise dont plusieurs filiales reçoivent des prestations de service de la part de son réseau, devraient être traitées dans le code de déontologie.

On peut s'étonner qu'intervienne ainsi, après la référence aux normes professionnelles pour le commissaire aux comptes, puis aux décisions du Haut conseil pour les réseaux, une troisième référence avec le code de déontologie. Celui-ci, en vertu de l'article L. 822-16 nouveau, sera toutefois soumis à des contraintes : il devra être approuvé par décret en Conseil d'Etat après avis du Haut conseil et de l'Autorité des marchés financiers pour les personnes faisant appel public à l'épargne.

¹ *Le schéma inverse est évidemment possible : une société de commissaires aux comptes peut certifier les comptes d'une filiale dont la société mère reçoit par ailleurs des prestations de conseils d'un membre de son réseau.*

Par ailleurs, il faut souligner que **le code de déontologie de la profession comporte déjà aujourd'hui des dispositions concernant les conditions de séparation des missions d'audit et de conseil**. Ces dispositions peuvent être jugées insuffisamment restrictives, puisqu'elles confirment notamment la liberté des réseaux vis-à-vis de la fourniture de services ou conseils, à condition que leur montant ne crée pas de liens financiers excessifs.

LA FOURNITURE À LA SOCIÉTÉ CONTRÔLÉE DE SERVICES ET CONSEILS AUTRES QUE L'AUDIT

(délibération du 13 avril 2000 du Conseil national de la CNCC - «dispositions d'application» de l'article 33 du code de déontologie professionnelle des commissaires aux comptes).

Voici, tel qu'il apparaît dans le rapport du comité de déontologie et d'indépendance (CDI) de 1999-2000, le résumé des dispositions concernant le cumul d'une mission d'audit et d'autres prestations pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

a) Nature des prestations exclues

Un commissaire aux comptes ne peut, sauf exceptions énumérées dans les dispositions d'application, accepter ou poursuivre un mandat de commissaire aux comptes d'une société faisant appel public à l'épargne (APE) en cas d'exercice au bénéfice de la société contrôlée, par lui-même ou par une entité appartenant au même réseau, des activités ou actes suivants qui sont de nature à porter atteinte à son indépendance :

- tenue ou élaboration des comptes ;
- évaluations ;
- prestations comportant une implication dans des processus de décision de gestion ;
- prestations rémunérées au moyen de commissions versées par des tiers ;
- intervention pour le compte de la société vérifiée ou assistance à cette société dans le règlement de différends ;
- participation, autrement qu'en assistance du commissaire aux comptes dans le cadre d'une mission d'audit, à des opérations d'ingénierie financière ou de *corporate finance* ;
- autres prestations ou conseils comportant des risques significatifs pour le résultat, la situation financière ou le patrimoine de la société, ou susceptibles d'affecter l'égalité entre actionnaires ;
- services ou conseils pouvant conduire à des liens personnels excessifs tels que les missions de recrutement.

b) Principe de liberté de fourniture des autres services ou conseils

Le texte confirme la liberté des réseaux vis-à-vis de la fourniture d'autres services ou conseils, à condition que leur montant ne crée pas de liens financiers excessifs.

c) Limites de la dépendance financière

Le texte fixe les limites des liens de dépendance financière résultant de ces prestations hors audit, la principale limite étant que les honoraires perçus par les sociétés et cabinets membres du réseau pour des prestations récurrentes sans rapport avec l'audit au bénéfice d'une société vérifiée ne doivent pas, sur une base pluriannuelle, dépasser les honoraires perçus pour les missions d'audit.

d) Prise en charge par le commissaire aux comptes de toute prestation faisant partie d'une mission d'audit

Le texte précise que les travaux faisant partie d'une mission d'audit exécutée par des experts appartenant au réseau du commissaire aux comptes doivent être exécutés dans le cadre juridique de la mission du commissaire aux comptes sous sa direction et sa responsabilité.

e) Responsabilité du commissaire aux comptes quant à la compatibilité des prestations avec l'audit

Le texte précise les conditions dans lesquelles le commissaire aux comptes doit se prononcer sur la compatibilité des prestations des entités de son réseau au bénéfice des sociétés vérifiées préalablement à l'acceptation de la mission par l'entité intéressée.

Source : rapport annuel du comité de déontologie et d'indépendance 1999-2000

C. DISPOSITIONS RELATIVES AUX CESSATIONS ET PRISES DE FONCTION

1. Incompatibilités après la prise de fonctions ou avant la cessation de fonctions

Le texte proposé pour l'article L. 822-12 dispose que **les commissaires aux comptes ne peuvent être nommés dirigeants des personnes morales qu'ils contrôlent moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions**. L'interdiction s'étend aux associés, actionnaires ou dirigeants d'une société de commissaires aux comptes. Elle s'étend également aux mêmes fonctions dans des personnes morales possédant 10 % du capital de la personne morale contrôlée par eux ou dont celle-ci possède 10 % du capital lors de la cessation des fonctions du commissaire.

Il s'agit de la reprise, moyennant une amélioration rédactionnelle, des dispositions de l'actuel III des articles L. 221-10 et L. 223-38 du code de commerce et de l'article L. 225-225 du code de commerce.

L'article L. 822-13, dans sa rédaction proposée par le présent article, dispose que **les personnes ayant été dirigeants ou salariés d'une personne**

morale ne peuvent être nommées commissaires aux comptes de cette personne morale moins de cinq ans après la cessation de leurs fonctions. L'interdiction s'étend aux associés, actionnaires ou dirigeants d'une société de commissaires aux comptes. Elle s'étend également aux mêmes fonctions dans des personnes morales possédant 10 % du capital de la personne morale contrôlée par eux ou dont celle-ci possède 10% du capital lors de la cessation des fonctions du commissaire.

Il s'agit de la reprise, moyennant une amélioration rédactionnelle, des dispositions de l'actuel l'article L. 225-226 du code de commerce.

2. Rotation des commissaires aux comptes signataires

Le dispositif proposé pour l'article L. 822-14 **interdit au commissaire aux comptes personne physique, ainsi qu'au membre signataire d'une société de commissaire aux comptes, de certifier pendant plus de six exercices consécutifs** les comptes des personnes morales faisant appel public à l'épargne. Cette interdiction s'étend à la certification des comptes des personnes morales ayant une activité économique (visées à l'article L. 621-1) et des associations visées à l'article L. 612-4¹, dès lors que ces personnes font appel à la générosité publique.

Cette disposition est entièrement nouvelle. Elle vient en complément des dispositions de l'actuel article L. 225-229 qui dispose que les commissaires aux comptes sont nommés pour six exercices et que leurs fonctions expirent après la réunion de l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes du sixième exercice.

Elle signifie donc que, pour les personnes morales faisant appel public à l'épargne, pour les personnes morales ayant une activité économique et pour les associations faisant appel à la générosité publique, il sera désormais obligatoire de changer de commissaire aux comptes signataire tous les six ans.

Cependant, cette disposition ne s'étend pas aux collaborateurs du commissaire aux comptes signataire et, *a fortiori*, il n'est pas ici question d'imposer le non-renouvellement des mandats des sociétés de commissaires aux comptes.

Cette disposition correspond à la recommandation de la Commission européenne du 16 mai 2002 (« *indépendance du contrôleur légal des comptes dans l'Union européenne : principes fondamentaux* »).

¹ Il s'agit de toute association ayant reçu annuellement de l'Etat ou de ses établissements publics ou des collectivités locales une subvention dont le montant est fixé par décret et qui doit établir chaque année un bilan, un compte de résultat et une annexe dont les modalités d'établissement sont précisées par décret

Par ailleurs, depuis septembre 2002, la Commission des opérations de bourse a annoncé qu'elle vérifiait systématiquement, lorsqu'elle était informée du renouvellement du mandat de commissaire aux comptes auprès d'une société faisant appel public à l'épargne, qu'une rotation des associés signataires au moins tous les 7 ans a été mise en oeuvre ou prévue au cours du mandat.

Recommandation de la Commission européenne – 16 mai 2002 - extraits

1) Des menaces liées à la confiance ou à la familiarité peuvent apparaître lorsque certains membres de l'équipe chargée de la mission travaillent régulièrement et pour une longue période au contrôle légal d'un client, en particulier s'il s'agit d'une entité présentant un intérêt public.

2) Pour atténuer ces menaces, le contrôleur légal est tenu, en cas de contrôle légal d'une entité présentant un intérêt public :

a) de prévoir au minimum le remplacement des associés d'audit principaux membres de l'équipe chargée de la mission (y compris de l'associé responsable de la mission) dans les 7 ans qui suivent leur nomination dans la même équipe. Les associés d'audit principaux qui sont remplacés ne doivent pas être autorisés à effectuer une nouvelle mission chez ce client avant qu'un délai de deux ans au moins ne se soit écoulé à compter de la date de leur remplacement et

b) d'évaluer le risque pour son indépendance qui résulte de la présence prolongée des autres membres dans l'équipe chargée de la mission, et d'adopter les mesures de sauvegarde qui conviennent pour ramener ce risque à un niveau acceptable.

3) Pour les clients qui ne sont pas des entités présentant un intérêt public, il est préférable que les procédures visées au point 2 s'appliquent également. Cependant, lorsqu'une rotation des associés d'audit principaux n'est pas possible, le contrôleur légal doit déterminer quelles autres mesures de sauvegarde devraient être adoptées afin de réduire le risque pour l'indépendance à un niveau acceptable.

Il faut noter en conclusion que **la rotation des commissaires aux comptes signataires sera applicable, en vertu du IV de l'article 73 du présent projet de loi¹, trois ans après la promulgation de la présente loi** et ne remettra pas en cause les mandats de commissaires aux comptes qui seront alors en cours. Cela signifie que l'application complète de la disposition interviendra au plus tard neuf ans après l'entrée en vigueur des dispositions ici proposées (pour les commissaires aux comptes qui auront été renouvelés pour six exercices juste avant la date d'entrée en vigueur de la mesure).

¹ On se reportera au commentaire de cet article dans le présent rapport.

L'importance du délai accordé semble s'expliquer par la nécessité de laisser du temps aux « petits cabinets » de commissaires aux comptes pour s'organiser et se regrouper, afin qu'ils puissent remplir la condition de changement du signataire tous les six ans. Ce délai conduit néanmoins à s'interroger sur l'importance réellement accordée à la mesure de rotation quant à la préservation de l'indépendance de s commissaires aux comptes.

D. DISPOSITIONS RELATIVES AU SECRET PROFESSIONNEL

Le texte proposé par l'article L. 822-13, dans son premier alinéa, dispose que sous réserve des dispositions de l'article L. 225-240 et des dispositions législatives particulières, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont **astreints au secret professionnel** pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions.

Ces dispositions reprennent celles du dernier alinéa de l'article L. 225-240 du code de commerce, tout en conservant les restrictions mentionnées aux deux premiers alinéas de cet article, et qui concernent :

- 1) les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission ;
- 2) les faits délictueux dont ils ont eu connaissance qu'ils doivent révéler au procureur de la République, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation.

Le second alinéa de l'article L. 822-13, dans la rédaction ici proposée, dispose que lorsqu'une personne morale établit des comptes consolidés, les commissaires aux comptes de la personne morale consolidante et les commissaires aux comptes des personnes consolidées sont, les uns à l'égard des autres, libérés du secret professionnel.

Cette disposition générale vise à élargir une disposition existant actuellement au deuxième alinéa de l'article L. 225-235 du code de commerce, au terme duquel lorsqu'une société établit des comptes consolidés, les commissaires aux comptes sont libérés du secret professionnel à l'égard des commissaires aux comptes de la société consolidante.

Le texte proposé pour l'article L. 822-14 dispose qu'un décret approuve un code de déontologie de la profession, après avis du Haut conseil du commissariat aux comptes et, pour les dispositions s'appliquant aux commissaires aux comptes, intervenant auprès des sociétés faisant appel public à l'épargne, de l'autorité des marchés financiers.

Il faut rappeler que l'actuel article L. 820-3 du code de commerce dispose déjà qu'un décret approuve un code de déontologie de la profession. Le présent article propose que l'article L. 822-14 reprenne ces dispositions en ajoutant, avant la parution du décret :

- un avis du Haut conseil du commissariat aux comptes ;
- un avis de l'Autorité des marchés financiers pour les dispositions d'appliquant aux commissaires aux comptes intervenant auprès des sociétés faisant appel public à l'épargne.

Par ailleurs, le décret sera pris en Conseil d'Etat.

III. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission vous propose plusieurs amendements visant à :

- remplacer l'interdiction « *d'une prestation de services, notamment sous forme de conseil, d'avis ou de recommandation* » et « *d'une prestation de service, notamment sous forme de conseil* » par la formule générale selon laquelle « **toute prestation de service** » n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de certification, sera interdite. Il s'agit de poser le principe général dans la loi, sans l'illustrer d'une manière non exhaustive, au risque d'oublier certaines missions. De surcroît, certains conseils, avis et recommandations restant autorisés lorsqu'ils sont directement liés à la mission, il est préférable de ne pas fausser la compréhension des dispositions du présent article.

- préciser que, s'agissant des réseaux, **l'appréciation du Haut conseil ne portera pas sur les diligences** directement liées à la certification des comptes - ces diligences étant déjà définies par les normes professionnelles et ne laissant donc pas de place à l'appréciation – mais sur les prestations directement liées à la mission de certification, puisqu'il s'agira en l'occurrence de traiter la question des prestations fournies par des membres du réseau non commissaires aux comptes. Pour tous les commissaires aux comptes, ou se référera aux diligences directement liées à la mission de certification telles que définies par les normes professionnelles.

- **renforcer les modalités de séparation de l'audit et du conseil**, afin de prendre en compte de manière plus satisfaisante les prestations de services réalisées par les membres d'un réseau de commissaires aux comptes auprès des sociétés mère ou filiales de l'entreprise dont les comptes sont certifiés par un membre du réseau.

En effet, si le présent article pose un principe d'interdiction pour les prestations de service fournies par le réseau à l'égard de la société dont les comptes sont certifiés, il renvoie dans des conditions vagues au code de déontologie pour « *prendre en compte* » les prestations de services fournies par un réseau aux sociétés mère ou filiales de l'entreprise qui fait l'objet de la certification. Or, il est important de raisonner aujourd'hui sur la notion de groupe, la question de la certification des comptes n'étant pertinente, pour les grands groupes, qu'au niveau de la consolidation.

Enfin, votre commission vous soumet **trois amendements rédactionnels** :

- un amendement de codification du I du présent article ;
- un amendement de coordination avec l'amendement que votre commission propose à l'article 61 du présent projet de loi (nouvelle rédaction des missions du Haut conseil du commissariat aux comptes) ;
- un amendement visant à remplacer l'expression de « sociétés faisant appel public à l'épargne » par celle de « personnes faisant appel public à l'épargne », terme employé dans l'ensemble du projet de loi.

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

ARTICLE 66

Procédure de désignation des commissaires aux comptes et modification de l'organisation du co-commissariat

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser les modalités de désignation des commissaires aux comptes d'une société anonyme et de modifier l'organisation du co-commissariat aux comptes.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 225-228 du code de commerce dispose, au premier alinéa, que en dehors des cas prévus aux articles L. 225-7 et L. 225-16¹, les commissaires aux comptes sont désignés par l'assemblée générale ordinaire.

En application du troisième alinéa de l'article, **les sociétés astreintes à publier des comptes consolidés sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes.**

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

A. LE CHOIX DU COMMISSAIRE AUX COMPTES PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

Le I du présent article insère deux nouveaux alinéas avant le premier alinéa de l'article L. 225-228 du code de commerce, relatif à la désignation du commissaire aux comptes.

Le premier alinéa dispose que les commissaires aux comptes sont proposés à la désignation de l'assemblée générale par un projet de résolution émanant des actionnaires, du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Il dispose également, pour les seules sociétés faisant appel public à l'épargne, **que ne prennent pas part au vote sur le choix des commissaires**

¹ L'article L. 225-7 a trait à la constitution des sociétés anonymes et à la première réunion des souscripteurs en assemblée générale. L'article L. 225-16 ajoute que les premiers commissaires aux comptes sont désignés dans les statuts adoptés par l'assemblée générale constitutive.

aux comptes le directeur général et le directeur général délégué, s'ils sont administrateurs.

Par ailleurs, en vertu du second alinéa, ne prendraient pas part au vote **les administrateurs liés par un contrat de travail** à la société ou à une société la contrôlant directement ou indirectement au sens des I et II de l'article L. 233-3 ou à toute société contrôlée directement ou indirectement par elle au sens des mêmes paragraphes du même article.

B. LES DISPOSITIONS RELATIVES AU CO-COMMISSARIAT

Le **II** du présent article dispose dans son premier alinéa que, pour les sociétés astreintes à publier des comptes consolidés, qui doivent donc désigner deux commissaires aux comptes, **le mandat de l'un ne peut coïncider avec le mandat de l'autre pour une période supérieure à trois ans**. Pour remplir cet objectif, il peut être dérogé à la durée du mandat prévue à l'article L. 225 - 229, c'est-à-dire un mandat de six exercices. Cette dérogation est enfin précisée lorsque les commissaires aux comptes sont désignés à la même date (le mandat du « second » est de trois ans).

Le second alinéa du **II** précise que les deux commissaires aux comptes doivent ensemble se livrer à un **examen contradictoire** des conditions et des modalités d'établissement des comptes, selon les prescriptions établies par les normes professionnelles.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Le présent article a pour objet, tout d'abord, d'exclure du vote pour le choix du commissaire aux comptes, la direction générale de l'entreprise et les administrateurs salariés.

Outre des difficultés liées à la rédaction du dispositif (le président du conseil d'administration n'est pas mentionné, seuls certains directeurs le sont mais ils pouvaient entrer dans la catégorie des administrateurs liés par un contrat de travail à l'entreprise), **votre commission conteste la nécessité de distinguer, au sein du conseil d'administration, instance collégiale, certains administrateurs pour les exclure de certains votes.**

Votre commission estime que le conseil d'administration doit avoir une responsabilité collégiale, c'est-à-dire répondre en son entier des décisions qu'il prend, et pour cela il ne doit évidemment pas être fait de distinction entre les membres du conseil d'administration, dont certains seraient considérés a priori comme suspects.

Par ailleurs, il faut souligner que le conseil d'administration ne fait que proposer les commissaires aux comptes à la désignation de l'assemblée générale, qui est souveraine en la matière. Des actionnaires peuvent d'ailleurs, en application du présent article, déposer des projets de résolution selon les formes prévues par les dispositions du code de commerce pour proposer des commissaires aux comptes à la désignation de l'assemblée générale.

Votre commission vous propose en conséquence un amendement de suppression de ces dispositions.

Cependant, convaincue qu'une plus grande implication des entreprises est nécessaire dans les procédures de choix puis d'organisation du travail des commissaires aux comptes, elle vous propose, sous la forme d'un article additionnel avant l'article 76 du présent projet de loi¹, que le comité des comptes, qui serait mis en place par une société, participe à l'élaboration du programme de travail des commissaires aux comptes et propose au conseil d'administration la rémunération, la nomination et le renouvellement éventuel des commissaires aux comptes.

Elle vous propose également un amendement visant à préciser que les commissaires aux comptes peuvent certes être proposés à la désignation de l'assemblée générale par un projet de résolution émanant des actionnaires, au même titre que les projets de résolution du conseil d'administration et du conseil de surveillance, mais que ce projet de résolution doit se conformer aux dispositions en vigueur notamment à l'article L. 225-105 du code de commerce : le projet de résolution ne peut être déposé que par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital, ou par une association d'actionnaires agréée etc.

S'agissant des **dispositions relatives à la non-coïncidence des mandats de commissaires aux comptes**, votre commission s'interroge sur la portée réelle de cette mesure.

En effet, le co-commissariat est un moyen efficace de prévenir les atteintes à l'indépendance dans la mission de certification des comptes et la durée des mandats (6 ans) permet souvent un approfondissement des missions.

Les nouvelles mesures, appelées familièrement « tuilage », combinées avec l'obligation de rotation du commissaire aux comptes personne physique tous les six ans, devraient conduire à des décalages dans l'information des commissaires aux comptes, le second prenant ses fonctions trois ans après le premier. Par ailleurs, cela conduira les entreprises à procéder à des appels d'offre plus fréquents.

Mais en définitive, ces mesures ont pour objectif d'éviter que puisse s'instaurer une trop grande familiarité entre les deux commissaires aux

¹ On se reportera au commentaire de cet article additionnel.

comptes, au terme de six exercices. Il faut souhaiter qu'elles facilitent ainsi un examen contradictoire des comptes plus efficace.

Votre commission vous propose toutefois d'apporter **deux précisions** qui lui paraissent utiles.

Le présent article prévoit que les mandats des commissaires aux comptes ne peuvent coïncider pendant plus de trois ans, pour les sociétés soumises au co-commissariat. Pour appliquer cette règle, il peut être dérogé aux dispositions du code de commerce qui fixe à six exercices le mandat d'un commissaire aux comptes. Cependant, rien ne dit que cette dérogation ne conduirait pas à permettre de donner des mandats beaucoup plus longs que six exercices, en contradiction avec l'esprit de la mesure.

Votre commission vous propose donc **un amendement** pour préciser que les dérogations joueront seulement pour réduire la durée du mandat des commissaires aux comptes.

Par ailleurs, votre commission vous propose **un amendement pour poser le principe d'un co-commissariat « équilibré »** pour les sociétés astreintes à publier des comptes consolidés. Les normes professionnelles devront préciser les conditions dans lesquelles les commissaires aux comptes se livrent à un examen contradictoire des comptes, avec des moyens comparables. Il est en effet évident que l'exercice d'un co-commissariat « déséquilibré » ne présenterait pas les garanties que l'on prête volontiers au modèle français de co-commissariat aux comptes¹.

Enfin votre commission vous propose **un amendement de coordination** avec l'amendement qu'elle vous propose à l'article 61 du présent projet de loi (nouvelle rédaction des missions du Haut conseil du commissariat aux comptes).

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

¹ Sur ce sujet, il faut rappeler l'article 14 du code de déontologie des commissaires aux comptes qui dispose que « les modalités pratiques de l'exercice collégial du commissariat aux comptes se fondent essentiellement sur une répartition équilibrée - au regard des situations de fait - du programme de travail entre les co-commissaires aux comptes et une revue réciproque des dossiers ».

ARTICLE 67

Coordination

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser, dans le code de commerce, que le commissaire aux comptes dont il est proposé qu'il ne soit pas renouvelé dans son mandat, doit être entendu à sa demande par l'assemblée générale, sous réserve des dispositions relatives à la rotation des commissaires aux comptes personnes physiques.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 225-234 du code de commerce dispose que, lorsqu'à l'expiration des fonctions d'un commissaire aux comptes, il est proposé à l'assemblée de ne pas le renouveler, celui-ci doit être, à sa demande, entendu par l'assemblée générale.

LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour simple objet de prévoir **une exception à l'article L. 225-234**, lorsque les dispositions de l'article L. 822-14 dans sa rédaction proposée par l'article 65 du présent projet de loi s'appliquent, c'est-à-dire lorsque le commissaire aux comptes personne physique ou le membre signataire certifié depuis six exercices consécutifs les comptes d'une personne morale faisant appel public à l'épargne, d'une personne morale visée à l'article L. 612-1 du code de commerce ou d'une association visée à l'article L. 612-4 dès lors que ces personnes font appel à la générosité publique. Dans ce cas, il est interdit à cette personne morale de le désigner comme commissaire aux comptes et il n'y a pas lieu que le commissaire aux comptes soit entendu par l'assemblée générale.

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

ARTICLE 68

Information sur le montant des honoraires versés aux commissaires aux comptes

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser les modalités de mise à disposition du montant des honoraires versés à chacun des commissaires aux comptes.

I. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour objet de proposer une nouvelle rédaction pour l'article L. 820-3 du code de commerce afin de préciser que **le montant des honoraires versés à chacun des commissaires aux comptes est mis, au siège de la personne contrôlée, à disposition des associés et actionnaires et, pour les associations, des adhérents et donateurs.**

Les dispositions relatives au code de déontologie des commissaires aux comptes qui figuraient jusqu'à présent à l'article L. 820-3 du code de commerce, ont été réécrites sous la forme d'un nouvel article L. 820-16 créé par l'article 65 du présent projet de loi¹.

Les nouvelles dispositions relatives aux honoraires des commissaires aux comptes viennent donc en quelque sorte s'insérer dans un article du code de commerce laissé « vacant ».

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Actuellement, **le code de commerce ne mentionne les honoraires des commissaires aux comptes que pour disposer, à l'article L. 225-239, que ceux-ci sont à la charge de la société.** Ils sont fixés selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat. La chambre régionale de discipline et, en appel, la chambre nationale de discipline sont compétentes pour connaître de tout litige tenant à leur rémunération.

Le présent article, qui impose de mettre à disposition des associés et des actionnaires ou des adhérents, ou des adhérents et donateurs le montant

¹ On se reportera au commentaire de cet article dans le présent rapport.

des honoraires versées à chaque commissaire aux comptes est bienvenu, dans un objectif de transparence.

Toutefois, il reste mesuré :

- la référence au seul montant des honoraires limitera de fait l'information, qui ne sera pas obligatoirement étendue à la connaissance des prestations réalisées (nombre d'heures effectué notamment) ;

- ensuite, la mise à disposition des honoraires versés à chacun des commissaires aux comptes au siège de la personne contrôlée est un mode de publicité moins exigeant, que, par exemple, la mention de ces honoraires dans un document public.

En effet, il faut rappeler, plus généralement, que la publicité des honoraires des commissaires aux comptes participe de la transparence indispensable pour contrôler le bon exercice de leurs missions.

Ainsi, la Commission des opérations de bourse (COB) a pris des dispositions récentes très importantes sur la publicité des honoraires de commissaire aux comptes pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Par arrêté publié au *Journal officiel* du 20 décembre 2002, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a homologué le règlement n° 2002-06 de la COB. Ce règlement fait obligation aux émetteurs **d'indiquer dans leurs prospectus et documents de référence le montant des honoraires versés à chacun des commissaires aux comptes ou autres professionnels du réseau** dont ils sont membres, sous la forme d'un tableau synthétique figurant dans l'instruction d'application.

Ce règlement vise les émetteurs français et étrangers dont les titres sont négociés sur un marché réglementé en France et leurs filiales françaises et étrangères consolidées par intégration globale.

Les prestations d'audit doivent être présentées selon deux sous-rubriques :

- d'une part, **les prestations de « commissariat aux comptes, de certification, d'examen des comptes individuels et consolidés »**. Il s'agit de toutes les missions du commissaire aux comptes définies par la loi ou les règlements, comme par exemple : l'examen limité des comptes semestriels, l'émission de rapport en cas d'augmentation de capital, l'attestation sur le contrôle des prospectus soumis au visa COB, etc ;

- d'autre part, **les « missions accessoires »**. Il s'agit par exemple des missions particulières, en général à caractère « non récurrent » et conventionnel, telles que les missions de révision effectuées par les

commissaires aux comptes pour le compte de la société dans les sociétés comprises dans la consolidation ou destinées à entrer dans le champ de cette dernière, l'examen de comptes prévisionnels ou de comptes pro forma dans le cadre d'opérations particulières (offre publique d'échange, fusion), la rédaction d'attestations particulières (lettre de confort, par exemple) etc ;

Les prestations concernent les commissaires aux comptes de la société mère et des filiales consolidées par intégration globale, lorsqu'il s'agit des mêmes commissaires aux comptes, ainsi que les missions de réviseurs légaux ou contractuels, membres du réseau de chacun des commissaires aux comptes, intervenant dans les sociétés consolidées.

Enfin, les « autres prestations de service » doivent être indiquées. Il s'agit d'autres prestations rendues au bénéfice de la société mère ou de ses filiales, par les autres professionnels membres des réseaux. En présence de prestations de nature différente, elles devront être ventilées selon les différentes rubriques proposées le formulaire de la COB (juridique, fiscal, social, technologies de l'information, audit interne) ou dans la catégorie «autres » en donnant les détails nécessaires dans ce dernier cas, de façon à identifier chaque prestation individuelle représentant plus de 10 % des honoraires d'audit. La COB précise bien que cette publicité ne dispense pas d'appliquer les règles déontologiques relatives à la séparation des missions d'audit et de conseil.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent à tous les documents soumis à visa ou déposés pour enregistrement depuis le 1^{er} janvier 2003.

Il faut noter que ces obligations de publicité ne concernent que le cas où un émetteur établit un document de référence ou un prospectus. Toutefois, la COB estime souhaitable que ce dispositif de transparence soit mis en œuvre par toutes les sociétés faisant appel public à l'épargne. **La COB encourage donc l'ensemble des sociétés à publier de telles informations dans leur rapport annuel**, dans le cadre du développement des informations sur le gouvernement d'entreprise.

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

ARTICLE 69

Coordinations

Commentaire : le présent article a pour objet de modifier des références aux articles L. 820-1 et L. 820-2 du code de commerce.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 820-1 dispose que les articles L. 225-218 à L. 225-242 du code de commerce, qui régissent le contrôle des sociétés anonymes, sont applicables aux commissaires aux comptes nommés dans toutes les personnes morales, quelle que soit la nature de la certification prévue dans leur mission et quel que soit leur statut juridique. Ces obligations sont également applicables aux dirigeants des personnes morales tenues d'avoir un commissaire aux comptes.

Les dispositions des articles L. 225-218 à L. 225-242 sont relatives à l'exercice du contrôle des sociétés anonymes auquel participent les commissaires aux comptes. Ces articles contiennent des dispositions importantes sur l'exercice des fonctions de commissaire aux comptes : principe de l'inscription sur une liste, modalités de cette inscription, action disciplinaire, incompatibilités, prestation de serment, modalités de désignation, durée des mandats, récusation, certification des comptes, vérifications, relations avec le conseil d'administration, responsabilité, etc.

L'article L. 820-2 dispose que nul ne peut se prévaloir du titre de commissaire aux comptes s'il ne remplit pas les conditions visées aux articles L. 225-218 à L. 225-242 précités.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour objet de remplacer, dans les articles L. 820-1 et L. 820-2 du code de commerce, les références aux articles « L. 225-218 à L. 225-242 » par une référence aux articles « L. 225-227 à L. 225-242 » ainsi qu'aux dispositions « *du présent titre.* »

En effet, les dispositions des articles L. 225-218 à L. 225-226 font l'objet d'une refonte complète dans le présent projet de loi¹. Par ailleurs, celui-ci ajoute de nombreuses dispositions au titre II du livre VIII du code de commerce. Il est donc proposé de changer les références de manière à ne plus faire référence qu'aux articles L. 225-227 à L. 225-242 et, d'une manière générale, à l'ensemble des dispositions relatives à la profession réglementée de commissaire aux comptes.

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

¹ Les cinq derniers alinéas de l'article L. 225-218 et l'article L. 225-222 deviennent les articles L. 822-9 et L. 822-10 (article 65), l'article L. 225-234 est modifié (article 67), l'article L. 225-224 fait l'objet d'une nouvelle rédaction (article 70), les articles L. 225-219 à L. 225-221, L. 225-223 à L.225-226 et le dernier alinéa de l'article L. 225-240 sont abrogés (article 72), l'article L. 225-37 est modifié (article 76), de même que l'article L. 225-235 (article 78) et l'article L. 225-239 (article 80). On se reportera aux commentaires du présent rapport.

ARTICLE 70

Incompatibilité avec le commissariat aux apports

Commentaire : le présent article a pour objet d'interdire la nomination comme commissaire aux comptes de professionnels chargés, au cours des deux derniers exercices, de vérifier les opérations d'apports ou de fusion de la société ou des sociétés que celle-ci contrôle.

I. LE DROIT EXISTANT

Aux termes de l'article L. 214-57 du code monétaire et financier et des articles L. 225-8 et L. 225-147 du code de commerce, en cas d'apports en nature comme en cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, **un commissaire aux apports est désigné par décision de justice** (en pratique, il s'agit d'une désignation par le tribunal de commerce du siège social de la société). Ce commissaire apprécie la valeur des apports en nature et les avantages particuliers. Son rapport est tenu à la disposition des souscripteurs ou des actionnaires dans des conditions déterminées par décret.

En vertu de l'article L. 223-9 du code de commerce, le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède 7.500 euros et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.

Aux termes de l'article L 214-79 du code monétaire et financier et des articles L. 225-8 et L. 225-147 du code de commerce, **les commissaires aux apports sont soumis, comme les commissaires aux comptes aux incompatibilités** prévues à l'article L. 225-224 du code de commerce. Il s'agit des dispositions relatives aux liens personnels, financiers ou professionnels incompatibles avec la fonction de commissaire aux comptes.

Par ailleurs, l'article L. 214-79 du code monétaire et financier dispose que ne peuvent être nommés à des fonctions de direction, d'administration ou de gestion dans les sociétés qu'ils contrôlent, moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions, ni, pendant le même délai, exercer les mêmes fonctions dans les sociétés possédant 10 % du capital de la société contrôlée par eux ou dont celle-ci possède 10 % du capital lors de la cessation des fonctions du commissaire.

En vertu de l'article L. 242-5 du code de commerce, est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9.000 euros le fait d'accepter ou de conserver les fonctions de commissaire aux apports, nonobstant les incompatibilités et interdictions légales.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour objet d'interdire aux professionnels chargés, au cours des deux derniers exercices, de vérifier des opérations d'apports ou de fusion, de devenir commissaire aux comptes d'une société, de sa mère ou de l'une de ses filiales.

L'idée est de favoriser le commissariat aux apports indépendant. Il faut noter que la mesure de s'applique qu'aux professionnels et non aux sociétés concernées. Il s'agit bien qu'une personne désignée comme commissaire aux apports ne puisse ensuite, dans les deux ans, certifier les comptes de la société concernée¹.

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

¹ En marge de cette disposition, il faut noter que le comité de déontologie et d'indépendance (CDI) des commissaires aux comptes a rendu un avis le 18 mai 2000 par lequel il a estimé que, dans des circonstances exceptionnelles, il était possible pour un commissaire aux apports de mener à son terme sa mission, si au cours de celle-ci, il constatait que la société bénéficiaire des apports pourrait entrer dans le périmètre de consolidation d'une société cotée dont il est le commissaire aux comptes. Cependant, il a appelé l'attention des présidents des tribunaux de commerce sur l'opportunité de prendre en compte la possibilité de telles situations et de veiller à la mise en place de sauvegardes appropriées, notamment en procédant, lorsque la situation le requiert, à la désignation de plusieurs commissaires aux apports.

ARTICLE 71

Abrogations

Commentaire : le présent article a pour objet d'abroger plusieurs dispositions du code de commerce.

Le présent article propose d'abroger les II et III des articles L. 221-10 et L. 223-38 et les articles L. 225-219, L. 225-220, L. 225-221, L. 225-223, L. 225-225, L. 225-226 ainsi que le dernier alinéa de l'article L. 225-240 du code de commerce.

Les II et III des articles L. 221-10 et L. 223-38 du code de commerce sont remplacés respectivement par les dispositions de l'article L. 822-11 et des articles L. 822-12 et L. 822-13 (article 65 du présent projet de loi).

Les articles L. 225-219, L. 225-220, L. 225-223, L. 225-225 et L. 225-226 et le dernier alinéa de l'article L. 225-240 sont remplacés par les dispositions des articles L. 822-1, L. 822-2, L. 822-10, L. 822-12 (article 61 du présent projet de loi), L. 822-13 et L. 822-15 (article 65 du présent projet de loi).

L'article L. 225-221 est remplacé par les dispositions des articles L. 822-6 et L. 822-7 (article 64 du présent projet de loi)¹.

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

¹ On se reportera aux commentaires de ces articles dans le présent rapport.

ARTICLE 72

Relations entre l'Autorité des marchés financiers et les commissaires aux comptes des personnes faisant publiquement appel à l'épargne

Commentaire : le présent article a pour objet d'introduire dans le code de commerce des dispositions relatives aux relations de l'Autorité des marchés financiers avec les commissaires aux comptes.

I. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le I du présent article intitule la section 5 du chapitre unique du titre II du livre VI du code monétaire et financier : « *Relations avec les commissaires aux comptes* ».

En vertu de l'article 1^{er} du présent projet de loi, un chapitre unique intitulé : « *Chapitre unique – L'Autorité des marchés financiers* » a remplacé le chapitre 1^{er} du titre II du livre VI du code monétaire et financier.

Il est donc proposé de modifier la dénomination de la section 5 de l'ancien chapitre 1^{er} « *Contrôle des gestionnaires de portefeuilles* » - en l'intitulant désormais « *Relations avec les commissaires aux comptes* ».

La section 5 regroupe les articles L. 621-22 à L. 621-27 du code monétaire et financier.

Le II du présent article procède à une nouvelle rédaction de l'article L. 621-22.

Le I de l'article L. 621-22 disposerait que l'Autorité des marchés financiers est informée des propositions de nomination ou de renouvellement des commissaires aux comptes de personnes faisant appel public à l'épargne et peut faire toute observation qu'elle juge nécessaire sur ces propositions. Ces observations sont portées à la connaissance de l'assemblée générale ou de l'organe chargé de la désignation ainsi que du professionnel intéressé.

Le II disposerait que l'Autorité des marchés financiers peut demander aux commissaires aux comptes des personnes faisant appel public à l'épargne tous renseignements sur les personnes qu'ils contrôlent.

Les commissaires aux comptes informent l'Autorité de tout fait ou décision entraînant le refus de certification des comptes.

Le III disposerait que les commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne peuvent interroger l'Autorité des marchés financiers sur toute question soulevée dans l'exercice de leur mission, et susceptible d'avoir un effet sur l'information financière de la société.

Le IV disposerait que les commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne :

- communiquent à l'Autorité des marchés financiers copie de l'écrit transmis au président du conseil d'administration et au directoire en application du deuxième alinéa de l'article L. 234-1 du code de commerce (il s'agit de la procédure d'alerte du commissaires aux comptes relative à une menace sur la continuité de l'exploitation) ¹ ;

- transmettent à l'Autorité des marchés financiers les conclusions du rapport qu'ils envisagent de présenter à l'assemblée générale en application de l'article L. 225-240 du code de commerce (il s'agit des dispositions relatives au signalement des irrégularités et inexactitudes dans les comptes)².

Le V disposerait que les commissaires aux comptes sont déliés du secret professionnel et que leur responsabilité ne peut être engagée pour les informations données en exécution des obligations prévues à l'article L. 621-22.

Le III du présent article transforme les articles L. 622-11 et L. 622-12 en articles L. 621-24 et L. 621-25.

Les dispositions des articles L. 621-24 et L. 621-25 sont remplacées par celles de l'article L. 621-15 par l'article 14 du présent projet de loi³. Il est donc possible de reprendre ces numéros d'articles « vacants » pour les dispositions actuellement inscrites aux articles L. 622-11 et L. 622-12. Ces dispositions sont relatives aux relations entre le Conseil des marchés financiers et les commissaires aux comptes.

L'article L. 622-11 impose aux commissaires aux comptes de signaler dans les meilleurs délais tout fait ou décision concernant un

¹ En application de l'article L. 234-1 du code de commerce, lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe le président du conseil d'administration ou du directoire. A défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite par écrit le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés.

² En vertu de l'article L. 225-240, les commissaires aux comptes signalent, à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission. En outre, ils révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation.

³ On se reportera au commentaire de l'article dans le présent rapport.

prestataire de services d'investissement ou un intermédiaire habilité de nature à constituer une violation des dispositions du règlement général du Conseil des marchés financiers (CMF) relatives aux règles de bonne conduite ou aux conditions d'exercice des activités de conservation ou d'administration d'instruments financiers. Le CMF peut également transmettre à ces commissaires aux comptes les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission, informations qui sont couvertes par le secret professionnel.

L'article L. 622-12 indique que le CMF peut demander aux commissaires aux comptes d'un prestataire de services d'investissement ou d'un intermédiaire habilité tout renseignement concernant l'application par ce prestataire ou cet intermédiaire des dispositions du titre III du livre V du code monétaire et financier ou du règlement général du CMF relatives aux règles de bonnes conduite ou aux conditions d'exercice des activités de conservation ou d'administration d'instruments financiers.

Dans l'ensemble de ces dispositions, la référence au Conseil des marchés financiers doit désormais être remplacée par celle de l'Autorité des marchés financiers, en vertu du 1^o du IV de l'article 35 du présent projet de loi.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission estime que l'inscription dans la loi des relations entre l'Autorité des marchés financiers et les commissaires aux comptes des personnes faisant appel public à l'épargne permet de clarifier des relations aujourd'hui établies de manière informelle, sous forme de coopération entre la COB et la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, à l'exception de certaines dispositions réglementaires relatives à la désignation des commissaires aux comptes¹.

Elle observe également que **des dispositions spécifiques continueront d'exister pour les relations entre les commissaires aux**

¹ Cf. article 64 du décret n°69-810 du 12 août 1969 portant règlement d'administration publique et relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes de société : tout commissaire aux comptes qui accepte que sa candidature soit présentée à l'assemblée générale d'une société faisant publiquement appel à l'épargne doit informer la COB par lettre recommandée avec avis de réception avant l'assemblée générale. Si sa candidature est proposée par la société, la commission des opérations de bourse doit en être avisée quinze jours au moins avant la publication au Bulletin des annonces légales obligatoires. Lorsqu'une candidature appelle des réserves de la part de la COB et que les dirigeants de la société entendent passer outre, ces derniers communiquent aux actionnaires, avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur cette candidature, l'avis motivé de la commission. Cet avis est également communiqué au conseil national de la compagnie nationale des commissaires aux comptes et au conseil régional de la compagnie régionale dont est membre le commissaire en cause.

comptes des entreprises d'investissement et l'Autorité des marchés financiers.

En effet, l'article L. 621-23 du code monétaire et financier dispose déjà que :

- les commissaires aux comptes des sociétés de gestion de portefeuille sont déliés du secret professionnel à l'égard de la Commission des opérations de bourse ;

- ils sont tenus de signaler dans les meilleurs délais à la Commission des opérations de bourse tout fait ou décision concernant une société de gestion de portefeuille, dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission, de nature :

1) à constituer une violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables à cette société et susceptible d'avoir des effets significatifs sur la situation financière, le résultat ou le patrimoine ;

2) à porter atteinte à la continuité de son exploitation ;

3) à entraîner l'émission de réserves ou le refus de la certification des comptes.

La même obligation s'applique aux faits et aux décisions dont ils viendraient à avoir connaissance dans l'exercice de leur mission auprès d'une entreprise mère ou filiale de l'entreprise d'investissement.

La Commission des opérations de bourse peut également transmettre aux commissaires aux comptes des sociétés de gestion de portefeuille les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Les informations transmises sont couvertes par la règle du secret professionnel.

En conséquence, il apparaît que le présent article comble un vide juridique pour les commissaires aux comptes des personnes faisant appel public à l'épargne. On peut cependant remarquer que les obligations d'informer l'AMF sont **moins contraignantes pour les commissaires aux comptes des personnes faisant appel public à l'épargne que pour les commissaires aux comptes des entreprises d'investissement.**

En particulier, le texte proposé par le II du présent article pour l'article L. 621-22 du code monétaire et financier dispose que les commissaires aux comptes des personnes faisant appel public à l'épargne informent l'AMF de « *tout fait ou décision entraînant le refus de certification des comptes* ».

Contrairement aux dispositions de l'article L. 621-23, il n'y a pas d'obligation d'alerter l'AMF « *dans les meilleurs délais* » et l'information n'est pas obligatoire pour tout fait ou décision « *de nature à entraîner l'émission de réserves ou le refus de la certification des comptes* ».

S'il peut être estimé trop contraignant d'imposer à tous les commissaires aux comptes d'alerter l'AMF pour des faits « *de nature à*

entraîner l'émission de réserves », dans la mesure où, en vertu des nouvelles dispositions du III de l'article L. 621-22, ces commissaires aux comptes pourraient interroger l'Autorité des marchés financiers « *sur toute question soulevée dans l'exercice de leur mission, et susceptible d'avoir un effet sur l'information financière de la société* » en étant déliés du secret professionnel, **il faut considérer cependant qu'une information précoce avant un refus de certification des comptes est souhaitable.**

Or, le texte du présent article utilise le participe présent (information sur tout fait ou décision *entraînant* le refus de certification des comptes), ce qui **laisse à penser que l'AMF ne serait alertée que lorsque le refus de certification des comptes serait acté.** Or, dans cette hypothèse, on peut penser que l'AMF serait de toute manière conduite à s'informer très rapidement de la situation.

Votre commission vous propose donc **un amendement** visant à préciser que les commissaires aux comptes informeront l'AMF de tout fait ou décision « *de nature à entraîner* » un refus de certification des comptes. S'agissant d'une décision particulièrement grave, il est logique que l'AMF soit prévenue en amont.

Il ne s'agit pas d'introduire une obligation d'informer sur les faits ou décisions susceptibles d'entraîner des réserves de la part des commissaires aux comptes, mais d'une obligation d'informer l'AMF sur les faits les plus graves qui, s'ils n'étaient corrigés, aboutiraient au refus de certification.

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

ARTICLE 73

Dispositions transitoires

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser les modalités d'entrée en vigueur de certaines dispositions du présent projet de loi.

I. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le I du présent article dispose que l'avant-dernier alinéa de l'article L. 225-228 dans sa rédaction issue de l'article 66 du présent projet de loi ne sera applicable qu'à compter du renouvellement des commissaires aux comptes déjà désignés dans les sociétés. Il s'agit des **règles relatives à la cõ incidence des mandats dans le cõ commissariat aux comptes**, qui ne pourra excéder trois ans.

Le II dispose que les membres de la commission nationale d'inscription et de la chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes sont maintenus en fonction jusqu'à la nomination des membres du Haut conseil du commissariat aux comptes. Ils continuent d'exercer leurs compétences jusqu'à cette date. Les dossiers en cours seront transmis au Haut conseil dès sa nomination.

Le III dispose que la nomination des commissaires aux comptes légalement faite avant l'entrée en vigueur de la loi ne peut être remise en cause du seul fait de l'entrée en vigueur de cette dernière.

Le IV dispose que l'article L. 822-14, relatif à la rotation des commissaires aux comptes personnes physiques et des associés signataires, ne sera applicable que dans trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi. Les mandats en cours des commissaires aux comptes ne seront pas remis en cause.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission note que les dispositions du présent article constituent, pour l'essentiel, des dispositions transitoires.

Elle remarque toutefois que celles-ci sont plus particulièrement longues pour les dispositions relatives au changement de commissaire aux

comptes personne physique ou signataire, puisqu'elles ne commenceront à entrer en vigueur que trois ans après la publication des dispositions du présent projet de loi, et ne seront pleinement appliquées que neuf ans après, au terme du renouvellement des derniers commissaires aux comptes.

Cette mesure transitoire particulièrement longue vise à répondre à la nécessité bien comprise de laisser du temps aux petits cabinets de commissaires aux comptes pour s'adapter. A contrario, elle relativise l'urgence d'une mesure pourtant recommandée par la Commission européenne et la Commission des opérations de bourse¹.

Enfin, votre commission vous proposera **un amendement rédactionnel ayant pour objet de rectifier une erreur matérielle**. Le I du présent article dispose à tort que le dernier alinéa de l'article L. 225-228 du code de commerce, relatif au principe d'examen contradictoire des comptes, ne s'appliquera qu'à compter du renouvellement des commissaires aux comptes : ce sont les dispositions de l'avant-dernier alinéa, relatif à la coïncidence des mandats des commissaires aux comptes, qui devront s'appliquer seulement à compter du renouvellement des mandats.

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

¹ On se reportera au commentaire de l'article 66 dans le présent rapport.

ARTICLE 74

Disposition balai

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser que dans toutes les dispositions législatives et réglementaires, les références faites à la commission nationale d'inscription des commissaires aux comptes et à la chambre nationale de discipline sont remplacées par la référence au Haut conseil du commissariat aux comptes.

Le présent article a pour objet de tirer les conséquences de la réforme introduite par les articles 61 et 64 de la présente loi.

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

ARTICLE 75

Disposition balai

Commentaire : le présent article a pour objet de préciser que dans tous les textes législatifs et réglementaires, les références aux articles L. 225-219, L. 225-220, L. 225-221, L. 225-222, L. 225-223, L. 225-225 et L. 225-226 et au dernier alinéa de l'article L. 225-240 du code de commerce, sont remplacées par les références L. 822-1, L. 822-2, L. 822-5, L. 822-8, L. 822-3, L. 822-10, L. 822-11, L. 822-13.

Le présent article propose de modifier, dans tous les textes législatifs et réglementaires, les références aux articles L. 225-219, L. 225-220, L. 225-221, L. 225-222, L. 225-223, L. 225-225, L. 225-226 ainsi qu'au dernier alinéa de l'article L. 225-240 du code de commerce.

Les articles L. 225-219, L. 225-220, L. 225-223, L. 225-225 et L. 225-226 et le dernier alinéa de l'article L. 225-240 sont remplacés par les dispositions des articles L. 822-1, L. 822-2, L. 822-10, L. 822-12 (article 61 du présent projet de loi), L. 822-13 et L. 822-15 (article 65 du présent projet de loi).

L'article L. 225-221 est remplacé par les dispositions des articles L. 822-6 et L. 822-7 (article 64 du présent projet de loi)¹.

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

¹ On se reportera aux commentaires de ces articles dans le présent rapport.

ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 76

Organisation et missions du comité des comptes

Commentaire : le présent article additionnel vise à instituer dans la loi un comité des comptes, dont la création serait une faculté pour les entreprises, en lui fixant certaines règles d'organisation et des missions précises.

La notion de « gouvernement d'entreprise » rencontre un vif succès depuis de nombreuses années. L'abondance des publications et communications sur ce thème en atteste. De surcroît, de nombreuses entreprises ont mis en place des outils destinés à renforcer la transparence de leur gestion et l'information sur les risques. Un des outils privilégiés du gouvernement d'entreprise est le comité d'audit ou comité des comptes.

La création d'un tel comité est souvent considérée comme une garantie supplémentaire pour les investisseurs, mais encore faut-il que sa composition, ses compétences et sa place au sein du conseil d'administration soient conformes à un minimum de règles de portée générale.

Après avoir fait le constat de la multiplication des comités consultatifs destinés à préparer les travaux du conseil d'administration, un travail de définition du rôle de ces comités a été entrepris.

Dans son récent rapport¹, M. Daniel Bouton réserve ainsi un chapitre sur le comité des comptes en faisant plusieurs suggestions. Selon ce rapport, les attributions du comité des comptes pourraient être :

- d'auditionner hors présence (le cas échéant) de la direction générale, les commissaires aux comptes, le directeur financier, le directeur comptable, le directeur de la trésorerie, le directeur de l'audit interne ;

- d'examiner le périmètre des sociétés consolidées et des sociétés non consolidées ;

- de « piloter » la procédure de sélection des commissaires aux comptes (appréciation du montant des honoraires sollicités, recommandation sur le choix des commissaires aux comptes pour la décision de l'assemblée

¹ « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées » - Rapport du groupe de travail présidé par M. Daniel Bouton – 23 septembre 2002.

générale, examen du montant total des honoraires versés au réseau des cabinets d'audit).

Le comité des comptes serait destinataire d'une note du directeur financier sur les risques et les engagements hors bilan significatifs et des rapports d'audit interne ou de leur synthèse.

Ces efforts pour donner un contenu au travail des comités des comptes sont bienvenus, et ils témoignent d'un réel besoin de clarifier leurs missions et leurs compétences.

Toutefois, les recommandations d'un groupe de travail ne sauraient suffire en ce domaine.

Pour aller plus loin, et consacrer cet outil essentiel au gouvernement des entreprises, **votre commission vous propose d'inscrire dans la loi la définition du comité des comptes.** La création d'un tel comité resterait facultative mais, dès lors qu'une entreprise déciderait de sa création, il devrait présenter un certain nombre de caractéristiques. Il s'agit en quelque sorte de créer un « label », destiné à prévenir la constitution de comités cosmétiques, ou disparates, de nature à fausser l'information des actionnaires.

Le présent article additionnel vise donc à inscrire dans le code monétaire et financier l'existence du comité des comptes.

Le conseil d'administration pourrait décider la création d'un comité des comptes composé de plusieurs de ses membres, à l'exclusion du président, du directeur général et des directeurs généraux délégués, et dont l'activité s'exercerait en vue de préparer ses décisions.

Il serait chargé :

- d'examiner toute question relative aux comptes et documents financiers avant leur présentation au conseil d'administration et de s'assurer de la pertinence et de la permanence des méthodes comptables ;
- de participer à l'élaboration du programme de travail des commissaires aux comptes ;
- de proposer au conseil d'administration la rémunération, la nomination et le renouvellement éventuel des commissaires aux comptes ;
- et enfin d'établir un rapport annuel à l'attention du conseil d'administration.

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

CHAPITRE II : DE LA TRANSPARENCE DANS LES ENTREPRISES

ARTICLE 76

Information des actionnaires sur les méthodes de travail du conseil d'administration ou du conseil de surveillance

Commentaire : le présent article a pour objet d'imposer au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de rendre compte à l'assemblée générale des méthodes d'organisation des travaux du conseil et des procédures de contrôle interne. Le rapport mentionne également les restrictions que le conseil d'administration apporte, le cas échéant, aux pouvoirs du directeur général.

I. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le **I** du présent article complète l'article L. 225-37 du code de commerce par un alinéa qui **impose au président du conseil d'administration de rendre compte, dans un rapport à l'assemblée générale**, des méthodes appliquées pour organiser les travaux du conseil d'administration et des procédures de contrôle interne. Le président du conseil d'administration doit également indiquer les restrictions que le conseil apporte aux pouvoirs du directeur général.

Ces dispositions ne font pas obstacle aux dispositions générales de l'article L. 225-56 aux termes desquelles le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société et exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration.

Le **II** du présent article complète l'article L. 225-68 du code de commerce par un nouvel alinéa qui **impose au président du Conseil de surveillance de rendre compte, dans un rapport à l'assemblée générale**, des méthodes d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société.

Ces dispositions sont similaires à celles introduites pour le conseil d'administration. Elles s'ajoutent aux dispositions de l'article L. 225-68

actuellement en vigueur selon lesquelles le conseil de surveillance présente à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice.

Le **III** du présent article modifie l'article L. 225-51 du code de commerce de manière à supprimer la disposition selon laquelle « *le président du conseil d'administration représente le conseil d'administration* » dans la mesure où le conseil d'administration n'a pas la personnalité morale.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est favorable à une meilleure information des actionnaires sur les procédures de contrôle interne et l'organisation des travaux du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Elle souhaite toutefois que l'information ne soit pas délivrée à la seule assemblée générale.

Votre commission vous propose donc quatre amendements :

- **deux amendements** pour indiquer que le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance rend compte des procédures de contrôle interne et de l'organisation des travaux du conseil **dans un rapport joint au rapport mentionné à l'article L. 225-102 du code de commerce** (il s'agit du rapport annuel de gestion) ou au rapport mentionné au dernier alinéa de l'article L. 225-68¹ ;

- **deux amendements** visant à préciser que le rapport rend compte non pas des « *méthodes appliquées pour organiser les travaux* » du conseil d'administration ou du conseil de surveillance mais des « *conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil* ». Il s'agit en effet d'informer les actionnaires non pas sur les méthodes mais sur la manière dont s'organisent concrètement les travaux du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

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

¹ En application des dispositions actuelles de l'article L. 225-68, le conseil de surveillance présente à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice. S'agissant du président du conseil de surveillance, cela signifie qu'il joint son rapport sur le contrôle interne et l'organisation des travaux du conseil à ce rapport, qui revêt une forme écrite.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 76

Représentation de la société par actions simplifiée

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de permettre aux statuts de désigner comme représentant de la société par actions simplifiée (S.A.S.) une ou plusieurs personnes autres que le président.

L'article L. 227-6 du code de commerce dispose que la société par actions simplifiée (SAS) est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts.

Par un arrêt rendu le 2 juillet 2002, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a estimé « *qu'il résulte des dispositions de l'article L. 227-6 du code de commerce que la société par actions simplifiée est représentée, à l'égard des tiers, par son seul président* ».

Cet arrêt semble donc consacrer, pour le président, le monopole de représentation de la société par actions simplifiée, en application de l'article L. 227-6 du code de commerce, sans possibilité de dérogation.

Le fait que l'assemblée générale de la société ait accordé des pouvoirs au directeur général et l'ait autorisé à représenter la société dans ses rapports avec les tiers ne permettrait donc pas de déroger au monopole de représentation de la société par le président. Cette solution est très surprenante et paraît contraire à l'intention du législateur, qui a voulu créer en 1994 un instrument offrant à ses associés une formule d'une très grande souplesse contractuelle et qui en a même étendu le bénéfice en 1999 en autorisant la S.A.S. unipersonnelle.

Or, l'ambiguïté actuelle dans le mode de représentation de la société par actions simplifiée réside dans le fait que **nulle disposition explicite dans le code de commerce n'autorise de délégation de pouvoir pour la société par actions simplifiée**, contrairement à ce qui existe, par exemple, pour les sociétés duales à l'article L. 255-66 du code de commerce, qui indique le « *président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique représente la société dans ses rapports avec les tiers. Toutefois, les statuts peuvent habiliter le conseil de surveillance à attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs autres membres du directoire, qui portent alors le titre de directeur général* ».

Pour les sociétés à conseil d'administration, l'article L. 225-56 du code de commerce dispose que le directeur général représente la société dans

ses rapports avec les tiers mais que « *les directeurs généraux délégués disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général.* »

L'absence de mention de toute délégation de pouvoir à l'article L. 227-6 du code de commerce peut **entraver le fonctionnement de la SAS si l'on considère qu'elle n'ouvre la possibilité d'aucune autre délégation**, comme l'arrêt de la Cour de Cassation semble l'affirmer. Or, il apparaît nécessaire aux acteurs économiques que d'autres personnes puissent avoir le pouvoir général d'engager la société vis à vis des tiers. Cette préoccupation est, il faut le répéter, en stricte conformité avec l'esprit de la loi.

C'est la raison pour laquelle votre rapporteur général a posé une question écrite au garde des sceaux¹ à laquelle il lui a été répondu que « *la lecture de l'arrêt n'autorise pas à déduire de ce constat qu'il n'existe nulle possibilité de délégation de pouvoir statutaire ou conventionnelle dans la SAS. Ces délégations doivent être mentionnées au registre du commerce et des sociétés pour être opposables aux tiers* ».

La réponse s'appuie sur des textes législatifs et réglementaires, aux termes desquels les associés ou les tiers investis par les statuts du pouvoir de diriger, de gérer ou d'engager à titre habituel la société doivent être déclarés au registre du commerce et des sociétés et figurer sur l'extrait de ce registre, en plus du président, en application de l'article 15 du décret du 30 mai 1984.

Tout en se félicitant de cette interprétation, **votre commission estime qu'une formulation claire dans la loi, à l'image des dispositions existant dans le code de commerce pour les autres sociétés, permettrait sans doute de mettre un terme définitif au débat**, en confirmant la réponse écrite faite par le garde des sceaux.

Votre commission vous propose donc **une modification de l'article L. 227-6 du code de commerce** pour permettre aux statuts de prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes peuvent exercer les pouvoirs conférés au président. La nomination de ces personnes serait bien évidemment soumise aux règles de publicité adéquates.

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

¹ Question écrite N° 03417 du 24/10/2002 page 2445- Réponse publiée dans le JO Senat du 19/12/2002 page 3165.

ARTICLE 77

Amélioration de l'information des actionnaires en vue de la tenue de l'assemblée générale

Commentaire : le présent article a pour objet d'imposer une diffusion des projets de résolution des actionnaires avant leur discussion en assemblée générale et de prévoir une communication à l'assemblée générale de l'avis du comité d'entreprise dans les cas de modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 225-105 du code de commerce dispose que l'ordre du jour des assemblées générales est arrêté par l'auteur de la convocation.

Il prévoit cependant qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120¹ ont la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution. Ces projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci peut réduire le pourcentage exigé lorsque le capital social excède un montant fixé par décret.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le **I** du présent article complète l'article L. 225-105 du code de commerce en introduisant **l'obligation de diffuser aux actionnaires** les projets de résolution inscrits à l'ordre du jour sur proposition d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou d'une association d'actionnaires.

Le **II** du présent article complète l'article L. 225-105 du code de commerce afin de prévoir la communication à l'assemblée des actionnaires de

¹ Il s'agit, pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, des associations composées d'actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote. Ces associations doivent avoir communiqué leur statut à la société et à la commission des opérations de bourse. La part des droits de votes nécessaires est toutefois réduite à 4 % lorsque le capital de la société est compris entre 750.000 euros et jusqu'à 4.500.000 euros, à 3 % entre 4.500.000 et 7.500.000 euros, à 2 % entre 7.500.000 et 15.000.000 euros et à 1 % au-delà de 15.000.000 euros.

l'avis du comité d'entreprise, lorsqu'elle est amenée à délibérer sur les questions relevant du troisième alinéa de l'article L. 432-1 du code du travail.

Cet alinéa dispose que le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment **en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales.** Le chef d'entreprise doit indiquer les motifs des modifications projetées et consulter le comité sur les mesures qui sont envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci. Il est également tenu de consulter le comité d'entreprise lorsqu'il prend une participation dans une société, et de l'informer lorsqu'il a connaissance d'une prise de participation dont son entreprise est l'objet.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est favorable à ces dispositions qui permettent de renforcer l'information des actionnaires en « amont » de l'assemblée générale, et ainsi de mieux préparer cette réunion.

Lorsque l'assemblée générale délibère sur des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, il semble également logique qu'elle puisse avoir communication de l'avis du comité d'entreprise.

Votre commission vous propose simplement un **amendement** visant à préciser que les projets de résolution sont « *communiqués* » et non « *diffusés* » aux actionnaires, ce terme permettant des modes de publicité des projets de résolution plus variés qu'une « diffusion » qui pourrait être comprise comme prenant la forme obligatoire de courriers personnalisés¹.

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

¹ Par ailleurs on observera qu'il existe déjà certaines formalités pour les projets de résolution des actionnaires : la demande d'inscription du projet de résolution doit être envoyée au siège social par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les 10 jours de la publication au Bulletin des Annonces Légales Obligatoires (BALO) de l'avis de réunion si la société fait publiquement appel à l'épargne. Le président doit accuser réception des projets de résolution par lettre recommandée dans les 5 jours à compter de cette réception. Les projets doivent être inscrits à l'ordre du jour et soumis au vote de l'assemblée. Ils sont mentionnés dans l'avis de convocation publiée au BALO et dans un journal d'annonce légale. Le délai entre l'insertion de l'avis de convocation et l'assemblée doit être d'au moins 15 jours.

ARTICLE 78

Rapport du commissaire aux comptes sur les méthodes et procédures de contrôle interne

Commentaire : le présent article a pour objet de prévoir que les commissaires aux comptes présentent à l'assemblée générale un rapport concernant les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 225-235 du code de commerce traite de la mission des commissaires aux comptes.

Son premier alinéa dispose que les commissaires aux comptes certifient 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.

Le second alinéa traite du commissariat aux comptes dans les entreprises produisant des comptes consolidés. La certification des comptes consolidés est délivrée notamment après examen des travaux des commissaires aux comptes des entreprises comprises dans la consolidation ou des professionnels chargés du contrôle des comptes dans ces entreprises.

Dans son troisième alinéa, l'article L. 225-235 du code de commerce dispose que les commissaires aux comptes vérifient la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire, et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes annuels.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article complète le premier alinéa de l'article L. 225-235 du code de commerce sur deux points.

Il dispose tout d'abord que **les commissaires aux comptes présentent à l'assemblée générale un rapport exposant les observations appelées par les méthodes et procédures de contrôles internes,**

mentionnées au dernier alinéa des articles L. 225-37 et L. 225-68, quand elles sont mises en oeuvre par la société pour l'élaboration et le traitement de l'information comptable et financière.

Le dernier alinéa des articles L. 225-37 et L. 225-68, tel qu'il résulte des dispositions de l'article 76 du présent projet de loi, est relatif au rapport à l'assemblée générale du président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sur les méthodes appliquées pour organiser les travaux du conseil et les procédures de contrôle interne mises en place par la société. Le rapport des commissaires aux comptes ne porterait que sur la mise en oeuvre des « *méthodes et procédures de contrôles internes pour l'élaboration et le traitement de l'information financière* ».

Par ailleurs, le présent article ajoute que les commissaires aux comptes donnent « *toutes les explications utiles à la justification de leurs observations* » lorsqu'ils certifient 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.

Cette disposition serait rendue nécessaire par le fait que les rapports de certification des comptes réalisés par les commissaires aux comptes sont actuellement trop laconiques.

Toutefois, l'on peut s'interroger sur la formulation selon laquelle les commissaires aux comptes « *donnent toutes les explications utiles à la justification de leurs observations* » lorsqu'ils certifient les comptes. La mission de certification conduit à certifier les comptes, à les certifier avec réserves, ou à refuser des les certifier. Le rapport sur la mise en oeuvre des procédures de contrôle interne devrait pouvoir aussi être le support de ces observations complémentaires des commissaires aux comptes.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Comme pour le rapport du président du conseil d'administration ou de surveillance prévu à l'article 76 du présent projet de loi, votre commission souhaite que le rapport des commissaires aux comptes soit largement diffusé, c'est-à-dire au-delà de l'assemblée générale des actionnaires.

A l'article 76, votre commission souhaite que le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance rende compte des procédures de contrôle interne et de l'organisation des travaux du conseil **dans un rapport joint au rapport mentionné à l'article L. 225-102 du code de commerce**, c'est-à-dire dans un rapport joint au rapport annuel de gestion.

Dans le même esprit, il serait utile que le rapport des commissaires aux comptes à l'assemblée générale, présentant leurs observations sur les mêmes sujets, en ce qui concerne l'élaboration et le traitement de l'information comptable et financière, soit également un rapport joint au rapport général qu'ils présentent déjà en vertu de l'article L. 225-100 du code de commerce.

Votre commission vous propose donc un amendement en ce sens¹.

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

¹ L'amendement procède également à une amélioration rédactionnelle. En effet, les commissaires aux comptes doivent faire un rapport sur les « méthodes » et procédures de contrôles internes pour l'élaboration et le traitement de l'information financière. On remarquera que le dernier alinéa des articles L. 225-37 et L. 225-68, tel qu'il résulterait de l'article 76 du présent projet de loi fait mention des « méthodes appliquées pour organiser les travaux du conseil ». L'amendement supprime le terme de « méthodes » qui laissait penser que les commissaires aux comptes pourraient faire un rapport sur l'organisation des travaux du conseil d'administration.

ARTICLE 79

Publicité de certains mouvements de titres concernant une personne faisant appel public à l'épargne

Commentaire : le présent article a pour objet de prévoir que les acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges de titres d'une personne faisant appel public à l'épargne, réalisées par certaines personnes physiques, sont communiquées à l'Autorité des marchés financiers et rendues publiques.

I. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article crée deux nouveaux articles dans le code monétaire et financier.

Le texte proposé pour le nouvel article L. 621-18-2¹ dispose que toute personne faisant appel public à l'épargne communique à l'Autorité des marchés financiers et rend publics sans délai les acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges de leurs titres lorsqu'elles sont réalisées par certaines personnes énumérées.

Les personnes concernées sont, selon le a) de l'article, les membres du conseil d'administration, du directoire, du conseil de surveillance, le directeur général, le directeur général unique, les directeurs généraux délégués, et le gérant de la personne morale.

Sont également concernées, en vertu du b) les personnes ayant, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, des liens personnels avec l'un de ceux mentionnés ci-dessus.

Les modalités et conditions de la communication et de la publication prévues ci-dessus sont fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

L'assemblée générale des actionnaires est informée de ces opérations dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le texte proposé pour le nouvel article L. 621-18-3 dispose que les personnes morales faisant appel public à l'épargne rendent publiques les

¹ On rappellera qu'au terme du 31° du II de l'article 35 du présent projet de loi, l'article L. 622-21 deviendrait l'article L. 621-18-1.

informations relevant des matières mentionnées à l'article L. 225-37 et L. 225-58 du code de commerce dans des conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Celle-ci établit chaque année un rapport sur la base de ces informations.

En réalité, le projet de loi vise les matières mentionnées *au dernier alinéa des articles L. 225-37 et L. 225-68*, tels qu'ils résultent des dispositions de l'article 76 du présent projet de loi, c'est-à-dire les méthodes appliquées pour organiser les travaux du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et les procédures de contrôle interne mises en place par la société.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. LES MESURES DE TRANSPARENCE EN VIGUEUR

Votre commission constate qu'il existe déjà des incitations à la transparence sur les opérations des mandataires sociaux sur les titres de leur société.

Dans sa recommandation n° 2002-01, la Commission des opérations de bourse a édicté des règles relatives à la déclaration par les mandataires sociaux des transactions effectuées sur les titres de leur société.

Les sociétés concernées sont les sociétés, françaises ou étrangères, dont les titres sont négociés sur un marché réglementé français.

Les déclarations sont effectuées par les mandataires sociaux¹ pour toutes les opérations sur les titres de leur société qu'ils réalisent directement ou par personne interposée, pour leur compte propre ou pour un tiers en vertu d'un mandat, à moins que ce mandat ne s'exerce dans le cadre du service de gestion pour compte de tiers. Sont également concernées les opérations effectuées sur les comptes des mandataires par leur conjoint non séparé ou toute personne disposant d'un mandat.

Les transactions concernées sont les opérations de souscription, d'achat ou de vente de titres de capital de la société (à l'exception de la souscription ou de l'achat par l'exercice de stock options), de titres donnant

¹ Il s'agit des gérants, du président (président du conseil d'administration ou président-directeur général), des directeurs généraux, des directeurs généraux délégués, des membres du directoire, des personnes physiques ou morales exerçant les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance ainsi que des représentants permanents des personnes morales exerçant ces fonctions, et toute personne exerçant des fonctions équivalentes dans les sociétés étrangères.

accès à son capital ou d'instruments financiers à terme sur ses titres, ainsi que les opérations à terme sur ses titres.

Plus récemment, l'Union européenne a pris des mesures. **La directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché** (dite directive « abus de marché ») **adoptée définitivement le 3 décembre 2002**, dispose dans le paragraphe 5 de son article 6 que *« les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes au sein d'un émetteur d'instruments financiers et, le cas échéant, les personnes ayant un lien étroit avec elles, communiquent au moins à l'autorité compétente l'existence des opérations effectuées pour leur compte propre et portant sur des actions dudit émetteur, ou sur des instruments financiers dérivés ou d'autres instruments financiers qui leur sont liés. Les États membres veillent à ce que le public ait aisément accès aux informations, au moins individuelles, concernant ces opérations dès que possible. »*

B. DES PRÉCISIONS NÉCESSAIRES

Votre commission remarque que le présent article propose de transposer dans la loi les dispositions de la directive « abus de marché » concernant les transactions de titres des mandataires sociaux, en reprenant pour l'essentiel les dispositions figurant dans la recommandation de la COB¹.

Elle note cependant que, contrairement à ce qui existe dans la recommandation de la COB, **ne sont pas prises en compte dans les règles de publicité, les transactions réalisées sur les titres de la personne faisant appel public à l'épargne au moyen d'instruments financiers à terme.**

Votre commission vous propose donc **un amendement** en ce sens.

Par ailleurs, s'agissant des personnes concernées, le présent article propose que soient concernées, les personnes ayant, *« dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat »*, des **liens personnels** avec l'un des dirigeants ou mandataires sociaux.

L'expression de « liens personnels » pose problème. En effet, elle ne correspond actuellement à aucune définition juridique précise². Or, l'obligation de rendre publiques des opérations sur titres est relativement contraignante.

¹ On observera cependant que le présent article vise les personnes faisant appel public à l'épargne et non les seules sociétés dont les titres sont négociés sur un marché réglementé.

² Cette expression apparaît cependant à l'article 65 du présent projet de loi s'agissant de la définition, par le code de déontologie des commissaires aux comptes, de leurs liens personnels, financiers et professionnels qui seraient incompatibles avec l'exercice de leur mission.

La recommandation de la COB ne faisait jusqu'à présent que mentionner une obligation de publicité pour les transactions réalisées par le conjoint non séparé d'un mandataire social. La directive mentionne les personnes ayant « un lien étroit » avec les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes au sein d'un émetteur d'instruments financiers.

Votre commission préfère que la loi reprenne une expression proche de celle figurant dans la directive européenne. Elle vous propose donc **un amendement en ce sens**.

Enfin, elle vous propose **un amendement** corrigeant une erreur de référence pour le nouvel article L. 621-18-3 du code monétaire et financier.

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

ARTICLE 80

Régime des conventions courantes conclues à des conditions normales

Commentaire : le présent article a pour objet d'exclure des dispositions relatives à la communication et à la publicité des conventions courantes celles d'entre elles qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, sont de faible importance pour l'ensemble des parties.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Pour éviter que le dirigeant d'une société ne profite de ses fonctions pour conclure à son profit une convention désavantageuse pour la société dans laquelle il est en fonction, le code de commerce prévoit un mécanisme d'autorisation préalable de certaines conventions conclues entre la société et l'un de ses dirigeants.

Ainsi, **l'article L. 225-38 du code de commerce** dispose que toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant, doit être soumise à **l'autorisation préalable du conseil d'administration**. Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

En application de **l'article L. 225-40** du code de commerce, l'intéressé est tenu d'informer le conseil dès qu'il a connaissance d'une convention entrant dans le champ d'application de l'article L. 225-38 et il ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée. Le président du conseil d'administration est tenu **d'informer les commissaires aux comptes** de toutes les conventions réglementées autorisées par le conseil d'administration.

L'assemblée générale des actionnaires doit se prononcer sur ces conventions à l'occasion d'un vote, sur la base d'un rapport spécial présenté par les commissaires aux comptes, vote auquel l'intéressé ne peut pas prendre part, et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

B. LES CONVENTIONS COURANTES

L'article L. 225-39 prévoit des exceptions aux règles posées par l'article L. 225-38. Les dispositions de cet article ne sont pas applicables aux conventions :

- 1) portant sur des opérations courantes (il s'agit d'opérations effectuées de manière habituelle avec la société dans le cadre de son activité) ;
- 2) et conclues à des conditions normales (l'opération ne doit pas être réalisée à des conditions préférentielles).

Cependant ces conventions **doivent être communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration.** La liste et l'objet desdites conventions sont communiqués par le président aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes.

L'article L. 225-115 du code de commerce dispose que tout actionnaire a droit, dans les conditions et délais déterminés par décret en Conseil d'Etat, d'obtenir communication d'un certain nombre de documents, dont, au 6°, la liste et de l'objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales.

Les mêmes dispositions sont reprises aux **articles L. 225-8 et L. 225-87 du code de commerce pour ce qui concerne les sociétés organisées en directoire et conseil de surveillance.** Dans ce cas, la référence au conseil d'administration est remplacée par une référence au conseil de surveillance.

L'article L. 227-11 du code de commerce dispose également pour les sociétés par actions simplifiées que les conventions courantes conclues à des conditions normales sont communiquées au commissaire aux comptes. Tout associé a droit d'en obtenir communication.

L'article L. 612-5 du code de commerce, concernant personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique dispose que le représentant légal ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes d'une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique ou d'une association visée à l'article L. 612-4 présente à l'organe délibérant ou, en l'absence d'organe délibérant, joint aux documents

communiqués aux adhérents, un rapport sur les conventions passées directement ou par personne interposée entre la personne morale et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social.

Il est de même des conventions passées entre cette personne morale et une société dont un associé indéfiniment responsable, un gérant, un administrateur, le directeur général, un directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % est simultanément administrateur ou assure un rôle de mandataire social de ladite personne morale.

L'organe délibérant statue sur ce rapport.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article vise à exclure des obligations de communication des conventions courantes conclues à des conditions normales de marché les **conventions qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, sont de faible importance pour l'ensemble des parties.**

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Le présent article propose de modifier les articles L. 225-39, L. 225-87 et L. 227-11 dans le but d'alléger le dispositif actuel de communication des conventions courantes, dispositif perçu comme excessivement lourd pour les entreprises.

Il est proposé d'exclure de l'ensemble des obligations du code de commerce les conventions qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, sont « *de faible importance pour l'ensemble des parties* ».

L'objectif visé est la simplification, mais votre commission estime que la rédaction proposée par le présent article ne permet pas de l'atteindre.

En effet, comment définir une convention « de faible importance », de surcroît « pour l'ensemble des parties » ? Comment l'intéressé, le commissaire aux comptes, puis le juge pourront-ils apprécier dans quelle catégorie classer la convention courante ?

Votre commission est entièrement favorable aux dispositions de transparence qui permettent de mieux informer les actionnaires. Lors de l'examen de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, le Sénat

avait adopté les dispositions relatives à la communication des conventions courantes, et il avait précisé les conditions dans lesquelles la liste et l'objet de ces conventions courantes seraient mises à la disposition des actionnaires.

Toutefois, **votre commission, dans son rapport, avait tenu à exprimer des réserves sur la mise en oeuvre concrète de ces mesures :**

« Par ailleurs, votre commission s'inquiète des lourdeurs introduites par l'obligation, pour chaque intéressé à une convention portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales, de communiquer ladite convention au président du conseil d'administration ou, le cas échéant, du conseil de surveillance. La convention doit ensuite être transmise aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes.

Le risque existe que le président comme les membres du conseil d'administration se trouvent en quelque sorte "submergés" par un flux d'informations qu'ils seront dans l'incapacité d'analyser.

En conséquence, le souci de transparence qui anime cette mesure risque de rester très formel et de ne pas avoir le résultat escompté¹. »

De fait, **votre commission s'est informée des conditions dans lesquelles l'obligation de communication des conventions courantes est aujourd'hui respectée.** Il apparaît malheureusement que ses craintes se sont confirmées : soit l'obligation de communication des conventions courantes n'est pas correctement respectée, et de nombreuses conventions ne sont pas transmises, soit les conventions courantes sont transmises mais le nombre de documents est si important et ceux-ci donnent si peu d'informations que ces documents ne sont pas exploités.

En définitive, il apparaît donc qu'une mesure, destinée à l'origine à améliorer la transparence des entreprises, conduit dans les faits à une situation dans laquelle l'information des associés et des actionnaires est diluée plutôt que renforcée.

Votre commission estime donc, au vu de la mise en oeuvre concrète des dispositions de l'article 111 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, qu'il est préférable, tant pour la qualité de l'information du conseil d'administration et des actionnaires que pour simplifier une procédure excessivement lourde pour les entreprises, d'abroger simplement les dispositions concernant la communication des conventions courantes conclues à des conditions normales de marché.

¹ *Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques – Rapport n°5 (2000-2001) de Philippe Marini, au nom de la commission des finances.*

Au demeurant, il faut souligner qu'il appartient aux commissaires aux comptes de veiller, dans le cadre de leurs diligences, au partage des conventions courantes et réglementées entre l'une et l'autre catégories. Il leur appartient de s'assurer, grâce à leurs contrôles, de l'exhaustivité de la liste des conventions réglementées faisant l'objet de leur rapport spécial.

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

ARTICLE 81

Abrogation des dispositions relatives à la déclaration de franchissement de seuils des intermédiaires inscrits

Commentaire : le présent article a pour objet d'abroger les dispositions de l'article L. 233-7 du code de commerce relatives à la déclaration de franchissement de seuils des intermédiaires inscrits et à proposer une amélioration rédactionnelle de l'article L. 228-2 du même code.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 228-1 du code de commerce dispose que les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs.

Ces valeurs mobilières, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire.

Toutefois, en vertu du troisième alinéa de l'article, lorsque des titres de capital de la société ont été admis aux négociations sur un marché réglementé et que leur propriétaire n'a pas son domicile sur le territoire français, **tout intermédiaire** peut être inscrit pour le compte de ce propriétaire. Cette inscription peut être faite sous la forme d'un compte collectif ou en plusieurs comptes individuels correspondant chacun à un propriétaire.

L'intermédiaire inscrit est tenu, au moment de l'ouverture de son compte auprès soit de la société émettrice, soit de l'intermédiaire financier habilité teneur de compte, de déclarer, dans les conditions fixées par décret, sa qualité d'intermédiaire détenant des titres pour le compte d'autrui.

En vertu des **articles L. 228-2 et L. 228-3 du code de commerce**, les intermédiaires inscrits doivent déclarer leur statut soit à l'émetteur, soit à l'intermédiaire titulaire du compte et doivent, à la demande de l'émetteur, communiquer l'identité des personnes inscrites pour le compte de tiers.

Le dernier alinéa de l'article L. 233-7 du code de commerce prévoit enfin que l'intermédiaire inscrit répond aux mêmes obligations que toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui 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 d'une société ayant son siège sur le territoire de la République et dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. **Il s'agit de l'obligation d'informer le Conseil des marchés financiers dans un délai de cinq jours et la société dans un délai de quinze jours à compter du franchissement de seuil de participation dans une société, du nombre total d'actions possédées.** Le Conseil des marchés financiers porte ces informations à la connaissance du public. La société peut établir des seuils supplémentaires, qui ne peuvent être inférieurs à 0,5 % du capital ou des droits de vote.

Le défaut de déclaration est sanctionné conformément aux dispositions de **l'article L. 288-3-3 du code de commerce**, c'est-à-dire par une privation des droits de vote des propriétaires des titres pour toute assemblée d'actionnaires et le différé de paiement du dividende jusqu'à la date de régularisation.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le I du présent article a pour objet de remplacer, à l'article L. 228-2 du code de commerce, la référence à « *l'organisme chargé de la compensation des titres* » par une référence au « *dépositaire central d'instruments financiers* ».

Cette modification vise simplement à une coordination terminologique entre le code de commerce et le code monétaire et financier s'agissant du régime des titres au porteur identifiable¹.

En effet, en application du 3 du IV de l'article L. 622-7 du code monétaire et financier, le titre VI du règlement général du Conseil des marchés financiers prévoit que l'entreprise requérant la qualité de « *dépositaire central d'instruments financiers* » soumet pour approbation ses règles de fonctionnement au Conseil.

Le présent projet de loi reprend la même terminologie aux nouveaux articles L. 621-7 et L. 621-9 du code monétaire et financier introduits respectivement par les articles 8 et 10 du présent projet de loi.

¹ Cf. encadré page suivante.

L'article L. 228-2 du code de commerce: le régime des titres au porteur identifiable

L'accès à une assemblée suppose la justification de la qualité d'actionnaire. En principe, les titulaires d'actions nominatives sont connus de la société dans la mesure où ces titres doivent être inscrits dans des comptes tenus par la société émettrice, au nom de chaque propriétaire.

S'agissant des titulaires d'actions au porteur, les « titres au porteur identifiable » sont, comme les titres au porteur classiques, administrés par un intermédiaire financier mais, sur demande de la société émettrice, l'anonymat portant sur l'identité des actionnaires peut être levé. Ils permettent donc aux sociétés cotées ou assimilées, dont les titres circulent au porteur, de connaître leur actionnariat, à une date déterminée.

Le régime des « titres au porteur identifiable » (TPI) est ainsi prévu par l'article L. 228-2 du code de commerce.

En vertu du premier alinéa du I, ce régime doit être expressément prévu par les statuts de la société et ne concerner que les titres conférant, immédiatement ou à terme, le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires de la société émettrice.

Afin de garantir la confidentialité des informations recueillies, la demande de renseignements ne peut être effectuée que par la société émettrice, qui peut présenter une demande à tout moment

Ce régime permet à la société émettrice d'obtenir les renseignements suivants relatifs aux titulaires des titres :

- leur nom ou leur dénomination sociale (pour les personnes morales);
- leur nationalité ;
- leur année de naissance ou, pour les personnes morales, leur année de constitution ;
- leur adresse ;
- la quantité de titres détenus par chacun d'eux ;
- le cas échéant, les restrictions dont ces titres peuvent être frappés.

En vertu du **second alinéa du I de l'article L. 228-2 du code de commerce**, les renseignements sont recueillis par un organisme chargé de la compensation des titres, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, soit dix jours ouvrables suivant la demande. Les renseignements sont ensuite communiqués, dans un délai de cinq jours ouvrables, à la société qui a présenté la demande.

En vertu du **troisième alinéa du I de l'article L. 228-2 du code de commerce**, si ce délai n'est pas respecté ou lorsque les renseignements fournis sont incomplets ou erronés, l'organisme chargé de la compensation des titres peut demander, sous astreinte, au président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, d'enjoindre l'établissement financier défaillant à exécuter son obligation.

Le **II de l'article L. 228-2 du code de commerce** dispose qu'à l'issue de la procédure existante, la société émettrice peut demander des informations relatives aux propriétaires réels des titres, soit à la SICOVAM, soit aux personnes figurant sur la liste des actionnaires lorsqu'elle estime qu'elles pourraient être inscrites pour compte de tiers.

Le II du présent article supprime le dernier alinéa de l'article L. 233-7 du code de commerce relatif à la déclaration de franchissement de seuils des intermédiaires inscrits.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est évidemment favorable à la coordination terminologique proposée par le I du présent article pour l'article L. 228-2 du code de commerce.

Toutefois, elle observe que cette coordination serait également nécessaire à l'article L. 228-3-4 du code de commerce, qui fait également référence à l'organisme chargé de la compensation des titres.

Votre commission vous propose donc **un amendement en ce sens**.

S'agissant du II du présent article, qui supprime le dernier alinéa de l'article L. 233-7 du code de commerce, votre commission rappelle que cet alinéa a été introduit dans le code monétaire et financier par l'article 119 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

L'objectif de la disposition était d'améliorer la transparence du contrôle des sociétés françaises et de fournir des informations utiles aux émetteurs et au marché.

Cependant, cette disposition pose apparemment plus de problèmes qu'elle n'en résout.

En effet, cette disposition ne permet pas d'obtenir une information pertinente pour le marché :

- lorsqu'un intermédiaire inscrit déclare le franchissement de certains seuils, cette déclaration ne tient pas compte des positions de ses clients qui détiennent d'autres actions par le biais d'autres intermédiaires inscrits. Or, ces autres intermédiaires peuvent pourtant ne pas avoir à déclarer de franchissement de seuils ;

- à l'inverse, les déclarations de franchissement de seuil des intermédiaires inscrits sont collectives, et ne reflètent pas nécessairement un

franchissement de seuil par un actionnaire réel. Parfois, le franchissement résulte simplement de transferts de portefeuilles entre intermédiaires sans changement de propriété.

En conséquence, il est apparu que les déclarations de franchissement de seuil des intermédiaires inscrits ont été mal interprétées¹ et n'ont pas permis d'éclairer les marchés.

Au-delà de ces confusions, les intermédiaires inscrits font valoir des difficultés techniques importantes², qui pourraient toutefois être levées si l'information était pertinente et nécessaire au marché.

Enfin, il apparaît que **les sanctions pour défaut de déclaration des franchissements de seuils sont inadaptées**. Celles-ci comprennent la perte automatique des droits de vote si les statuts de la société le prévoient, et la suspension du paiement des dividendes. Ainsi, le manquement de l'intermédiaire inscrit conduirait à pénaliser les actionnaires qui leur ont confié leurs titres, alors même que ces actionnaires n'auraient pas, à titre individuel, franchi un seuil de participation.

Pour toutes ces raisons, votre commission est favorable à la suppression des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 233-7.

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

¹ A titre d'illustration, le Conseil des marchés financiers a dû faire un communiqué de presse le 20 septembre 2002 pour préciser que les intermédiaires inscrits n'étaient pas les propriétaires réels des titres en cause.

² Il s'agit de l'absence de liste publique et mise à jour indiquant pour chaque société française les différentes catégories d'actions émises et les déclarations spécifiques prévues par les statuts ; il s'agit également des problèmes liés à la double cotation de certaines sociétés françaises.

ARTICLE 82

Droit d'ester en justice des associations d'investisseurs

Commentaire : le présent article a pour objet de supprimer la procédure d'agrément des associations de défense des investisseurs en leur imposant désormais de répondre à des critères de représentativité définis par décret ou aux critères de détention de droits de vote de l'article L. 225-120 du code de commerce si elles ont communiqué leurs statuts à l'Autorité des marchés financiers.

I. LE DROIT EXISTANT

Le titre V du livre IV du code monétaire et financier consacré à la protection des investisseurs comprend un chapitre 1^{er} relatif à la transparence des marchés et un chapitre II consacré aux associations de défense des investisseurs.

Ce chapitre II comprend les articles L. 452-1 à L. 452-4.

L'article L. 452-1 définit les associations de défense des investisseurs et précise leurs modalités d'action.

Le premier alinéa dispose que les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers peuvent, **si elles ont été agréées à cette fin**, agir en justice devant toutes les juridictions même par voie de constitution de partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs ou de certaines catégories d'entre eux.

Les deuxième et troisième alinéas détaillent les modalités d'action en justice de ces associations d'investisseurs.

Le dernier alinéa de l'article dispose qu'un décret fixe les conditions dans lesquelles les associations concernées peuvent être agréées après avis du ministère public et de la commission des opérations de bourse, compte tenu de leur représentativité sur le plan national ou local.

Il s'agit actuellement du **décret n° 90-235 du 16 mars 1990**.

L'article 1^{er} de ce décret dispose que l'agrément peut être accordé à toute association justifiant :

- à la date de la demande d'agrément, de **deux années d'existence** à compter de sa déclaration.

- pendant cette même période, **d'au moins 1.000 membres cotisant individuellement ou d'un nombre de membres cotisant individuellement suffisant** eu égard à son objet,

- ainsi que **d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des investisseurs** en valeurs mobilières ou en produits financiers appréciée, notamment, en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications, de la tenue de réunions d'information et de la participation à des travaux de réflexion.

L'article 2 du décret dispose que **l'agrément est accordé par arrêté conjoint du ministre de l'économie, des finances et du budget, du ministre chargé de la consommation et du garde des sceaux** après avis du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle l'association a son siège.

L'agrément, publié au *Journal officiel* de la République française, **est accordé pour trois années**. Il est renouvelable dans les mêmes conditions que l'agrément initial.

En application de l'article 5 du décret, la décision d'agrément ou de refus est notifiée **dans un délai de six mois** suivant le récépissé de la demande. Au terme de l'article 7, **l'agrément peut être retiré, après avis du procureur général et de la Commission des opérations de bourse**, lorsque l'association ne remplit plus l'une des conditions d'agrément. L'association doit être au préalable mise en demeure de présenter ses observations.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article supprime, à l'article L. 452-1 du code monétaire et financier, la condition d'agrément des associations de défense des investisseurs.

Les associations devraient désormais :

1° répondre à des **critères de représentativité définis par décret** ;

2° ou **répondre aux critères de détention de droits de vote de l'article L. 225-120 du code de commerce** si elles ont communiqué leurs statuts à l'autorité des marchés financiers.

On rappellera que l'article L. 225-120 du code de commerce dispose que dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, **les actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote** peuvent se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société. Pour exercer les droits, ces associations doivent avoir communiqué leur statut à la société et à la Commission des opérations de bourse.

La part des droits de votes nécessaires est toutefois réduite à 4 % lorsque le capital de la société est compris entre 750.000 euros et jusqu'à 4.500.000 euros, à 3 % entre 4.500.000 et 7.500.000 euros, à 2 % entre 7.500.000 et 15.000.000 euros et à 1 % au-delà de 15.000.000 euros.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est favorable aux dispositions de simplification, et la suppression de la procédure d'agrément est présentée, dans l'exposé des motifs du présent projet de loi, comme un moyen pour que les investisseurs aient le pouvoir de mieux faire valoir leurs droits lorsque des fautes graves ont été commises, en permettant aux associations d'investisseurs d'agir en justice.

Votre commission n'a pas eu connaissance des détails du décret qui fixera les critères de représentativité des associations de défense d'investisseurs, mais il lui a été indiqué que **les critères du nouveau décret seraient plus souples que ceux du décret du 16 mars 1990** (deux années d'existence à compter de sa déclaration, au moins 1.000 membres cotisant individuellement ou un nombre de membres cotisant individuellement suffisant eu égard à son objet, une activité effective et publique).

La faiblesse du décret est toutefois liée au fait que, contrairement à la procédure d'agrément qui, une fois obtenue, donne une légitimité pour trois ans, sauf procédure exceptionnelle de retrait, la condition de répondre à des critères de représentativité fixés par décret donnera une liberté plus grande au juge pour apprécier de la représentativité de l'association.

Votre commission estime donc qu'il existe un risque non négligeable, tout en poursuivant un souci de simplification de créer une insécurité juridique pour l'action de certaines associations. Elle recommande, tout en maintenant les dispositions « d'ouverture » du présent article, de conserver une procédure

d'agrément. Celle-ci devrait cependant être allégée, de manière à ce qu'elle soit réellement opérante.

Votre commission vous propose donc **un amendement** visant à :

- maintenir une procédure d'agrément tout en inscrivant dans la loi des conditions minimales et très inférieures aux seuils actuels pour que ces associations soient agréées (six mois d'existence et 200 membres cotisant individuellement). Pour garantir la qualité de ces associations, appelées à jouer un rôle important, leurs dirigeants devront répondre à **des conditions d'honorabilité et de compétence**. En dehors de ces associations agréées seraient également représentatives les associations répondant aux critères en matière de droit de vote, c'est-à-dire atteignant le seuil de 5 % de l'actionnariat (ce seuil étant abaissé jusqu'à 1 % pour les grandes entreprises).

- supprimer une entrave actuelle à l'action des associations d'investisseurs agréées.

L'article L. 452-2 du code monétaire et financier dispose que lorsque plusieurs investisseurs ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune, une association agréée peut, si elle a été mandatée par au moins deux des investisseurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction, au nom de ces investisseurs. Il s'agit d'une action en justice en "représentation conjointe".

Cependant, le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée.

Votre commission vous propose de supprimer cette dernière disposition pour les seules associations agréées.

Cette mesure n'aura bien évidemment d'effet que si ces mêmes associations développent une activité et jouissent d'une représentativité suffisantes pour dégager les ressources nécessaires à cette communication.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 82

Exercice des droits de vote par les gérants de capitaux

Commentaire : le présent article additionnel vise à obliger les gérants de capitaux à exercer leurs droits de vote ou à motiver leur décision de ne pas les exercer.

Dans le contexte actuel de dégradation de la confiance de nos concitoyens dans les marchés financiers, des signaux forts et convergents doivent être donnés aux investisseurs pour lever toute ambiguïté sur les éventuels conflits d'intérêt des intermédiaires financiers.

Une part croissante des opérations financières est réalisée pour compte de tiers par des gérants de capitaux.

Les gérants de capitaux doivent agir de manière transparente afin qu'ils ne soient pas soupçonnés d'avoir partie liée avec d'autres actionnaires ou avec des groupes financiers ou bancaires susceptibles de défendre leurs propres intérêts.

Dans la ligne des préconisations qu'elle avait formulées lors de l'examen de la loi relative à l'épargne retraite, dite « loi Thomas », pour les gestionnaires des actifs des plans d'épargne retraite¹, votre commission vous propose donc **d'obliger les gérants de capitaux à exercer leurs droits de vote ou, s'il ne le font pas, à motiver leurs positions.**

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

¹ Cf. rapport n°124 (1996-1997) de M. Philippe Marini, au nom de la commission des finances – Proposition de loi relative à l'épargne retraite.

CHAPITRE III : DISPOSITIONS DIVERSES

ARTICLE 83

Bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise

Commentaire : le présent article a pour objet d'étendre au directoire d'une société la possibilité de fixer la liste nominative des attributaires de bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise.

I. LE DROIT EXISTANT

Aux termes du **II de l'article 163 bis G du code général des impôts**, certaines sociétés¹ dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie peuvent, à condition d'avoir été immatriculées au registre du commerce et des sociétés depuis moins de quinze ans, attribuer aux membres de leur personnel salarié, ainsi qu'à leurs dirigeants soumis au régime fiscal des salariés, **des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise**, incessibles.

Les sociétés doivent répondre à plusieurs conditions :

1. La société doit être passible en France de l'impôt sur les sociétés ;
2. Le capital de la société doit être détenu directement et de manière continue pour 25 % au moins par des personnes physiques ou par des personnes morales détenues par des personnes physiques ;
3. La société ne doit pas avoir été créée dans le cadre d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités préexistantes, sauf si elle répond aux conditions prévues par le I de l'article 39 *quinquies* H du code général des impôts (il s'agit des entreprises reprises par des membres de leur personnel).

Le III de l'article 163 bis G du code général des impôts dispose que **le prix d'acquisition** du titre souscrit en exercice du bon de souscription

¹ Il s'agit des sociétés par actions dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé autre que les marchés réglementés de valeurs de croissance de l'espace économique européen, ou des compartiments de valeurs de croissance de ces marchés.

de parts de créateurs d'entreprise, **est fixé au jour de l'attribution par l'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes.** Il est au moins égal, lorsque la société émettrice a procédé dans les six mois précédant l'attribution du bon à une augmentation de capital, au prix d'émission des titres alors fixé.

L'assemblée générale extraordinaire peut déléguer au conseil d'administration le soin de fixer la liste des bénéficiaires de bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise. Dans ce cas, le conseil d'administration indique le nom des attributaires desdits bons et le nombre de titres attribués à chacun d'eux.

Le I de l'article 163 bis G dispose que le gain net réalisé lors de la cession des titres souscrits en exercice des bons attribués dans les conditions définies ci-dessus est imposé dans les conditions et aux taux prévus à l'article 150-0 A ou au 2 de l'article 200 A du code général des impôts : les gains nets retirés de leur cession à titre onéreux, effectuées directement ou par personne interposée sont soumis à l'impôt sur le revenu lorsque le montant de la cession excède, par foyer fiscal, 15.000 euros par an, et sont imposés au taux forfaitaire de 16 %. Le taux est cependant porté à 30 % lorsque le bénéficiaire exerce son activité dans la société depuis moins de trois ans à la date de la cession.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour simple objet de réparer une omission.

En application du dernier alinéa du III de l'article 163 bis G du code général des impôts, l'assemblée générale extraordinaire peut déléguer au conseil d'administration le soin de fixer la liste des bénéficiaires de bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise. Dans ce cas, le conseil d'administration indique le nom des attributaires desdits bons et le nombre de titres attribués à chacun d'eux.

Le présent article propose que cette même délégation puisse être accordée au directoire et que, dans ce cas, le directoire indique le nom des attributaires des bons et le nombre de titres attribués à chacun d'eux.

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

ARTICLE 84

Application aux dirigeants d'établissements publics de l'Etat exerçant une activité industrielle et commerciale de la législation sur le cumul de mandats sociaux

Commentaire : le présent article a pour objet d'étendre les dispositions relatives aux dérogations au cumul des mandats sociaux pour les dirigeants des entreprises « têtes de groupe » de sociétés commerciales aux dirigeants d'entreprises « têtes de groupe » ayant le statut d'établissement public national.

I. LE DROIT EXISTANT

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, puis la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 modifiant certaines dispositions du code de commerce relatives aux mandats sociaux, ont sensiblement modifié **les règles relatives au cumul de mandats sociaux dans les entreprises.**

Ces règles sont désormais les suivantes :

A. LE CUMUL DES MANDATS DANS LES SOCIÉTÉS À CONSEIL D'ADMINISTRATION ET DIRECTION GÉNÉRALE

1. Les dispositions applicables au mandat d'administrateur

Aux termes de l'article L. 225-21 du code de commerce, une personne physique ne peut exercer simultanément **plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes** ayant leur siège sur le territoire français.

Cet article prévoit toutefois **une dérogation** : ne sont pas pris en compte dans les cinq mandats les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés par la personne physique dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par la société dont elle est administrateur. Il s'agit des sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation.

On rappellera que les sociétés astreintes à publier des comptes consolidés, sont, aux termes de l'article L. 233-16 du code de commerce, les sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou exercent une influence notable sur celles-ci.

Le contrôle exclusif par une société 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 et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise¹.

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.

L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.

De surcroît, **les mandats d'administrateur des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé** et contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par une même société ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre n'excède pas cinq.

2. Les dispositions applicables au mandat de directeur général

Aux termes de l'article L. 225-54-1 du code de commerce, une personne physique ne peut exercer simultanément **plus d'un mandat de directeur général** de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français.

Par dérogation aux dispositions ci-dessus, **un deuxième mandat** de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique peut être exercé dans une société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la

¹ On rappellera toutefois que cette disposition est modifiée par l'article 85 du présent projet de loi.

société dont il est directeur général. La dérogation prévue est donc toujours liée au périmètre de la consolidation.

Enfin, une personne physique exerçant un mandat de directeur général dans une société peut également exercer un mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique dans une autre société dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

B. LES DISPOSITIONS RELATIVES AU CUMUL DES MANDATS DANS LES SOCIÉTÉS À CONSEIL DE SURVEILLANCE ET DIRECTOIRE

Les dispositions concernant les sociétés organisées en conseil de surveillance et directoire reprennent les dispositions relatives au cumul des mandats sociaux dans les sociétés à conseil d'administration et direction générale.

1. Les dispositions applicables au mandat de membre du conseil de surveillance

L'article L. 225-77 du code de commerce reprend pour les membres du conseil de surveillance les dispositions de l'article L. 225-21 s'appliquant aux administrateurs : une personne physique ne peut exercer simultanément **plus de cinq mandats de membre de conseil de surveillance** de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français.

Les mêmes dérogations que celles figurant à l'article L. 225-21 sont prévues pour l'exercice de mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés entrant **dans le périmètre de la consolidation** de la société dont la personne est membre du conseil de surveillance. De même, les mandats de membre du conseil de surveillance **dans les sociétés non cotées contrôlées par une même société** ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve de ne pas être supérieurs à cinq.

2. Les dispositions applicables au membre du directoire ou au directeur général unique

L'article L. 225-67 du code de commerce, reprend pour les membres du directoire ou directeurs généraux uniques les dispositions applicables aux directeurs généraux prévues à l'article L. 225-54-1 : une personne physique ne peut exercer **plus d'un mandat de membre du directoire ou de directeur général unique** de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français.

Les mêmes dérogations que celles figurant à l'article L. 225-54-1 sont prévues pour l'exercice d'un deuxième mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique dans le périmètre de consolidation de la société dont la personne est membre du directoire ou directeur général unique.

De surcroît, une personne physique exerçant un mandat de membre du directoire ou de directeur général unique dans une société peut également exercer un mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique dans une société non cotée.

C. LES DISPOSITIONS COMMUNES AUX MANDATAIRES SOCIAUX DES SOCIÉTÉS ANONYMES

Le code de commerce prend évidemment en compte les cas de cumul de mandats dans des sociétés d'organisations différentes.

1. Cumul de mandats d'administrateur et de membre du conseil de surveillance ou de directeur général et de membre du directoire

Aux termes de l'article L. 225-94 du code de commerce, la limitation du nombre de sièges d'administrateur (article L. 225-21) ou de membre du conseil de surveillance (article L. 225-77) qui peuvent être occupés par une même personne physique, soit cinq mandats, est applicable au cumul de sièges d'administrateur et de membre du conseil de surveillance.

Pour l'application des articles L. 225-54-1 et L. 225-67, relatifs au cumul des mandats de directeur général, et de membre du directoire ou de directeur général unique, l'exercice simultané de la direction générale par une personne physique dans le périmètre de la consolidation est autorisé.

2. Cumul de mandats de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur et de membre du conseil de surveillance

Aux termes de l'article L. 225-94-1 du code de commerce¹, sans préjudice des dispositions précitées², une personne physique ne peut

¹ Par un article additionnel au présent article, votre commission vous propose de compléter l'article L. 225-94-1 du code de commerce pour permettre à un membre du directoire d'une société d'exercer sans limite des mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans le périmètre de la consolidation.

² Articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77 et L. 225-94 du code de commerce.

exercer simultanément **plus de cinq mandats** de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français. Pour l'application de ces dispositions, l'exercice de la direction générale par un administrateur doit être décompté pour un seul mandat.

3. Dérogations pour certaines sociétés

Aux termes de l'article L. 225-95-1 du code de commerce, par dérogation aux dispositions des articles L. 225-21, L. 225-77 et L. 225-94-1 précités ne sont pas pris en compte les mandats de représentant permanent **d'une société de capital-risque, d'une société financière d'innovation ou d'une société de gestion habilitée à gérer les fonds communs de placement.**

Par dérogation aux articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67 et L.225-94-1, les mandats de président, de directeur général, de directeur général unique, de membre du directoire ou d'administrateur **d'une société d'économie mixte locale, exercés par un représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales** ne sont pas pris en compte pour l'application des règles relatives au cumul des mandats sociaux.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article dispose que **les dérogations aux dispositions limitant le cumul des mandats susmentionnées¹** sont applicables :

- aux présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints **des établissements publics de l'Etat exerçant une activité industrielle et commerciale et de la Caisse des dépôts et consignations,**

- pour les mandats qu'ils détiennent **dans des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16** du même code **par l'établissement public** dans lequel ils exercent l'une des fonctions ci-dessus énumérées.

Pour l'application des articles L. 225-54-1 et L. 225-67 du code de commerce, c'est-à-dire pour les dispositions relatives au mandat de directeur général ou au mandat de membre du directoire ou de directeur général unique, chacune des fonctions énumérées au premier alinéa compte pour un mandat.

¹ C'est-à-dire les dérogations prévues aux articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77, L. 225-94-1, L. 225-95-1 du code de commerce.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Très concrètement, le dispositif proposé a pour objet de traiter les dirigeants d'entreprises « têtes de groupe » ayant le statut d'établissement public national (Caisse des dépôts et consignations, EDF-GDF, La Poste, RATP, SNCF, ADP,...) de la même manière que les dirigeants d'entreprises « têtes de groupe » ayant le statut de société commerciale.

Votre commission est favorable à ce que les mêmes règles en matière de cumul de mandats s'appliquent dans le secteur privé et dans le secteur public à caractère industriel et commercial.

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

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 84

Harmonisation des dispositions relatives au cumul des mandats pour les mandats exercés dans les sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation

Commentaire : le présent article additionnel a pour objet de prendre en compte dans les mêmes conditions, pour l'application des règles relatives au cumul des mandats, les mandats exercés dans les sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation, pour les sociétés organisées en conseil d'administration, et pour les sociétés organisées en conseil de surveillance et directoire.

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a **limité à cinq le nombre de mandats de directeur général, membre du directoire, administrateur ou membre du conseil de surveillance** exercés par une même personne physique. Ainsi, sans préjudice des dispositions applicables à chaque catégorie de mandat considérée séparément, le plafond est fixé à cinq mandats toutes catégories confondues.

Aux termes de la nouvelle rédaction de l'article L. 225-94-1 du code de commerce, n'étaient toutefois pas compris dans ce décompte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance **exercés dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce**, c'est-à-dire dans le périmètre de la consolidation, **sous réserve que les titres de ces sociétés ne soient pas cotés.**

Le VI de l'article 1^{er} de la loi du 29 octobre 2002 a complété le premier alinéa de l'article L. 225-94-1 pour lever l'incertitude relative au nombre de mandats qui doivent être décomptés lorsque le directeur général est choisi parmi les administrateurs. Il est désormais explicitement prévu que **l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat.**

Par ailleurs, **ce même article a supprimé la dérogation générale pour les mandats exercés dans le périmètre de la consolidation au motif que cette disposition était inutile** puisque cette dérogation était déjà prévue pour chaque catégorie de mandat de gestion.

Cependant, il résulte aujourd'hui de cette dernière disposition qu'un mandat d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance ouvre droit à

une dérogation dans des sociétés non cotées contrôlées au sens de l'article L. 233-16, tandis que cette possibilité ne semble pas ouverte à un membre du directoire¹.

Le présent amendement a donc **pour simple objet de rétablir les dispositions prévues dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques** concernant les dérogations au cumul des mandats pour les mandats exercés dans les sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation, afin de rectifier ce qui apparaît comme une simple omission de la loi du 29 octobre 2002. Cette omission aurait manifestement été rectifiée lors de l'examen de ce texte, résultant d'une proposition de loi déposée par notre collègue député Philippe Houillon, par la Haute Assemblée, si les impératifs du calendrier ne nous avaient pas alors contraints à une adoption conforme.

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

¹ En effet, les articles L. 225-54-1 et L. 225-67 du code de commerce mentionnent une dérogation générale pour les mandats de directeur général ou de membre du directoire en semblant exclure le périmètre de la consolidation, contrairement aux articles L. 225-21 et L. 225-77 qui s'y réfèrent explicitement.

ARTICLE 85

Définition du périmètre de consolidation

Commentaire : le présent article a pour objet de modifier l'article L. 233-16 du code de commerce, relatif aux sociétés astreintes à publier des comptes consolidés, afin de prendre en compte les sociétés exerçant une influence dominante sur une entreprise, en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, même lorsque la société dominante n'est pas actionnaire ou associée de cette entreprise.

I. LE DROIT EXISTANT

Aux termes de l'article L. 233-16 du code de commerce, les sociétés astreintes à publier chaque année des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, sont **les sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou exercent une influence notable sur celles-ci.**

Le contrôle exclusif par une société 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, et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise.

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.

Enfin, **l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise** est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou

indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article a pour objet de modifier le 3° du II de l'article L. 233-16 afin de supprimer la condition selon laquelle, pour exercer une position dominante sur une entreprise, et donc faire entrer cette dernière dans le périmètre de la consolidation, la société dominante doit être actionnaire ou associée de cette entreprise.

Il s'agit ainsi de ne plus conditionner la consolidation à la détention de capital. Une position dominante dans une entreprise, même sans lien capitalistique, suffirait à faire entrer l'entreprise dans le périmètre de la consolidation.

Cette disposition anticipe l'adoption du **projet de modernisation des directives comptables**, qui propose de **supprimer l'exigence de liens capitalistiques** figurant dans l'article 1er de la septième directive du conseil du 13 juin 1983 (83/349/CEE) concernant les comptes consolidés de certaines formes de sociétés¹.

Elle vise également à prendre en **compte les résultats d'un groupe de travail conjoint de la Commission des opérations de bourse et de la Commission bancaire en 2002**, qui a examiné les modalités d'enregistrement et l'information financière relatives à certains types d'opérations de déconsolidation et de sortie d'actifs, selon les normes comptables françaises.

A l'issue de leurs travaux, la Commission des opérations de bourse et la Commission bancaire ont publié une recommandation commune **sur les bonnes pratiques en matière de sortie d'actifs et de consolidation des entités *ad hoc*** le 15 novembre 2002².

Elles recommandent notamment de supprimer l'obligation de détention en capital prévue à l'article L. 233-16 du code de commerce comme condition préalable pour la consolidation des entités *ad hoc* contrôlées par les entreprises industrielles et commerciales et de se rapprocher ainsi des dispositions prévues par les normes comptables internationales.

Elles recommandent également **d'harmoniser le traitement comptable des entités *ad hoc*** qui est aujourd'hui différent entre les sociétés

¹ Le Parlement européen a approuvé, le 14 janvier 2003, la proposition de directive modifiant les directives comptables de l'Union européenne. Le texte doit être présenté en Conseil des ministres pour adoption en première lecture en mars 2003.

² Cf. encadré ci-après (résumé de la recommandation).

commerciales et établissements publics, soumis au règlement du Comité de la réglementation comptable (CRC) n° 99-02 du 29 avril 1999, et les établissements de crédit relevant du Comité de la réglementation bancaire et financière soumis au règlement CRC n° 99-07 du 24 décembre 1999¹.

Les divergences de réglementation entre les entreprises industrielles et commerciales et celles relevant du Comité de la réglementation bancaire et financière peuvent conduire à ce que certaines opérations à risques, réalisées entre ces deux types d'entreprises, soient comptabilisées dans le bilan d'aucune d'entre elles.

Recommandations communes COB - Commission bancaire : montages déconsolidants et sorties d'actifs

Ces recommandations rappellent les règles comptables existantes et précisent leurs modalités d'application, notamment en ce qui concerne l'appréciation des critères de consolidation des entités *ad hoc* et l'obligation des entreprises en matière d'information en annexe sur la nature et le niveau des risques supportés.

En résumé :

- les critères retenus pour la consolidation des entités *ad hoc* (contrôle, résultats, risques) devraient s'apprécier en substance à la lecture des textes français en vigueur. En outre, selon la Commission des opérations de bourse et la Commission bancaire, une forte présomption de lien existe entre la conservation des risques et la perception des bénéfices. Ceci plaide pour une interprétation des conditions de consolidation des entités *ad hoc* prévues dans le règlement CRC n° 99-07 proche de celle prévue dans le règlement CRC n° 99-02 ;
- certaines transactions apparemment dissociées doivent être appréciées dans certains cas comme faisant partie d'un même ensemble afin que le traitement comptable retenu reflète la réalité économique de cet ensemble ;
- les informations en annexe devraient porter à la fois sur les actifs sortis du bilan, les entités *ad hoc*, lorsque l'entreprise a des obligations contractuelles à leur égard, notamment lorsque l'entité *ad hoc* est contrôlée mais non consolidée, et également en cas d'utilisation de contrats de location ;
- les informations en annexe devraient aussi préciser la composition des résultats des sociétés en participation, dès lors qu'ils présentent un caractère significatif, ainsi que les risques auxquels les sociétés participantes sont exposées ;
- le traitement comptable des contrats de crédit-bail et de location doit permettre la représentation de la réalité économique de l'opération.

¹ Le règlement applicable aux sociétés commerciales et établissements publics est plus complet puisqu'il dispose en particulier que, dans le but de donner une image fidèle de la situation financière du groupe, lorsqu'une ou plusieurs entreprises contrôlées ont en substance le contrôle d'une entité *ad hoc* mais ne détiennent aucune part ou action de cette entité, une information complète est fournie en annexe sur les actifs, passifs et résultats de cette entité.

Par ailleurs, la Commission des opérations de bourse et la Commission bancaire forment le vœu qu'une meilleure définition des conditions d'en trée et de sortie des actifs dans les règles comptables françaises soit élaborée par le Conseil national de la comptabilité. Elle pourrait s'inspirer de l'approche internationale et des règles actuellement applicables aux cessions de créances par les établissements de crédit français.

Source : bulletin mensuel COB – novembre 2002 - n° 373

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Le présent article propose de renforcer la transparence des méthodes comptables, en prenant en compte notamment les enseignements de l'affaire « Enron ».

En effet, les entreprises ont aujourd'hui à leur disposition des techniques qui ont pour effet de faire sortir certains actifs de leur bilan.

Dans le cas de l'affaire « Enron », l'entreprise avait cédé des actifs très importants à des entités *ad hoc* (« *special purpose vehicles* ») situées hors de son périmètre de consolidation, mais dont elle conservait néanmoins le contrôle effectif.

La nature des opérations de « montages déconsolidants » et leur traduction en termes d'informations comptable et financière revêtent ainsi une importance particulière pour la connaissance du niveau réel d'endettement des entreprises faisant appel public à l'épargne.

Votre commission est donc favorable aux dispositions visant à mieux appréhender le périmètre de la consolidation, et à éviter ainsi des montages sous la forme d'entités *ad hoc* qui permettraient d'exclure de manière artificielle des entités pourtant liées à l'entreprise.

Il conviendra toutefois de traduire de manière précise dans les règlements du Comité de la réglementation comptable les conséquences de cette disposition, afin que les entreprises produisent des comptes consolidés pertinents sans être « surchargés ».

En effet, **la suppression de la notion de « liens capitalistiques » est une forme de révolution**, elle conduit à bouleverser sensiblement la notion de périmètre de la consolidation, **alors même que ce périmètre sert de référence pour de nombreuses dispositions**. A titre d'exemple, l'article

L. 233-16 est utilisé comme référence à l'article L. 225-102-1 du code de commerce sur la publicité des rémunérations des mandataires sociaux¹.

Enfin, il faut souligner, d'une manière plus générale, l'importance de progresser dans la voie d'une harmonisation européenne et internationale des règles comptables.

Les normes établies au niveau international (normes IAS, IFRS)² sont déterminantes, puisque dès 2005, toutes les sociétés cotées de l'Union européenne (y compris les banques et les entreprises d'assurance) seront tenues d'appliquer des normes comptables internationales dans la préparation de leurs comptes consolidés. Les Etats membres pourront aussi autoriser ou obliger ces entreprises à appliquer ce système à leurs comptes annuels. Il sera même possible d'imposer la nouvelle réglementation à des sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne.

L'exposé des motifs du présent projet de loi énonce ainsi que le gouvernement soumettra au vote du Parlement des dispositions relatives à la qualité des normes comptables et aux processus d'élaboration des normes, en particulier sur les modalités d'introduction en France des normes comptables internationales, au-delà du règlement européen du 7 janvier 2002 qui les rend applicables à compter du 1^{er} janvier 2005 aux sociétés faisant appel public à l'épargne.

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

¹ Le rapport de gestion indique le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16.

² Les normes comptables internationales dites "International Accounting Standards" (IAS) sont adoptées par l'organisme international de normalisation comptable, "International Accounting Standards Board (IASB) établi à Londres. Ces règles communes s'appelleront à l'avenir "International Financial Reporting Standards" (IFRS).

ARTICLE 86

Extension du champ des établissements publics soumis à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes

Commentaire : le présent article a pour objet d'étendre les conditions dans lesquelles les établissements publics de l'Etat sont tenus de désigner des commissaires aux comptes.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article 30 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises dispose que **certains établissements publics de l'Etat sont tenus de désigner au moins un commissaire aux comptes et un suppléant.**

Les établissements visés sont les **établissements qui ne sont pas soumis aux règles de la comptabilité publique** et :

- qui ont une **activité industrielle ou commerciale** ;
- dont le **nombre de salariés**, le **montant hors taxes du chiffre d'affaires** ou le **total du bilan** dépassent, pour deux de ces critères, les seuils fixés par décret en Conseil d'Etat¹.

Le commissaire aux comptes est désigné, après avis de la commission nationale d'inscription des commissaires aux comptes et de la Commission des opérations de bourse, par le ministre chargé de l'économie. Il est choisi selon la réglementation territoriale en vigueur.

Cette disposition s'applique dans les mêmes conditions aux **entreprises nationales non soumises aux règles de la comptabilité publique.**

¹ Il s'agit, en application du décret n° 86-221 du 17 février 1986, d'un total de bilan fixé à 15 millions d'euros, d'un montant net du chiffre d'affaires fixé à 30 millions d'euros et d'un nombre de salariés permanents fixé à 500.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le **I** du présent article propose de modifier les dispositions de l'article 30 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

A. EXTENSION DE L'OBLIGATION DE NOMMER UN COMMISSAIRE AUX COMPTES ET UN SUPPLÉANT

Le premier alinéa du 1° de la rédaction proposée par le présent article pour l'article 30 de la loi du 1^{er} mars 1984 reprend les dispositions actuellement en vigueur mais **étend l'obligation de désigner un commissaire aux comptes à tous les établissements publics non soumis aux règles de la comptabilité publique, quelles que soient leurs activités.**

Actuellement, la référence à la seule activité industrielle ou commerciale tient hors de l'obligation de désigner au moins un commissaire aux comptes et un suppléant, c'est-à-dire du champ de la révision légale, certains établissements publics importants comme par exemple, la Caisse des dépôts et consignations (les comptes de celle-ci font l'objet d'un audit contractuel).

Par ailleurs, les entreprises nationales ne seraient plus visées puisque les entreprises qualifiées comme telles ont le statut de sociétés et ne sont donc pas régies par le dispositif de l'article 30 de la loi du 1er mars 1984 mais par celui propre aux sociétés commerciales.

Enfin, la référence au chiffre d'affaires serait remplacée par une référence au « montant de ressources » de l'établissement public car le chiffre d'affaires d'un certain nombre d'établissements publics, en particulier de caractère administratif, est mineur alors que leur activité économique très significative est financée par des ressources courantes provenant notamment de budgets publics.

B. CO-COMMISSARIAT AUX COMPTES OBLIGATOIRE POUR TOUS LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DE L'ETAT ÉTABLISSANT DES COMPTES CONSOLIDÉS

Un second alinéa serait ajouté au 1° de l'article 30 de la loi du 1^{er} mars 1984, disposant que **les établissements publics de l'Etat établissant des comptes consolidés**, en application de l'article 13 de la loi n° 85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés

commerciales et entreprises publiques¹, **sont tenus de nommer au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants.**

Actuellement, seules les entreprises publiques mentionnés à l'article 30 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 ont l'obligation d'établir des comptes consolidés.

Ce n'est pas le cas des établissements publics comme Aéroports de Paris (ADP), Autoroutes de France (ADF), le Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) qui ont des participations significatives dans certaines sociétés.

Ces établissements publics qui auront l'obligation d'établir des comptes consolidés, en vertu de l'article 13 de la loi du 3 janvier 1985², au plus tard pour le 1^{er} janvier 2006, devront désormais nommer au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants même s'ils sont soumis aux règles de la comptabilité publique ou s'ils ne répondent pas aux seuils fixés par décret en Conseil d'Etat.

Il s'agit ainsi d'imposer le co-commissariat pour les établissements publics établissant des comptes consolidés, comme il est obligatoire pour les sociétés commerciales en vertu de l'article L.225-228 du code de commerce.

C. FACULTÉ DE NOMMER DES COMMISSAIRES AUX COMPTES POUR LES AUTRES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DE L'ETAT

En vertu du troisième alinéa du 1° de la rédaction de l'article 30 de la loi du 1^{er} mars 1984 proposée par le I du présent article, **les établissements publics n'entrant pas dans les critères fixés aux premier et deuxième alinéas du 1°, pourraient nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant. Il en serait de même des groupements d'intérêt public dont l'Etat ou un établissement public de l'Etat est membre.**

Cette disposition a pour objet de ne pas fermer à l'établissement public la faculté de nommer un commissaire aux comptes même s'il n'entre pas dans les critères l'obligeant à en désigner un (c'est-à-dire s'il s'agit d'un établissement soumis aux règles de la comptabilité publique, n'entrant pas dans les seuils fixés par décret en Conseil d'Etat, et n'établissant pas de comptes consolidés).

Une telle nomination peut s'avérer pertinente, selon le cas :

¹ Il s'agit des dispositions telles qu'elles résulteraient de l'adoption de l'article 87 du présent projet de loi. En effet, actuellement, les établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique n'ont pas l'obligation d'établir des comptes consolidés. Sur ce point, on se reportera au commentaire de l'article 87 du présent projet de loi.

² Tel que modifié par l'article 87 du présent projet de loi.

- pour la stratégie de l'établissement (participation à des appels d'offres internationaux) ;
- pour des raisons structurelles (contrôle interne déficient, complexité des contrats, opérations financières complexes, ...)
- parce que l'établissement fait appel public à l'épargne (Caisse d'amortissement de la dette, par exemple).

Un tel dispositif existe pour les sociétés en nom collectif, les sociétés anonymes à responsabilité limitée (SARL) et les associations qui sont en dessous des seuils de nomination obligatoire de commissaires aux comptes.

D. DÉSIGNATION DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

En vertu du 2° de la rédaction de l'article 30 de la loi du 1^{er} mars 1984 proposée par le présent article, **les commissaires aux comptes seraient nommés, sur proposition des organes dirigeants, par le ministre chargé de l'économie**. Lorsque l'établissement fait appel public à l'épargne, cette nomination serait effectuée **après avis de l'Autorité des marchés financiers** dans des conditions fixées par décret.

Aujourd'hui, le commissaire aux comptes est désigné, après avis de la commission nationale d'inscription des commissaires aux comptes et de la commission des opérations de bourse, par le ministre chargé de l'économie.

La nouvelle rédaction précise que c'est l'organe dirigeant qui propose le (ou les) commissaire(s) aux comptes au ministre. Selon le ministère de l'économie et des finances, actuellement il en est ainsi dans les faits, alors que la loi ne le prévoit pas¹.

L'avis de la Commission nationale d'inscription des commissaires aux comptes² ne sera plus requis, dans la mesure où il s'agit d'une formalité qui n'existe pas pour les sociétés commerciales, et qui consistait simplement à s'assurer de l'inscription du commissaire aux comptes sur la liste de la Compagnie.

En revanche, l'avis de l'Autorité des marchés financiers (actuellement la Commission des opérations de bourse) serait maintenu pour les

¹ Il faut observer une réelle **contradiction** entre ces nouvelles dispositions relatives à la désignation des commissaires aux comptes dans les établissements publics de l'Etat et les dispositions de l'article 66 du présent projet de loi qui excluent la direction générale et les administrateurs salariés du vote du conseil d'administration pour proposer les commissaires aux comptes à la désignation de l'assemblée générale. On se reportera au commentaire de l'article 66 dans le présent rapport.

² Remplacée, par l'article 61 du présent projet de loi, par le Haut conseil du commissariat aux comptes.

établissements faisant appel public à l'épargne, par analogie avec les dispositions de l'article L. 621-22 du code monétaire et financier¹ aux termes desquelles «*l'Autorité des marchés financiers est informée des propositions de nomination ou de renouvellement des commissaires aux comptes de personnes faisant appel public à l'épargne et peut faire toute observation qu'elle juge nécessaire sur ces propositions. Ces observations sont portées à la connaissance de l'assemblée générale ou de l'organe chargé de la désignation ainsi que du professionnel intéressé*».

E. ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA MESURE

Le **II** du présent article dispose que «*pour les établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique, le premier mandat du ou des commissaires aux comptes nommés en application du 1° du présent article commence au plus tard le 1er janvier 2006.*»

Cette disposition vise à tenir compte :

- du délai nécessaire pour les établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique et au code des marchés publics, pour procéder à la désignation des commissaires aux comptes ;
- du fait que le 1^{er} janvier 2006 constitue la date de la mise en oeuvre complète des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances.

Cette disposition **s'appliquerait en pratique aux établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique qui devront produire des comptes consolidés** pour l'exercice commençant au plus tard le 1^{er} janvier 2006², et nommer deux commissaires aux comptes et leurs suppléants. Mais, telle qu'elle est rédigée, elle s'appliquerait aussi aux établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique qui, sans être soumis à aucune obligation, nommeront au moins un commissaire aux comptes et un suppléant³.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission est très favorable aux dispositions du présent article, qui visent à rapprocher les règles de contrôle des établissements publics de l'Etat de celles s'appliquant aux sociétés commerciales.

¹ Dispositions telles qu'elles résulteraient de l'adoption de l'article 72 du présent projet de loi. On se reportera au commentaire de cet article dans le présent rapport.

² En application du II de l'article 87 du présent projet de loi.

³ La date butoir du 1^{er} janvier 2006 entraînerait alors une impossibilité d'opter pour le choix d'un commissaire aux comptes après le 1^{er} janvier 2006.

Cette démarche s'inscrit d'ailleurs dans le **prolongement des propositions de votre commission**, dont certaines se sont traduites par des modifications législatives, notamment avec l'adoption de l'article 110 de la loi de finances pour 2003 : cet article, adopté au Sénat sur l'initiative de votre commission des finances prévoit que le rapport relatif à l'Etat actionnaire, désormais annexé au projet de loi de finances initiale, établit les comptes consolidés de toutes les entités significatives, établissements et sociétés, cotées et non cotées, contrôlées par l'Etat, rendant compte fidèlement de leur situation financière, y compris des engagements hors-bilan, de l'évolution de leur valeur patrimoniale et de leurs résultats.

Les questions de méthode comptable à trancher pour l'élaboration de ces états financiers sont soumises à l'appréciation d'un groupe de personnalités indépendantes nommées par décret. Par ailleurs, il intègre le compte-rendu d'activité du service des participations de la direction du Trésor.

Votre commission estime toutefois qu'il n'est **pas nécessaire de préciser que pour les établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique, le premier mandat du ou des commissaires aux comptes commence au plus tard le 1er janvier 2006.**

En effet, cette disposition n'est éventuellement pertinente que pour les établissements publics qui seront obligés de produire des comptes consolidés et de désigner deux commissaires aux comptes et leurs suppléants. Les autres établissements publics ont déjà un commissaire aux comptes, ou pourront en nommer un de manière facultative, et il n'existe dès lors pas de raison pour instaurer une date butoir pour la nomination du commissaire aux comptes.

Enfin, pour les établissements publics qui seront obligés de produire des comptes consolidés, seuls visés par cette disposition, l'établissement des comptes consolidés devra commencer au plus tard le 1^{er} janvier 2006, date de l'entrée en vigueur des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances, en application de l'article 87 du présent projet de loi. Il n'est donc pas nécessaire de répéter cette date dans le présent article¹.

Votre commission vous propose donc un **amendement** de suppression du II de cet article.

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

¹ On rappellera également que, malgré cette date-butoir, les dispositions de l'article 110 de la loi de finances pour 2003 relatives aux comptes consolidés de l'Etat sont néanmoins applicables depuis le 1^{er} janvier 2003.

ARTICLE 87

Extension du champ de l'obligation d'établir des comptes consolidés pour les groupes publics

Commentaire : le présent article a pour objet d'obliger les établissements publics de l'Etat à établir et publier des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe dès lors qu'ils contrôlent une ou plusieurs autres entreprises ou qu'ils exercent une influence notable dans les conditions prévues aux articles L. 233-16 et suivants du code de commerce. Cette obligation serait levée pour les groupes de taille réduite dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

I. LE DROIT EXISTANT

En application de l'article 13 de la loi n° 85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques, **certaines entreprises publiques sont tenues d'établir et de publier des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe.**

Ces entreprises sont les entreprises mentionnées à l'article 30 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, c'est-à-dire **les entreprises tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes et un suppléant.**

Ces entreprises sont tenues d'établir et de publier des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe **dès lors qu'elles contrôlent une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent sur elles une influence notable¹.**

Toutefois, cette obligation ne s'impose pas lorsque l'ensemble constitué par l'entreprise publique et les personnes morales qu'il contrôle ne dépasse pas pendant deux exercices sur la base des derniers comptes annuels arrêtés, **une taille déterminée par référence à deux des trois critères mentionnés à l'article L. 123-16 du code de commerce**, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat

¹ Dans les conditions des articles L. 233-16 et suivants du code de commerce, c'est-à-dire dans les mêmes conditions que celles applicables aux sociétés commerciales.

Les critères définis à l'article L. 123-16 du code de commerce sont les critères qui permettent aux commerçants, personnes physiques ou morales, dans des conditions fixées par décret, d'adopter une présentation simplifiée de leurs comptes annuels. Ces critères sont le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. En application du décret n° 86-221 du 17 février 1986, le total de bilan est fixé à 15 millions d'euros, le montant net du chiffre d'affaires à 30 millions d'euros et le nombre de salariés permanents à 500.

II. LES DISPOSITIONS DU PRÉSENT ARTICLE

Le présent article vise à imposer **aux établissements publics de l'État**, dès lors qu'ils contrôlent une ou plusieurs autres entreprises ou qu'ils exercent une influence notable dans les conditions prévues aux articles L. 233-16 et suivants du code de commerce, d'établir, conformément à ces articles, et de publier, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe.

Cette obligation ne s'imposerait pas lorsque l'ensemble constitué par l'établissement public et les personnes morales qu'il contrôle ne dépasse pas pendant deux exercices sur la base des derniers comptes annuels arrêtés, une taille déterminée par référence à deux des trois critères mentionnés à l'article L. 123-16 du code de commerce, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État. Il s'agit des critères susmentionnés.

Le premier exercice d'application des dispositions du présent article aux établissements publics de l'État soumis aux règles de la comptabilité publique commencerait au plus tard le 1er janvier 2006, date de l'entrée en vigueur des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances. Le ministère de l'économie et des finances fait en effet valoir que la mise en place des procédures de consolidation (règles comptables, reporting) constitue une lourde tâche et que dès lors un délai suffisant doit être laissé aux établissements concernés.

A titre d'illustration, des établissements à caractère scientifique, technique, de recherches qui ont des participations significatives comme le Commissariat à l'Énergie atomique ou des établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique comme Aéroports de Paris (ADP), Autoroutes de France (ADF), ou le Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) devront produire des comptes consolidés.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Comme pour les dispositions de l'article 86 du présent projet de loi, votre commission est favorable aux dispositions du présent article, qui visent à rapprocher les règles de contrôle des établissements publics de l'Etat de celles s'appliquant aux sociétés commerciales.

Cette démarche s'inscrit directement dans le prolongement de l'adoption de l'article 110 de la loi de finances pour 2003, sur l'initiative de votre commission des finances, qui prévoit que le rapport relatif à l'Etat actionnaire, désormais annexé au projet de loi de finances initiale, établit les comptes consolidés de toutes les entités significatives, établissements et sociétés, cotées et non cotées, contrôlées par l'Etat, rendant compte fidèlement de leur situation financière, y compris des engagements hors-bilan, de l'évolution de leur valeur patrimoniale et de leurs résultats.

Cependant, si l'instauration d'une date-butoir au 1^{er} janvier 2006 permet de s'assurer que l'Etat se conformera à ses obligations au moment de l'entrée en vigueur complète de la loi organique relative aux lois de finances, il faut également souligner que l'article 110 de la loi de finances pour 2003 est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2003 et qu'il ne saurait être question de différer de plusieurs années sa mise en œuvre : l'Etat doit donc prendre dès à présent les dispositions pour réaliser dans les meilleurs délais la consolidation des comptes publics.

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

TITRE IV :

DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ARTICLE 88

Application en outre-mer et habilitation du gouvernement au titre de l'article 38 de la Constitution

Commentaire : le présent article a pour objet d'autoriser le gouvernement à prendre, par ordonnances, les mesures de nature législative permettant de rendre applicables, avec les adaptations nécessaires, les dispositions du présent projet de loi à Wallis et Futuna, en Polynésie Française, en Nouvelle Calédonie et à Mayotte.

I. LA PROCÉDURE DES ORDONNANCES

A. LE CADRE CONSTITUTIONNEL « CLASSIQUE »

Les territoires d'outre-mer, la Nouvelle Calédonie et Mayotte sont des parties du territoire national soumises au principe de spécialité législative : L'application des textes législatifs y est subordonnée à l'adoption d'une disposition expresse d'extension¹.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, cette collectivité départementale n'est plus que partiellement soumise au principe de spécialité législative. L'article 3 de la loi précitée dispose que les lois, ordonnances et décrets qui, « *en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire national* », y sont applicables de plein droit. Il en va de même des lois, ordonnances et

¹ *Les départements d'outre-mer et Saint-Pierre-et-Miquelon sont soumis au principe de l'assimilation législative : les textes législatifs s'y appliquent dans les mêmes conditions qu'en métropole.*

décrets portant sur le droit pénal, la procédure pénale et la procédure administrative contentieuse et non contentieuse ainsi que de la quasi-totalité des dispositions du code de commerce.

Le présent article a pour objet d'autoriser le gouvernement à rendre applicables les dispositions du présent projet de loi au moyen de la procédure des ordonnances prévue à l'article 38 de la Constitution.

L'article 38 de la Constitution dispose 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. Les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Une fois le délai d'habilitation expiré, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel précise que le gouvernement doit spécifier avec précision la finalité des mesures qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation¹. Il doit également en faire connaître « *le domaine d'intervention* » sans pourtant être « *tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra* »².

Cette procédure n'est pas la seule possible. Le présent projet de loi aurait pu prévoir les conditions dans lesquelles ses dispositions doivent être appliquées dans les collectivités territoriales concernées.

Depuis le début de la précédente législature, le gouvernement préfère, soit par des projets de loi spécifiques, soit en insérant des articles à cet effet dans les différents projets de loi, préciser les conditions d'application des nouvelles lois en recourant à la procédure des ordonnances.

La procédure des ordonnances, qui constitue un dessaisissement consenti du pouvoir du Parlement en matière de vote des lois, a vocation à être maniée avec précaution. En matière de droit applicable outre-mer, le procédé consistant à prévoir dans chaque projet de loi un article habilitant le gouvernement à en adapter les dispositions par ordonnances présente l'avantage d'éviter une divergence prolongée entre les règles applicables en métropole et dans les départements d'outre-mer et celles appliquées dans les anciens territoires d'outre-mer et à Mayotte. L'obligation de respecter les délais d'habilitation garantit que les ordonnances seront prises dans des délais rapprochés.

¹ Décision n° 77-72 DC du 12 janvier 1977.

² Décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986.

Cependant, si les projets de loi de ratification ne sont jamais inscrits à l'ordre du jour des assemblées, le recours aux ordonnances devient un moyen pratique de légiférer dans des domaines techniques en se dispensant de la phase parlementaire de l'élaboration de la loi.

Aujourd'hui, cinquante-quatre ordonnances sont en attente de ratification.

B. LE NOUVEAU CADRE CONSTITUTIONNEL

L'article 74-1 de la Constitution, dans sa rédaction issue de l'adoption par le Congrès du projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République le 17 mars 2003, dispose « *dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74¹ et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'Etat, étendre par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure* ».

La création d'une procédure d'habilitation permanente n'est pas motivée par une volonté de constitutionnaliser la dérive actuelle en matière de recours à la procédure des ordonnances, mais au contraire d'en prendre acte et de l'encadrer. A l'initiative du Sénat, l'article 74-1 dispose en effet que les ordonnances « *deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication* ». Désormais, le Parlement a l'assurance d'examiner les projets de loi de ratification dans les dix-huit mois de la publication des ordonnances.

Cependant, la procédure spécifique à l'outre-mer de l'article 74-1 n'est pas exclusive de celle de l'article 38, et le gouvernement pourra continuer à demander au Parlement des habilitations selon la procédure classique. Le présent article constitue un premier exemple du choix de la procédure de l'article 38 plutôt que de celle de l'article 74-1.

¹ *Il s'agit des collectivités qui ne sont ni des départements ni des régions d'outre-mer et qui « ont un statut qui tient compte des intérêts de chacune d'elles au sein de la République ».*

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. LE CHAMP DE L'HABILITATION

Le présent article définit clairement le champ de l'habilitation. Il s'agit de « rendre applicable, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de la présente loi » en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie, au territoire de Wallis et Futuna et à Mayotte. S'agissant de Mayotte, il est précisé que seules les dispositions « autres que celles relevant du code de commerce qui y sont applicables de plein droit en vertu de l'article 3-I de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte » pourront être concernées par les ordonnances, une grande partie de ce code étant applicable de plein droit dans cette collectivité.

La rédaction retenue ne signifie pas que l'ensemble des dispositions du présent projet de loi sera étendu, avec ou sans adaptations, aux collectivités concernées. Leur extension sera réalisée seulement si elle est jugée souhaitable, et dans la mesure où elle est permise par les statuts des différentes collectivités¹. L'opportunité d'étendre certaines dispositions sera appréciée à la lumière des avis rendus par les institutions des collectivités concernées.

En tout état de cause, les dispositions qui relèvent de l'exercice par l'Etat de sa compétence en matière d'obligations commerciales devraient être étendues, en particulier les dispositions relatives à l'Autorité des marchés financiers.

Votre commission vous soumet un **amendement** rédactionnel tendant à supprimer la précision selon laquelle, à Mayotte, l'habilitation porte sur l'ensemble des dispositions du projet de loi à l'exception de celles qui seront applicables de plein droit en application de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte. De même que le présent article ne précise pas, pour la Polynésie et la Nouvelle Calédonie, que les extensions seront réalisées dans les limites autorisées par les statuts, la référence à la loi du 11 juillet 2001 est superflue. Il serait inutile qu'une loi rappelle qu'une autre loi s'applique.

¹ Les dispositions qui relèvent de domaines pour lesquels la compétence est devenue territoriale ne pourront être étendues.

B. LE DÉLAI D'HABILITATION

Le présent article propose que les ordonnances soient prises, au plus tard, le dernier jour du **douzième mois** suivant la promulgation des dispositions du présent projet de loi. Le projet de loi de ratification devra être déposé, au plus tard, le dernier jour du **dix-huitième mois** suivant la promulgation des dispositions du présent projet de loi.

Par rapport à plusieurs articles d'habilitation figurant dans différentes lois entrées en vigueur récemment, **les délais proposés tendent à s'allonger**. Ils étaient respectivement de neuf et douze mois dans la loi n° 2001-503 du 12 juin 2001 portant habilitation du gouvernement à prendre, par ordonnances, les mesures législatives nécessaires à l'adaptation du droit applicable outre-mer, de neuf et douze mois également dans la loi n° 2002-1094 d'orientation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002, et de douze et quinze mois dans la loi n° 2002-1138 d'orientation pour la justice du 9 septembre 2002.

C. L'AVIS DES COLLECTIVITÉS CONCERNÉES

Le présent article propose de préciser que les projets d'ordonnances sont soumis pour avis aux « *institutions compétentes* » des collectivités concernées, telles qu'elles résultent de leurs statuts respectifs.

Cette proposition traduit la volonté du gouvernement d'exprimer son attachement à la concertation mais, juridiquement, ne s'imposerait pas forcément :

- en Nouvelle Calédonie et à Mayotte, le statut prévoit une consultation obligatoire des **assemblées locales** sur les projets d'ordonnance.

En Nouvelle Calédonie, en application de l'article 90 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, le congrès dispose d'un mois pour rendre son avis sur les projets de loi et sur les projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions spécifiques à la Nouvelle Calédonie (quinze jours en cas d'urgence). Le délai expiré, l'avis est réputé avoir été donné.

A Mayotte, selon l'article L. 3551-12 du code général des collectivités territoriales, le conseil général dispose également d'un délai d'un mois (quinze jours en cas d'urgence), au terme duquel il est réputé s'être prononcé, pour émettre un avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions d'adaptation du régime législatif ou de l'organisation administrative des départements.

- en Polynésie française, le statut ne prévoit la consultation automatique d'aucune institution sur les projets d'ordonnance. En revanche, l'article 32 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie dispose que **le conseil des ministres** est obligatoirement consulté sur les dispositions *réglementaires* prises par l'Etat dans le cadre de sa compétence et *touchant à l'organisation particulière de la Polynésie française*¹. Le conseil des ministres dispose d'un délai d'un mois pour émettre son avis.

Le présent article propose que **l'assemblée territoriale** de Polynésie française soit également consultée. Dans la mesure où les ordonnances, bien qu'elles revêtent provisoirement un caractère réglementaire, portent sur des matières législatives², il paraît opportun que l'assemblée territoriale en ait connaissance et puisse émettre un avis.

- l'avis de **l'assemblée territoriale** des îles **Wallis et Futuna** est également sollicité. Alors que la loi du 29 août 2002 de programmation et d'orientation pour la sécurité intérieure et la loi du 9 septembre 2002 de programmation et d'orientation pour la justice prévoyaient que cette assemblée dispose d'un délai d'un mois pour rendre son avis sur les projets d'ordonnance concernant ce territoire d'outre-mer, le présent article ne fixe pas de délai. En pratique, le délai retenu sera le « *délai utile* » d'un mois, issu de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission se félicite du choix du gouvernement de prévoir un article d'extension à l'outre-mer des dispositions du présent projet de loi. La systématisation de cette technique au cours des dernières années permet d'espérer une réduction de l'écart entre les règles applicables outre-mer et les textes en vigueur en métropole.

Il y a peu d'années encore, le rapporteur au nom de votre commission des finances de la loi n° 99-1121 du 28 décembre 1999 portant ratification de diverses ordonnances intervenues dans les domaines fiscal, douanier, monétaire et financier, notre collègue Henri Torre, écrivait : « *le retard par rapport à la métropole est tel que, même si le législateur décidait de prévoir les modalités de l'extension à l'outre-mer de chacune des nouvelles dispositions législatives, il ne le pourrait pas toujours car les textes adoptés*

¹ Une ordonnance, qui peut être considérée comme de niveau réglementaire jusqu'à l'expiration du délai d'habilitation, est réputée toucher à l'organisation particulière de la Polynésie française dès lors que les textes étendus font l'objet d'adaptations.

² L'assemblée de Polynésie est consultée sur les projets ou propositions de loi comportant des dispositions particulières à la collectivité.

en métropole modifient parfois des dispositions dont l'applicabilité outre-mer n'a jamais été prévue». Il constatait par ailleurs que le gouvernement n'avait matériellement pas été en mesure de prendre des ordonnances dans l'ensemble des domaines pour lesquels il avait été habilité. Ces remarques soulignent l'intérêt de la nouvelle procédure d'habilitation permanente.

Il importera cependant, lorsque la nouvelle procédure sera utilisée, de veiller à ce que le Parlement dispose des délais nécessaires pour examiner les projets de loi de ratification car, sur le fond, l'examen d'une ordonnance requiert le même soin et la même technicité que celui d'un projet de loi.

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

AUDITIONS DE LA COMMISSION

I. AUDITION DE MM. FRANCIS MER, MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE, ET DOMINIQUE PERBEN, MINISTRE DE LA JUSTICE

Réunie le mardi **11 février 2003** sous la présidence de M. Jean Arthuis, président, la commission a procédé à l'**audition** de **MM. Francis Mer, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie**, et **Dominique Perben, garde des sceaux, ministre de la justice**, sur le **projet de loi n° 166 (2002-2003) de sécurité financière**.

M. Jean Arthuis, président, après avoir accueilli les ministres, s'est félicité de ce que le projet de loi de sécurité financière soit en premier lieu déposé au Sénat, ce qui constituait une forme d'hommage à la qualité des travaux antérieurs de la commission en ce domaine. Il a souligné le caractère essentiel de ce texte, qui visait à restaurer la confiance tant au sein du secteur financier que des entreprises, et rejoignait en cela les préoccupations constantes de la commission. Ce projet de loi préconisait ainsi de fusionner la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF), mesure que la commission des finances avait adoptée dès l'automne 2000 à l'initiative de M. Philippe Marini, rapporteur général, rapporteur du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE). Le projet de loi de sécurité financière renforçait également la sécurité des épargnants et la transparence des entreprises, visant en cela à assurer une croissance économique durable. **M. Jean Arthuis** a enfin salué la présence de M. Jean-Jacques Hyst, rapporteur pour avis au nom de la commission des lois, avec lequel la commission avait déjà étroitement travaillé, notamment lors de l'examen du projet NRE.

M. Francis Mer a introduit son propos en insistant sur l'esprit du projet de loi. Il ne s'agissait pas, selon lui, de créer une sécurité artificielle, et il a, à cet égard, rappelé que la sphère économique demeurerait fondamentalement « le monde du risque », avec l'ambition de créer de la valeur. Ce système avait cependant besoin de règles aussi claires que possible, et les événements survenus depuis trois ans illustraient le fait que ces règles n'étaient manifestement pas assez efficaces, paraissaient inadaptées par rapport aux évolutions technologiques, et posaient certains problèmes d'interprétation. La question était donc de savoir s'il convenait, comme aux Etats-Unis, de renforcer sévèrement ces règles, tout en gardant à l'esprit la nécessité de ne pas freiner les capacités d'initiative, de prise de risque et d'autonomie.

M. Francis Mer a identifié trois types d'acteurs dans le système économique : l'épargnant, le consommateur et le producteur, le projet de loi de sécurité financière étant surtout tourné vers le premier. Il a rappelé que des initiatives similaires venaient d'être décidées ou allaient l'être chez certains de nos partenaires, en particulier les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et l'Espagne, et que la Commission européenne avait également engagé des travaux sur la question de la gouvernance d'entreprise. Il a ensuite souligné trois thèmes selon lui majeurs :

- la position et l'indépendance des commissaires aux comptes qui devaient être renforcées ;

- concernant la gouvernance d'entreprise, il a estimé qu'il était difficile de contraindre les organisations et qu'il était dès lors préférable, au nom de la confiance, d'espérer que les entreprises s'adaptent d'elles-mêmes plutôt que de vouloir légiférer dans le détail, et de veiller, avant tout, à assurer une réelle transparence pour les actionnaires, ce que permettra le projet de loi ;

- plusieurs sujets étaient d'emblée traités au niveau mondial, tels que l'harmonisation des règles comptables, l'analyse financière ou les agences de rating, sur lesquels il a considéré qu'il était utopique de vouloir légiférer au plan national. Il a cependant fait valoir que si les Etats-Unis tendaient actuellement à générer spontanément une régulation mondiale, sans réellement associer les autres pays, la France avait néanmoins l'ambition de faire passer certains messages à portée internationale lors de sa présidence du G7.

Revenant sur le contenu du projet de loi de sécurité financière, il a indiqué que l'Autorité des marchés financiers (AMF) présentait un caractère nouveau par rapport aux autres autorités administratives indépendantes en ce qu'elle serait responsable de ses actes et détiendrait une personnalité morale. Il a ensuite indiqué que les épargnants et consommateurs se trouvaient désormais mieux protégés grâce à un encadrement du démarchage, qui incluait les moyens électroniques dès lors qu'ils étaient personnalisés. L'épargnant était laissé responsable de ses choix, mais il aurait désormais la certitude d'avoir à traiter avec des démarcheurs dûment identifiés et mandatés. De même, l'existence des conseillers en investissements financiers était dorénavant reconnue et encadrée par une procédure d'agrément et une assurance obligatoire. Il a conclu en considérant que la confiance était l'élément central de ce projet de loi et qu'il apparaissait dès lors préférable de préserver, pour le moment, la liberté d'organisation des entreprises, ce qui se traduirait dans le projet de loi par l'absence de dispositions contraignantes concernant les comités d'audit ou de rémunération ou de définition de l'administrateur indépendant.

M. Dominique Perben a souligné que le projet de loi de sécurité financière avait été élaboré en commun par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, et le ministère de la justice afin de rétablir la

confiance et d'assurer la sécurité de notre système financier. Puis il a rappelé que le titre III du projet de loi de sécurité financière sur lequel son ministère s'était plus particulièrement investi, comprenait deux parties : l'une relative à l'amélioration des règles applicables au contrôle légal des comptes, l'autre relative à la bonne gouvernance d'entreprise. Sur la première partie, le ministre a souligné que la France était déjà l'un des pays les plus réglementés en matière de commissariat aux comptes, que la profession n'avait pas connu de défaillance importante qui puisse être comparée à ce qui s'était déroulé aux Etats-Unis et que certaines règles françaises, notamment l'exercice du co-commissariat aux comptes étaient copiées par de nombreux pays.

M. Dominique Perben a donc indiqué que le projet de loi visait tout d'abord à renforcer l'unité de la profession de commissaire aux comptes, en imposant des règles déontologiques communes, tout en prenant des mesures spécifiques pour le contrôle des comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne ou à la générosité publique. Il a expliqué que ce principe se traduisait par la création d'un haut conseil investi d'une triple mission : le contrôle de la profession, la réflexion sur les normes professionnelles et la discipline. Il a ajouté que le projet de loi instaurait une séparation stricte entre la mission de certification des comptes et les autres prestations de services, notamment de conseil, cette interdiction s'étendant aux réseaux de commissariat aux comptes afin de garantir la stricte indépendance de la profession.

Le ministre a ensuite détaillé les règles relatives au gouvernement d'entreprise. Il a expliqué que le Gouvernement n'avait pas souhaité introduire dans la loi des concepts sans lien avec la tradition juridique française, notamment s'agissant des administrateurs indépendants, mais qu'il avait privilégié une démarche pragmatique visant à renforcer la transparence des entreprises. **M. Dominique Perben** a cité les obligations nouvelles d'information de l'assemblée générale des actionnaires sur les procédures de contrôle interne et les mesures concernant les associations d'investisseurs agréés.

M. Philippe Marini, rapporteur général, a souligné l'importance du projet de loi présenté par les ministres, tant dans la forme puisqu'il comprend 88 articles, que sur le fond puisqu'il s'agissait d'adapter la loi à l'évolution rapide des entreprises et à l'attente des épargnants et des investisseurs. Il a retenu deux objectifs figurant dans le projet de loi : la transparence et la compétitivité. Il a toutefois souligné que le législateur devait faire preuve de « modestie » du fait du caractère globalisé des marchés financiers et des évolutions du droit communautaire, qui non seulement encadrent de plus en plus les marges de manoeuvre du législateur national, mais obligent les Etats membres à adapter fréquemment leur droit aux évolutions de celui-ci.

Puis **M. Philippe Marini, rapporteur général**, a interrogé les ministres sur la création de la nouvelle autorité des marchés financiers (AMF).

Il a rappelé que le Sénat avait déjà voté, à trois reprises, la fusion de la commission des opérations de bourse (COB) et du conseil des marchés financiers (CMF) et il s'est interrogé sur la manière dont le Gouvernement entendait anticiper les évolutions structurelles du marché, et notamment s'il avait l'idée de rapprocher les autorités de régulation des marchés financiers et les autorités de contrôle des banques et des assurances, comme cela existe dans d'autres pays européens. Puis il s'est interrogé sur deux points de droit : la possibilité d'être soumis successivement à une procédure administrative et à une procédure pénale pour les mêmes faits, et plus généralement la séparation, qui lui semble arbitraire, du contentieux boursier entre le juge administratif lorsque des professionnels sont mis en cause et le juge judiciaire lorsqu'il s'agit de particuliers.

M. Francis Mer a répondu, concernant l'opportunité de rapprocher les autorités de contrôle du marché et les autorités de régulation, que ce rapprochement ne fonctionnait pas de manière entièrement satisfaisante dans les pays où il existait comme la Grande-Bretagne et l'Allemagne. Il a souligné la difficulté à ce qu'un même organisme assume une mission de surveillance prudentielle, c'est-à-dire détecte les problèmes avant qu'ils ne deviennent publics, et, dans le même temps, joue un rôle de régulateur, c'est-à-dire rende publics des avis et recommandations. Il n'a toutefois pas exclu un rapprochement à terme.

M. Dominique Perben a expliqué que le projet de loi créait une articulation entre les pouvoirs de l'autorité des marchés financiers et ceux du Parquet puisqu'il existait une obligation, pour le Parquet, d'informer l'autorité des marchés financiers. Il a ajouté que lorsque cette dernière se constituera partie civile dans une procédure pénale, il ne lui sera plus possible de poursuivre l'action administrative. Enfin, s'agissant de la double juridiction, administrative et judiciaire, concernant les délits boursiers, il a indiqué qu'il donnerait davantage de précisions lors du débat en séance publique.

M. Jean-Jacques Hyst, rapporteur pour avis de la commission des lois, a rappelé que la profession de commissaire aux comptes était déjà très réglementée et présentait des garanties, si bien qu'il ne s'agissait pas, par le présent projet de loi, de mettre en doute leur indépendance, mais d'apporter des améliorations. Il a évoqué plusieurs articles du projet de loi : la rotation des commissaires aux comptes tous les six ans, la non-juxtaposition des mandats en matière de co-commissariat aux comptes et les interdictions relatives aux commissaires aux apports et aux fusions. Il a rappelé que la loi relative aux nouvelles régulations économiques avait conduit à un encadrement total des entreprises et il s'est interrogé, au-delà de l'approche pragmatique du présent projet de loi, sur la nécessité de revenir sur certaines des dispositions de la loi NRE trop pénalisantes. Enfin, s'agissant des entreprises publiques, il s'est demandé si le projet de loi n'aurait pas pu aller plus loin avec, par exemple, une révision de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

M. Dominique Perben a rappelé qu'il existait 13.000 commissaires aux comptes dans 3.000 sociétés en France et que l'obligation, pour une entreprise, de changer de commissaire aux comptes tous les six ans lui paraissait un choix raisonnable pour favoriser l'indépendance de la profession. Il a ajouté que l'interdiction faite aux commissaires aux apports de devenir commissaires aux comptes dans les deux ans suivant leur mission était une nécessité afin d'éviter tout conflit d'intérêt.

M. Francis Mer a souligné l'importance donnée par le projet de loi à l'information des actionnaires et a souhaité que les entreprises puissent ainsi se distinguer les unes des autres par la clarté des informations qu'elles délivrent. Il a considéré qu'il s'agissait d'un levier très puissant pour l'information des investisseurs. S'agissant des entreprises publiques, il a confirmé que le Gouvernement entendait aller plus loin, à l'issue des travaux de réflexion qu'il mène actuellement. Il a confirmé qu'il existait quatre grands cabinets de commissariat aux comptes, mais qu'il en existait également beaucoup d'autres dont la qualité devait être reconnue. Enfin, il a approuvé l'observation de M. Jean-Jacques Hyst selon laquelle la qualité de l'audit comptable dépendait en partie de la durée relativement longue du commissariat aux comptes en France, qui n'était pas incompatible avec la rotation du signataire tous les six ans.

Un large débat s'est ensuite engagé.

M. Yann Gaillard s'est interrogé sur le contexte du projet de loi, en particulier sur le récent échec du vote de la directive relative aux offres publiques d'acquisition (OPA), ainsi que sur le rôle éventuellement joué par la chambre de compensation luxembourgeoise Clearstream dans le blanchiment d'argent.

M. Paul Loridant a insisté sur la portée de ce projet de loi qui, selon lui, s'attaquait à la « délinquance en col blanc » et était susceptible de restaurer la confiance dans les entreprises, après une période riche en scandales financiers aux Etats-Unis et en difficultés économiques pour les entreprises françaises. Il a, en outre, émis quatre observations :

- l'importance du titre I était notamment liée aux défaillances qui ont été soulignées au cours de la période récente, à la COB et au CMF ;

- les agences de notation d'envergure mondiale faisaient souvent l'objet d'une confiance aveugle qui pouvait se révéler dangereuse ; aussi conviendrait-il, selon lui, de « noter les notateurs » ;

- les nouvelles normes comptables de l'IASB (International Accounting Standards Board), d'inspiration anglo-saxonne, étaient trop axées sur la valeur et créaient des difficultés pour les banques en les obligeant à évaluer leur portefeuille de créances à tout instant ;

- enfin la dualité des juridictions créait des situations où les décisions des autorités de régulation se trouvaient parfois contredites par l'autorité juridictionnelle, alors qu'il serait nécessaire d'assurer la « non-contestabilité » de ces décisions.

M. Joël Bourdin a ensuite requis des explications sur la suspension pour 18 mois des dispositions de la loi MURCEF relatives aux conventions de comptes. Il a également insisté sur la nécessité de l'encadrement du démarchage, eu égard aux pressions dont les consommateurs font parfois l'objet de la part de certaines officines de crédits à la consommation, et qui peuvent aboutir à des situations de surendettement.

M. François Marc a indiqué que ce texte répondait à une attente réelle et a reconnu que le système actuel de contrôle était relativement efficace, ce qui autorisait le choix d'une voie moyenne de réforme. Il a cependant considéré que la gouvernance d'entreprise aurait mérité d'être durcie, considérant l'emprise croissante des technostructures, la dictature du court terme notamment liée à l'établissement de comptes désormais trimestriels, et le poids des systèmes spéculatifs dont témoignait la hausse trop rapide des capitalisations boursières. Il a estimé que les responsabilités étaient suffisamment mises en évidence dans le projet de loi, mais qu'il était sans doute nécessaire d'accroître la transparence au profit du petit épargnant, qui n'était pas toujours en mesure de comprendre les risques des produits qui lui sont proposés.

M. Maurice Blin s'est demandé si les graves dérives constatées aux Etats-Unis étaient davantage liées à des déficiences structurelles de contrôle qu'au seul « emballement boursier » dont les valeurs technologiques avaient fait l'objet, et s'il était aujourd'hui utile que la législation française s'inspire des exemples espagnol et anglais. Il a également manifesté son souhait que soit, à terme, constituée une législation véritablement européenne et susceptible de résister aux visées expansionnistes des Etats-Unis.

M. Eric Doligé a déploré le fait que certains chefs d'entreprises n'aient, selon lui, guère eu de scrupules à plaider l'ignorance alors que la chute du cours de leur entreprise avait affecté de très nombreux petits épargnants. Il s'est dès lors demandé si ce texte allait permettre de sécuriser la situation de ces épargnants.

M. Jean Arthuis, président, a conclu cette série de questions par la nécessité de renforcer la sincérité et la transparence de l'information financière, qui avait récemment fait l'objet de discours souvent factices. Il s'est ensuite demandé si la nouvelle réglementation contribuerait à accroître la compétitivité de la France, tant au plan des épargnants que de celui des opérateurs, et s'il serait opportun d'introduire une procédure de faillite civile, qui avait été votée par le Sénat en 1989, et permettrait de sanctionner les prêteurs abusifs. Il s'agirait, en outre, d'introduire des dispositions donnant la

possibilité à une commission de surendettement d'annuler certaines créances dès lors que le crédit avait été accordé sans les diligences nécessaires. Constatant enfin la réduction du nombre de cabinets d'audit, qui de huit pourrait passer à deux ou un d'ici quelques années, il a émis le souhait que soit suscité l'avènement de nouveaux réseaux en vue d'assurer la pluralité du contrôle des comptes.

En réponse, **M. Francis Mer** a tout d'abord indiqué qu'une enquête sur la société Clearstream était actuellement menée par les autorités luxembourgeoises. Il a également reconnu que la directive OPA faisait aujourd'hui l'objet de négociations très difficiles, mais qu'un accord européen était néanmoins nécessaire pour une plus grande égalité de concurrence, tout en permettant aux entreprises de se défendre contre les OPA hostiles avec l'accord de leurs actionnaires.

Il a ensuite considéré qu'il était indispensable de ne pas placer sur le même plan une affaire telle que celle d'Enron, qui témoignait de comportements résolument criminels, et la situation de sociétés telles que France Télécom, Daewoo ou Michelin. L'appréciation de ces situations était selon lui tributaire d'une approche philosophique de la sphère économique, dont les maîtres mots devaient être liberté et responsabilité. Cette conception imposait que les règles du jeu soient claires, et ne devait pas occulter le fait que de nombreux petits épargnants avaient, dans un passé récent, enregistré d'importantes plus-values boursières lorsque les cours étaient en phase ascendante.

Concernant les trois principales agences de notation, il a rappelé que leurs prestations étaient tarifées et laissaient donc aux émetteurs la liberté de se faire noter. Les agences étaient, selon lui, conscientes de l'intérêt qu'elles avaient à être transparentes, et leur activité contribuait également à entretenir une nécessaire discipline dans les finances des Etats et des entreprises. Sur le sujet des normes comptables, il a admis que la réflexion sur la norme IAS 39 devait être poursuivie afin d'éviter une trop grande volatilité dans les comptes, et a indiqué que ce thème figurait à l'ordre du jour de la réunion des ministres des finances du G7 qui devait se tenir dans deux semaines.

Reprenant la question de **M. Joël Bourdin** sur les conventions de comptes bancaires, il a rappelé que le Gouvernement proposera au Parlement de suspendre pour 18 mois les dispositions de la loi MURCEF qui étaient inapplicables, sauf à imposer l'envoi de 60 millions de conventions, les banques ayant pris en contrepartie des engagements dans une charte.

Il a ensuite estimé qu'une éthique financière ne saurait être créée par décret et que l'inventivité juridique prendrait toujours le dessus sur la précision de la loi. A propos des comptes trimestriels, il a également vivement contesté la perception d'une dictature du court terme, qui n'était selon lui que d'ordre médiatique, et a mis en exergue le fait que les investisseurs

institutionnels s'intéressaient, avant tout, aux perspectives de long terme des entreprises et que la spéculation était loin d'être généralisée. Il a dès lors estimé que le projet de loi de sécurité financière était suffisamment équilibré pour assurer la crédibilité, condition nécessaire et préalable à la compétitivité, de la régulation économique française.

Revenant, enfin, sur l'hypothèse de la faillite civile, **M. Francis Mer** a estimé qu'elle était surtout susceptible de provoquer un engorgement des tribunaux, et que le consommateur devait rester responsable de ses choix. Une réflexion sur l'amélioration de la prévention du surendettement était néanmoins en cours.

M. Dominique Perben a confirmé la position de M. Francis Mer sur la prévention du surendettement, en indiquant qu'il était souhaitable d'améliorer le dispositif actuel, notamment par l'attribution de nouveaux pouvoirs aux commissions de surendettement, mais qu'une procédure de faillite civile ne serait pas gérable. Il a ensuite fait valoir que la séparation des activités de conseil et d'audit constituait un élément essentiel du projet de loi, qui allait dans le sens d'une amélioration de la transparence. Cette dernière serait également développée par les travaux du Haut conseil du commissariat aux comptes.

II. AUDITION DE M. JEAN-FRANÇOIS LEPETIT, PRÉSIDENT DE LA COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE

Réunie le mercredi **12 février 2003** sous la présidence de M. Jean Arthuis, président, la commission a procédé à l'**audition** de **M. Jean-François Lepetit, président de la COB**, sur le **projet de loi n° 166 (2002-2003) de sécurité financière**.

En introduction, **M. Jean-François Lepetit, président de la COB**, a rappelé qu'à elle seule, une loi ne pouvait rétablir la confiance sur les marchés, mais que le renforcement du cadre institutionnel de régulation des marchés prévu dans le projet de loi de sécurité financière constituait, de toute évidence, une étape très positive.

Il a estimé que la création de l'Autorité des marchés financiers (AMF) constituait un moment important de l'évolution de la régulation française, qui devrait permettre à cette autorité d'atteindre une taille critique de nature à lui donner les moyens d'assurer la protection des investisseurs. Il a considéré que la création d'une autorité unique permettait de renforcer la cohérence de la régulation financière française, d'en simplifier le schéma pour les acteurs des marchés nationaux et de faciliter sa représentation internationale.

M. Jean-François Lepetit a ensuite présenté les principales dispositions du projet de loi relatives à l'AMF : sa personnalité morale sui generis qui lui confère l'autonomie budgétaire, une large autonomie de gestion de ses personnels et une pleine capacité à agir en justice ; la composition de son collège, équilibrée entre différentes compétences nécessaires ; l'existence d'une commission des sanctions répondant aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a ensuite évoqué les relations de l'AMF avec l'Etat et le gouvernement, avec les autres autorités de contrôle des entreprises du secteur financier, avec le Parlement et avec les autorités judiciaires.

Il a toutefois attiré l'attention de la Commission sur la question de la représentation collective unifiée des salariés, qui mériterait, selon lui, d'être précisée dans la loi. Et, afin de permettre à l'AMF de disposer des ressources nécessaires au bon accomplissement de ses missions, qui sont rendues plus complexes et plus nombreuses par des évolutions en cours ou prévisibles des marchés, il a appelé de ses vœux une taxe fixe, modulable par tranches et pesant sur l'ensemble des émetteurs faisant appel public à l'épargne.

Evoquant ensuite le volet du projet de loi relatif au contrôle légal des comptes, **M. Jean-François Lepetit** a rappelé que les commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne étaient des auxiliaires indispensables de la COB et de la future AMF. A ce titre, il s'est félicité que le projet de loi tienne compte de la nécessaire relation entre le régulateur boursier et les commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne en confirmant les bases légales et en associant l'AMF aux nouvelles modalités de contrôle. Il a également rappelé les actions entreprises par la COB depuis de nombreuses années pour assurer la qualité des diligences des commissaires aux comptes et encourager la rotation des signataires des comptes tous les six ans au moins. Il a toutefois regretté que le projet de loi renvoie l'application de cette dernière disposition à 2006, voire 2011.

S'agissant des questions de gouvernement d'entreprise, **M. Jean-François Lepetit** a rappelé que les mécanismes de contrôle ne valaient que par le sens des responsabilités et la compétence de ceux qui les mettaient en œuvre. Il a estimé que le code de commerce comportait des dispositions qui constituaient un cadre de bonne gouvernance pour les sociétés françaises et a rappelé que la COB faisait obligation aux émetteurs depuis 1996 de présenter dans leur rapport annuel ou leur prospectus leurs pratiques en matière de gouvernement d'entreprise. Il a considéré que le projet de loi renforçait cette approche en confiant à l'AMF le soin de préciser, pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, les modalités d'information du marché sur l'organisation et le fonctionnement du conseil d'administration et les procédures de contrôle mises en place par la société. En outre, le projet de loi rend obligatoire la recommandation édictée par la COB en 2001 sur la déclaration des opérations effectuées sur les titres de la société par les dirigeants et les personnes ayant un lien personnel avec eux. Il a estimé sage,

avant de prendre des mesures plus coercitives, d'attendre le bilan que ferait l'AMF sur les pratiques des sociétés.

Abordant enfin les dispositions du projet de loi relatives au démarchage et aux conseillers en investissements financiers, **M. Jean-François Lepetit** s'est félicité de l'unification des textes en matière de démarche et du choix d'une responsabilité en chaîne dans le cadre d'un système de mandat. Il a cependant considéré que la mise en œuvre pratique du contrôle serait difficile en raison du nombre de personnes concernées et de leur dispersion géographique. Il a ensuite estimé que le choix d'une certaine autorégulation des conseillers en investissements financiers, sous le contrôle de l'AMF, paraissait nécessaire pour favoriser l'organisation de la profession.

Il a ensuite évoqué la polémique relative aux analystes financiers. Il a souhaité rappeler que l'exercice de cette activité était encadré depuis mai 2002 par des dispositions du règlement général et d'une décision générale du conseil des marchés financiers (CMF). Il a estimé que tout changement dans ce statut professionnel devait se faire par une prise en charge par l'AMF, et non par le développement de l'autorégulation.

Enfin, s'agissant des agences de notation, **M. Jean-François Lepetit** a souhaité qu'elles se dotent de règles déontologiques communes et a évoqué l'opportunité de mettre en place un statut professionnel relevant de l'AMF.

M. Philippe Marini, rapporteur général, a souhaité que le président de la COB donne quelques précisions à la Commission sur les mécanismes de transferts de risques entre la sphère bancaire et la sphère de marché, notamment par le biais des dérivés de crédit. Il s'est interrogé sur la légitimité, dans ces conditions, de maintenir une régulation à deux piliers, un pilier prudentiel et un pilier de régulation des marchés, alors que plusieurs autres pays avaient opté pour une autorité de régulation unique.

Il a également souhaité recueillir l'analyse du président de la COB sur la possibilité, en droit boursier français, de conduire, pour des mêmes faits impliquant les mêmes personnes, deux procédures concurrentes, l'une débouchant sur les sanctions administratives de l'autorité de régulation de marché et l'autre aboutissant à des sanctions pénales infligées par le juge judiciaire, en dépit de la règle *non bis in idem*.

En réponse à M. Philippe Marini et aux interventions de **MM. Claude Belot, Paul Loridant et Jean Arthuis, président**, **M. Jean-François Lepetit, président de la COB**, a rappelé les principales caractéristiques des dérivés de crédit. Il a admis que l'architecture des autorités de régulation faisait débat. Il a insisté sur la distinction des rôles entre le pilier prudentiel et le pilier de marché, estimant même qu'était susceptible d'exister un conflit d'intérêt entre le régulateur bancaire, dont le rôle est de cantonner les risques bancaires et le protecteur de l'épargne publique, dont le rôle est d'autant plus important, aujourd'hui, que les banques

cèdent une partie de leurs risques de bilan à des véhicules d'investissement collectif. Il a souhaité, avant d'aller plus avant dans une architecture unifiée, que l'harmonisation du droit boursier et les rapprochements entre régulateurs de marché soient plus avancés.

S'agissant de la possibilité d'un cumul entre une sanction administrative et une sanction pénale, il a rappelé que le législateur de 1989 avait admis cette redondance, compte tenu de la lenteur de la justice pénale. Il a rappelé que la procédure devant la COB répondait désormais aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'elle permettait de sanctionner rapidement les auteurs d'infractions boursières.

M. François Marc a souhaité connaître les dispositions du projet de loi qui permettaient d'assurer la fiabilité personnelle des futurs membres de l'AMF. Il a également souhaité savoir qui serait juge des bonnes pratiques des sociétés en matière de gouvernement d'entreprise.

En réponse à M. François Marc, **M. Jean-François Lepetit** a estimé que le choix des membres de l'AMF par le ministre, au sein des professionnels des marchés financiers où les réputations sont bien connues, mais aussi les règles déontologiques posées par l'article 5 du projet de loi, devaient permettre d'assurer l'honorabilité et la moralité des membres de l'AMF. S'agissant du gouvernement d'entreprise, il a estimé qu'il fallait tenir compte des différences entre les sociétés et ne pas fixer trop de règles obligatoires dont le respect pouvait n'être qu'apparent, comme l'avait montré le cas de la société Enron.

M. Jacques Chaumont s'est interrogé sur une éventuelle insuffisance de moyens de l'AMF, au regard notamment de ceux dont dispose la Securities Exchange Commission (SEC) américaine. Il a également souhaité connaître l'appréciation du président de la COB sur la notion de fair value (ou juste valeur).

En réponse à M. Jacques Chaumont, **M. Jean-François Lepetit** a estimé que des moyens supplémentaires seraient sans doute nécessaires dans les prochaines années. Il s'est dit très attaché à la définition de règles comptables internationales mais ne pas être un « très chaud partisan » de la fair value.

M. Jean Arthuis, président, a souhaité savoir si les dispositions de la législation française relatives aux options d'achat étaient actuellement suffisantes pour éviter les abus.

En réponse à M. Jean Arthuis, président, **M. Jean-François Lepetit** a reconnu que les options d'achat avaient certainement été à l'origine de la formation de bulles sur les marchés financiers et étaient donc susceptibles de susciter d'importants effets pervers. Il a souhaité que leur attribution soit liée non seulement à l'évolution des cours de bourse, mais aussi à d'autres performances de l'entreprise, qu'elle se fasse avec une certaine régularité, et non pas seulement lorsque les cours sont bas, et que la question de leur répartition entre dirigeants et autres attributaires soit revue.

EXAMEN EN COMMISSION

Réunie le mercredi **12 mars 2003** sous la présidence de M. Jean Arthuis, président, la commission a procédé à l'**examen** du **rapport** de **M. Philippe Marini, rapporteur général**, sur le **projet de loi n° 166** (2002-2003), de **sécurité financière**.

M. Philippe Marini, rapporteur général, s'est tout d'abord félicité que la procédure d'urgence n'ait pas été déclarée pour l'examen du projet de loi de sécurité financière. Il a estimé que le précédent de la loi relative aux nouvelles régulations économiques avait mis en évidence le caractère inadapté de cette procédure en matière de législation financière.

Le rapporteur a considéré que le projet de loi constituait à la fois un aboutissement, une étape et un signal. Un aboutissement car il concrétisait plusieurs réformes mûries de longue date, telle la création de l'Autorité des marchés financiers, appelée de ses vœux par la commission des finances dès 1994 et dont le principe avait été voté trois fois par le Sénat au cours des deux dernières années. Une étape car le droit financier était une matière mouvante, caractérisée par la multiplicité des normes et de leurs sources, à laquelle le législateur national devait s'adapter. Il a insisté sur le raccourcissement des « cycles législatifs » en matière financière, en constatant que plus de vingt années s'étaient écoulées entre la création de la Commission des opérations de bourse en 1967 et les grandes réformes de la fin des années quatre-vingt et que, par ailleurs, la loi de modernisation des activités financières de 1996 était intervenue moins de dix ans après celles-ci et que, depuis cette date, les lois relatives à l'épargne et à la sécurité financière (ESF), aux nouvelles régulations économiques (NRE) ou encore la loi relative aux mesures urgentes à caractère économique et financier (MURCEF), s'étaient succédées à intervalle rapproché.

Enfin, **M. Philippe Marini, rapporteur général**, a considéré que le projet de loi était un signal en direction des épargnants désorientés dans un contexte boursier dégradé. Il a jugé utiles toutes les mesures en matière de transparence et de gouvernement d'entreprise de nature à redonner confiance aux investisseurs.

Le rapporteur a estimé qu'il convenait d'aborder le projet de loi de sécurité financière de manière ambitieuse, pour répondre aux attentes, mais qu'il fallait dans le même temps faire preuve de modestie et se garder de toute « naïveté ». Il a indiqué que les principaux axes de sa réflexion avaient été le renforcement de la régulation, la préservation de la compétitivité du système financier français et la définition de principes, de préférence à des raisonnements en fonction de cas particuliers.

Puis la commission a examiné les amendements présentés par M. Philippe Marini, rapporteur général.

La commission a adopté l'article premier (l'Autorité des marchés financiers- AMF) et l'article 2 (statut et missions de l'AMF) sans modification.

A l'article 3 (structure et composition des instances dirigeantes de l'AMF), la commission a adopté un amendement tendant à supprimer la présence au collège de l'AMF d'un membre de la Cour des comptes.

A l'article 4 (règles de procédure relatives à la prise de décision), la commission a adopté un amendement relatif à la présence du commissaire du gouvernement auprès de l'AMF.

A l'article 5 (prévention des conflits d'intérêts, secret professionnel et moralité), la commission a adopté deux amendements rédactionnels.

A l'article 6 (délégations), la commission a adopté un amendement rédactionnel.

A l'article 7 (personnels et ressources), la commission a adopté huit amendements tendant à instaurer une procédure d'avis concerté pour la nomination du secrétaire général de l'AMF, mettre en place des institutions représentatives du personnel au sein de l'AMF, créer au profit de l'AMF une contribution financière sur les conseillers en investissements financiers, créer au profit de l'AMF une contribution financière sur tous les émetteurs faisant appel public à l'épargne, prévoir que les décrets fixant les taux des taxes perçues par l'AMF sont pris sur avis du collège, soumettre les personnels de l'AMF à une « commission de déontologie » ad hoc, créée au sein du collège, et apporter, pour deux d'entre eux, des précisions rédactionnelles.

A l'article 8 (pouvoir réglementaire et de décision individuelle), après les interventions de **MM. Jean Arthuis, président**, et **Paul Loridant**, la commission a adopté un amendement permettant au règlement général de l'AMF de définir les conditions d'activité des analystes financiers. Puis elle a adopté un amendement encadrant le recours au décret, en cas de carence de l'AMF.

Puis la commission a adopté l'article 9 (contrôles et enquêtes) sans modification.

A l'article 10 (champ des contrôles et des enquêtes de l'AMF), après les interventions de **MM. Jean Arthuis, président**, **Yann Gaillard**, **Paul Loridant** et **François Marc**, la commission a adopté un amendement soumettant au contrôle de l'AMF les analystes financiers et les agences de notation, ainsi qu'un amendement rédactionnel.

La commission a adopté l'article 11 (modalités d'exercice du pouvoir de contrôle et d'enquête de l'AMF) et l'article 12 (mesures d'urgence) sans modification.

A l'article 13 (pouvoirs d'injonction directe et de saisine du Tribunal de grande instance), la commission a adopté un amendement tendant à rétablir la compétence du président du Tribunal de grande instance de Paris pour connaître des exceptions d'illégalité soulevées contre le règlement général de l'AMF à l'occasion d'une saisine par l'AMF pour prendre des mesures urgentes.

A l'article 14 (pouvoir de sanction), la commission a adopté cinq amendements tendant à supprimer la possibilité pour la commission des sanctions de nommer un rapporteur parmi ses membres, faire entrer dans le champ du pouvoir de sanction de l'AMF les analystes financiers et les agents de notation, prévoir que le rapporteur de la commission des sanctions n'assistait pas au délibéré de ladite commission, articuler, en matière de répression des délits boursiers, la procédure de sanction de l'AMF et les poursuites pénales afin de limiter les cas de concomitance des procédures, et apporter une précision rédactionnelle.

Puis la commission a adopté un article additionnel après l'article 14 tendant à centraliser l'instruction et le jugement des délits boursiers au Tribunal de grande instance de Paris.

A l'article 15 (exercice des droits de la partie civile), la commission a adopté deux amendements tendant, d'une part, à permettre à l'AMF de demander au procureur de la République du Tribunal de grande instance de Paris la mise en mouvement de l'action publique et, d'autre part, à exclure l'obtention par l'AMF de dommages-intérêts, lorsqu'elle se porte partie civile dans le cadre de cet article.

Puis la commission a adopté les articles 16 (réclamation, conciliation et médiation), 17 (article 40 du code de procédure pénale et avis à juridiction), et 18 (coopération internationale) sans modification.

A l'article 19 (voies de recours contre les décisions de l'AMF), la commission a adopté un amendement tendant à établir un « bloc de compétence » au profit du juge judiciaire pour l'ensemble des recours dirigés contre les sanctions infligées par l'AMF.

A l'article 20 (dispositions pénales), la commission a adopté deux amendements rédactionnels.

A l'article 21 (comité consultatif du secteur financier), la commission a adopté deux amendements, l'un de nature rédactionnelle et l'autre de coordination avec le dispositif proposé à l'article 22.

A l'article 22 (comité consultatif de la législation et de la réglementation financières), la commission a adopté un amendement tendant à créer un comité de législation et de la réglementation financières qui reprenait notamment le pouvoir normatif actuellement détenu par le comité de la réglementation bancaire et financière.

A l'article 23 (régime des salariés membres des comités consultatifs), la commission a adopté un amendement de coordination avec l'amendement adopté à l'article 22.

A l'article 24 (transfert au ministre, du pouvoir normatif du Comité de la réglementation bancaire et financière), la commission a adopté un amendement de suppression de cet article, par coordination avec l'amendement adopté à l'article 22.

A l'article 25 (Comité des entreprises d'assurances), la commission a adopté trois amendements tendant à assurer un parallélisme dans les compositions du comité des entreprises d'assurance et du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, apporter une précision rédactionnelle et supprimer des dispositions du code des assurances devenues obsolètes .

A l'article 26 (missions et composition de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance - CCAMIP), la commission a adopté quinze amendements tendant à conférer la personnalité morale à la CCAMIP, tirer, pour quatre d'entre eux, les conséquences de ce nouveau statut, apporter, pour sept d'entre eux, des précisions de nature rédactionnelle, prévoir que le secrétaire général de la commission de contrôle était nommé après avis de la commission, supprimer la mention dans la loi d'un secrétaire général adjoint et instaurer un taux de contribution pour frais de contrôle distinct pour les organismes mutualistes qui n'exercent pas d'activité d'assurance.

A l'article 27 (pouvoirs de contrôle de la CCAMIP), la commission a adopté un amendement de coordination avec un amendement adopté à l'article 26.

A l'article 28 (dispositions diverses relatives à la CCAMIP), la commission a adopté deux amendements de précision rédactionnelle.

A l'article 29 (prise en compte de la création de la CCAMIP dans les codes de la sécurité sociale et de la mutualité), la commission a adopté un amendement de coordination avec un amendement adopté à l'article 28.

A l'article 30 (rapprochement de la Commission bancaire et de la CCAMIP), la commission a adopté un amendement tendant à permettre au président la CCAMIP d'être représenté à la Commission bancaire.

La commission a adopté l'article 31 (marché des titres de créances négociables) sans modification.

Puis la commission a adopté deux articles additionnels après l'article 31 concernant les mécanismes de compensation et de résiliation des créances et des dettes, élargissant l'accès à ces mécanismes.

La commission a adopté l'article 32 (agrément des prestataires de services d'investissement) et l'article 33 (tenue de compte-conservation) sans modification.

Après l'article 33, la commission a adopté un article additionnel tendant à fixer des principes déontologiques pour les analystes financiers et une obligation de conservation des documents préparatoires des services de recherche financière et des agences de notation.

A l'article 34 (application aux acteurs de la gestion financière des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux), la commission a adopté un amendement rédactionnel.

A l'article 35 (dispositions diverses), la commission a adopté un amendement de précision rédactionnelle ainsi que deux amendements de coordination avec l'amendement adopté à l'article 22.

A l'article 36 (continuité des règlements), la commission a adopté un amendement de coordination avec l'amendement adopté à l'article 22.

A l'article 37 (diverses abrogations), la commission a adopté trois amendements de coordination avec les amendements adoptés aux articles 19, 21, 22 et 23.

A l'article 38 (mesures transitoires), la commission a adopté deux amendements rédactionnels.

A l'article 39 (nouveau régime du démarchage bancaire ou financier), la commission a adopté treize amendements tendant à :

- compléter la liste des opérations et services susceptibles de faire l'objet de démarchage par l'insertion de la fourniture par les conseillers en investissements financiers de prestations de conseil,
- modifier les critères de définition des investisseurs exclus du champ du démarchage, en substituant au critère quantitatif prévu par le texte du projet de loi un critère qualitatif d'investisseur professionnel,
- inclure dans le champ du démarchage les prises de contact, sollicitées ou non, s'exerçant dans les locaux des services financiers des sociétés de crédit contractuellement liées aux entreprises de grande

distribution, dès lors que ces locaux sont situés sur le même lieu ou à proximité immédiate du magasin de grande surface dans lequel le consommateur effectue ses achats,

- exclure du champ du démarchage les propositions de contrats de crédits affectés, de ventes à tempérament et de location-vente ou location avec option d'achat,

- inclure certaines catégories de mutuelles dans la liste des personnes habilitées à procéder au démarchage,

- étendre et préciser les exceptions au régime du démarchage prévues au bénéfice des dispositifs d'épargne salariale,

- préciser le champ de l'habilitation au démarchage financier des conseillers en investissements financiers,

- étendre les obligations d'information des démarcheurs à l'égard de leurs mandants,

- apporter une précision rédactionnelle,

- par coordination, mentionner l'autorité qui sera chargée de procéder à l'enregistrement en tant que démarcheurs des salariés et mandataires des mutuelles habilitées,

- inclure dans le champ du démarchage deux types de produits non cotés,

- renforcer les garanties de bonne compréhension par la personne démarchée de l'offre qui lui est proposée,

- préciser les conditions financières de l'offre contractuelle que le démarcheur a obligation de soumettre à la personne démarchée.

Puis la commission a adopté les articles 40 (régime des infractions pénales relatives au démarchage), et 41 (dispositions diverses), sans modification.

A l'article 42 (nouveau régime des conseillers en investissements financiers), la commission a adopté six amendements tendant à :

- faire préciser par le règlement général de l'AMF, et non par un décret, les dispositions relatives aux conditions de compétence des conseillers en investissements financiers,

- préciser que le contrat d'assurance en responsabilité civile professionnelle couvrait les manquements des conseillers en investissements financiers à leurs obligations professionnelles,

- insérer un devoir d'adéquation de l'offre du conseiller en investissements financiers aux besoins et objectifs de leurs clients,

- contraindre les conseillers en investissements financiers à s'interdire toute initiative susceptible de laisser croire à la clientèle qu'ils pouvaient exercer des activités pour lesquelles ils n'étaient pas agréés,

- obliger les conseillers en investissements financiers à communiquer aux clients l'étendue et la nature juridique des engagements qui les liaient à d'autres prestataires,

- faire préciser par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers les modalités de transmission des fichiers qui étaient constitués par les associations professionnelles agréées.

A l'article 43 (sanctions disciplinaires applicables aux conseillers en investissements financiers), la commission a adopté un amendement tendant à apporter une précision rédactionnelle sur les personnes visées par les sanctions.

Puis la commission a adopté sans modification les articles 44 (sanctions pénales applicables aux conseillers en investissements financiers), 45 (modification de la liste des actifs éligibles des organismes de placement en valeurs mobilières (OPCVM) et autorisation de l'utilisation des dérivés de crédit), 46 (suppression de l'obligation d'émettre des parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières à tout moment de la vie de l'OPCVM), et 47 (introduction d'une « étanchéité financière » entre les différents compartiments d'un fonds à compartiments).

Après l'article 47, la commission a adopté un article additionnel ouvrant la possibilité de créer différentes catégories de parts ou actions au sein d'un OPCVM.

Puis la commission a adopté sans modification les articles 48 (suppression de la distinction entre les sociétés de gestion collective et les sociétés de gestion de portefeuille), 49 (adhésion au mécanisme de garantie des titres de l'ensemble des prestataires de services d'investissement, à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille), et 50 (mesures relatives aux émetteurs et gestionnaires de monnaie électronique et d'autres moyens de paiement).

A l'article 51 (aggravation des sanctions disciplinaires et pécuniaires applicables aux personnes physiques et morales exerçant la profession de change manuel), la commission a adopté un amendement tendant à préciser que les dirigeants de droit ou de fait d'une société de change manuel qui avait fait l'objet d'une sanction pécuniaire étaient tenus solidairement au paiement de cette sanction.

Puis la commission a adopté sans modification les articles 52 (extension des possibilités d'échange d'information entre les autorités de régulation françaises et leurs homologues étrangères), et 53 (extension aux entreprises d'investissement de certaines dispositions applicables aux établissements de crédit en matière de contrôle de la structure du capital).

A l'article 54 (encadrement de la dissolution anticipée des établissements de crédit et des entreprises d'investissement), la commission a adopté un amendement tendant à supprimer une référence inutile.

Puis la commission a adopté les articles 55 (garantie de la rémunération de l'administrateur provisoire ou du liquidateur d'un prestataire de services d'investissement) et 56 (suppression de la situation hebdomadaire de la Banque de France), sans modification.

A l'article 57 (le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages), elle a adopté un amendement qui supprime une distorsion de concurrence entre entreprises d'assurance agréées en France et entreprises non agréées en France à raison des recours intentés par le fonds de garantie contre les responsables d'accidents de la circulation.

A l'article 58 (gestion et financement des majorations de rentes par le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages), la commission a adopté un amendement rédactionnel.

A l'article 59 (transposition de la IVe directive à l'assurance automobile), la commission a adopté sept amendements rédactionnels.

Après l'article 59, la commission a adopté une division additionnelle intitulée « dispositions diverses » et deux articles additionnels tendant à préciser le champ des actions en responsabilité que pouvaient intenter les fonds de garantie à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait des établissements pour lesquels ils interviennent et à renforcer les obligations auxquelles était soumise la publicité pour le crédit à la consommation. **M. Jean Arthuis, président**, a alors souligné que les crédits renouvelables étaient parfois gagés par l'aide sociale, et qu'il serait donc souhaitable d'étendre les pouvoirs des commissions de surendettement. Il s'est également félicité de ce que les questions du surendettement et du crédit à la consommation suscitaient au sein de la commission un large consensus.

Puis la commission a adopté l'article 60 (création d'une division en tête du titre II du livre VIII du code de commerce) sans modification.

A l'article 61 (création d'une division regroupant les dispositions relatives au contrôle et à l'organisation de la profession), après l'intervention de **M. Jean Arthuis, président**, la commission a adopté six amendements : un amendement de clarification des missions du Haut conseil du commissariat aux comptes et un amendement de coordination, un amendement précisant la

durée du mandat des membres du Haut conseil, un amendement supprimant les suppléants dans cette même autorité, un amendement prévoyant l'institution de commissions consultatives spécialisées, et un amendement rédactionnel concernant la consultation des commissions régionales de commissaires aux comptes.

Puis la commission a adopté l'article 62 (création d'une division regroupant les dispositions relatives au statut des commissaires aux comptes), l'article 63 (création de deux divisions regroupant respectivement les dispositions relatives à l'inscription et la discipline d'une part, à la déontologie et l'indépendance d'autre part), et l'article 64 (dispositions relatives à l'inscription et à la discipline), sans modification.

A l'article 65 (dispositions tendant à prévenir les conflits d'intérêt), la commission a adopté six amendements : un amendement de codification, deux amendements rédactionnels concernant les prestations de services fournies par les commissaires aux comptes et les réseaux, un amendement étendant la séparation de l'audit et du conseil aux prestations fournies à des groupes de sociétés, et un amendement de coordination terminologique.

A l'article 66 (procédure de désignation des commissaires aux comptes et modification de l'organisation du commissariat), après les interventions de **MM. Jean Arthuis, président** et **François Marc**, la commission a adopté cinq amendements : un amendement rédactionnel, un amendement supprimant l'interdiction faite aux dirigeants et administrateurs salariés de voter pour la désignation des commissaires aux comptes dont la nomination était proposée à l'assemblée générale, un amendement interdisant de déroger à la durée du mandat de commissaire aux comptes pour l'allonger au delà de six exercices, un amendement disposant que les commissaires aux comptes devaient, dans le cas du «co-commissariat», mettre en oeuvre des moyens comparables pour l'examen des comptes et enfin un amendement de coordination.

Puis la commission a adopté l'article 67 (disposition de coordination), l'article 68 (information sur le montant des honoraires versés aux commissaires aux comptes), l'article 69 (coordination), l'article 70 (incompatibilité avec le commissariat aux apports), et l'article 71 (abrogations de dispositions du code de commerce), sans modification.

A l'article 72 (relations entre l'Autorité des marchés financiers et les commissaires aux comptes des personnes faisant publiquement appel à l'épargne), la commission a adopté un amendement disposant que les commissaires aux comptes devaient alerter l'AMF de tout fait ou décision de nature à entraîner un refus de certification des comptes.

A l'article 73 (dispositions transitoires), la commission a adopté un amendement corrigeant une erreur de référence.

Puis la commission a adopté l'article 74 (dispositions de coordination) et l'article 75 (modification de références) sans modification.

Avant l'article 76, la commission a adopté un article additionnel inscrivant dans le code de commerce le comité des comptes et lui fixant une organisation et des missions précises, tout en conservant son caractère facultatif.

A l'article 76 (information des actionnaires sur les méthodes de travail du conseil d'administration ou du conseil de surveillance), la commission a adopté quatre amendements : deux amendements pour simplifier la procédure de rapport sur le contrôle interne et les méthodes de travail du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, ce rapport était un rapport joint au rapport annuel, et deux amendements rédactionnels.

Après l'article 76, la commission a adopté un article additionnel permettant aux statuts des sociétés par actions simplifiées de prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes pouvaient exercer les pouvoirs de représentation conférés au président de ces sociétés.

A l'article 77 (amélioration de l'information des actionnaires en vue de la tenue de l'assemblée générale), la commission a adopté un amendement rédactionnel tendant à prévoir une « communication » des projets de résolutions des actionnaires, plutôt qu'une « diffusion » de ceux-ci.

A l'article 78 (rapport du commissaire aux comptes sur les méthodes et procédures de contrôle interne), la commission a adopté, par coordination avec les amendements adoptés à l'article 76, un amendement rédactionnel disposant que le rapport des commissaires aux comptes serait un rapport joint à leur rapport général.

A l'article 79 (publicité de certains mouvements de titres concernant une personne faisant appel public à l'épargne), la commission a adopté trois amendements : un amendement étendant à étendre l'obligation de publicité sur les transactions de titres détenus par les dirigeants et mandataires sociaux aux transactions sur les instruments financiers à terme sur ces titres, un amendement précisant que les personnes soumises également à l'obligation de publicité étaient les personnes ayant des liens personnels étroits avec les dirigeants et mandataires sociaux conformément à la directive européenne sur les abus de marché, enfin un amendement corrigeant une erreur de référence.

A l'article 80 (régime des conventions courantes conclues à des conditions normales), la commission a adopté un amendement visant à supprimer l'obligation de communication des conventions courantes conclues à des conditions normales.

A l'article 81 (abrogation des dispositions relatives à la déclaration de franchissement de seuils des intermédiaires inscrits) la commission a adopté un amendement de coordination.

A l'article 82 (droit d'ester en justice des associations d'investisseurs), après l'intervention de **M. Jean Arthuis, président**, la commission a adopté un amendement tendant, d'une part, à maintenir la procédure d'agrément des associations d'investisseurs agréées, tout en l'allégeant et en prévoyant des conditions d'honorabilité et de compétence des dirigeants de ces associations, et d'autre part à permettre à ces associations agréées de recourir à des moyens de publicité. Par ailleurs des associations détenant plus de 5 % des droits de vote ou 1% pour les entreprises dont la valeur du capital est très élevée, pourraient également agir en justice.

Après l'article 82, la commission a adopté un article additionnel tendant à obliger les gérants de capitaux à exercer leurs droits de vote dans les assemblées générales ou, à défaut, de motiver leur choix.

Puis la commission a adopté l'article 83 (harmonisation), et l'article 84 (application aux dirigeants d'établissements publics de l'Etat exerçant une activité industrielle et commerciale de la législation sur le cumul des mandats sociaux) sans modification.

Après l'article 84, la commission a adopté un article additionnel tendant à harmoniser le régime des dérogations au cumul des mandats dans le cadre du périmètre de la consolidation entre les sociétés à conseil d'administration et les sociétés duales.

Puis la commission a adopté l'article 85 (définition du périmètre de consolidation) sans modification.

A l'article 86 (extension du champ des établissements publics soumis à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes), la commission a adopté un amendement tendant à supprimer la disposition au terme de laquelle la désignation de commissaires aux comptes dans les établissements publics de l'Etat devrait intervenir au plus tard au 1^{er} janvier 2006, cette disposition étant déjà prévue à l'article 87.

Puis, la commission a adopté l'article 87 (extension du champ de l'obligation d'établir des comptes consolidés pour les groupes publics) sans modification.

A l'article 88 (application outre-mer), la commission a adopté un amendement de suppression d'une référence inutile.

La commission a alors adopté l'ensemble du projet de loi ainsi modifié.