

Document mis
en distribution
le 30 septembre 2002



N° 233

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

DOUZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 septembre 2002.

RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE SUR LA PROPOSITION DE LOI (N° 193) DE M. PHILIPPE HOUILLON, *modifiant certaines dispositions du code de commerce relatives aux mandats sociaux*,

PAR M. PHILIPPE HOUILLON,

Député.

Sociétés.

SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION	5
I – LA REFORME DU CUMUL DES MANDATS SOCIAUX DANS LA LOI NRE : UN RENDEZ-VOUS MANQUE	8
1. Le cumul des mandats sociaux avant la loi NRE	9
2. La réforme introduite par la loi NRE : un dispositif complexe	10
II – AMBIGUÏTE ET COMPLEXITE : LES REDOUTABLES DIFFICULTES D'APPLICATION DE LA LOI NRE	12
1. Les difficultés d'interprétation de la loi NRE.....	12
2. Un système excessivement rigide.....	13
3. Un dispositif peu cohérent.....	14
III – LA PROPOSITION DE LOI : DEFINIR UN CADRE GARANTISSANT LA SECURITE JURIDIQUE DES ENTREPRISES	15
DISCUSSION GÉNÉRALE	16
Article 1 ^{er}	17
Article 2.....	21
Article 3.....	22
TEXTE ADOPTE PAR LA COMMISSION	23
TABLEAU COMPARATIF	27

MESDAMES, MESSIEURS,

La présente proposition de loi n'est pas une réforme de plus du droit des sociétés, une de ces multiples réformes partielles, sans vision d'ensemble et éloignée des réalités de terrain, qui ont fait florès depuis une décennie, soumettant cette partie de notre droit à une véritable frénésie législative.

Elle vise au contraire à apporter une réponse législative ciblée, pratique et réaliste au problème concret que pose, sur le terrain, aux entreprises, la mise en œuvre des règles de cumul des mandats sociaux telles qu'elles résultent de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE.

Car il y a urgence : aux termes de cette loi, les personnes détentrices de mandats de gestion et de direction au sein des sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire national seront réputées démissionnaires d'office le 17 novembre prochain si elles ne se sont pas mises en conformité avec les nouvelles dispositions du code de commerce en matière de cumul des mandats introduites par la loi NRE.

Il n'est, certes, jamais satisfaisant de devoir légiférer dans l'urgence ; il l'est encore moins d'imposer l'application d'une loi obscure et ambiguë à ses destinataires, plus encore quand sont concernés les outils de la création de richesses dans notre pays et le principal moteur de la croissance. Or, précisément, les règles applicables en matière de limitation de cumul des mandats sociaux dans les sociétés anonymes, telles qu'elles résultent de la loi du 15 juin 2001, posent aujourd'hui de redoutables problèmes pratiques aux entreprises, en raison de leur ambiguïté, de leur complexité et de leur rigidité excessives. De fait, au nom d'un objectif louable de responsabilisation des mandataires sociaux, c'est un système très lourd et peu compatible avec l'impératif de sécurité juridique qui a été privilégié. Nos entreprises ont fort à faire avec un environnement économique incertain et fluctuant ; elles n'ont pas à pâtir d'un environnement juridique tout aussi volatile et flou.

L'efficacité de toute réforme des règles régissant le fonctionnement de nos entreprises réside dans la définition du point d'équilibre entre la liberté contractuelle et les prescriptions d'ordre public. Sans quoi la loi n'est plus un cadre, mais un carcan. Cette remarque vaut pour l'ensemble du droit des sociétés ; elle peut également s'appliquer au cas précis qui motive la présente proposition de loi. En effet, si la limitation du cumul des mandats sociaux est aujourd'hui au cœur de la réflexion sur la gouvernance des entreprises, c'est en vertu du principe selon lequel des administrateurs, des dirigeants contraints de se limiter dans la détention de mandats seront plus présents, plus actifs, bref plus responsables. Dans le même temps, une entreprise qui choisit son statut en vertu de considérations économiques, et non pour contourner une règle législative trop stricte, sera beaucoup plus à même

de remplir son objet social, et donc d'accroître la richesse de ses actionnaires, petits ou grands.

C'est pourquoi il n'est nullement question de revenir sur la limitation du cumul des mandats dans l'entreprise : le principe en demeure totalement fondé. « *La question du nombre maximum de mandats que peut détenir un administrateur est évidemment importante puisqu'elle conditionne le temps disponible que chaque administrateur est en mesure de consacrer aux sociétés dont il est administrateur* »¹. A l'évidence, ce constat, qui vaut également pour les mandats de direction, lorsqu'ils ne sont pas assurés par des administrateurs, conserve plus que jamais sa pertinence.

En revanche, manque aujourd'hui une application réaliste de ce principe. Le point d'équilibre évoqué précédemment n'a pas encore été trouvé en matière de règles de cumul de mandats : le législateur, en 2001, a omis le fait que, dans un domaine qui touche au cœur de la création de richesses dans notre pays, il importe de légiférer avec prudence, voire avec parcimonie, et toujours avec réalisme. C'est à cet impératif de réalisme qu'a manqué, sur bien des aspects, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. C'est à ce même impératif que s'efforce de revenir la présente proposition de loi qui vise à modifier la loi NRE sur ce point précis et bien délimité qu'est la limitation du cumul des mandats sociaux. Clarifier et adapter aux réalités du terrain les règles régissant le cumul des mandats sociaux : tel doit être aujourd'hui l'objectif du législateur.

*

* *

Pour limitée et circonscrite qu'elle soit, cette proposition de loi ne signifie pas, à rebours, que la loi NRE ne doive pas être modifiée sur d'autres points. Le caractère volontairement limité de la présente proposition ne saurait en aucun cas être interprété, ni comme une caution validant le reste des dispositions de la loi NRE – disparate s'il en est –, ni comme l'occasion d'une réforme globale de celle-ci.

Certes, la leçon que nous enseigne l'actualité économique et financière récente est sans appel : il est temps d'entreprendre une réflexion de fond globale sur ce que doit être un droit des sociétés moderne dans l'économie mondialisée du XXI^e siècle. Toutefois, l'ampleur de la crise, survenue alors que bien des règles de la gouvernance des entreprises sont aujourd'hui mises en œuvre par les grands groupes, souligne la nécessité d'une réflexion sereine.

L'enjeu est, en effet, de première importance : comment concilier les intérêts parfois contradictoires des dirigeants sociaux, des salariés et des petits actionnaires ? Telle est en effet l'interrogation lancinante qui se profile derrière la crise boursière actuelle et la multiplication de faillites retentissantes.

Sans doute est-ce dans le monde anglo-saxon qu'a eu lieu, avec Enron, l'une des plus grosses faillites de l'histoire, en tout cas la plus importante de l'histoire américaine. Mais ne nous y trompons pas : dans une économie qui se joue

¹ Philippe Marini, *Rapport au Premier Ministre, La documentation française, 1996, p. 46.*

des frontières, cette question ne peut laisser les entreprises et les pouvoirs de régulation, voire de réglementation, français indifférents, dans la mesure où il est fort probable que les règles du jeu tendront, elles aussi, à s'uniformiser. Comme le souligne à juste titre le rapport récemment publié par le groupe de travail présidé par M. Daniel Bouton, « *l'ampleur de la crise de confiance actuelle ne pouvait laisser les entreprises françaises sans réaction* »¹.

Il est impensable pour autant que les règles prévalant dans le monde anglo-saxon préemptent le débat en France : le *Sarbanes-Oxley Act*² adopté par le Congrès américain dans la foulée des scandales Enron et World Com, qui représente la plus importante réforme américaine de gouvernement des entreprises depuis les années 30, représente non pas *la* réponse à la crise, mais *une* réponse, celle des Etats-Unis.

Le rythme et les thèmes du débat ne sauraient donc provenir exclusivement des Etats-Unis : l'espace d'une réflexion spécifiquement nationale doit être préservé, afin d'« *éviter que la régulation ne soit élaborée de manière unilatérale par les Etats-Unis* »³. Ce constat vaut d'autant plus que, dans le système juridique français, les prescriptions d'ordre public et la pénalisation du droit sont d'ores et déjà extrêmement prégnantes. La question de savoir s'il faut introduire de nouvelles réformes législatives mérite par conséquent, en elle-même, un examen approfondi. Signalons d'ores et déjà que les avis sont partagés sur ce point. Comme le souligne l'association de défense des actionnaires minoritaires par la voix de sa présidente, Mme Colette Neuville, « *nous n'avons plus besoin de nouvelles réformes de la loi, car l'arsenal dont nous disposons aujourd'hui est suffisant. Nous avons besoin en revanche que les règles soient appliquées* »⁴. En son temps, le rapport au Premier Ministre établi par Philippe Marini constatait déjà que la question était moins de créer des règles supplémentaires, que de rendre au droit des sociétés sa cohérence et sa lisibilité : « *trop abondant, trop complexe et peu stable, le droit des sociétés s'est révélé répressif à l'excès, mais en définitive peu responsabilisant, trop contraignant pour être réellement efficace* »⁵. Le rapport Bouton évoqué ci-dessus ne dit pas autre chose quand il rappelle que même le plus parfait des systèmes de régulation n'éliminera pas les risques : dans ce domaine également, le risque zéro n'existe pas. Sans préjuger des conclusions du débat, il est certain que, dans une économie mondialisée qui met en concurrence non seulement les entreprises mais également leur environnement juridique, seules « *une régulation très sophistiquée* » ainsi que « *l'exigence de critères éthiques très avancés* » pourront apporter une vraie réponse au problème, comme le souligne à juste titre l'ancien ambassadeur des Etats-Unis en France, M. Felix Rohatyn, dans un article récent⁶.

Le débat national sur la définition des contours de ce que doit être un droit des sociétés modernes est d'ailleurs commencé : au récent rapport Bouton déjà évoqué, il faut ajouter la réflexion en cours à la Commission des opérations de

¹ « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », Rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton, septembre 2002.

² Cette loi contient de multiples dispositions, pour la plupart très contraignantes : sanctions pénales avec peines d'emprisonnement, nouvelles autorités de contrôle, obligation légale de transparence, règles strictes de déontologie pour l'attribution des stock-options, interdiction des prêts d'entreprises aux dirigeants, etc.

³ Le rapport Bouton admet en effet que l'internationalisation des marchés conduit inéluctablement à une homogénéisation des règles au niveau mondial.

⁴ L'expansion, septembre 2002.

⁵ Rap. cit., pp. 9-10.

⁶ L'expansion, septembre 2002..

bourse (COB) sur l'indépendance des commissaires aux comptes. Les pouvoirs publics se sont également, d'ores et déjà, engagés dans cette voie : les bureaux des commissions des Finances et de la Production et des échanges de l'Assemblée nationale ont tenu à auditionner, le 24 septembre 2002, les représentants d'un grand nombre d'associations d'actionnaires. Enfin, votre commission des Lois, au cours de sa réunion du 25 septembre 2002, a décidé de constituer, en son sein, une mission d'information dont l'objectif est de déterminer les grands axes et les modalités d'une réforme du droit des sociétés. Promotion des administrateurs indépendants, politique d'attribution des stock options, régime des activités de conseil et d'audit, sincérité des comptes, etc. : autant de sujets que l'actualité a mis en avant de manière parfois dramatique et sur lequel il convient désormais de réfléchir sereinement.

I – LA REFORME DU CUMUL DES MANDATS SOCIAUX DANS LA LOI NRE : UN RENDEZ-VOUS MANQUE

Même si le rapporteur de la commission des Finances soulignait, dans son rapport d'avril 2000 sur la loi NRE, qu'il ne s'agissait pas « *de s'inspirer benoîtement des modèles anglo-saxons de corporate governance* »¹, la loi sur les nouvelles régulations économiques, promulguée le 15 juin 2001, se veut bel et bien une réponse française à la réflexion engagée, dès les années quatre-vingts aux Etats-Unis, sur le gouvernement d'entreprise, plus volontiers désigné aujourd'hui par l'anglicisme de « gouvernance » des entreprises.

Au-delà de ces débats en paternité idéologique, un fait demeure : en matière de cumul des mandats, la loi NRE, en interprétant les règles du gouvernement d'entreprise dans un sens extrêmement restrictif et ambigu, a manqué son objectif de promouvoir « *la transparence, (...) l'équilibre des pouvoirs et (...) la souplesse* »².

Le rapporteur de la commission des Lois dénonça à l'époque la précipitation qui présida à l'examen de ce texte par les assemblées, quinze jours seulement ayant séparé le passage de ce texte en conseil des ministres de son examen par la commission des Lois. S'agissant d'un texte traitant tout à la fois du droit de la concurrence, du blanchiment de l'argent sale, du droit des sociétés, des autorités de régulation, des offres publiques d'achat et d'échange et de la moralisation des pratiques commerciales, cette remarque était, en effet, pleine de bon sens. Plus fondamentalement en réalité, au-delà des facteurs matériels, ce sont des considérations idéologiques et l'absence de véritable ligne directrice qui expliquent la confusion des dispositions adoptées dans la loi NRE. D'ailleurs, le projet suscita d'emblée de nombreux débats : la commission des Finances de l'Assemblée nationale n'égrenait-elle d'ailleurs pas, en première page du rapport présenté par M. Eric Besson, la liste des critiques suscitées par le projet, avant même d'en évoquer le contenu ?

La loi promulguée le 15 juin 2001, soit après plus d'un an d'examen parlementaire, porte à l'évidence la marque de cette improvisation initiale. Le dispositif actuel de la loi NRE en matière de cumul des mandats sociaux est, en outre,

¹ Rapport n° 2327 établi par M. Eric Besson au nom de la commission des Finances de l'Assemblée nationale, avril 2000, p. 202.

² Ibid, p. 201.

le fruit d'une gestation laborieuse et de compromis multiples élaborés au cours de l'examen du projet de loi au Parlement. Assurément, les modifications à répétition intervenues sur ce point précis d'un texte reconnu comme un véritable fourre-tout, loin de contribuer à clarifier les termes du débat, les ont tout au contraire rendus de plus en plus abstraits au fur et à mesure des navettes. La réalité du terrain a été perdue de vue, au profit d'une négociation sans grande ligne directrice entre les assemblées et le Gouvernement de l'époque d'abord, entre les assemblées elles-mêmes ensuite, entre les différentes commissions saisies encore et, *in fine*, au sein d'une majorité plurielle guère cohérente ni imaginative sur ce sujet pourtant central.

1. Le cumul des mandats sociaux avant la loi NRE

Avant l'intervention de la loi NRE, existait d'ores et déjà une limitation du cumul des mandats sociaux.

Aux termes de l'article 92 de la loi du 24 juillet 1966 codifiée, différents plafonds étaient établis en matière de cumul de mandats sociaux, afin de protéger les mandataires dont la responsabilité pouvait, selon une jurisprudence d'ailleurs toujours en vigueur, être engagée pour des fautes d'abstention, dès lors qu'ils n'avaient pas exercé normalement leur vigilance. Ainsi, comme l'a, par exemple, rappelé la Cour de Cassation en 1997, l'administrateur est tenu à une surveillance et à un contrôle sérieux de l'administration de la société, son inaction, loin de constituer une cause exonératoire, étant considérée comme une faute par les tribunaux¹.

Le cumul des mandats sociaux avant la loi NRE

Le principe

• S'agissant des **mandats de gestion** – administrateurs et membres du conseil de surveillance –, le code de commerce autorisait le **cumul de huit mandats** au sein de sociétés ayant leur siège sur le **territoire métropolitain**.

• S'agissant des **mandats de direction** – membre du directoire, directeur général unique, directeur général –, le **cumul était autorisé dans la limite de deux mandats**.

Les exceptions

• Les mandats d'administrateurs, de membres du directoire ou du conseil de surveillance dans les **sociétés dont le capital était détenu à concurrence de 20 % au moins** par une autre société dans laquelle est déjà exercé un autre mandat, n'étaient **pas décomptés si leur nombre était inférieur ou égal à cinq**.

• S'agissant tout d'abord des *mandats de gestion* (administrateurs et membres du conseil de surveillance), une personne physique ne pouvait appartenir simultanément à plus de huit conseils d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social en France métropolitaine, cette limitation ne concernant que les personnes physiques. Seul était effectivement pris en compte le territoire métropolitain, ce qui excluait les mandats détenus dans des sociétés dont le siège était situé soit à l'étranger, soit dans les départements d'outre-mer, les territoires

¹ C. Cass., Ch. Com., 25 mars 1997

d'outre-mer, en Nouvelle-Calédonie ou dans les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon. L'article 92 énumérait cependant une série d'exceptions, le « quota » de huit mandats n'étant ainsi pas applicable :

— aux mandats d'administrateur détenus par les représentants permanents des personnes morales ;

— aux mandats d'administrateur exclusifs de toute rémunération, dès lors que cette interdiction de rémunération résultait de dispositions législatives ou réglementaires ;

— aux mandats d'administrateur détenus dans des sociétés d'études et de recherches, aussi longtemps que ces sociétés n'étaient pas parvenues au stade de l'exploitation ;

— aux mandats d'administrateur détenus dans des sociétés de développement régional ;

— aux mandats d'administrateur détenus dans des instituts régionaux de participation lorsque les statuts excluaient toute rémunération à ce titre.

En outre, les mandats d'administrateur de diverses sociétés d'assurance ayant la même dénomination sociale ne comptaient que pour un seul mandat.

Enfin, pour faciliter le contrôle des filiales par les administrateurs de la société mère, l'article 92 autorisait les administrateurs – même s'ils étaient déjà titulaires de huit mandats – à détenir des mandats supplémentaires, dans la limite de cinq, dans les filiales dont le capital était détenu à concurrence de 20 % au moins par la société mère.

• *S'agissant ensuite des mandats de direction*, le code de commerce limitait à deux les mandats pouvant être détenus par un président de conseil d'administration, un membre du directoire ou un directeur général unique, seules les sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire métropolitain étant, là encore, concernées. Les mêmes exceptions que celles évoquées pour les mandats de gestion s'appliquaient.

Quant au système de dérogation verticale appliqué aux groupes, il ne jouait, pour les mandats de direction, que dans la limite de deux mandats pour le président du conseil d'administration, les membres du directoire ou le directeur général unique, dans les sociétés dont le capital était détenu à concurrence de 20 % au moins par une société mère dans laquelle était déjà exercé un mandat.

2. La réforme introduite par la loi NRE : un dispositif complexe

La loi NRE a considérablement restreint les possibilités de cumul des mandats sociaux dans un but de responsabilisation accrue des acteurs du monde économique.

Sur le plan technique, elle organise un système à double détention : d'une part, elle distingue les différents types de mandats (gestion/direction), auxquels elle applique un régime spécifique ; d'autre part, elle fixe un plafond global applicable à tous les mandats, quelle qu'en soit leur nature.

Le cumul des mandats dans la loi NRE

Le principe

- S'agissant des **mandats de gestion**, le code de commerce **limite désormais à cinq** le nombre de mandats autorisés au sein de sociétés ayant leur siège sur le **territoire français**.
- S'agissant des **mandats de direction**, **tout cumul de mandat exécutif est prohibé**.
- En outre, **le nombre de mandats, toutes natures confondues, qu'une même personne physique peut exercer simultanément, est limité à cinq**.

Les exceptions

- Les **mandats de gestion** détenus dans les sociétés contrôlées non cotées ne sont **pas décomptés** dès lors qu'un mandat est détenu dans la société mère. Cette exception ne vaut **pas pour l'administrateur exerçant la fonction de président**.
- Les mandats de direction détenus dans les **sociétés contrôlées non cotées se neutralisent dans la limite de deux** dès lors qu'un mandat est détenu dans la société mère.

• *S'agissant tout d'abord des mandats de gestion*, le projet de loi initial déposé par le gouvernement prévoyait de conserver le plafond de huit mandats d'administrateur susceptibles d'être simultanément détenus, mais limitait considérablement la liste des exceptions : était admise une seule dérogation, au bénéfice des seuls représentants permanents d'une personne morale pour les mandats d'administrateur détenus dans des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du code. Était ainsi supprimée toute référence à la détention de 20 % du capital, conformément d'ailleurs aux recommandations formulées sur ce point par Philippe Marini, qui écrivait en 1996 qu'« *il serait opportun de remplacer le seuil de 20 % de détention du capital, par celui de contrôle, notion plus proche de la réalité, définie en droit* »¹.

L'Assemblée, globalement suivie par le Sénat, a totalement remanié le projet gouvernemental, jugé à l'époque trop restrictif par une large majorité, en durcissant la règle et en assouplissant les exceptions.

Ainsi, les articles L. 225-21 et L.225-77 du code de commerce, modifiés par la loi NRE, limitent désormais à cinq le nombre de mandats de gestion autorisés au sein de sociétés ayant leur siège sur le territoire français, et non plus sur le seul territoire métropolitain comme le prévoyait le droit antérieur.

L'exception de groupe, applicable aux mandats détenus dans les seules sociétés contrôlées dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, joue, sans limitation, pour tous les administrateurs, qu'ils soient ou non représentants permanents d'une personne morale, le législateur partant du constat

¹ Philippe Marini, *rap.cit.*, pp 46-47.

que de nombreuses sociétés en contrôlent d'autres sans pour autant recourir à la désignation d'un représentant permanent. Par ailleurs, le législateur exclut le président du conseil d'administration du bénéfice de la dérogation.

• *S'agissant ensuite des mandats de direction*, la loi NRE a choisi une option radicale en prohibant tout cumul de mandat exécutif.

De manière similaire au régime applicable aux mandats de gestion, une dérogation est introduite pour prendre en compte la notion de groupe, définie, comme pour les administrateurs et les membres du conseil de surveillance, par la référence aux sociétés contrôlées, seules les sociétés non cotées bénéficiant, là encore, de cette dérogation verticale. Ainsi, dans cette hypothèse bien délimitée, les mandats de directeur général, de directeur général unique ou de membre du directoire se neutralisent dans la limite de deux.

• *En complément* de cette approche par fonction, la loi NRE prévoit un *plafond global* de cinq mandats, toutes natures confondues, de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance, qu'une même personne physique peut exercer simultanément. L'historique de cette disposition, contenue dans l'article L. 225-94-1 du code de commerce, témoigne à lui seul de la gestation extrêmement laborieuse des dispositions actuelles : c'est en effet par un amendement en séance publique, à l'occasion de l'examen du projet de loi en première lecture à l'Assemblée nationale, que le gouvernement introduisit, cette disposition dite « de synthèse ». Mme Elisabeth Guigou avait alors expliqué qu'il convenait d'« améliorer la lisibilité du dispositif »¹...

II – AMBIGUÏTE ET COMPLEXITE : LES REDOUTABLES DIFFICULTES D'APPLICATION DE LA LOI NRE

Depuis la publication de la loi NRE, le 16 juin 2001, et alors que l'échéance, fixée à dix-huit mois à compter de cette date, imposant la mise en conformité aux dispositions de la loi NRE se rapproche, les critiques sont nombreuses et convergentes sur l'application pratique des nouvelles règles de cumul. Au-delà de la complexité du dispositif retenu – certains auteurs évoquent « le prurit du détail d'un législateur tatillon »² –, le régime de cumul des mandats instauré par la loi NRE est ambigu, voire confus.

1. Les difficultés d'interprétation de la loi NRE

• La première ambiguïté rédactionnelle concerne l'hypothèse où le directeur général est choisi parmi les administrateurs : dans ce cas, faut-il décompter un ou deux mandats ? Une question similaire se pose dans toutes les sociétés où le mécanisme de dissociation entre les fonctions de directeur général et de président n'ayant pas été retenu, les fonctions sont assumées par une seule et même personne physique : doit-on considérer que cette personne exerce un seul mandat (législation antérieure) ou décompter deux mandats, d'administrateur et de directeur général ?

¹ JOAN, 2^e séance du 27 avril 2000, p. 3449.

² Jean-Jacques Daigre, *La semaine juridique*, n° 26, 27 juin 2001.

L'examen des travaux parlementaires montre que l'intention du législateur était bien de décompter un seul mandat. Le rapport établi par la commission des Finances était très clair sur ce point : il ne saurait exister de cumul qu'au sein de sociétés différentes, auquel cas les mandats exercés au sein d'une même société ne peuvent, *a fortiori*, compter que pour un.

Reste que, dans sa rédaction finale, le texte est ambigu. Notamment, l'article de synthèse évoqué ci-dessus (article L. 225-94-1 du code de commerce) peut être interprété en sens inverse des intentions du législateur, comme l'a fait par exemple le comité juridique de l'association nationale des sociétés anonymes (ANSA). Dans la mesure où l'article L. 225-94-1 précité « *qualifie de mandat chacune des fonctions qu'il énumère, sans distinguer selon qu'elles sont éventuellement exercées dans la même société ou non* », son application littérale « *conduit nécessairement à comptabiliser séparément chacun des mandats exercés par la même personne, même si deux de ces mandats sont exercés dans la même société* »¹.

Le Garde des Sceaux, interrogé notamment sur ce point par l'ANSA, puis par M. Philippe Auberger², a, pour sa part, donné une réponse différente, confirmant par là même l'intention initiale du législateur : « *dans la volonté du législateur, (...) l'attribution des fonctions de direction générale à un administrateur* » n'est pas un deuxième mandat, mais « *une adjonction de nouvelles compétences* ». Cette interprétation conduit alors « *à ne compter que pour un seul mandat l'exercice par un administrateur, président ou non, des fonctions de directeur général* » dans la même société.

• La deuxième difficulté d'interprétation concerne les dérogations croisées au sein du groupe : pour bénéficier des régimes de dérogation applicables aux mandats de gestion et de direction, faut-il qu'il y ait identité parfaite de fonction dans la société contrôlée et dans la société qui contrôle ? En bref, un administrateur – ou un directeur général, etc. – dans la société mère doit-il exercer le même mandat dans les sociétés contrôlées pour bénéficier de l'exception de groupe ?

S'agissant des mandats de gestion, l'ambiguïté demeure, certains auteurs estimant que les dérogations croisées sont interdites. En revanche, l'interprétation des dispositions législatives relatives aux dérogations croisées pour les mandats de direction ne laisse guère place au doute. En effet, aux termes, particulièrement obscurs, du deuxième alinéa de l'article L. 225-94, les dérogations croisées sont prohibées : le second mandat détenu dans la société contrôlée est neutralisé si et seulement s'il est de même nature que le mandat détenu dans la société qui contrôle.

2. Un système excessivement rigide

Ambiguë, la loi NRE présente également l'inconvénient d'être extrêmement rigide. Notamment, les règles de cumul des mandats qu'elle instaure ne prennent en compte à aucun moment la diversité des situations des entreprises. Le même cadre – voire le même carcan – est appliqué aux petites et moyennes entreprises (PME) et

¹ Communication ANSA, juillet 2001, n° 3074.

² JOAN, 3 décembre 2001, p. 6946.

aux grands groupes multinationaux, contre toute rationalité économique. En voulant imposer un dispositif unique, la loi NRE s'inscrit plus dans une logique dogmatique que dans l'approche moderne et efficace dont se réclamait pourtant le projet initial.

Non content d'être inadapté, le dispositif actuel est, en outre, pénalisant : les PME se trouvent privées des compétences d'hommes et de femmes qui, à juste titre, veulent pouvoir diriger deux sociétés juridiquement indépendantes mais économiquement liées dans le cadre d'une stratégie de développement.

En définitive, par sa rigidité, la loi NRE telle qu'elle est censée entrer en application le 17 novembre prochain risque de produire l'effet inverse de l'objectif de responsabilisation qu'elle vise pourtant explicitement. Il est à craindre, en effet, que ne se créent deux directions au sein d'un certain nombre de sociétés anonymes, l'une en droit, sur le papier, l'autre de fait. Que signifie, en l'occurrence, le principe de responsabilité ? Est-ce d'appliquer à la lettre une loi trop restrictive qui conduit, dans les faits, à nommer des personnes qui n'auront de responsabilité que sur le papier, en un mot d'édicter des règles dont chacun sait qu'elles conduiront à l'émergence d'un système de prête-nom, allant totalement à l'encontre de l'impératif de compétence et de responsabilisation ? Ou bien est-ce de pouvoir nommer, à la tête des sociétés commerciales, des dirigeants qui, certes, cumuleront deux mandats, mais auront été désignés en raison de leur compétence et de leur capacité à exercer leurs responsabilités ?

Sans compter que le contournement des règles de cumul trop strictes instaurées par la loi NRE risque également de se traduire par une floraison des sociétés par actions simplifiées, dont le régime est, par contraste, extrêmement libéral. Or, comme le soulignait le rapport Marini en 1996, « *le choix de la technique sociétaire doit logiquement s'exercer sur la base de données économiques : il s'agit d'apprécier quel est le support juridique le mieux adapté en fonction de l'activité de l'entreprise, de ses dimensions et de ses perspectives de développement* »¹. Si l'auteur de ces lignes visait alors plus spécifiquement les distorsions introduites par le droit fiscal et, dans une moindre mesure, par le droit social, cette recommandation garde tout son sens, plus encore lorsque ce sont les règles du code de commerce elles-mêmes qui conduisent à remettre en cause la neutralité des formes sociales.

3. Un dispositif peu cohérent

La troisième série de difficultés posée par la loi NRE tient à son insuffisante cohérence, due à des choix dont l'opportunité est, à tout le moins, discutable.

Ainsi, pourquoi viser les seules sociétés non cotées dans les dérogations de groupe ? En distinguant les sociétés cotées et non cotées pour l'application des dérogations de groupe, la loi NRE crée des distorsions peu justifiées, sans qu'aucun fondement logique ou économique ne justifie d'ailleurs ce choix.

De même, l'interdiction expresse faite au président du conseil d'administration de bénéficier de l'exception de groupe en matière de cumul est beaucoup trop restrictive et peu justifiée. Dans une certaine mesure, elle présente

¹ Philippe Marini, *La modernisation du droit des sociétés, La documentation française, 1996, p. 17.*

même un caractère paradoxal : alors que la loi NRE introduit dans notre droit la dissociation entre les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, elle ne tire aucune conséquence de cette réforme majeure, qui décharge le président de toute fonction opérationnelle et lui permet d'exercer pleinement sa mission de contrôle et, dans le cas d'un groupe, de cohésion. Or, comment mieux qu'en siégeant dans les sociétés appartenant au groupe le président de la société mère peut-il remplir sa mission et faire partager son expérience aux conseils des filiales ?

III – LA PROPOSITION DE LOI : DEFINIR UN CADRE GARANTISSANT LA SECURITE JURIDIQUE DES ENTREPRISES

« Les dirigeants de sociétés et leurs conseils vont être amenés, non sans difficultés, à rechercher l'intention du législateur, anticiper la réaction des juges et adapter leurs stratégies managériales aux nouvelles exigences »¹. Ce constat résume à lui seul l'enjeu de la présente proposition. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'éviter la multiplication des contentieux que ne manqueront pas de susciter les difficultés d'interprétation de la loi, en bref, de mettre un terme à la situation d'insécurité juridique dans laquelle de nombreuses entreprises se trouvent aujourd'hui. Comme le rappelait la commission des Finances de notre Assemblée en 2000, « en 1998, d'après une enquête du cabinet KPMG, (...) les 53 présidents des sociétés du CAC 40, soit 12% des mandataires du CAC 40 détenaient au total 135 mandats au sein du CAC 40. Autrement dit, outre leurs 53 mandats de président, ceux-ci détenaient 82 mandats dans une autre société du CAC 40 »².

La présente proposition de loi ne vise nullement à remettre en cause le principe de limitation du cumul des mandats sociaux : il s'agit, en l'occurrence, d'une mesure salutaire, non seulement parce qu'elle corrige les abus qui ont pu exister, mais plus largement parce qu'elle s'inscrit, comme votre rapporteur l'a déjà souligné, dans une logique de responsabilisation des acteurs sociaux, et, par conséquence, d'amélioration de l'efficacité du système économique.

Encore faut-il décliner ce principe avec réalisme : un devoir d'adaptation des règles qui régissent le cumul des mandats sociaux s'impose aujourd'hui au législateur, l'objectif ultime, qui justifie cette nouvelle intervention de sa part dans le champ du droit des sociétés, étant de réconcilier autant que possible la logique économique et la logique juridique.

Dans cette perspective, il convient tout d'abord de clarifier les règles de cumul des mandats sociaux :

— en autorisant explicitement les dérogations croisées pour les administrateurs et les membres du conseil de surveillance comme pour les directeurs généraux, membres du directoire et les directeurs généraux uniques ;

— en permettant le cumul d'un mandat de directeur général et de membre du conseil d'administration sans que cela ne compte pour deux mandats.

¹ Jean Tamalet, <http://www.jurismag.net/articles/article-cumul.htm>

² Rap. cit., p. 229.

La proposition de loi vise en outre à adapter le droit aux réalités du terrain :

— en étendant aux sociétés cotées la dérogation de groupe (dérogation verticale) ;

— en autorisant le détenteur d'un mandat de direction d'une petite et moyenne entreprise à exercer un autre mandat de la même catégorie dans une autre société non cotée (dérogation horizontale) ;

— en supprimant l'impossibilité, pour le président d'un conseil d'administration, de bénéficier de la dérogation de groupe.

*

* *

Après l'exposé du rapporteur, plusieurs commissaires sont intervenus dans la discussion générale.

M. Alain Vidalies a exprimé sa surprise devant les conditions d'examen d'un texte dont les députés n'ont pu connaître la teneur que ce matin alors que son inscription à l'ordre du jour est prévue mardi prochain. Tout en reconnaissant que certains articles de la loi NRE suscitaient des difficultés d'interprétation, il a observé que d'autres textes avaient pu donner naissance à des querelles doctrinales, sans qu'il ait pour cela été jugé nécessaire de légiférer dans l'urgence. Rappelant, en outre, que certaines ambiguïtés de la loi avaient déjà pu être levées grâce aux interprétations très claires que le gouvernement précédent avait faites du texte, il a estimé que la proposition de loi présentée par le rapporteur n'était, en fait, qu'un prétexte de la nouvelle majorité pour donner des gages aux grandes organisations patronales en matière de gouvernance d'entreprises. Il a regretté que le gouvernement n'ait pas eu le courage de présenter lui-même le texte et ait jugé préférable de s'en remettre à une initiative parlementaire. Il s'est interrogé, par ailleurs, sur la cohérence de la majorité sur ce thème, en rappelant que l'audition récente de l'association des petits porteurs par la commission de la Production et des échanges ne paraissait pas *a priori* plaider pour une libéralisation de la gouvernance d'entreprises. Il a jugé tout à fait révélateur qu'un texte qui a pour unique objet, derrière le prétexte de clarifier des dispositions techniques, de revenir sur la limitation du cumul des mandats sociaux au profit des dirigeants d'entreprises, soit le premier inscrit à l'ordre du jour de la nouvelle session parlementaire.

Après avoir insisté à son tour sur l'ambiguïté des dispositions de la loi NRE relatives aux mandats sociaux et souligné l'urgence qu'il y avait à légiférer en cette matière, **M. Xavier de Roux** s'est félicité des clarifications apportées par le dispositif de la proposition de loi.

M. Jean-Pierre Soisson a souligné que l'adoption d'une proposition de loi était la seule solution permettant d'éviter l'entrée en application, le 17 novembre prochain, des dispositions de la loi du 15 juin 2001 relatives à la limitation du cumul des mandats sociaux. Observant, par ailleurs, que les membres de la Commission semblaient d'accord sur la nécessité de lever certaines ambiguïtés de cette loi, il a souhaité que le texte soumis à l'Assemblée se limite à répondre aux problèmes

concrets soulevés par la mise en œuvre de la réglementation du cumul des mandats sociaux.

En réponse aux propos de M. Alain Vidalies, le **rapporteur** a d'abord indiqué que les difficultés d'interprétation du texte dépassaient le cadre des querelles doctrinales entre spécialistes, puisqu'elles mettaient en cause la sécurité juridique des rapports sociaux au sein de l'entreprise ; il a considéré qu'il s'agissait donc d'une question d'intérêt général exigeant une réponse rapide. S'agissant du manque de cohérence dont ferait preuve la majorité sur le thème de la gouvernance d'entreprise, il a objecté que, au-delà des simples aménagements techniques résultant de la proposition de loi, une réforme d'ensemble du droit des sociétés, sans aucun doute nécessaire, exigeait une réflexion approfondie. C'est pourquoi il a souhaité que la proposition de loi conserve un objet limité, tout en indiquant qu'il n'était pas hostile à l'adoption d'amendements permettant de résoudre des difficultés particulières en lien avec le cumul des mandats sociaux.

Le **président Pascal Clément** a indiqué que le dépôt d'une proposition de loi plutôt que d'un projet de loi, résultait non d'un manque de courage du gouvernement, mais d'une exigence de rapidité. Il a rappelé que la précédente majorité avait parfaitement compris les avantages de l'initiative parlementaire lorsqu'il avait fallu modifier dans l'urgence la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence.

Puis il a fait part aux membres de la Commission de son intention de mettre en place une mission d'information qui, dans un délai d'un an, pourrait jeter les bases d'une réforme d'ensemble du droit des sociétés. Le principe de la création de cette mission d'information n'a suscité aucune objection.

La Commission a rejeté l'exception d'irrecevabilité n° 1 et la question préalable n° 1 de M. Jean-Marc Ayrault.

La Commission est ensuite passée à l'examen de la proposition de loi.

L'article premier de la proposition de loi modifie les dispositions du code de commerce relatives au cumul des mandats sociaux dans les sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français.

• Le *paragraphe I* modifie l'article L. 225-21 du code de commerce, qui traite des règles de cumul applicables au mandat d'administrateur. Plus précisément, il modifie le deuxième alinéa de cet article, relatif, d'une part, au régime dérogatoire applicable aux mandats détenus dans le même groupe, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, et, d'autre part, à l'impossibilité pour l'administrateur exerçant la fonction de directeur de bénéficiaire de cette dérogation.

La nouvelle rédaction de cet alinéa, telle qu'elle vous est proposée dans le paragraphe I, vient modifier l'article L. 225-21 sur ces deux points :

— elle va jusqu'au bout de la logique de groupe en étendant la dérogation autorisée pour les sociétés contrôlées non cotées aux sociétés contrôlées cotées. Sur ce point, il convient de rappeler que la commission des Lois du Sénat, sur

proposition de son rapporteur, M. Jean-Jacques Hyst, avait, dès la première lecture du projet de loi NRE, souligné l'incohérence de la distinction opérée entre sociétés cotées et non cotées, arguant notamment du fait que le seul critère pertinent était celui de l'appartenance à un même groupe. Cette position de bon sens n'avait malheureusement pas été entendue alors ;

— elle revient sur le régime spécifique appliqué au président du conseil d'administration pour les raisons précédemment évoquées, en le faisant bénéficier de la dérogation de droit commun prévue, dans ce même alinéa, pour tout mandat d'administrateur.

Il convient de noter qu'en conformité avec les analyses développées ci-dessus, ni le premier alinéa de l'article L. 225-21 du code de commerce, qui traite du principe même de la limitation du cumul des mandats d'administrateur, ni le régime de sanction défini au troisième alinéa de ce même article ne sont modifiés.

• L'objet du *paragraphe II*, qui modifie l'article L. 225-54-1 du code de commerce, relatif aux règles de cumul applicables au directeur général, est double :

— tout comme dans le paragraphe I, il s'agit d'étendre la dérogation de groupe aux sociétés contrôlées cotées, sans pour autant, là encore, revenir sur le principe même de prohibition du cumul des mandats de directeur général ni sur le régime des sanctions. Cette extension de la dérogation de groupe – dérogation verticale – est explicitée au troisième alinéa du paragraphe II ;

— le quatrième et dernier alinéa de ce paragraphe crée une deuxième dérogation, horizontale quant à elle, qui permet au directeur d'une société non cotée d'exercer un mandat de direction – directeur, membre du directoire ou directeur général unique – dans une autre société non cotée.

La mise en facteur commun de ces deux dispositifs dérogatoires, réalisée par le deuxième alinéa du paragraphe II, vise, au-delà d'un souci de clarté rédactionnelle du code de commerce, à souligner le caractère cumulatif, et non exclusif, de ces dérogations. Ainsi, le directeur général d'une société anonyme dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé pourra, d'une part, exercer un mandat de direction au sein d'une autre société, cotée ou non, dès lors qu'elle est contrôlée par la première au sens de l'article L. 233-16, et, d'autre part, exercer un autre mandat de direction dans une société également non cotée, même si cette dernière n'a aucun lien juridique avec la première société. Cette dernière dérogation ne sera en revanche pas autorisée si l'une des deux sociétés est cotée. Tel est le sens du pluriel appliqué à l'adjectif démonstratif « *celles-ci* ».

Cet alinéa vise en réalité à instaurer un régime différencié pour les petites et moyennes entreprises (PME). Rappelons à cet égard que, lors de l'examen de la loi NRE sous la précédente législature, le rapporteur de la commission des Finances avait admis qu'il n'était guère satisfaisant d'appliquer un régime uniforme à toutes les sociétés anonymes, sans se préoccuper de la réalité économique extrêmement diversifiée que recouvre cette notion. « *Sans doute, les données disponibles concernent-elles au premier chef les sociétés cotées. Votre Rapporteur reconnaît que celles-ci doivent faire l'objet de règles plus rigoureuses. Cependant, il*

s'interroge sur leur faisabilité, des petites entreprises ayant trop souvent le même statut que les grandes, celui des sociétés anonymes »¹.

Sans doute la présente disposition élargit-elle le champ dérogatoire au-delà des PME. En effet, faute de définition juridique de la notion économique de PME, la proposition de loi se réfère au concept, juridique quant à lui, mais recoupant un champ plus large, de société « *dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé* ». Votre rapporteur en est bien conscient : faut-il pour autant s'en tenir à une position de principe qui pénalise de nombreuses entreprises et ignorer la réalité de terrain ? Vaut-il mieux perturber le fonctionnement d'entreprises qui sont au cœur de la création d'emplois et de richesses, plutôt que d'accorder une dérogation dont profiteront peut-être d'autres entreprises, mais qui, sans nul doute, bénéficiera à plusieurs milliers d'entreprises et évitera des phénomènes de contournement de la loi ? Aux yeux de votre rapporteur, comme à ceux de la majorité des membres de la Commission, la réponse à ces questions ne fait guère de doute.

Faut-il aller plus loin dans les dérogations en prenant en compte les sociétés organisées en « *râteau* », dans lesquelles une société mère chapeaute plusieurs filiales ?

Un débat s'est engagé en Commission sur la pertinence qu'il y aurait à faire bénéficier de la dérogation de groupe les mandats détenus dans les filiales, même lorsque aucun mandat n'est détenu dans la société mère. Ainsi, M. Xavier de Roux s'est demandé s'il ne serait pas opportun d'aller jusqu'au bout de la logique de clarification en élargissant le champ d'application de la dérogation de groupe à toutes les sociétés entrant dans le périmètre de consolidation des comptes d'un groupe, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce. De manière similaire, M. Dominique Tian s'est demandé s'il ne serait pas souhaitable de substituer la notion de société entrant dans le périmètre de consolidation des comptes à celle de société contrôlée.

Le rapporteur a exprimé la crainte que cette démarche ne conduise à un élargissement excessif du champ d'application de la dérogation aux règles de cumul des mandats sociaux. En outre, les notions de périmètre de consolidation des comptes et de société contrôlée ne recouvrent pas le même champ ni la même perspective : alors que la proposition de loi s'inscrit dans une logique de dérogation verticale, la référence au périmètre de consolidation relève, quant à elle, d'une logique horizontale. Le rapporteur estime, en conséquence, que l'extension aux sociétés sœurs d'un régime dérogatoire aux règles de cumul, qui écarterait toute référence à la société mère, relève, d'une part, d'une disposition distincte, et implique, d'autre part, la définition d'un plafond permettant aux mandataires visés le plein exercice de leurs compétences.

Pour sa part, jugeant la proposition formulée par M. Xavier de Roux intéressante, le président Pascal Clément a également estimé qu'il conviendrait de fixer une limite au nombre des mandats détenus au sein des sociétés entrant dans le périmètre de consolidation d'un groupe, afin, notamment, de laisser aux

¹ *Rap. cit.*, p. 230.

administrateurs le temps nécessaire à l'exercice de leur mission de contrôle. Il a ajouté que seuls les administrateurs détenant un mandat au sein de la société mère devaient pouvoir siéger sans limite au sein du conseil d'administration des sociétés filiales, afin de disposer d'une vision globale du groupe.

• Le *paragraphe III* vise exactement le même objectif que le précédent, qu'il reproduit d'ailleurs dans sa rédaction et sa structure, si ce n'est qu'il vise les mandats de direction dans les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance (membre du directoire et directeur général unique), dont le régime, en matière de cumul des mandats, est défini par l'article L. 225-67 du code de commerce, auquel il est fait référence dans le premier alinéa du paragraphe.

De manière similaire au paragraphe II, le troisième alinéa de ce paragraphe traite par conséquent de la dérogation de groupe, étendue aux sociétés contrôlées cotées, tandis que le quatrième et dernier alinéa crée une dérogation horizontale entre sociétés non cotées. Il s'agit également de dérogations cumulatives, comme l'exprime le deuxième alinéa.

• Le *paragraphe IV* modifie l'article L. 225-77 du code de commerce qui traite du cumul des mandats de membre du conseil de surveillance, en étendant la dérogation de groupe aux sociétés contrôlées cotées. Il fait écho aux dispositions du paragraphe I, qui traite également du cumul des mandats de gestion, si ce n'est que le IV concerne le cas des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance.

• Le *paragraphe V* aborde la question abondamment débattue des dérogations croisées applicables aux mandats de direction.

Comme il a été souligné précédemment, l'actuelle rédaction du deuxième alinéa de l'article L. 225-94 du code de commerce tend à laisser penser qu'elles ne sont pas autorisées : « *La limitation du nombre de sièges de directeur général qui peuvent être occupés simultanément par une même personne physique, en vertu de l'article L. 225-54-1, est applicable au cumul de sièges de membre du directoire et de directeur général unique* ».

Votre rapporteur estime que cette disposition n'est pas seulement ambiguë, mais qu'elle est même obscure, voire incompréhensible. Il propose, par conséquent, une rédaction totalement remaniée, précisant qu'est autorisé le fait, pour une personne physique, d'exercer simultanément la direction générale d'une première société et celle d'une seconde placée sous le contrôle de la première. Le recours au terme générique de « *direction générale* », de même que le double visa, de l'article L. 225-54-1 relatif à la direction générale exercée dans une société anonyme classique (directeur général) et de l'article L. 225-67 relatif à la direction générale exercée dans une société anonyme avec directoire et conseil de surveillance (membre du directoire ou directeur général unique), signifient clairement que la dérogation de groupe est totalement croisée. Aussi le directeur général dans une société mère peut-il être membre du directoire ou directeur général unique dans une filiale, et réciproquement.

• Le *paragraphe VI* porte sur l'article L. 225-94-1 du code de commerce – l'article de synthèse précédemment évoqué –, qui fixe à cinq la totalité des mandats pouvant être détenus par une personne physique, quelle qu'en soit la nature.

En premier lieu, il complète le premier alinéa de cet article, en vue de clarifier les incertitudes sur le décompte des mandats en cas de choix du directeur général parmi les administrateurs du conseil d'administration. Ainsi, en disposant clairement que l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat, le paragraphe VI revient à l'esprit initial de la loi et confirme l'interprétation donnée par le garde des Sceaux.

En deuxième lieu, dans son troisième alinéa, ce paragraphe étend aux sociétés cotées la dérogation de groupe applicable aux mandats de gestion. Cette disposition ne fait qu'en réalité dupliquer les paragraphes I et IV de la présente proposition. Toutefois, l'article L. 225-94-1 synthétisant les dispositions précédentes, il était nécessaire de tirer les conséquences des modifications introduites dans les paragraphes traitant de chaque type de mandat.

Ce troisième et dernier alinéa permet également de lever l'ambiguïté qui existait quant à la possibilité de dérogations de groupe croisées pour les mandats de gestion. En faisant référence à « *l'une de ces catégories* », il indique clairement que ces dérogations sont pleinement autorisées.

Sur proposition du rapporteur, la Commission a ensuite *adopté* un amendement créant un *article additionnel (article 2)* relatif aux règles applicables aux SICAV.

Le rapporteur a expliqué qu'en effet, outre le fait que la gestion des SICAV requérait des compétences spécifiques, ces sociétés, pour être agréées par la Commission des opérations de bourse (COB), doivent être sous la surveillance de deux dirigeants. Cette règle prudentielle est connue sous le nom de « règle des quatre yeux ».

Le système juridique en vigueur prend en compte cette spécificité : la loi du 23 décembre 1988 précitée avait assoupli le régime de cumul des mandats défini par la loi du 24 juillet 1966, dans le souci déjà de faire face au développement de nombreuses SICAV et à la difficulté croissante des groupes promoteurs de trouver des personnes compétentes pour en assurer la direction. Une même personne physique peut ainsi exercer simultanément six mandats de président de conseil d'administration ou de membre de directoire, si quatre d'entre eux au moins sont des mandats de président de conseil d'administration ou de membre de directoire d'une SICAV.

Cependant, la nouvelle répartition des pouvoirs des organes dirigeants dans les sociétés anonymes, qui aboutit à confier au directeur général la direction au quotidien de la société, peut rendre insuffisante, pour la direction de sociétés de gestion de portefeuille, la seule dérogation accordée au bénéfice du président du conseil d'administration. En effet, en cas de dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, introduite par la loi NRE, un seul mandat de directeur général est possible, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus.

Or, il faut rappeler qu'aux termes de la loi du 23 décembre 1988 régissant les SICAV, dont les dispositions sont codifiées aux articles L. 214-15 et suivants du code monétaire et financier, les SICAV sont des sociétés anonymes soumises aux dispositions du code de commerce relative aux sociétés commerciales, sauf dérogation expresse du code monétaire et financier.

La loi du 15 mai 2001 n'ayant pas modifié cette dérogation inscrite à l'article L. 214-17 du code monétaire et financier, la lecture combinée des deux codes conduit à une incohérence mathématique. C'est pourquoi, afin de préserver une cohérence textuelle avec la loi du 15 mai 2001, il convient d'amender l'article L. 214-7 : le choix est fait de porter à cinq le nombre de mandats de directeur général ou de membre de directoire qu'une même personne peut exercer dans le cadre d'une SICAV. Tel est l'objet du paragraphe I de cet article additionnel.

Par ailleurs, la satisfaction des impératifs de gestion collective de ces organismes commande de prévoir une dérogation à la limitation des cumuls des mandats pour les représentants permanents des sociétés qui ont investi dans de telles structures. En créant l'article L. 225-95-1 du code de commerce qui définit un régime dérogatoire pour les représentants permanents de sociétés de gestion habilitées à gérer certains fonds communs de placement (FCP), la loi NRE s'était efforcée de prendre en compte les spécificités de la gestion collective. Ce faisant toutefois, elle a omis de prendre en compte l'ensemble des structures habilitées par la COB à gérer des SICAV et des FCP. Le paragraphe II de ce nouvel article vise à réparer cet oubli et, par là-même, à mener à son terme la logique de la loi NRE sur ce point.

La Commission a enfin *adopté*, sur proposition du rapporteur un amendement créant un *second article additionnel (article 3)* et traitant, quant à lui, des conditions d'entrée en vigueur des dispositions du code de commerce telles que modifiées par la présente loi. A ce jour, aux termes du II de l'article 131 de la loi NRE, les différents mandataires visés par la loi sont réputés être en conformité avec le nouveau dispositif au plus tard dix-huit mois à compter de la date de publication de la loi NRE, soit le 17 novembre prochain. Si tel n'est pas le cas, ils seront considérés comme démissionnaires d'office de tous leurs mandats. Par le présent article, qui modifie l'article 131 de la loi NRE, l'entrée en vigueur du nouveau régime de cumul est reportée : à compter de la date de publication du présent texte, les mandataires disposeront de deux mois pour se mettre en conformité avec les nouvelles prescriptions.

M. Philippe Houillon a fait observer qu'un délai de deux mois à compter de l'entrée en application de la loi était nécessaire pour permettre aux entreprises concernées de prendre matériellement leurs dispositions. En écho à M. Xavier de Roux et au président Pascal Clément, il a par ailleurs admis que l'introduction de cette disposition ne saurait, de toute façon, empêcher l'entrée en vigueur des dispositions de la loi NRE sur le cumul des mandats sociaux, si jamais la présente proposition n'était elle-même pas publiée avant la date butoir prévue par l'article 131 de la loi NRE. Il a, en conséquence, exprimé le souhait que la proposition de loi entre en vigueur dès que possible, sous peine de voir émerger une situation juridique confuse.

*

* *

La Commission a ensuite adopté la proposition de loi dans le texte proposé par le rapporteur, ainsi modifié.

En conséquence, elle vous demande d'adopter la proposition de loi dans le texte ci-après.

TEXTE ADOPTE PAR LA COMMISSION

Proposition de loi modifiant certaines dispositions du code de commerce relatives aux mandats sociaux

Article 1^{er}

I. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-21 du code de commerce est ainsi rédigé :

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par la société dont elle est administrateur. »

II. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-54-1 du même code est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés :

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa :

« — un deuxième mandat peut être exercé dans une société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la société dont il est directeur général ;

« — 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 société, dès lors que les titres de celles-ci ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. »

III. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-67 du même code est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés :

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa :

« — un deuxième mandat peut être exercé dans une société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la société dont cette personne est membre du directoire ou directeur général unique ;

« — 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, dès lors que les titres de celles-ci ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. »

IV. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-77 du même code est ainsi rédigé :

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats de membre du conseil de surveillance exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par la société dont elle est déjà membre du conseil de surveillance. »

V. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-94 du même code est ainsi rédigé :

« Pour l'application des articles L. 225-54-1 et L. 225-67, est autorisé l'exercice simultané de la direction générale par une personne physique dans une société et dans une autre société qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-16. »

VI. — Les deux premiers alinéas de l'article L. 225-94-1 du même code sont ainsi rédigés :

« *Art. L. 225-94-1.* — Sans préjudice des dispositions des articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77 et L. 225-94, une personne physique ne peut 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 est décompté pour un seul mandat.

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés par cette personne dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle elle détient un mandat relevant de l'une de ces catégories. »

Article 2

I. — Le 4° de l'article L. 214-17 du code monétaire et financier est ainsi rédigé :

« 4° Une même personne physique peut exercer simultanément cinq mandats de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique de SICAV ayant leur siège sur le territoire français. Les mandats de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique exercés au sein d'une SICAV ne sont pas pris en compte pour les règles de cumul visées au livre II du code du commerce. »

II. — Après le 4° du même article, il est inséré un 4° *bis* ainsi rédigé :

« 4° *bis* Les mandats de représentant permanent d'une personne morale au conseil d'administration ou de surveillance d'une SICAV ne sont pas pris en compte pour l'application des dispositions des articles L. 225-21, L. 225-77 et L. 225-94-1 du code de commerce. »

Article 3

Le II de l'article 131 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques est ainsi rédigé :

« II. — Les administrateurs, présidents du conseil d'administration, directeurs généraux, membres du directoire et membres du conseil de surveillance disposent d'un délai de deux mois à compter de la date de publication de la loi n° du pour se mettre en conformité avec les articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77, L. 225-94 et L. 225-94-1 du code de commerce dans la rédaction issue de la loi précitée. A défaut, ils sont réputés démissionnaires de tous leurs mandats. »

TABLEAU COMPARATIF

Texte de référence	Conclusions de la Commission
<p>Code de commerce</p>	<p>Article 1^{er}</p>
<p><i>Art. L. 225-21.</i> — Une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français.</p>	<p>I. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-21 du code de commerce est ainsi rédigé :</p>
<p>Par dérogation aux dispositions ci-dessus, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa, dès lors que les titres des sociétés contrôlées ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. Cette dérogation n'est pas applicable au mandat de président.</p>	<p>« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par la société dont elle est administrateur. »</p>
<p>Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l'événement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées à l'alinéa précédent. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise, selon le cas, soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées à l'alinéa précédent, et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.</p>	
<p><i>Art. L. 233-16.</i> — I. — Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, 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, dans les conditions ci-après définies.</p>	
<p>II. — Le contrôle exclusif par une société résulte :</p>	
<p>1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;</p>	
<p>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</p>	

Texte de référence

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.

III. — 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.

IV. — 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.

Art. L. 225-54-1. — 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 peut être exercé dans une société qui est contrôlée, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa, dès lors que les titres de la société contrôlée ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l'évènement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées à l'alinéa précédent. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise, selon le cas, soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées à l'alinéa précédent, et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.

Art. L. 233-16. — *Cf. supra.*

Art. L. 225-67. — Une personne physique ne peut exercer plus d'un mandat de membre du directoire ou de directeur général unique de sociétés anonymes ayant leur

Conclusions de la Commission

II. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-54-1 du même code est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés :

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa :

« — un deuxième mandat peut être exercé dans une société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la société dont il est directeur général ;

« — 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 société, dès lors que les titres de celles-ci ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. »

III. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-67 du même code est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés :

Texte de référence

siège social sur le territoire français.

Par dérogation aux dispositions ci-dessus, un deuxième mandat peut être exercé dans une société qui est contrôlée, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa, dès lors que les titres de la société contrôlée ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l'événement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées à l'alinéa précédent. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise, selon le cas, soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées à l'alinéa précédent, et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.

Art. L. 233-16. — Cf. supra.

Art. L. 225-77. — 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.

Par dérogation aux dispositions ci-dessus, ne sont pas pris en compte les mandats de membre du conseil de surveillance dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa, dès lors que les titres des sociétés contrôlées ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l'événement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées à l'alinéa précédent. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise, selon le cas, soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées à l'alinéa précédent, et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.

Conclusions de la Commission

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa :

« — un deuxième mandat peut être exercé dans une société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la société dont cette personne est membre du directoire ou directeur général unique ;

« — 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, dès lors que les titres de celles-ci ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. »

IV. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-77 du même code est ainsi rédigé :

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats de membre du conseil de surveillance exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par la société dont elle est déjà membre du conseil de surveillance. »

Texte de référence

Art. L. 233-16. — Cf. supra.

Art. L. 225-94. — La limitation du nombre de sièges d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance qui peuvent être occupés simultanément par une même personne physique, en vertu des articles L. 225-21 et L. 225-77, est applicable au cumul de sièges d'administrateur et de membre du conseil de surveillance.

La limitation du nombre de sièges de directeur général qui peuvent être occupés simultanément par une même personne physique, en vertu de l'article L. 225-54-1, est applicable au cumul de sièges de membre du directoire et de directeur général unique.

Art. L. 225-54-1, L. 225-67 et L. 233-16. — Cf. supra

Art. L. 225-94-1. — Sans préjudice des dispositions des articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77 et L. 225-94, une personne physique ne peut 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.

Par dérogation aux dispositions ci-dessus, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa, dès lors que les titres des sociétés contrôlées ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l'événement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées à l'alinéa précédent. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise, selon le cas, soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées à l'alinéa précédent, et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.

Art. L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77 et L. 225-94. — Cf. supra.

Art. L. 233-16. — Cf. supra.

Conclusions de la Commission

V. — Le deuxième alinéa de l'article L. 225-94 du même code est ainsi rédigé :

« Pour l'application des articles L. 225-54-1 et L. 225-67, est autorisé l'exercice simultané de la direction générale par une personne physique dans une société et dans une autre société qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-16. »

VI. — Les deux premiers alinéas de l'article L. 225-94-1 du même code sont ainsi rédigés :

« *Art. L. 225-94-1.* — Sans préjudice des dispositions des articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77 et L. 225-94, une personne physique ne peut 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 est décompté pour un seul mandat.

« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés par cette personne dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle elle détient un mandat relevant de l'une de ces catégories. »

Texte de référence

Conclusions de la Commission

Code monétaire et financier

Article 2

Art. L. 214-17. — Par dérogation aux dispositions des titres II et III du livre II du code de commerce :

I. — Le 4° de l'article L. 214-17 du code monétaire et financier est ainsi rédigé :

.....
4° Une même personne physique peut exercer simultanément six mandats de président de conseil d'administration ou de membre du directoire si quatre d'entre eux au moins sont des mandats de président du conseil d'administration ou de membre du directoire d'une SICAV.

« 4° Une même personne physique peut exercer simultanément cinq mandats de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique de SICAV ayant leur siège sur le territoire français. Les mandats de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique exercés au sein d'une SICAV ne sont pas pris en compte pour les règles de cumul visées au livre II du code de commerce. »

II. — Après le 4° du même article, il est inséré un 4° *bis* ainsi rédigé :

Code de commerce

« 4° *bis* Les mandats de représentant permanent d'une personne morale au conseil d'administration ou de surveillance d'une SICAV ne sont pas pris en compte pour l'application des dispositions des articles L. 225-21, L. 225-77 et L. 225-94-1 du code de commerce. »

Art. L. 225-21, L. 225-77 et L. 225-94-1. — Cf. *supra*.

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

Article 3

Art. 131. —

Le II de l'article 131 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques est ainsi rédigé :

II. — Les administrateurs, présidents du conseil d'administration, directeurs généraux, membres du directoire et membres du conseil de surveillance disposent d'un délai de dix-huit mois à compter de la date de publication de la présente loi pour se mettre en conformité avec les articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77, L. 225-94 et L. 225-94-1 du code de commerce dans leur rédaction issue de la loi précitée. A défaut, ils sont réputés démissionnaires de tous leurs mandats.

« II. — Les administrateurs, présidents du conseil d'administration, directeurs généraux, membres du directoire et membres du conseil de surveillance disposent d'un délai de deux mois à compter de la date de publication de la loi n° du pour se mettre en conformité avec les articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77, L. 225-94 et L. 225-94-1 du code de commerce dans la rédaction issue de la présente loi. A défaut, ils sont réputés démissionnaires de tous leurs mandats. »