



N° 807
(3^{ème} partie)

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

DOUZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 avril 2003

RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES FINANCES, DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE ET
DU PLAN SUR LE PROJET DE LOI, adopté par le Sénat, *de sécurité financière*,

PAR M. FRANÇOIS GOULARD

Député

TOME I : RAPPORT

[Voir le sommaire](#)

Section 1

Dispositions diverses

Article 31

(articles L. 213-3 et L. 213-4 du code monétaire et financier)

Élargissement du marché des titres de créances négociables et amélioration de l'information diffusée par les émetteurs

Le présent article modifie les articles L. 213-3 et L. 213-4 relatifs au titres de créances négociables, afin d'élargir la liste des personnes autorisées à en émettre et de clarifier les obligations d'information leur incombant. Il s'agit, comme l'explique l'exposé des motifs, de renforcer la compétitivité d'un marché dont la France occupe une position importante en Europe.

Les titres de créances négociables sont des titres émis au gré de l'emprunteur représentant chacun un droit de créance pour une durée limitée. Ils correspondent à un dépôt à terme représenté par la remise de fonds par le souscripteur, ouvrant droit à remboursement à l'échéance convenue. Il s'agit de titres de nature hybride, intermédiaires entre les titres à long terme négociés sur le marché financier et les effets à court terme admis sur le marché monétaire. Ce ne sont ni des valeurs mobilières, ni des effets de commerce, ni des bons de caisse

En dépit du dispositif législatif et réglementaire existant, le marché de ces titres n'a pas été qualifié de marché réglementé. Les opérations y sont négociées de gré à gré, de façon bilatérale entre les émetteurs et les investisseurs. C'est pourquoi les premiers ne sont pas réputés faire appel public à l'épargne.

– paragraphe 1 : Élargissement du marché des titres de créances négociables

L'article L. 213-3 énumère les personnes qui peuvent émettre des titres de créances négociables. Il s'agit des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, de la Caisse des dépôts et consignations, des entreprises remplissant certaines conditions, des groupements d'intérêt collectif, des sociétés en nom collectif, des institutions des Communautés européennes, les organisations internationales dont la France est membre, de la Caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES) et des collectivités locales et leur groupement.

Le présent paragraphe modifie l'article L. 213-3, afin d'élargir la liste des entreprises et des organisations internationales autorisées à émettre de tels titres.

1° L'article L. 213-3 précise que les entreprises ne sont autorisées à émettre de tels titres, que si elles remplissent 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. L'article 2 du décret du 13 février 1992 relatif aux titres de créances négociables impose une existence d'au moins deux années et l'obligation d'avoir établi deux bilans certifiés.

En proposant de ne plus faire référence à la « *durée d'existence* » dans l'énumération des conditions imposées aux entreprises, le présent paragraphe entend supprimer cette exigence, d'ailleurs facile à contourner, comme cela a été fait, sous certaines conditions, pour l'émission d'obligations par la loi du 15 mai 2001 relatif aux nouvelles régulations économiques.

2° Seules les organisations internationales dont la France est membre ont le droit d'émettre des titres de créances négociables. Le présent paragraphe supprime cette condition. Il apparaît, en effet, que certaines d'entre elles souhaitent émettre de tels titres sur le marché français, notamment les banques de développement d'autres continents.

- paragraphe II : Aménagement des obligations d'information pesant sur les émetteurs

L'article L. 213-4 imposent aux émetteurs des « *obligations d'information relatives à leur situation économique et financière et à leur programme d'émission* ». Les conditions de mise en œuvre de ces dispositions sont fixées par un décret, qui doit également préciser les modalités de contrôle par la COB de ces obligations d'informations des investisseurs, ainsi que les formalités que doivent accomplir les émetteurs préalablement à leur première émission.

Le présent paragraphe propose une nouvelle rédaction de l'article L. 213-4. En se cantonnant aux seules obligations imposées pour la première émission de titres de créances négociables et en ne mentionnant plus le contrôle de l'AMF, cette nouvelle rédaction supprime le dispositif réglementaire spécifique et soumet donc les émetteurs de ces titres aux obligations de droit commun en matière de publicité en cas d'appel public à l'épargne (*cf.* article L. 412-1).

Cette nouvelle rédaction impose donc aux émetteurs, préalablement à leur première émission, d'établir une « *documentation financière, qui porte sur leur activité, leur situation économique et financière ainsi que sur le programme d'émission* ». Cette documentation doit être déposée auprès de la Banque de France, qui est chargée de veiller au respect par les émetteurs des conditions d'émissions qui leur sont imposées par l'article L. 213-3 (*cf.* ci-dessus).

Comme actuellement, cette documentation doit être rédigée en français. Cependant, un décret fixera les cas et conditions dans lesquelles cette documentation peut être rédigée dans « *une [autre] langue usuelle en matière financière* ». Depuis la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, cette faculté est, en effet, ouverte pour l'ensemble des documents soumis au visa de la COB (*cf.* article L. 412-1).

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 31 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 31 bis (nouveau)

(articles L. 431-7, L. 432-6, L. 432-7 et L. 432-16)

Élargissement du mécanisme de résiliation et de compensation des créances

Cet article additionnel a été introduit par le Sénat à l'initiative de sa commission des Finances, bien que le Gouvernement ait indiqué qu'il trouverait mieux sa place dans le cadre de la transposition de la directive concernant les contrats de garantie financière.

En modifiant les articles L. 431-6 à L. 432-8 et L. 432-16, il vise à aménager le mécanisme de résiliation-compensation des créances et des dettes (dit *close-out netting*).

Ce mécanisme a été profondément modifié par la loi du 15 mai 2001. Il s'agit d'une technique contractuelle de compensation pour les opérations sur les marchés dérivés de gré à gré, les prêts de titres, les pensions livrées et les opérations de crédit et de dépôts de fonds. Cette technique permet, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un des signataires d'une convention-cadre⁽¹⁾ régissant ces opérations, de prononcer l'exigibilité des opérations en cours et de les compenser, afin d'établir après évaluation, un solde net.

Ces différents dispositifs présentent l'avantage de déroger aux dispositions du droit commun des procédures collectives. Aussi, si une procédure de redressement judiciaire venait à être ouverte à l'encontre d'une contrepartie, la contrepartie non-défaillante sera en droit de résilier l'ensemble des opérations en cours, sans craindre que l'administrateur judiciaire opte pour la seule poursuite des opérations bénéficiaires à la contrepartie défaillante, tout en étant tenu de déclarer sa créance pour les opérations jugées défavorables par l'administrateur judiciaire.

Les modifications apportées par le Sénat visent à lever un certain nombre d'ambiguïtés des dispositions actuelles du code monétaire et financier :

- à l'article L. 431-7, la référence aux « *transferts temporaires de propriété d'instruments financiers* » est supprimée, ces opérations n'étant pas différentes des opérations sur instruments financiers visées par ailleurs ;

(1) Il s'agit d'une convention par laquelle deux intervenants pour leurs opérations sur instruments financiers de gré à gré globalisent leurs opérations de marché et formalisent de ce fait un ensemble de dispositions techniques et juridiques applicables à l'ensemble de leurs opérations. Les conventions-cadre les plus utilisées sont les conventions-cadre dites de place, élaborées par des associations professionnelles nationales (en France, la Fédération bancaire française) ou internationales.

- l'article L. 432-8, qui prévoit que le dispositif de compensation sont applicables aux prêts de titres régis par une convention-cadre, est abrogé, afin de lever toute ambiguïté sur son application à toutes les opérations de prêts de titres ;

- l'article L. 432-16, qui prévoit que le dispositif de compensation sont applicables aux pensions livrées régies par une convention-cadre, est abrogé, afin de lever toute ambiguïté sur son application à toutes les opérations de pensions livrées ;

- l'article L. 432-6 est modifié par coordination avec l'abrogation de l'article L. 432-8.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*

* *

Article 31 ter (nouveau)

(article L. 431-7 du code monétaire et financier)

Élargissement du mécanisme de compensation généralisée des créances

Cet article additionnel a été introduit par le Sénat à l'initiative de sa commission des Finances, bien que le Gouvernement ait également indiqué qu'il trouverait mieux sa place dans le cadre de la transposition de la directive concernant les contrats de garantie financière. Il modifie l'article L. 431-7, afin d'élargir le champ d'application du mécanisme de compensation généralisée des créances (dit *global netting*).

Au contraire du mécanisme de résiliation-compensation visé à l'article précédent, ce mécanisme de compensation généralisée est aujourd'hui réservé aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement, aux institutions visées à l'article L. 518-1 et aux établissements non résidents ayant un statut comparable. Il les autorise à convenir de lier deux ou plusieurs conventions-cadres d'opérations de marché à terme de gré à gré, d'opérations de prêts-emprunts de titres et d'opérations de pension livrée, de sorte que les soldes résultant de la compensation qui serait effectuée pour chaque convention-cadre, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un de leurs signataires, fassent à leur tour l'objet d'une compensation.

Considérant que la distinction entre les deux mécanismes de compensation était aisée à contourner, le présent article supprime la disposition qui en réserve l'usage aux seuls établissements financiers.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*

* *

Article 32

(articles L. 532-1 à L. 532-4 du code monétaire et financier)

Agrément des prestataires de services d'investissement

Cet article vise à simplifier la procédure d'agrément des prestataires de services d'investissement.

Aujourd'hui, en vertu de l'article L. 532-1, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement qui souhaitent fournir des services d'investissement doivent obtenir un agrément du CECEI, qui examine la demande au regard des critères énumérés à l'article L. 532-2 (localisation en France du siège social, montant du capital, qualité des actionnaires, forme juridique adéquate). Cependant, avant d'obtenir leur agrément, les demandeurs doivent soumettre au CMF l'approbation de leur programme d'activité, document qui précise le type d'opérations envisagées et la structure de l'organisation du demandeur.

Lorsque le service envisagé est la gestion de portefeuille pour compte de tiers, la procédure est différente. C'est la COB qui est compétente pour approuver le programme d'activité et, si le service de gestion est exercé à titre principal, pour délivrer l'agrément.

Afin de simplifier la procédure d'agrément, le 1° du **paragraphe I** supprime l'étape de l'approbation du programme d'activité par le CMF, l'examen de celui-ci incombera au CECEI lui-même dans le cadre de la procédure d'agrément. En revanche, l'approbation préalable par l'AMF du programme d'activité en cas de service de gestion est maintenue. Cette disposition devient le deuxième alinéa de l'article L. 532-1. En conséquence, le 2° du paragraphe I supprime, par coordination, la première phrase du troisième alinéa, laissant ainsi en vigueur la compétence de l'AMF pour délivrer l'agrément si le service de gestion est exercé à titre principal.

Le **paragraphe II** supprime les derniers alinéas des articles L. 532-2 et L. 532-3 qui précisaient les délais impartis au CECEI pour statuer sur la demande d'agrément et l'obligeaient à motiver sa décision, ces dispositions étant de nature réglementaire.

Enfin, le **paragraphe III** apporte une modification de coordination au premier alinéa de l'article L. 532-4 qui précise les critères d'appréciation qui seront utilisés par l'AMF pour approuver le programme d'activité portant sur un service de gestion collective (1°). Enfin, le 2° supprime :

- le deuxième alinéa, qui précisait les délais impartis au CMF pour statuer sur la demande d'approbation du programme d'activités, par coordination avec la suppression de l'approbation du programme d'activités par l'AMF dans le cadre de la procédure de droit commun,

- le troisième alinéa, qui renvoyait à un règlement de la COB le soin de préciser les modalités d'approbation du programme d'activité pour un service de gestion collective, ces dispositions étant déjà incluses dans le contenu du règlement général de l'AMF (*cf.* article 8 du projet de loi).

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 32 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*

* *

Article 33

(articles L. 540, L. 542-1 [nouveau], L. 543-1 [nouveau] et L. 613-2 du code monétaire et financier)

Définition et contrôle des personnes exerçant les activités de conservation ou d'administrations d'instruments financiers

Cet article intègre dans le code monétaire et financier les conditions d'habilitation des teneurs de compte, qui ne relève aujourd'hui que du règlement général du CMF.

Au sens de ce règlement général, l'activité de tenue de compte-conservation consiste d'une part, à inscrire les instruments financiers au nom de leur titulaire afin de reconnaître les droits de celui-ci sur ses instruments, et d'autre part, à conserver les avoirs correspondants selon les modalités propres à chaque instrument financier.

Cette activité constitue un service connexe aux services d'investissement, qui ne nécessite pas un agrément du CECEI mais une simple habilitation du CMF.

Le **paragraphe I** modifie l'intitulé actuel du titre IV du Livre V du code («*Les sociétés de gestion collective*») qui devient «*Autres prestataires d'investissement*».

Le **paragraphe II** restructure ce titre IV, actuellement constitué que d'un seul article (article L. 540 consacré aux sociétés de gestion collective). Désormais, il sera structuré en trois chapitres, le premier consacré aux « *conseillers en investissements financiers* » (créé par l'article 42 du projet de loi), le deuxième aux « *intermédiaires habilités en vue de l'administration ou de la conservation d'instruments financiers* », le troisième aux « *sociétés de gestion collective* », ces deux derniers chapitres étant créés par le présent paragraphe.

Le **paragraphe III** insère un nouvel article L. 542-1 au sein du nouveau chapitre II, précisant les personnes autorisées à exercer l'activité de tenue de compte-conservateur et les modalités du contrôle auquel elles sont soumises.

Ces personnes sont rassemblées dans sept catégories :

1° les personnes morales au titre des instruments financiers qu'elles émettent par appel public à l'épargne,

2° les établissements de crédit établis en France,

3° les entreprises d'investissements établies en France,

4° les personnes morales dont les membres ou associés (qui doivent être établissements de crédit ou entreprises d'investissement établis en France) sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes et engagements,

5° les personnes morales établies en France ayant cette activité pour objet principal ou unique,

6° 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,

7° les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les teneurs de compte-conservateurs exclusifs qui ne sont pas établis en France, dans des conditions fixées par le règlement général de l'AMF.

Le présent paragraphe clarifie le contrôle auquel ces personnes sont soumises.

Désormais, les personnes qui exercent cette activité à titre exclusif et principal devront être agréées par le CECEI, au même titre que les prestataires de services d'investissement.

En outre, les personnes relevant des cinq premières catégories seront soumises, pour cette activité, aux règles de contrôle et de sanctions prévues par le code monétaire et financier, c'est-à-dire l'AMF en ce qui concerne les conditions d'exercice de cette activité en vertu des nouveaux articles L. 621-7 et L. 621-9 (*cf.* articles 8 et 10 du projet de loi) et la Commission bancaire en ce qui concerne le contrôle prudentiel en vertu de l'article L. 613-2 (*cf.* paragraphe V ci-dessous).

S'agissant des personnes non établies en France, elles devront être soumises dans leur Etat d'origine à des règles d'exercice et de contrôle équivalentes à celles en vigueur en France. Le contrôle s'exercera comme en matière de libre prestation de service : l'AMF exercera à leur égard les pouvoirs de contrôle et de sanctions qu'elle tient du code monétaire et financier, « *en tenant compte de la surveillance exercée par les autorités compétentes de chaque Etat* ».

Le **paragraphe IV** renumérote l'actuel article L. 540, qui devient l'article L. 543-1 et est inséré dans le chapitre III relatif aux sociétés de gestion collective.

Le **paragraphe V** complète l'article L. 613-2 relatif au contrôle que la Commission bancaire exerce sur les prestataires de services d'investissement, afin d'y soumettre les personnes habilitées à exercer les activités de conservation et d'administration d'instruments financiers.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 33 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*

* *

Article 33 bis (nouveau)

(articles L. 544- 1 à L. 544-3 [nouveaux] du code monétaire et financier)

Obligations des analystes et de leurs employeurs. Suivi des agences de notation par l'Autorité des marchés financiers

Cet article additionnel a été inséré par le Sénat à l'initiative de sa commission des Finances, afin de soumettre les analystes financiers et les personnes qui rémunèrent leurs services, ainsi que les agences de notation à certaines obligations professionnelles.

Formellement, cet article crée un chapitre IV dans le titre IV du Livre V du code, intitulé « *Services d'analyse financière et agences de notation* », et composé de trois nouveaux articles numérotés L. 544-1 à L. 544-3.

Le nouvel **article L. 544-1** interdit aux « *dirigeants d'une entreprise* » de prendre « *toute initiative auprès des analystes financiers dont ils rémunèrent les services qui aurait pour objet ou pour effet de privilégier leurs intérêts propres, ou ceux de leurs actionnaires, au détriment d'une information sincère* ».

Le nouvel **article L. 544-2** oblige les services d'analyse financière et les agences de notation à conserver pendant trois ans « *tous les documents préparatoires à l'élaboration des publications diffusées sous [leur] responsabilité* ». ces documents devront également être tenus à la disposition de l'AMF. Cette obligation formalise une des dispositions du code de déontologie établi par la Société française des analystes financiers (SFAF), selon lequel l'analyste « *doit être capable de justifier (...) le sérieux de ses sources et les raisonnements présentés par lui et sous sa responsabilité* ».

Le nouvel **article L. 544-3** confie à l'AMF le soin de publier un rapport annuel « *sur les agences de notation, la transparence de leurs méthodes et l'impact de leur activité sur les émetteurs et les marchés financiers* ».

*

* *

Votre Commission a *adopté* un amendement de votre Rapporteur (**amendement n° 130**) reprenant, dans cet article, la définition de l'activité d'analyse financière en la limitant aux personnes qui produisent et diffusent une telle analyse. Répondant aux interrogations de M. Philippe Auberger quant à la place du texte où apparaît cette définition, votre Rapporteur a estimé que cet amendement n'avait pas perdu tout objet malgré l'amendement adopté à l'article 8 supprimant la compétence de l'AMF pour définir les règles d'exercice de cette activité et que sa place était liée à sa numérotation dans le code. Après que votre Rapporteur eut estimé que ces dispositions trouveraient davantage leur place dans le règlement général de l'AMF, la Commission a *rejeté* un amendement présenté par M. Charles de Courson prévoyant que les publications d'analyse financière devaient comporter toutes informations relatives à d'éventuels conflits d'intérêts entre l'analyste et la société analysée.

Elle a ensuite *adopté* un amendement de votre Rapporteur (**amendement n° 131**) supprimant la disposition introduite par le Sénat, obligeant les analystes financiers et les agences de notation à conserver pendant trois ans les documents préparatoires à leurs analyses. Votre Rapporteur a, en effet, estimé que cette disposition méconnaissait les conditions dans lesquelles les analystes financiers se forment une opinion à partir d'un faisceau d'indices et a jugé que cette initiative du Sénat présente une faible portée pratique. Après avoir constaté que la majorité des membres de la Commission insistaient sur l'importance du suivi du rôle des agences de notation, votre Rapporteur a *retiré* un amendement qui tendait à intégrer dans le rapport annuel de l'AMF, et non pas dans un rapport spécifique comme l'avait souhaité le Sénat, les éléments relatifs au rôle de ces agences, à la transparence de leurs méthodes et à l'impact de leur activité sur les émetteurs et les marchés financiers. M. Philippe Auberger a suggéré que ce rapport s'intéresse, en outre, à la nécessaire déontologie des personnes travaillant dans ces agences. Votre Rapporteur a précisé que cet ajout pourrait faire utilement l'objet d'un amendement qui serait examiné lors de la réunion que votre Commission tiendra en application de l'article 88 du Règlement.

Votre Commission a ensuite *adopté* l'article 33 *bis*, ainsi modifié.

Article 34

(articles L. 562-1 et L. 564-3 du code monétaire et financier)

Extension des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment

Cet article vise à soumettre l'ensemble des acteurs de la gestion financière, les intermédiaires en biens divers, les personnes habilitées au démarchage bancaire et financier et les conseillers en investissements financiers à l'obligation de déclaration de sommes ou d'opérations soupçonnées d'être d'origine illicite.

C'est l'article L. 562-1 qui énumère les personnes soumises à cette obligation. Les entreprises d'investissement sont explicitement visées. Cependant, la situation des acteurs de la gestion au regard de cette obligation demeure floue. En leur qualité d'entreprises d'investissement, les sociétés de gestion de portefeuille sont soumises à cette obligation. Il en va de même, par extension, pour les sociétés de gestion d'OPCVM, les sociétés de gestion de sociétés civiles de placement immobilier (SCPI) et les sociétés de gestion de sociétés d'épargne forestière. En revanche, l'obligation ne s'applique ni aux SICAV gérées par leurs propres organes d'administration, ni aux sociétés de gestion de fonds communs de créances. Enfin, le sort des sociétés assurant la gestion de placements en biens divers dépendait de la nature de ces biens.

Le **paragraphe I** vise à supprimer toute ambiguïté quant à la soumission des acteurs de la gestion à l'obligation de déclaration de sommes ou d'opérations soupçonnées d'être d'origine illicite. Il complète donc le 5° de l'article L. 562-1 afin de viser l'ensemble des organismes de placements collectifs en valeurs mobilières et toutes les sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs. Pour se faire, il fait référence à l'article L. 214-1, dont l'article 35 du projet de loi a clarifié la rédaction. En outre, le présent paragraphe soumet à cette obligation les intermédiaires en biens divers, les personnes habilitées à procéder au démarchage (*cf.* article 39 du projet de loi) et les conseillers en investissements financiers (*cf.* article 42 du projet de loi).

Les **paragraphe II et III** complètent l'article L. 564-3 qui précisent les compétences des autorités de contrôle, Commission bancaire (pour les prestataires de services d'investissement, les membres des marchés réglementés et les adhérents des chambres de compensation) ou Inspection générale des finances (Caisse des dépôts et consignations et services financiers de la Poste), en matière de respect des obligations de la lutte contre le blanchiment. Il s'agit de confier à l'AMF l'exercice du contrôle et du pouvoir de sanction à l'égard des nouvelles personnes soumises à ces obligations (OPCVM, sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs, intermédiaires en biens divers, personnes habilitées à procéder au démarchage et conseillers en investissements financiers).

*

* *

Le Sénat a adopté un amendement rédactionnel.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*

* *

Article 34 bis (nouveau)

(article 16 de la loi du 25 juin 1999)

Qualification juridique des accords collectifs nationaux conclus au sein du réseau des caisses d'épargne

Cet article additionnel a été inséré par le Sénat à l'initiative de M. Joël Bourdin. Il vise à lever toute ambiguïté quant à la qualification juridique des accords collectifs nationaux conclus au sein du réseau des caisses d'épargne.

L'article 16 de la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a rapproché la négociation collective au sein du réseau du droit commun des accords collectifs. Cependant, il subsiste une incertitude quant à la qualification juridique des « *accords collectifs nationaux négociés au sein de la commission paritaire nationale* ». La loi de 1999 a entendu leur donner la valeur d'accords de branche, mais ne l'a pas fait de manière explicite, en faisant référence au code du travail.

Le présent article modifie donc l'article 16 sur trois points. D'une part, il précise que les accords collectifs nationaux au sein du réseau constitue bien des accords de branche au sens de l'article L.132-11 du code du travail et que la négociation au sein de la commission mixte paritaire respecte les principes de la négociation des accords de branches, posés par l'article L. 133-1. D'autre part, il précise que la Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance désigne les représentants des employeurs au sein de cette commission mixte, en qualité de « *groupement patronal* ».

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

Article 34 ter (nouveau)

(article 17 de la loi du 25 juin 1999)

Droit d'opposition aux avenants aux accords collectifs nationaux conclus au sein du réseau des caisses d'épargne

Cet article additionnel a été inséré par le Sénat à l'initiative de M. Joël Bourdin. Il vise à replacer le droit d'opposition aux accords collectifs nationaux négociés au sein du réseau des caisses d'épargne, dans le droit commun de la négociation collective.

L'article 17 de la loi de 1999 avait reconnu aux organisations syndicales, dont les représentants au sein de la commission mixte paritaire constituent plus de la moitié des membres représentant le personnel, un droit d'opposition à l'entrée en vigueur de tout accord collectif. Il s'agissait d'organiser une période de transition après le changement de statut des caisses prévu par la loi de 1999. En effet, ce droit d'opposition n'existe, dans le droit commun de la négociation collective, qu'à l'encontre des avenants à un accord collectif qui réduisent ou suppriment un ou plusieurs avantages individuels ou collectifs du personnel (*cf.* article L. 132-7 du code du travail).

Cet article modifie donc le premier alinéa de l'article 17 de la loi de 1999, afin de faire explicitement référence à l'article L. 132-7 du code du travail. Le droit d'opposition concernera les avenants portant révision d'un accord collectif national et sera ouvert, comme actuellement, aux organisations syndicales, dont les représentants au sein de la commission mixte paritaire constituent plus de la moitié des membres représentant le personnel. L'opposition devra intervenir dans un délai de 15 jours à compter de la signature de l'avenant, être formulée par écrit et motivée et notifiée à la Caisse nationale et aux organisations syndicales signataires.

En outre, cet article abroge le dernier alinéa de l'article 17 de la loi de 1999, qui excluait du droit à opposition les accords collectifs visant l'intégration pleine et entière des caisses aux régimes interprofessionnels de retraite. En effet, cette disposition est devenue sans objet puisque cette intégration est achevée.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*

* *

Section 2

Dispositions d'abrogation, de coordination et d'entrée en vigueur

Article 35

Coordination

Cet article apporte les modifications à plusieurs codes ou lois rendues nécessaires par la création de l'Autorité des marchés financiers, la création des deux comités consultatifs du secteur financier et la fusion des deux commissions de contrôle des assurances et des mutuelles et des institutions de prévoyance.

Normalement, cet article est structurée selon les textes modifiés, paragraphe I pour le code de commerce, paragraphe II pour le code monétaire et financier, paragraphe III pour le code général des impôts et paragraphe IV pour toutes les autres dispositions législatives et réglementaires. Néanmoins, cette structure présente quelques curiosités : les modifications apportées au code monétaire et financier figurent, à la fois, aux paragraphes II et V et le paragraphe VI visent également l'ensemble de la législation et de la réglementation.

Surtout, cet article comporte des dispositions qui dépassent le cadre d'une simple coordination, voire constitue même une modification de fond des textes existants. C'est le cas de la plupart des modifications apportées au code de commerce. Il aurait donc, de ce fait, été préférable de les faire figurer dans des articles spécifiques.

- les dispositions de coordination stricto sensu

Les paragraphes IV et VI de cet article comportent des dispositions, dites « balai », qui visent à procéder à des coordinations dans « *toutes les dispositions législatives et réglementaires* ». Il s'agit de remplacer :

- les références à la COB, au CMF et au Conseil de discipline de la gestion financière, par une référence à l'« *Autorité des marchés financiers* » (IV 1°),

- les références aux règlements de la COB, au règlement général du CMF par une référence au « *règlement général de l'Autorité des marchés financiers* » (IV 2°),

- les références au Conseil national du crédit et du titre et du comité consultatif par une référence au « *Comité consultatif du secteur financier* » (IV 3°),

- les références à la Commission de contrôle des assurances et à la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance par une référence à la « *Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance* » (VI).

Cette méthode est sans doute inévitable, tant il apparaît difficile de recenser de manière exhaustive toutes les références à modifier dans l'ensemble de la législation. Elle a également le mérite d'autoriser la modification de la réglementation. Cependant, cette méthode reste insatisfaisante en ce sens qu'elle fait reposer la lourde tâche de l'adaptation sur les éditeurs. Les risques d'erreurs ou d'oublis sont donc grands. De plus, les références incomplètes (« *commission* » ou « *elle* » pour COB ou « *conseil* » ou « *il* » pour CMF) seront-elles traitées de la même manière ? La tâche est encore compliquée par le fait que le CMF et l'AMF ne sont pas du même genre.

En plus de ces dispositions « balai », le présent article apporte des modifications à des articles précis du code de commerce, du code monétaire et financier et du code général des impôts. Il convient de noter que la méthode retenue fait qu'il arrive que le même article soit modifié à deux reprises, par le jeu d'une disposition « balai » et par celui d'une modification expresse

Ces modifications expresses résultent de :

- la création de l'AMF et de la réécriture des dispositions du code monétaire et financier qui la concernent ; elles concernent deux articles du code de commerce (I 1° et 2° b) et 22 articles du code monétaire et financier (II 5°a et b, 6°, 7°, 13°, 15° à 27, 29° à 31°, 32° b et c et 33°) ;

- la disparition du comité de la réglementation bancaire et financière et la substitution des arrêtés du ministre aux règlements de ce comité ; elles concernent 53 articles du code de commerce (II 2°, 3°, 8° à 12°, 14° et V) et un article du code général des impôts (III) ;

- la création de la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance ; elles concernent un article du code monétaire et financier (II 32° a).

- les dispositions modifiant le droit actuel

Les 2°, 3° et 4° du **paragraphe I** modifient les dispositions du code de commerce en matière d'obligations de déclarations ou d'informations afin de raccourcir certains délais d'information de l'AMF et de clarifier les conditions dans lesquelles celle-ci rend ces informations publiques. Ces obligations portent sur :

- des franchissements de seuil dans le capital d'une société dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé (article L. 233-7) : la personne qui franchit ces différents seuils doit en informer la société (dans un délai de 15 jours) et le CMF (dans un délai de 5 jours de bourse) ; le *a* du 2° uniformise les deux délais et prévoit donc une information de la société dans un délai de 5 jours de bourse ; le *b* précise que les conditions dans lesquelles cette information est portée à la connaissance du public (actuellement par le CMF) seront précisées par le règlement général de l'AMF ;

- des intentions pour l'avenir en cas de franchissement des seuils de 10 % et 20 % (septième alinéa de l'article L. 233-7) : la personne qui franchit ces seuils doit informer la société, le CMF et la COB dans un délai de 15 jours ; le c du 2° ramène ce délai à 10 jours de bourse et renvoie également au règlement général de l'AMF en ce qui concerne les conditions dans lesquelles l'information est rendue publique ;

- une augmentation de plus de 5 % du nombre de droits de vote entre deux assemblées générales ordinaires (article L. 233-8) : la société doit informer ses actionnaires et, si ses titres sont cotés, le CMF dans les 15 jours qui suivent l'assemblée générale ; le 3° du I renvoie également au règlement général de l'AMF les conditions dans lesquelles cette information est rendue publique ;

- une clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions (article L. 233-11) ; l'existence d'une telle clause doit être transmise au CMF dans un délai de fixé par décret et celui-ci en assure la publicité ; le a du 4° ramène ce délai à 5 jours de bourse à compter de la signature de la convention et prévoit également l'information de la société qui a émis les titres, le b prévoit que celle-ci est également, comme l'AMF, informée de la date à laquelle cette clause prend fin ; le c renvoie au règlement général de l'AMF les conditions dans lesquelles cette information est rendue publique.

Le 1° du paragraphe II modifie l'article L. 214-1 du code monétaire et financier afin de rationaliser la rédaction des dispositions relatives à la gestion collective. D'une part, la liste des organismes de placements collectifs (aujourd'hui composée des organismes de placements collectifs en valeurs mobilières, des fonds communs de créance et des sociétés civiles de placement immobilier) est complété par la référence aux sociétés d'épargne forestière, créées par la loi du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt. D'autre part, cet article est complété par une définition générale et unifiée des « *sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs* » cette notion englobant sans équivoque les sociétés de gestion de portefeuille, les sociétés de gestion d'OPCVM, les sociétés de gestion de fonds communs de créances, les sociétés de gestion de SCPI et les sociétés de gestion des sociétés d'épargne forestière.

Le 4° du paragraphe II supprime la consultation de la Banque de France par le ministre avant de reconnaître la qualité de marché réglementé, prévue par l'article L. 421-1 du code monétaire et financier. Le fait que la banque centrale est désormais représentée au sein de l'AMF rend inutile une consultation qui ferait double emploi avec celle de l'Autorité.

L'article L. 421-3 prévoit que les modifications des règles de fonctionnement d'un marché réglementé sont notifiées à l'AMF et à la Banque de France, l'AMF devant se prononcer sur leur compatibilité avec la reconnaissance du marché. En cas de désaccord avec la décision de l'AMF, la Banque de France pourrait saisir le ministre. En raison de la présence de la banque au sein du collège de l'AMF, le c du 5° du paragraphe II supprime cette possibilité de recours qui, au demeurant n'a jamais été utilisée.

Enfin, le **28° du paragraphe II** modifie l'article L.612-3 du code monétaire et financier afin de rendre applicables aux représentants des organisations syndicales désignés au sein du CECEI les dispositions prévues pour les salariés désignés au sein de l'AMF (*cf.* article 3 du projet de loi), afin qu'ils disposent du temps nécessaire pour assurer la préparation des réunions du comité, pour s'y rendre et y participer.

*
* *

Le Sénat a adopté deux amendements.

Le premier, à l'initiative de sa commission des Finances, prévoyant une nouvelle coordination avec la création de l'AMF à l'article L. 233-14 du code de commerce.

Le second, à l'initiative de M. Pierre Hérisson, clarifie le dispositif de transposition à la Caisse des dépôts et consignations et aux services financiers de la Poste des arrêtés du ministre, pris après avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières.

*
* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*
* *

Article 36

Maintien en vigueur des règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière, de la COB et du règlement général du CMF

Cet article prévoit le maintien en vigueur des règlements du Comité de réglementation bancaire et financière. Conformément aux dispositions de l'article 24 du projet de loi, ils pourront être modifiés ou abrogés par arrêté du ministre chargé de l'économie, après avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières.

De même, les règlements de la COB et le règlement général du CMF sont maintenus en vigueur. Conformément aux dispositions de l'article 8 du projet de loi, ils pourront être modifiés par le collège de l'AMF, selon les modalités prévues pour l'adoption de son règlement général (homologation par le ministre et publication au *Journal Officiel*).

*
* *

Le Sénat a adopté l'article 36 sans modification.

*
* *

Votre Commission a *rejeté* un amendement présenté par M. Alain Joyandet, tendant à préciser que les règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière continueraient à pouvoir être étendus aux services financiers de la Poste et à la Caisse des dépôts et consignations. Votre Rapporteur a, en effet, estimé que cette précision était inutile, puisque ces règlements sont maintenus en vigueur et pourront être, dès la publication de la loi, modifiés ou étendus par arrêté du ministre.

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*
* *

Article 37

Abrogations

Le **paragraphe I** de cet article prévoit l'abrogation de :

- 3 articles, et un alinéa d'un quatrième, du code des assurances par coordination avec la création d'une commission de contrôle unique (1°),
- 29 articles du code monétaire et financier par coordination avec la création de l'AMF et du comité consultatif du secteur financier (2°),
- 9 articles de l'ordonnance du 28 septembre 1967 instituant la COB et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse par coordination avec les dispositions relatives à l'AMF ; il convient de noter que pour sept d'entre eux, ces articles auraient dû être abrogés par l'ordonnance du 14 décembre 2000, puisque leurs dispositions ont été codifiées par celle-ci.

Le **paragraphe II** procède, par coordination avec les abrogations dans le code monétaire et financier, à la suppression de 11 divisions et de leur intitulé.

*
* *

Le Sénat a adopté deux amendements proposés par sa commission des Finances.

Le premier supprime le 1° du paragraphe I puisque deux des articles abrogés l'ont déjà été par l'article 21 du projet de loi et que les deux autres ont fait l'objet d'une nouvelle rédaction globale par les articles 22 et 23 du projet de loi.

Le second procède à une nouvelle rédaction du paragraphe II, afin de ne procéder qu'à la suppression des divisions et de leur intitulé et non des articles qui les composent.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article, sans modification.

*

* *

Article 38

Mesures transitoires

Le présent article précise les conditions de la transition entre les institutions existantes et celles créées ou modifiées par le projet de loi et qui vont prendre la suite des premières.

Le **paragraphe I** prévoit le maintien en fonctions des membres des « *commissions, conseils et comités modifiés par la présente loi* » jusqu'à la première réunion des « *autorités, commissions, conseils et comités créés ou modifiés par la présente loi* ».

Jusqu'à cette date, la COB, le CMF, le Conseil de discipline de la gestion financière, 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, le Conseil national du crédit et du titre, le comité consultatif du secteur bancaire, le Conseil national des assurances (et ses trois commissions ou comités consultatifs) « *exercent les compétences qui leur sont dévolues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date de publication de la présente loi* ». Bizarrement figurent également dans cette énumération la Commission bancaire et le CECEI, alors que leurs compétences ne sont pas modifiées par le projet de loi.

De même jusqu'à la date de la première réunion du comité des entreprises d'assurance, le ministre chargé de l'économie continue à exercer les compétences qui lui sont dévolues en matière d'agrément des sociétés d'assurance.

Le **paragraphe II** précise que, à la date de la première réunion de son collège, l'AMF succède dans les droits et obligations de l'Etat – au titre de la COB et du Conseil de discipline de la gestion financière, qui ne disposaient pas de la personnalité morale – et dans les droits et obligations du CMF. Ces droits et obligations recouvrent le patrimoine immobilier, les ressources financières actuelles, les contrats de travail et les divers contrats en cours.

Le **paragraphe III** règle le devenir des procédures de sanction en cours à la date de publication de la loi :

- la validité des actes de constatation et de procédure accomplis avant la première réunion de la commission des sanctions de l'AMF, ou de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP), s'apprécie « *au regard des dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis* » ;

- les procédures de sanction en cours devant la COB, le CMF ou le conseil de discipline, à la date de la première réunion du collège de l'AMF, « *sont poursuivies de plein droit (...) devant la commission des sanctions* » ; lorsque les griefs ont été notifiés, la commission des sanctions de l'AMF « *est saisie du dossier en l'état* » ; cela signifie notamment que celle-ci devra procéder à la désignation d'un nouveau rapporteur pour reprendre la procédure au stade où elle était parvenue ;

- les procédures de sanction en cours devant la CCA ou la CCMIP, à la date de la première réunion de la CCAMIP sont « *poursuivies de plein droit par cette dernière* ».

*

* *

Le Sénat a adopté un amendement proposé par sa commission des Finances, visant également les commissions créées ou modifiées par la présente loi.

*

* *

Votre Commission a *adopté* trois amendements de votre Rapporteur, le premier, de précision (**amendement n° 132**), les deux autres supprimant la référence à la commission bancaire et au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), les compétences de ces deux institutions n'étant pas modifiées par le présent projet (**amendements n° 133 et 134**).

Votre Commission a ensuite *adopté* cet article, ainsi modifié.

*

* *

TITRE II

SECURITE DES EPARGNANTS ET DES ASSURES

CHAPITRE I^{ER}

Réforme du démarchage en matière bancaire et financière

« *Touffu, peu cohérent et largement obsolète* » : c'est en ces termes que M. Emmanuel Rodocanachi décrivait, en novembre 2000, le dispositif juridique encadrant actuellement l'activité de démarchage, dans un rapport sur le démarchage financier remis à M. Laurent Fabius, alors ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie. Il concluait à son caractère « *manifestement inadapté* » et proposait une réforme d'ampleur, dont les principes étaient repris dans un projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ⁽¹⁾, déposé sur le bureau du Sénat le 31 mai 2001.

Les dispositions relatives au démarchage bancaire et financier constituaient le deuxième chapitre de la deuxième partie du projet, laquelle était consacrée à des mesures tendant à protéger le consommateur et l'assuré. L'abandon de ce projet de loi, qui n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour, a empêché la discussion et l'entrée en vigueur de nouvelles règles en la matière, au détriment de l'intérêt des épargnants et des professionnels. C'est pourquoi le présent chapitre reprend l'essentiel des dispositions proposées en mai 2001.

La complexité du régime actuel est le résultat de l'accumulation d'une série de textes, les uns spécifiques au démarchage financier, les autres destinés à la protection du consommateur, les derniers relatifs à la présentation des opérations d'assurance. L'existence de trois lois spécifiques a conduit à la mise en place de trois réglementations différentes et peu cohérentes entre elles, selon les produits financiers objets du démarchage :

– la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité, dont les articles 8 à 13 portant sur le démarchage financier ont été codifiés aux articles L. 341-1 à L. 341-6 du code monétaire et financier, concerne le démarchage des opérations de banque (prêts, rentes viagères, biens divers, parts de sociétés civiles de placement immobilier) ;

– la loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance, dont les articles 1 à 12, 14 à 22, 32 et 35 ont été codifiés aux articles L. 342-2 à L. 342-21 du code monétaire et financier, porte sur les valeurs mobilières ;

– la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, largement modifiée par la loi n° 87-1158 du 31 décembre 1987 relative au marché à terme, dont les dispositions relatives au démarchage financier (articles 1^{er}, 3 à 6 et 10 à 14 *bis*) ont été codifiées aux articles L. 343-1 à L. 343-6 du code monétaire et financier, vaut pour les opérations sur les marchés à terme.

(1) *projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, Sénat, session ordinaire 2000-2001, n° 346, déposé le 30 mai 2001.*

Si certains principes communs se dégagent de ces trois lois, comme l'obligation de porter une carte d'emploi pour toute personne physique se livrant à une activité de démarchage, de nombreuses incohérences apparaissent tant sur la définition de l'activité de démarchage que sur les mécanismes de contrôle des mandats, sur les conditions à remplir pour être démarcheur financier, sur les obligations en matière d'information des personnes démarchées et sur les dispositifs de sanctions. Une harmonisation s'impose donc.

Elle doit aussi être l'occasion de moderniser le dispositif qui s'avère mal appliqué et mal contrôlé, qui n'intègre ni les conséquences de la diffusion de l'outil Internet ni la dimension européenne du sujet et qui risque d'entraîner la multiplication des fraudes. Depuis la loi du 31 décembre 1987 précitée, la réforme des règles de démarchage financier apparaît indispensable ; les dispositions proposées dans le présent chapitre sont de nature à résoudre les différents problèmes soulevés.

Les articles 42 à 44 du présent projet de loi comblent pour leur part une lacune préjudiciable, l'absence de réglementation des activités de conseillers en investissements financiers. Lorsque ces derniers se livrent à des activités de démarchage, ils sont déjà et seront encore soumis aux règles applicables aux démarcheurs financiers ; pour leurs autres activités, il est proposé de fixer des règles voisines de celles applicables aux démarcheurs financiers, règles qui porteront sur la nature de leurs activités, qui doivent se limiter au conseil, les conditions à remplir pour pouvoir exercer cette profession (conditions d'âge, d'honorabilité, de nationalité, absence d'interdiction d'exercer la profession de banquier), les obligations d'adhésion à une association agréée par l'AMF et d'enregistrement auprès de celle-ci – qui remplacent, d'une manière plus souple, l'enregistrement auprès des autorités de tutelle applicable aux démarcheurs –, les sanctions disciplinaires et pénales encourues en cas de manquement aux règles de la profession.

Article 39

(articles L. 341-1 à L. 341-6, L. 342-1 à L. 342-21 et L. 343-1 à L. 343-6 du code monétaire et financier)

Harmonisation et simplification des règles relatives à la pratique du démarchage bancaire ou financier

Le présent article, qui constitue le cœur du nouveau dispositif, opère la fusion des trois régimes juridiques actuellement applicables au démarchage financier en fonction du type de produits proposés. Pour ce faire, il substitue un chapitre intitulé « *Démarchage bancaire et financier* » aux trois premiers chapitres du titre IV (« *Le démarchage et le colportage* ») du livre III (« *Les services* ») du code monétaire et financier, lesquels sont respectivement consacrés au démarchage concernant les opérations de banque, au démarchage concernant les valeurs mobilières et au démarchage concernant les opérations sur le marché à terme.

Le nouveau chapitre ainsi créé comporte cinq sections : après une définition du démarchage financier (section 1), il présenterait les conditions exigées de la part des personnes susceptibles d'être habilitées à procéder au démarchage (section 2), celui-ci étant interdit pour certains produits (section 3) ; sont ensuite fixées les règles de bonne conduite professionnelle (section 4) et les sanctions disciplinaires encourues pour tout manquement à ces règles (section 5).

– *paragraphe I : nouvelles règles applicables au démarchage bancaire ou financier*

Section 1 : Définition du démarchage bancaire et financier

Actuellement, l'activité de démarchage bancaire et financier est définie par trois articles du code monétaire et financier, selon le type de produit financier concerné : l'article L. 341-2 pour les opérations de banque, l'article L. 342-2 pour le démarchage de valeurs mobilières et l'article L. 343-1 pour le démarchage en vue d'opérations sur le marché à terme.

Les différences entre les définitions sont sources d'incertitudes et de difficultés pour les professionnels, qui doivent suivre des règles hétérogènes alors qu'ils peuvent démarcher simultanément pour plusieurs types de produits financiers, et pour les consommateurs, qui ne peuvent connaître clairement leurs droits. Le présent article propose donc une définition unique, quel que soit le produit faisant l'objet du démarchage.

Cette définition présente deux éléments : une énumération des éléments constitutifs du démarchage (nouvelle rédaction de l'article L. 341-1) et une liste des cas dans lesquels, de manière dérogatoire, les règles du démarchage ne s'appliquent pas (nouvelle rédaction de l'article L. 341-2).

– Article L. 341-1 : Définition du démarchage bancaire ou financier

Les éléments constitutifs du démarchage bancaire et financier, qui figureraient à l'article L. 341-1, concernent les finalités des activités visées, les opérations susceptibles d'être concernées, les formes de ces activités.

- *Les finalités du démarchage*

L'énumération des finalités du démarchage bancaire et financier place l'ensemble des produits financiers sous le même dispositif juridique. L'objectif du démarchage est « *d'obtenir de [la] part [de la personne physique ou morale contactée] un accord* » sur la réalisation d'opérations ou la fourniture d'un service mentionnés dans la liste figurant dans le même article. Cette définition ne qualifie pas l'action du démarcheur, contrairement aux dispositions en vigueur qui mentionnent soit « *les offres de services faites ou les conseils donnés de façon habituelle* » (articles L. 341-2 et L. 342-2 du code monétaire et financier), soit le fait de « *conseiller* » ou de « *recueillir des ordres* » (article L. 343-1 du même code). La nouvelle définition détermine simplement la finalité du démarchage, ce qui permet de lever l'incertitude sur la différence entre conseil et offre de services. Elle supprime aussi la notion d'activité « *habituelle* » retenue dans chacune des définitions actuelles.

La démarche peut viser « *une personne physique ou une personne morale déterminée* ». Les trois définitions actuellement en vigueur mentionnent les « *personnes* », sans précision quant à leur nature. Les termes employés (domicile ou résidence, lieux de travail) laissent supposer qu'elles ne visent que les personnes physiques ; en pratique, c'est ainsi qu'elles ont été interprétées. Le projet de loi lève cette incertitude en mentionnant les personnes physiques et les personnes morales. Pour ces dernières, des exceptions spécifiques seraient prévues à l'article L. 341-2 du code monétaire et financier (voir *infra*).

Les directives communautaires ne prévoient de protections spécifiques que pour les personnes physiques. La directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, laquelle traite du démarchage à domicile d'une manière générale, et la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès du consommateur définissent chacune, dans leur article 2, le consommateur comme une personne physique qui agit pour un usage qui n'entre pas dans le cadre de son activité professionnelle. Le projet de loi étend donc le champ des personnes protégées au-delà de celui des dispositions communautaires.

Les personnes visées sont qualifiées de « *déterminées* ». Cette précision vise à distinguer la publicité, qui n'a pas de destinataire nominatif, du démarchage. La pression sur les personnes, et donc la nécessité de les protéger particulièrement, n'est réelle que lorsqu'on s'adresse nominativement à elles. Dans son rapport, M. Emmanuel Rodocanachi proposait même d'utiliser l'expression « *nommément désignées* » mais la formule retenue par le présent projet présente l'avantage de viser aussi les cas où le destinataire de l'offre est désigné par son titre ou sa fonction dans une entreprise, et non par son nom. Le but est d'encadrer les situations où la personne visée est l'objet d'une sollicitation très directe, voire d'une forme de pression. Par exemple, une personne qui consulterait un site financier sur Internet de sa propre initiative, y compris à la suite d'un message publicitaire d'ordre général, n'a pas à bénéficier des mêmes protections qu'une autre qui aurait reçu un message à son nom, notamment dans le cadre de la technique dite du « *spamming* », qui consiste en l'envoi massif et non sollicité de messages à des personnes désignées.

- *Les opérations concernées*

L'accord que le démarcheur tente d'obtenir peut porter sur l'ensemble des opérations actuellement régies par les trois dispositifs existants :

1° la réalisation par une personne mentionnée au 1° de l'article L. 341-3, c'est-à-dire un établissement de crédit, les institutions publiques mentionnées à l'article L. 518-1 (Trésor public, Banque de France, services financiers de La Poste, Caisse des dépôts et consignations, Institut d'émission des départements d'outre-mer, Institut d'émission d'outre-mer), une entreprise d'investissement ou une entreprise d'assurance (voir *infra*), d'une opération sur un des instruments financiers énumérés à l'article L. 211-1.

Ce dernier mentionne les actions et autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote, les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse, les parts ou actions d'organismes de placements collectifs, les instruments financiers à terme et tout instrument financier équivalent aux précédents, émis sur le fondement des droits étrangers ;

2° la réalisation, par les mêmes personnes, d'une opération de banque ou d'une opération connexe.

Définies à l'article L. 311-1, les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, la mise à disposition et la gestion de moyens de paiement. Énumérées à l'article L. 311-2, les opérations connexes aux opérations de banques sont les opérations de change, les opérations sur or, métaux précieux ou pièces, les placement, souscription, achat, gestion, garde et vente de valeurs mobilières et de tout produit financier, le conseil et l'assistance en matière de gestion du patrimoine, le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière et tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions, et les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail ;

3° la fourniture, par les mêmes personnes, d'un service d'investissement ou d'un service connexe.

Conformément à l'article L. 321-1, les services d'investissement, qui portent sur les instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 (voir le 1°), 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 compte de tiers, la prise ferme et le placement. Les services connexes aux services d'investissement, qui figurent à l'article L. 321-2, consistent en la conservation ou l'administration d'instruments financiers, en l'octroi de crédits ou de prêts à un investisseur (pour lui permettre d'effectuer une transaction qui porte sur un instrument financier et dans laquelle intervient l'entreprise qui octroie le crédit ou le prêt), en conseils en gestion du patrimoine, en la fourniture de conseil aux entreprises (en matière, notamment, de structure du capital, de stratégie industrielle, de fusion ou rachat d'entreprises), en services liés à la prise ferme, en services de change (lorsque ceux-ci sont liés à la fourniture de services d'investissement) et en la location de coffres-forts ;

4° la réalisation d'une opération sur biens divers.

Mentionnée à l'article L. 550-1, cette catégorie d'opérations recouvre l'offre de souscription de rentes viagères ou d'acquisition de droits sur 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, le recueil de fonds à cette fin et la gestion desdits biens.

Les quatre catégories d'opérations citées dans cette nouvelle rédaction de l'article L. 341-1 correspondent donc aux définitions figurant dans le code monétaire et financier et dépassent les distinctions opérées par les trois régimes juridiques actuellement en vigueur. Par exemple, figurent au 1° de la rédaction proposée pour l'article L. 341-1 à la fois les opérations sur le marché à terme et celles sur les OPCVM, qui relèvent actuellement respectivement du chapitre III et du chapitre II du titre IV du livre III du code monétaire et financier, relatif au démarchage. L'ensemble des opérations mentionnées à cet article serait soumis aux mêmes règles pour ce qui est de leur réalisation dans le cadre du démarchage. Le champ proposé inclut et dépasse celui couvert par les trois lois codifiées : les opérations de crédit notamment en feraient désormais partie. Les produits d'assurance restent en revanche soumis à leur réglementation spécifique, laquelle relève du code des assurances.

Indépendamment du mode particulier de prise de contact qu'implique le démarchage, les opérations mentionnées ci-dessus continueraient d'obéir aux règles qui les régissent selon la catégorie à laquelle elles appartiennent, comme le dernier alinéa de la rédaction de l'article L. 341-1 le prévoit. L'article 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, mentionné au même alinéa, interdit la publicité et le démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique.

- *Les formes du démarchage*

Les définitions du démarchage actuellement en vigueur mentionnent deux formes de démarchage : la première suppose le déplacement physique du démarcheur, la seconde une prise de contact par courrier, téléphone ou « *tout moyen de communication* » en ce qui concerne la définition applicable au démarchage relatif à des opérations sur le marché à terme (article L. 343-1, issu de la loi du 28 mars 1885, modifiée en 1987).

La définition proposée reprend ces deux possibilités. Le premier alinéa de l'article L. 341-1 mentionne d'abord « *toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit* ». Cette prise de contact peut passer par un déplacement physique, un coup de téléphone, un courrier adressé, une communication électronique, ou tout autre moyen existant ou non à ce jour. Le nombre de sites Internet proposés par les banques françaises a quasiment doublé entre 1999 et 2000 pour atteindre le chiffre de 130 et pourrait atteindre 400 en 2004. Il est donc urgent de les soumettre à des règles largement inexistantes aujourd'hui. Les évolutions techniques rendraient rapidement périmée une énumération limitative des moyens d'entrée en contact avec le client : cette formule est la plus ouverte possible. L'absence de sollicitation constitue un élément nouveau.

Le sixième alinéa de l'article L. 341-1 traite plus particulièrement des cas où le démarcheur se déplace. Dans le même esprit qu'actuellement, le déplacement a lieu soit au domicile des personnes, soit sur leur lieu de travail, soit dans « *des lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers* ». Ces lieux ne sont pas nécessairement publics, contrairement à la

législation actuelle, seule leur destination importe : proposer des produits financiers dans l'enceinte d'une banque ne relève pas du démarchage (ce qui est confirmé au 2° de l'article L. 341-2). Mais, alors que dans le cas de l'utilisation d'autres formes de prises de contact, il n'y a démarchage que si la prise de contact n'a pas été sollicitée, lorsque la personne se déplace, que ce soit à son initiative ou à celle de son client, il y a toujours démarchage. Le seul fait de se rendre dans un lieu de ce type en vue de proposer la réalisation d'une opération ou la fourniture d'un service financier suffit pour qualifier cette situation de démarchage, la présence physique du démarcheur constituant déjà une forme de pression potentielle sur le client.

– *Article L. 341-2 : Exceptions à cette définition*

Une fois posés les éléments constitutifs du démarchage dans l'article L. 341-1, le présent article propose d'établir une série de dérogations, c'est-à-dire des cas dans lesquels, bien que les critères de définition du démarchage seraient remplis, les règles relative au démarchage bancaire et financier ne s'appliqueraient pas. Les dérogations se justifient soit par la qualité de la personne visée par le démarchage, soit par le lieu où la démarche se déroule, soit par l'existence de liens particuliers entre le démarcheur et son client.

- *Prise de contact avec des personnes initiées aux risques des marchés financiers (1°)*

L'objectif de l'ensemble des dispositions relatives au démarchage bancaire et financier consiste à compenser une partie de l'asymétrie d'informations et d'expériences qui existe entre le professionnel qui prend contact et les personnes auxquelles il s'adresse. Les mesures protectrices du client ne s'imposent pas de la même manière lorsque celui-ci est parfaitement initié aux risques des marchés financiers.

Dans son rapport précité, M. Emmanuel Rodocanachi a rappelé les différentes possibilités envisageables pour exclure des règles applicables au démarchage financier les personnes initiées aux risques des marchés financiers. La première option consistait à réserver le bénéfice des mesures protectrices aux personnes physiques qui, d'une manière générale, sont moins averties des risques encourus que les personnes morales. Mais toutes les personnes morales ne sont pas égales devant les opérations de démarchage : les petites associations auraient notamment pu constituer des cibles fragiles pour les démarcheurs. La seconde solution était d'exclure les personnes qualifiées, morales ou physiques, du champ d'application de la loi : à partir d'un seuil à définir (le montant du patrimoine par exemple), toute personne aurait été considérée comme qualifiée. Un tel choix aurait représenté une innovation en droit français, où seules des personnes morales sont actuellement considérées comme qualifiées.

Finalement, l'auteur du rapport estimait que les mesures de protection de la loi doivent s'appliquer à toutes les personnes physiques et aux personnes morales non averties, seules les personnes morales qualifiées en étant exclues.

Le présent article propose une solution inspirée de celle préconisée par M. Emmanuel Rodocanachi, mais qui élargit le champ des exclusions. Celles-ci concernent à la fois « *les investisseurs qualifiés définis à l'article L. 411-2* » et « *les sociétés commerciales dont le total du bilan, le chiffre d'affaires ou les effectifs sont supérieurs à un seuil fixé par décret* ». Cette seconde catégorie ne figurait pas dans le projet de loi du précédent gouvernement.

L'article L. 411-2 du code monétaire et financier définit un investisseur qualifié comme « *une personne morale disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers* ». La liste des catégories d'investisseurs reconnus comme qualifiés a été dressée à l'article 1^{er} du décret n° 98-880 du 1^{er} octobre 1998 portant application des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967. Elle comprend d'une part les établissements de crédit et les compagnies financières, les entreprises et les sociétés d'investissement, les sociétés d'assurance et de capitalisation, les institutions de prévoyance et la caisse d'amortissement de la dette sociale : lorsqu'ils agissent pour leur compte, ces investisseurs sont considérés comme qualifiés ; d'autre part, une autre série d'investisseurs peut se voir reconnue la qualité d'investisseurs qualifiés si leur conseil d'administration, leur directoire ou leur gérant le décide : il s'agit des sociétés de capital-risque, des sociétés financières d'innovation, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial dont les titres sont négociés sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, de certains organismes mutualistes, des sociétés détenues à 99 % au moins par des investisseurs qualifiés, et des sociétés commerciales dont le total du bilan consolidé, ou à défaut le total du bilan social, du dernier exercice est supérieur à 150 millions d'euros.

Il existe donc déjà un critère de montant minimal du bilan pour permettre à une société commerciale d'être considérée comme investisseur qualifié. Les sociétés visées par la deuxième partie du 1^o de la nouvelle rédaction de l'article L. 341-2 pourraient néanmoins largement dépasser le champ des seules sociétés dont le bilan est supérieur à 150 millions d'euros.

D'une part, pour être considérée comme investisseur qualifié, la société commerciale dont le bilan est suffisant doit remplir deux autres conditions : son conseil d'administration, son directoire ou son gérant doit prendre une décision en ce sens ; cette dernière doit ensuite être publiée au *Bulletin des annonces légales obligatoires*, la qualification ne prenant effet qu'à partir du jour de cette publication. Peu de sociétés utilisent cette possibilité car, y compris lorsqu'elles sont grandes, elles préfèrent bénéficier d'un régime protecteur. Donc, même si le décret fixait le critère identique de montant du bilan, des sociétés qui n'auraient pas décidé d'être investisseurs qualifiés seraient exclues, de fait, de la protection de la loi sur le démarchage financier.

D'autre part, le seuil d'exclusion de cette protection étant entièrement de nature réglementaire (à la fois pour le choix du ou des critères retenus parmi les trois proposés par le projet de loi, et pour celui du niveau du seuil), on peut imaginer des seuils relativement bas qui excluraient de nombreuses entreprises du régime de protection, ce qui serait dangereux pour elles. En fait, cette disposition est le résultat

d'un arbitrage entre le souci de protéger les entreprises qui ne sont pas particulièrement averties des risques des différents placements et celui de ne pas imposer aux établissements bancaires et aux entreprises de crédits des contraintes excessives. Selon les informations qui ont été fournies à votre Rapporteur, le décret prévoirait des seuils nettement inférieurs à ceux applicables aux investisseurs qualifiés, mais d'un niveau suffisant pour ne pas mettre en danger les petites et moyennes entreprises. Il est incontestable que les entreprises d'une certaine taille disposent de moyens d'expertise des risques financiers qui ne rendent pas indispensables des mesures de protection particulières. Le renvoi à un décret laisse une marge d'adaptation en fonction des difficultés éventuellement constatées.

- *Prise de contact ou démarche dans certains types de lieux (2° et 3°)*

L'exclusion des démarches réalisées dans certains lieux constitue une dérogation à la définition large du critère de lieu retenu pour la définition du démarchage.

Il est proposé d'exclure du régime de protection les « *prises de contact dans les locaux des personnes mentionnées à l'article L. 341-3* », c'est-à-dire les établissements de crédit, les organismes visés à l'article L. 518-1 – en fait, seuls le Trésor public et les services financiers de La Poste sont réellement concernés –, les entreprises d'investissement ou les entreprises d'assurance, les entreprises en général dans le cadre des dispositifs d'intéressement et de participation des salariés et des plans d'épargne salariale, et les conseillers en investissements financiers. En effet, un client qui se rend dans des locaux de ce type n'est pas dans une position de faiblesse comparable à celle d'une personne recevant chez elle un courrier, un appel téléphonique ou la visite d'un démarcheur. S'il effectue une démarche volontaire en direction d'un lieu directement lié au conseil financier, c'est en connaissance de cause. Il doit naturellement être protégé comme tout consommateur, mais pas particulièrement en tant que sujet d'un démarchage. L'actuel article L. 342-2 précise que les règles du démarchage concernant les valeurs mobilières ne sont pas applicables dans les locaux des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. Le nouvel article L. 341-1 écarte aussi, *a contrario*, de la définition du démarchage les prises de contact dans des lieux destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers, lesquels incluent ceux qui sont visés ici.

Il est aussi proposé d'exclure des règles du démarchage les « *démarches dans les locaux professionnels d'une personne morale à la demande de cette dernière* ». La condition de lieu, qui est simple à appréhender, se double d'un critère de sollicitation : un démarcheur qui se rendrait spontanément dans les locaux professionnels d'une personne morale serait soumis aux règles normales du démarchage ; il en est dégagé s'il le fait à sa demande. Le déplacement du démarcheur constitue dans ce cas un service supplémentaire et non une gêne éventuelle ou une source de pression pour son client, qui n'en occupe pas pour autant une position plus fragile que s'il se déplaçait lui-même chez un banquier. Il faut néanmoins souligner que cette dérogation porte sur les locaux professionnels des seules personnes morales, alors que, dans un souci de protection, la même démarche dans ceux d'une personne physique entraînerait l'application des règles du démarchage.

- *Prise de contact dans le cadre d'une relation de clientèle normale (4°)*

La dernière dérogation, évoquée par le rapport Rodocanachi, concerne la prise de contact d'une personne qui est déjà cliente de l'établissement pour le compte duquel le démarcheur agit. Il n'est ni utile ni souhaitable (car cela entraînerait un risque d'explosion du système) que tous les banquiers aient à respecter l'ensemble des contraintes liées au démarchage dans leurs relations avec leurs clients. Leur proposer tel ou tel placement relève du métier de banquier. La relation de confiance qui s'établit entre le banquier et son client, le fait qu'ils se connaissent (ou que le client connaisse au moins l'établissement pour lequel le professionnel travaille) rendent superflues les mesures de protection spécifiques au démarchage qui met en relation deux personnes qui ne se connaissent pas. Il convient en effet de ne pas entraver l'activité des prestataires de services d'investissement en leur imposant systématiquement des exigences excessivement lourdes.

Néanmoins, il n'est pas inutile de limiter la dérogation aux cas où « *l'opération proposée relève, à raison de sa nature, des instruments financiers proposés, des risques ou des montants en cause, des opérations habituellement réalisées par cette personne* ». Lorsque ces conditions sont remplies, le client est déjà informé et conscient des risques des opérations qui lui sont proposées. Dans le cas contraire, il se trouve dans une situation très similaire à celle de la personne qui fait l'objet d'une première approche par un démarcheur ; les mesures de protection sont alors justifiées. La nature d'une opération s'entend d'une manière assez générale : tous les services d'investissement relèvent de la même « nature » ; les catégories énumérées à l'article L. 341-1 constituent ainsi chacune une « nature d'opérations ». L'ensemble des critères évoqués doit permettre de mettre en évidence un faisceau d'indices et doit être pris en compte au cas par cas. Dans certains cas, ils seront cumulatifs ; dans d'autres, alternatifs. Le caractère habituel d'une opération n'implique pas non plus nécessairement la réalisation préalable d'une opération de même nature à deux reprises.

Section 2 : Personnes habilitées à procéder au démarchage

Les activités de démarchage concernent deux à trois cent mille acteurs, ce qui est considérable. Pour éviter la multiplication des abus, il apparaît indispensable de s'assurer des qualités professionnelles et morales des démarcheurs et d'organiser une chaîne continue de responsabilités parmi les intervenants, chaîne qui doit remonter, sans rupture, du démarcheur jusqu'au prestataire de service d'investissement ou à la compagnie d'assurance.

Dans cette perspective, le présent article propose la création d'une section 2 intitulée « *Personnes habilitées à procéder au démarchage* » qui regrouperaient sept articles numérotés de L. 341-3 à L. 341-9 dans le code monétaire et financier. L'article L. 341-3 énumérerait les catégories de personnes, morales et physiques, autorisées par nature à recourir ou à se livrer à l'activité de démarchage bancaire et financier ; l'article L. 341-4 organiserait la possibilité de mandatement par les premières d'autres personnes morales ou physiques ; l'obligation d'assurance des

personnes mandatées figurerait à l'article L. 341-5. L'enregistrement des personnes mandatées et leur inscription sur un fichier consultable par le public seraient prévus respectivement aux articles L. 341-6 et L. 341-7, tandis que l'article L. 341-8 ajouterait l'obligation de présenter une carte professionnelle lorsque le démarcheur se déplace auprès de ses clients potentiels. Enfin, l'article L. 341-9 exclurait de l'exercice de cette activité les personnes condamnées définitivement depuis moins de dix ans pour un crime ou un délit grave à caractère économique ou financier.

– *Article L. 341-3 : Personnes autorisées, par nature, à se livrer à des activités de démarchage*

L'un des objectifs du présent projet est de n'autoriser le recours au démarchage qu'à des organismes présentant suffisamment de garanties professionnelles pour ne pas léser l'épargnant.

Trois catégories de personnes, morales pour les deux premières, physiques pour la dernière, peuvent « *recourir ou se livrer à l'activité de démarchage bancaire ou financier, dans la limite des dispositions particulières qui les régissent* » – la distinction entre les verbes « recourir » et « se livrer » traduit la possibilité pour ces personnes soit de mandater d'autres personnes pour effectuer les opérations de démarchage, soit de les réaliser elles-mêmes, par l'intermédiaire de leurs salariés – :

1° les établissements de crédit, les organismes mentionnés à l'article L. 518-1, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance ; s'ajoutent à cette énumération, afin de respecter les principes de liberté de prestation de services et de non-discrimination au sein de la Communauté européenne, tous les établissements et les entreprises « équivalents », c'est-à-dire ayant les mêmes activités, agréés dans un autre État membre et habilités à intervenir sur le territoire français – cette « habilitation » se réduit à une déclaration d'intention auprès de l'autorité française compétente, laquelle ne peut s'y opposer –.

Actuellement, les personnes autorisées à se livrer au démarchage varient selon la catégorie de produits financiers concernés : pour les valeurs mobilières, le démarchage est autorisé aux établissements de crédit, prestataires de services d'investissement et entreprises d'assurance (actuel article L. 342-3) ainsi qu'aux comptables publics pour les titres qu'ils sont autorisés à placer (actuel article L. 342-4) ; pour les opérations sur le marché à terme, l'autorisation est limitée aux prestataires de services financiers et aux personnes habilitées à être membres d'un marché réglementé (actuel article L. 343-2) ; aucune liste n'est applicable au démarchage concernant les opérations de banque.

Tous les organismes qui figurent dans la liste proposée par le présent article seront autorisés à effectuer du démarchage pour l'ensemble des produits financiers dont le démarchage n'est pas interdit (voir *infra*), ce qui constitue une mesure de simplification. Notamment, les entreprises d'assurance pourront, de plein droit, faire du démarchage financier. Elles procèdent souvent par l'intermédiaire d'une filiale ayant le statut de prestataire de services d'investissement et pourraient donc continuer cette activité sous le régime proposé, mais certaines traitent avec des démarcheurs indépendants. Il n'y a pas lieu de les priver de cette possibilité, alors même que les conseillers en investissements financiers, qui peuvent se livrer à des activités de démarchage, seraient par ailleurs soumis à un encadrement de leurs activités.

Le choix de l'ensemble de ces organismes est lié au fait qu'ils sont contrôlés et encadrés par un dispositif juridique important, qui assure à leurs clients un niveau de garantie élevé. Il est proposé qu'ils soient habilités par nature à recourir au démarchage, sans avoir à procéder à une déclaration préalable d'intention, comme c'est aujourd'hui la règle en application du second alinéa de l'article L. 342-3 pour le démarchage des valeurs mobilières ;

2° les entreprises, dans le cadre des dispositifs d'intéressement, de participation et de plan d'épargne salariale (titre IV du livre IV du code du travail) qu'elles proposent à leurs salariés. Ce cas n'était par pris en compte dans le projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier déposé le 31 mai 2001, pourtant postérieur à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale.

Le démarchage leur serait autorisé et ces entreprises ne seraient soumises qu'à des règles allégées : interdiction de confier des activités de démarchage à des personnes auxquelles l'exercice de la profession de banquier est interdit (article L. 341-9) et sanction pénale en cas de non-respect de cette interdiction (3° de l'article L. 353-2), responsabilité pénale des personnes morales (article L. 353-4). Notamment, elles ne seraient pas tenues aux règles de mandatement. La nature des opérations susceptibles d'être proposées dans ce cadre, le caractère limité du risque financier encouru et le fait que la création d'un plan d'épargne d'entreprise est le plus souvent négociée avec le personnel justifient ces dérogations aux règles de droit commun du démarchage financier. L'article L. 443-1 du code du travail prévoit que le règlement d'un plan d'épargne d'entreprise détermine les conditions dans lesquelles le personnel est informé de son existence et de son contenu ; c'est en général pour assurer cette information que les entreprises peuvent être amenées à mandater des démarcheurs ;

3° les conseillers en investissements financiers définis à l'article L. 541-1 (voir *infra*).

Les opérations sur lesquelles les conseillers financiers peuvent exercer leur activité de conseil (fixés à l'article L. 541-1 dont la création est proposée à l'article 42 du présent projet de loi) sont les mêmes que celles pour lesquelles les démarcheurs bancaires et financiers visent à obtenir l'accord de leur client. Les conseillers en investissements financiers peuvent exercer leur profession dans leurs locaux mais aussi se rendre chez leurs clients ou entrer en contact avec eux par le moyen de leur choix. Ils entrent alors dans le champ d'application des règles du démarchage. Les conseillers en investissements financiers sont habilités par nature à proposer leurs conseils dans le cadre du démarchage ; en revanche, ils ne pourront démarcher des produits ou services bancaires ou financiers que s'ils ont été mandatés à cet effet.

– Article L. 341-4 : Conditions de mandatement

Que les personnes mentionnées à l'article L. 341-3 effectuent elles-mêmes des activités de démarchage ou pas, il est proposé de leur permettre de mandater des personnes physiques, voire, pour celles de la première catégorie (celles mentionnées au 1° de l'article L. 341-3), des personnes morales, afin qu'elles exercent, pour leur compte, une activité de démarchage bancaire et financier (nouvelle rédaction proposée pour l'article L. 341-4).

La possibilité de mandatement existe déjà et se traduit par la délivrance d'une carte de démarchage. Mais la coexistence de trois législations n'est pas de nature à favoriser le contrôle des mandats. Le projet de loi propose de permettre à un démarcheur de détenir plusieurs mandats et de réorganiser la procédure de mandatement afin de clarifier la chaîne des responsabilités.

Le I du nouvel article L. 341-4 pose deux principes :

– toutes les personnes autorisées, par nature, à se livrer au démarchage peuvent mandater des personnes physiques afin qu'elles démarchent pour leur compte ; elles n'ont en revanche pas à mandater leurs salariés chargés d'opérations de démarchage. Le mandatement de personnes physiques est ouvert aux conseillers en investissements financiers, qu'ils soient eux-mêmes des personnes physiques ou des personnes morales, mais le cas le plus fréquent sera celui de conseillers en investissements financiers personnes morales ;

– seuls les établissements et entreprises mentionnés au 1° de l'article L. 341-3 (établissements de crédit, organismes mentionnés à l'article L. 518-1, entreprises d'investissements et entreprises d'assurance), mais ni les entreprises mentionnées au 2° (dans la mesure où elles échappent à l'essentiel des contraintes pesant sur le démarchage bancaire ou financier, en application du 2° de l'article L. 341-3) ni les conseillers en investissements financiers, peuvent également mandater des personnes morales dans le même but. Cette possibilité est actuellement limitée au démarchage des valeurs mobilières, à condition que la personne morale mandatée soit une société dont le capital est détenu au deux tiers au moins par des établissements autorisés à se livrer au démarchage.

Les personnes morales ainsi mandatées pourront à leur tour mandater des personnes physiques : ces dernières n'auront donc plus à être mandatées par l'établissement émetteur du service ou du produit. De même que pour les salariés des banques, entreprises d'investissement ou d'assurance, les salariés des personnes morales mandatées, ces dernières étant le plus souvent des conseillers en investissements financiers, ne sont pas soumis à l'obligation d'être mandatés pour se livrer à des opérations de démarchage pour le compte de leur employeur.

Afin de préciser les responsabilités de chacun, le **III** du même article dispose que c'est toujours la personne morale ayant délivré le mandat, qu'elle soit elle-même habilitée par nature à démarcher (article L. 341-3) ou qu'elle ait reçu un premier mandat (en application du I de l'article L. 341-4), qui est civilement responsable du fait des démarcheurs agissant en cette qualité.

L'épargnant qui s'estime victime d'un manquement aux règles applicables au démarchage bancaire et financier pourrait donc engager la responsabilité de la personne morale qui a délivré son mandat au démarcheur, à charge pour celle-la de mener éventuellement une action récursoire à l'encontre de son mandataire. Ce système est protecteur pour l'épargnant qui pourra compter sur l'assise financière du mandant, plus large que celle du mandataire.

Le II de l'article L. 341-4 fixerait le contenu du mandat. Ce dernier doit être nominatif, ce qui était déjà, implicitement, le cas.

L'article L. 342-9 dispose actuellement que le démarcheur en valeurs mobilières ne peut proposer que les opérations pour lesquelles il a reçu des instructions expresses de la part de son mandant, mais seule la carte des démarcheurs en opérations sur le marché à terme mentionne les opérations pour lesquelles son titulaire a vocation à se livrer au démarchage (article L. 343-3). Il est donc proposé que désormais le mandat mentionne « *la nature des produits et services qui en sont l'objet ainsi que les conditions dans lesquelles l'activité de démarchage peut être exercée* ». Les missions du démarcheur seront ainsi clairement fixées et le fait de ne pas les respecter entraînera des sanctions disciplinaires (voir *infra*, la rédaction proposée pour l'article L. 341-17).

Il est proposé que la validité des mandats soit de deux ans, contre actuellement un an pour les mandats sur le marché à terme, durée qui apparaît insuffisante, et qu'ils puissent être renouvelés. Cette limitation, qui n'existe pas dans la législation actuelle pour les mandats portant sur les opérations de banque ou les valeurs mobilières, favorisera le contrôle régulier de l'activité des mandataires.

Enfin, le principe de l'unicité du mandat pour le démarchage des valeurs mobilières d'une part (article L. 342-7), des produits à terme d'autre part (article L. 343-3), serait supprimé lorsque les mandats émanent d'organismes financiers (mentionnés au 1° de l'article L. 341-3), ce qui permettrait aux démarcheurs de disposer d'une offre variée de produits. La rédaction de l'alinéa exclut en revanche le cumul de plusieurs mandats émanant de conseillers en investissements financiers (3°) : ces mandats ne pouvant porter que sur l'offre de conseils, un mandataire n'a pas d'intérêt à en détenir plus d'un.

Pour s'assurer du sérieux et du professionnalisme des démarcheurs, le **IV** propose de renforcer les règles actuellement applicables en exigeant qu'ils remplissent « *des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence fixées par décret* ». Il appartiendrait donc au pouvoir réglementaire de préciser ces exigences.

Pour ce qui est de l'honorabilité, l'article L. 341-9 prévoit que ne peut être démarcheur une personne condamnée depuis moins de dix ans pour un crime ou un délit grave à caractère économique ou financier (voir *infra*). Des exigences complémentaires pourront être fixées par décret.

Actuellement, la seule exigence en matière d'honorabilité est de ne pas faire l'objet d'une interdiction d'exercer le métier de banquier (alinéa 5 de l'article 8 de la loi du 3 janvier 1972 précitée). Les articles L. 342-8 et L. 343-4 prévoient, en outre, que les établissements doivent déclarer au procureur de la République les nom, adresse et état civil des personnes auxquelles ils ont l'intention de délivrer une carte de démarchage. Ils doivent attendre un délai d'un mois entre cette transmission et la délivrance de la carte, afin de permettre au parquet de vérifier, notamment, si la personne n'a pas fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire.

Dans son rapport précité, M. Emmanuel Rodocanachi préconisait d'exclure de l'activité de démarchage les personnes auxquelles la profession de banquier est interdite, de demander la production du casier judiciaire et une déclaration sur l'honneur comportant à la fois un engagement à ne pas avoir été condamné et à

exercer la profession de démarcheur en respectant les règles de bonne conduite prévues à l'article 58 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, ce dernier exigeant des prestataires de services d'investissement qu'ils se comportent « *avec loyauté* » et agissent « *avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché...* ». Cette dernière exigence relève moins de l'honorabilité des démarcheurs que du domaine des règles de bonne conduite. Il est proposé de consacrer une section 4 à ces dernières (voir *infra*). Les deux autres propositions pourraient être envisagées au niveau réglementaire.

Le même rapporteur soulignait la nécessité d'une formation minimale alors que les produits financiers deviennent de plus en plus complexes. Si ce besoin est incontestable, il n'existe pourtant aujourd'hui aucune condition de compétence, ce qui constitue la principale critique contre les professionnels de ce secteur. La vérification de la capacité à exercer du démarcheur repose exclusivement sur le contrôle effectué par l'établissement qui octroie une carte d'emploi. Ce mécanisme présente l'inconvénient d'être hautement subjectif, chaque établissement pouvant avoir ses propres critères d'appréciation.

M. Emmanuel Rodocanachi suggérait de confier aux organisations professionnelles le soin de définir cette compétence minimale, leur intérêt propre étant d'écartier les candidats qui risqueraient, par leur manque de professionnalisme, de discréditer la profession. Il estimait que cette compétence devrait être constatée soit par un diplôme, soit par une durée d'expérience professionnelle, soit encore par une formation dispensée en interne, les trois critères pouvant être éventuellement cumulés. De telles dispositions pourraient parfaitement figurer dans le décret prévu au IV.

En revanche, aucune condition de nationalité ne serait plus envisagée, alors que les démarcheurs doivent actuellement être français ou ressortissants d'un État de la Communauté européenne. Il est en effet très difficile de connaître la nationalité d'une personne effectuant du démarchage par l'intermédiaire du réseau Internet.

L'ensemble des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence s'applique non seulement aux personnes physiques mandatées, mais aussi aux personnes chargées de la gestion ou de l'administration de personnes morales mandatées. Il est aussi opposable, lorsque ces personnes font du démarchage, aux salariés des entreprises et établissements autorisés par nature à se livrer au démarchage, à ceux des conseillers en investissements financiers et à ceux des personnes morales mandatées. Toutes les personnes susceptibles de participer directement ou indirectement à l'activité de démarchage doivent donc répondre à ces exigences minimales.

Le V de la nouvelle rédaction de l'article L. 341-4 vise néanmoins à alléger les règles pour les personnes physiques participant à l'envoi en masse de documents nominatifs. Il est incontestable que ces personnes remplissent les critères de définition du démarchage. La plupart du temps, elles accomplissent un travail purement mécanique en stricte conformité avec les instructions qu'elles ont reçues ; elles n'interviennent nullement dans l'élaboration des documents et leurs destinataires n'entreront jamais en relation avec elles.

Aussi, dans ce cas, c'est-à-dire « *sous réserve qu'elles n'aient aucun contact personnalisé permettant d'influencer le choix de la personne démarchée* », il n'apparaît nécessaire d'exiger ni qu'elles soient titulaires d'un mandat (II du même article) ni qu'elles répondent à des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence (IV du même article). Le critère « massif » de l'envoi apparaît assez flou et superflu, l'essentiel étant en fait cette absence de réel contact personnalisé entre l'exécutant et la personne ainsi contactée.

L'intervention de ces exécutants serait ainsi juridiquement transparente et la personne pour le compte de laquelle ils agissent serait réputée agir directement en tant que démarcheur. C'est donc à elle qu'il reviendrait de veiller au respect des règles applicables à l'activité de démarchage.

– *Article L. 341-5 : Obligation d'être assuré*

Le présent article propose de mettre en place une obligation d'assurance pour les démarcheurs. L'obligation vaudrait aussi bien pour les personnes physiques que pour les personnes morales dès lors qu'elles sont mandatées pour démarcher. Les personnes morales « intermédiaires » (en application du I de l'article L. 341-4) sont aussi concernées. L'obligation mentionnée ici ne vise pas, en revanche, les personnes, physiques ou morales, autorisées par nature à se livrer au démarchage (article L. 341-3) : elles sont en effet soumises par ailleurs, de par leur statut, à cette obligation. En ce qui concerne les conseillers en investissements financiers, celle-ci figurerait à l'article L. 541-3 que l'article 42 du présent projet propose de créer.

L'existence d'un contrat d'assurance doit pouvoir être justifiée « *à tout moment* » afin que toute démarche entreprise soit couverte. Le contrat doit couvrir « *les conséquences pécuniaires de [la] responsabilité civile professionnelle [du démarcheur], en cas de manquement à ses obligations professionnelles telles que définies au présent chapitre* ». Il s'agit donc de l'ensemble des règles applicables à l'activité de démarchage.

Afin de garantir que l'assurance pourra effectivement couvrir les dommages éventuels, il est proposé d'exiger « *un niveau minimal des garanties* » qui sera fixé par décret « *en fonction des conditions dans lesquelles l'activité est exercée, notamment de l'existence d'un seul ou de plusieurs mandats, et des produits et services faisant l'objet du démarchage* ». Une telle « proportionnalité » de l'assurance aux risques encourus par le démarcheur est de bon sens : l'objectif est d'assurer la protection des mandants – qui mèneraient une action récursoire à l'encontre des personnes mandatées – sans peser exagérément sur les démarcheurs. Les éléments qu'il est proposé de prendre en compte sont pertinents.

– *Article L. 341-6 : Obligation d'enregistrement*

L'article L. 341-6 organise un système obligatoire d'enregistrement des personnes habilitées à démarcher auprès des autorités professionnelles, lequel se substitue à l'actuelle déclaration au procureur de la République. Celle-ci devait être effectuée un mois avant la délivrance au démarcheur de la carte professionnelle ; l'enregistrement serait prévu après le mandatement des personnes.

- *Pour les personnes morales*

Les mandatements émaneront essentiellement de personnes morales, les conseillers en investissements financiers étant les seules personnes physiques susceptibles d'en mandater d'autres.

L'obligation d'enregistrement pèse sur le mandant : la personne morale autorisée par nature à se livrer au démarchage ou celle qui a été mandatée pour le faire. L'enregistrement doit être fait auprès de l'autorité professionnelle de laquelle relèvent les activités, ou plus exactement la nature, du mandant : l'AMF sera compétente pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement qui exercent à titre principal une activité de gestion de portefeuille pour compte de tiers (article L. 532-1) et pour les conseillers en investissements financiers personnes morales ; le Comité des établissements de crédits et des entreprises d'investissement (CECEI) pour ces établissements et entreprises (article L. 612-1 du code monétaire et financier) sauf lorsque l'établissement ou l'entreprise exerce à titre principal une activité de gestion de portefeuille pour compte de tiers ; le Comité des entreprises d'assurance (CEA) pour ces entreprises (article L. 413-1 du code des assurances, issu de l'article 25 du présent projet). Lorsque la personne morale mandatée ne fait pas partie des personnes habilitées par nature à se livrer au démarchage – il peut s'agir d'une société n'entrant pas dans l'une des catégories visées à l'article L. 341-3 –, elle ne relève *a priori* d'aucune des autorités mentionnées : dans ce cas, elle devra faire enregistrer ses démarcheurs personnes physiques auprès de l'autorité qui l'a elle-même enregistrée, donc auprès de l'autorité dont relève son propre mandataire.

Aucune des autorités mentionnées ci-dessus n'est compétente pour les organismes publics visés à l'article L. 518-1. Ils devraient pourtant faire enregistrer leurs mandataires et leurs employés chargés de démarchage. Il semble qu'il serait envisageable, étant donné la nature de leurs activités, de charger le CECEI d'effectuer cet enregistrement.

L'obligation d'enregistrement concernerait non seulement les personnes mandatées mais aussi les personnes salariées par les personnes morales, auxquelles des missions de démarchage seraient confiées, lesquelles échappent en revanche à l'obligation d'être mandatées. Il revient aux personnes morales de vérifier que les conditions minimales exigées par la loi sont remplies :

– pour les salariés et les mandataires, absence des condamnations privant du droit de démarcher mentionnées à l'article L. 341-9 (voir *infra*) : cette vérification risque de se heurter à certaines difficultés dans la mesure où les personnes morales concernées n'ont pas directement accès au bulletin n°2 du casier judiciaire, qui renferme les informations nécessaires. Dans la pratique, elles devront soit demander à leurs salariés ou mandataires de leur donner un extrait de casier judiciaire, soit consulter leur autorité de tutelle – à l'heure actuelle, seule la COB a accès à ces informations dans certains cas, mais le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté en Conseil des ministres le 9 avril dernier, devrait prochainement proposer d'ouvrir cette possibilité à toutes les autorités concernées – ;

– pour les seuls mandataires, respect des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence mentionnées au IV de l'article L. 341-4 et existence de l'assurance exigée à l'article L. 341-5.

Tous les démarcheurs, soit deux cents à trois cents mille personnes, devraient ainsi être enregistrés, ce qui entraînerait une lourde charge pour les autorités concernées comme pour les entreprises et établissements qui comptent de nombreux salariés chargés de démarcher. Les établissements de crédits, les entreprises d'investissement et d'assurance, ainsi que les organismes publics mentionnés à l'article L. 518-1 pourraient certainement, sans dommage pour la sécurité des personnes démarchées, être dispensés de faire enregistrer leurs salariés.

Dans la mesure où il revient au mandant de faire procéder à l'enregistrement, il est cohérent qu'une personne soit enregistrée autant de fois qu'elle a reçu de mandats, y compris, donc, auprès de plusieurs autorités professionnelles ; c'est ce que prévoit le deuxième alinéa de l'article L. 341-6.

Le cinquième alinéa charge les personnes morales ayant procédé à l'enregistrement d'informer l'autorité auprès de laquelle l'enregistrement a eu lieu du fait que les personnes enregistrées, salariées ou mandataires, ne remplissent plus les conditions mentionnées *supra* (et notamment si elles leur ont retiré leur mandat). Cette obligation doit être remplie immédiatement, aucun délai n'étant prévu. Une obligation de même type existe actuellement dans le cadre de la déclaration au parquet : toute modification relative aux informations soumises à déclaration et tout retrait de carte doivent être notifiés au procureur de la République (dernier alinéa de l'actuel article L. 342-8 pour le démarchage de valeurs mobilières ; dernier alinéa de l'actuel article L. 343-4 pour le démarchage sur le marché à terme).

L'article proposé n'aborde pas la procédure de renouvellement des mandats. Un décret devra préciser que le renouvellement d'un mandat doit être suivi par une nouvelle déclaration auprès de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement.

- *Pour les personnes physiques*

Les conseillers en investissements financiers sont les seules personnes physiques habilitées par nature à se livrer au démarchage. Ils n'ont pas à être mandatés par un organisme financier lorsqu'ils se contentent de proposer des conseils en investissements financiers.

Le troisième alinéa de l'article L. 341-6 prévoirait donc que, lorsqu'ils ont une activité de démarchage de ce type, ils se fassent enregistrer directement auprès de l'AMF.

L'article L. 541-2 que l'article 42 du présent projet propose de créer dispose que les conseillers en investissements financiers doivent remplir des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence fixées par décret. Rien n'oblige le décret à exiger les mêmes conditions des personnes chargées de démarcher et des conseillers en investissements financiers. Pourtant, leurs activités sont suffisamment voisines pour justifier que ces conditions soient identiques. Si tel n'était pas le cas, les conseillers en investissements financiers désireux de pratiquer le démarchage devraient remplir l'ensemble des conditions fixées pour l'une et l'autre de ces professions.

Le présent article ne mentionne nulle obligation pour le conseiller en investissements financiers d'informer l'AMF de son éventuel retrait de l'activité de démarchage. En revanche, l'article L. 541-5 créerait une liste des conseillers en investissements financiers, laquelle serait transmise à l'AMF ; cette dernière pourra donc vérifier que les personnes physiques non mandatées se livrant à des activités de démarchage (sur les seules activités de conseil) sont effectivement des conseillers en investissements financiers.

- *Le numéro d'enregistrement*

Toute personne sollicitée par un démarcheur doit être en mesure de s'assurer que celui-ci remplit les conditions exigées. Deux mesures visent à permettre cette vérification : la communication du numéro d'enregistrement et la consultation d'une liste des démarcheurs habilités.

Le quatrième alinéa de l'article L. 341-6 dispose que l'autorité saisie de la demande d'enregistrement (AMF, CECEI ou CEA) attribue au démarcheur un numéro. Ce numéro sera obligatoirement communiqué par le démarcheur à toute personne démarchée et devra figurer sur tous les documents émanant des démarcheurs. Ce numéro constituera en quelque sorte la signature du démarcheur et attestera du fait qu'il est bien enregistré et donc autorisé à se livrer au démarchage.

Dans la mesure où un démarcheur aurait reçu plusieurs mandats et aurait donc été enregistré autant de fois qu'il aurait de mandats, il pourrait disposer de plusieurs numéros d'enregistrement. Cette multiplicité serait certainement source de complexité, tant pour le démarcheur que pour la personne démarchée. M. Emmanuel Rodocanachi proposait de n'attribuer à un démarcheur qu'un seul numéro d'agrément, celui correspondant à l'enregistrement effectué à la demande du premier établissement qui lui aurait accordé un mandat. Cette solution apparaît intéressante et pourrait utilement faire l'objet d'une mesure réglementaire.

– *Article L. 341-7 : Fichier des personnes autorisées à démarcher*

Pour éviter qu'une personne peu respectueuse des lois n'utilise un faux numéro d'enregistrement, il est nécessaire que les clients des démarcheurs aient le moyen de vérifier la réalité de l'enregistrement des personnes qui les contactent. La création d'un fichier consultable par le public s'impose.

L'article L. 341-7 procéderait à cette création. Ce fichier regrouperait l'ensemble des « *personnes habilitées à procéder au démarchage bancaire ou financier* » c'est-à-dire les personnes morales et physiques, les mandataires et les salariés qui ont été enregistrés par les différentes autorités compétentes. Il est cohérent de confier la tenue de ce fichier « *conjointement* » à l'AMF, au CECEI et au CEA, puisque ce sont eux qui détiennent les informations nécessaires. Les modalités de la tenue de ce fichier seront fixées par décret après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), en vertu des dispositions de l'article 15 la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Enfin, il serait prévu que ce fichier soit « *librement consultable par le public* ». Cette libre consultation est indispensable et doit être la plus aisée possible. Le fichier pourrait être consultable par téléphone ou sur Internet, à des adresses systématiquement indiquées par le démarcheur à ses clients, et communiqué par courrier ou par télécopie sur demande à l'une des autorités en charge de sa tenue.

– *Article L. 341-8 : Obligation de présenter une carte professionnelle en cas de déplacement du démarcheur auprès de son client*

La communication obligatoire du numéro d'enregistrement, dont l'authenticité peut être vérifiée, constitue une garantie sérieuse pour les clients des démarcheurs. Le nouvel article L. 341-8 propose d'offrir une garantie supplémentaire aux personnes soumises à la pression la plus forte et la plus immédiate des démarcheurs, c'est-à-dire dans le cas où le démarcheur se déplace auprès d'elles.

L'article L. 341-1 mentionne une série de lieux dans lesquels le fait de se rendre dans le but de proposer la réalisation d'opérations financières ou la fourniture de services financiers constitue, en soi, un acte de démarchage. Il s'agit du domicile des personnes, de leur lieu de travail et des lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers.

Lorsque le démarcheur se rend « physiquement » dans l'un de ces lieux (l'adverbe ne figure pas dans la rédaction proposée pour l'article L. 341-1 ; il ne semble pas indispensable, aucun doute n'étant permis sur le caractère physique du déplacement), il devrait « *être titulaire d'une carte de démarchage délivrée par la personne pour le compte de laquelle [il] agit, selon un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie* ». La personne pour le compte de laquelle il agit est celle qui l'a directement mandaté, personne habilitée par nature à se livrer ou à recourir au démarchage, ou intermédiaire. Les conseillers en investissements financiers se livrant au démarchage pour leurs seules activités de conseil, ce qu'ils peuvent faire sans détenir aucun mandat, n'auraient donc pas de carte de démarchage à présenter, aucune carte de conseiller en investissements financiers n'étant prévue parmi les dispositions les concernant. Pour pallier ce manque, l'AMF pourrait, en application de l'article L. 541-4 (voir le commentaire de l'article 42 du présent projet), inclure dans son règlement général l'obligation pour les associations professionnelles agréées de délivrer une carte à leurs membres.

Si la multiplication des numéros d'enregistrement risque d'entraîner des difficultés pratiques, il est délicat de ne pas exiger du démarcheur qu'il possède autant de cartes qu'il a de mandats puisque chaque mandant doit lui en délivrer une et doit être mentionné en tant que tel sur la carte.

Le projet renvoie à un arrêté l'établissement de son modèle. Il reprend la situation actuelle, le modèle de la carte de démarchage étant fixé par un arrêté du 12 décembre 1972.

M. Emmanuel Rodocanachi estimait prudent que la loi fixe une série d'informations devant obligatoirement figurer sur la carte : le numéro du démarcheur et la ou les catégorie(s) de produits et de services que le démarcheur est habilité à vendre ainsi que la date de délivrance de la carte et sa durée de validité. Il préconisait de renvoyer à un décret d'application pour les autres caractéristiques et mentions.

L'arrêté fixe actuellement la couleur (grise) de la carte et ses dimensions. Il donne un modèle précis de carte portant une série d'indications pour chacune des deux faces de la carte : le verso est réservé au démarcheur, le recto à l'entreprise pour le compte de laquelle il agit. Ce principe de double face devrait être maintenu. Si l'inscription dans la loi de certaines mentions devant figurer sur la carte n'apparaît pas indispensable, un décret pourrait préciser les informations à mentionner, laissant à un arrêté le soin de fixer le modèle lui-même.

Le présent article propose que cette carte (ou ces cartes, pour les démarcheurs « multicartes ») doive être présentée à toute personne démarchée à l'occasion du déplacement du démarcheur dans l'un des lieux précités. La personne saura ainsi rapidement à qui elle a à faire. Elle pourra vérifier ultérieurement la véracité de ces informations.

En résumé, l'obligation actuelle de détention d'une carte pour toute activité de démarchage serait remplacée par l'obligation d'être mandaté – à moins d'être une personne habilitée par nature à se livrer au démarchage – et enregistré (cette dernière contrainte étant la seule applicable aux salariés des personnes morales habilitées par nature ou par mandat) tandis que la détention et la présentation de la carte ne seraient exigées qu'en cas de déplacement du démarcheur auprès de son client.

– Article L. 341-9 : Interdiction du démarchage aux personnes condamnées depuis moins de dix ans pour crime ou pour un délit grave à caractère économique ou financier

Parmi les conditions d'honorabilité que le démarcheur doit remplir, figurent des conditions en matière de condamnations pénales. La liste proposée pour le **I de l'article L. 341-9** s'inspire des listes actuellement en vigueur, non codifiées et partiellement différentes, des condamnations entraînant l'interdiction d'exercer certaines professions bancaires ou financières. L'article 8 de la loi du 3 janvier 1972 précité, réduit à son cinquième alinéa après la codification de ses autres dispositions, exclut actuellement du démarchage concernant les valeurs mobilières les personnes à qui la profession de banquier est interdite⁽¹⁾; il convient d'abroger cette disposition que le présent article prive de son objet.

L'article L. 341-9 interdirait à une personne condamnée définitivement depuis moins de dix ans pour un crime ou à une peine minimale de trois mois d'emprisonnement sans sursis pour l'un des délits mentionnés dans la liste d'exercer une activité de démarchage bancaire et financier « *directement ou indirectement,*

(1) L'article 13 de la loi du 28 mars 1885 faisait de même pour le démarchage concernant les opérations sur le marché à terme, mais il a été abrogé « accidentellement » par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du code monétaire et financier, laquelle codifiait les autres dispositions de cette loi.

pour son propre compte ou pour le compte d'autrui ». L'interdiction porte sur toutes les formes possibles de cette activité : une personne dans cette situation ne peut être ni salariée d'une personne morale se livrant au démarchage, ni habilitée elle-même à démarcher. Elle ne peut pas non plus administrer, diriger ou gérer une personne morale qui recourrait ou se livrerait au démarchage.

En plus des condamnations pour crime (1° de l'article L. 341-9), qui figurent déjà en tête des cas d'interdiction d'exercer la profession de banquier, l'article propose d'appliquer l'interdiction professionnelle aux personnes destituées des fonctions d'officier public ou ministériel (3° du même article), destitution qui peut être prononcée en application de l'article 1840 B du code général des impôts ⁽¹⁾, et aux personnes condamnées à au moins trois mois d'emprisonnement sans sursis pour l'un des délits suivants :

a) les infractions prévues au titre I^{er} du livre III du code pénal, lequel vise les appropriations frauduleuses (le vol simple ou aggravé, l'extorsion et le chantage, l'escroquerie et les infractions voisines, comme la filouterie, et les détournements, au sein desquels figurent l'abus de confiance, le détournement de gage ou d'objet saisi et l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité) et les délits prévus par des lois spéciales et punis des peines prévues pour l'escroquerie et l'abus de confiance ⁽²⁾ – de nombreuses lois spéciales renvoient à ces peines ⁽³⁾ – ;

b) le recel, dont la définition et les sanctions relèvent des articles 321-1 à 321-5 du code pénal ;

c) le blanchiment, défini à l'article 324-1 du code pénal, qui peut être simple ou aggravé ;

(1) *La destitution frappe l'officier public ou ministériel cessionnaire ou cédant d'un office convaincu d'avoir consenti ou stipulé à son profit un prix supérieur à celui exprimé dans l'acte de cession.*

(2) *Le code pénal prévoit cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende en cas d'escroquerie (article 313-1), peines portées à 7 ans d'emprisonnement et 750.000 euros d'amende dans certains cas aggravants (article 313-2) ; l'abus de confiance est puni de 3 ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende (article 314-1), peines portées à 7 ans d'emprisonnement et 750.000 euros d'amende dans certains cas aggravants (article 314-2) et à 10 ans d'emprisonnement et 1,5 million d'euros lorsque l'abus de confiance est réalisé par un mandataire de justice ou un officier public ou ministériel soit dans l'exercice de ses fonctions, soit à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, soit en raison de sa qualité (article 314-3).*

(3) *Parmi les délits prévus par des lois spéciales et punis des peines applicables à l'escroquerie, peuvent être cités les délits constitutifs d'escroquerie commis par les administrateurs ou directeurs généraux des établissements régis par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, le détournement de leur objet de fonds provenant d'un prêt consenti au titre du fonds de modernisation et d'équipement (article 7 de la loi n° 50-854 du 21 juillet 1950 relative au développement des dépenses d'investissement pour l'exercice 1950), le fait de percevoir frauduleusement des prestations au titre de l'aide sociale (article L. 133-6 du code de l'action sociale et des familles), au titre de l'allocation personnalisée d'autonomie (article L. 232-27 du même code) ou au titre du revenu minimum d'insertion (article L. 262-46 du même code).*

Sont notamment punis des peines prévues pour l'abus de confiance en application d'une loi spéciale le détournement d'une épave maritime (article 3 de la loi n° 61-1262 du 24 novembre 1961 relative à la police des épaves maritimes), le détournement ou la destruction, par un époux, d'objets confiés à sa garde alors que le juge des affaires lui a interdit par ordonnance d'en disposer sans le consentement de son conjoint (article 6 de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux), le détournement de versements, dépôts, souscriptions ou acceptations d'effets de commerce, chèque ou autorisations de prélèvement sur un compte bancaire ou postal effectués à l'occasion de la formation ou de l'exécution de contrats de société d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé (article 31 de la loi n° 86-18 du 6 janvier 1986 relatives aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé), le détournement, la destruction ou l'altération, par leur acquéreur ou détenteur, de biens nantis ou toute autre manœuvre frauduleuse destinée à priver le créancier de son privilège sur les biens nantis ou à le diminuer (article L. 525-19 du code de commerce).

d) la corruption active ou passive, le trafic d'influence, la soustraction et le détournement de biens ⁽¹⁾ ;

e) les faux, la falsification de titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique, la falsification des marques de l'autorité, régis respectivement par les articles 441-1 à 441-12, 443-1 et 444-1 du code pénal ;

f) la participation à une association de malfaiteurs, traitée aux articles 450-1 à 450-4 du code pénal ;

g) le trafic de stupéfiants, qui, comme les autres atteintes à la personne humaine, relève de la section 4 du chapitre II du titre II du livre II du code pénal ;

h) le proxénétisme et les infractions assimilées, définis à la section 2 du chapitre V du même titre du même code ;

i) l'une des infractions prévues à la section 3 du chapitre V du titre II du livre II du code pénal, laquelle est dédiée aux conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne. Elle condamne le fait d'obtenir d'une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli (article 225-13) et le fait de soumettre une personne à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (article 225-14). Il s'agit de cas qui peuvent être considérés comme de l'« esclavage humain » ;

j) l'une des infractions à la législation sur les sociétés commerciales prévues au titre IV du livre II du code de commerce ⁽²⁾ ;

k) la banqueroute : les dispositions qui la régissent se trouvent au chapitre VI du titre II du livre VI du code de commerce ; les peines encourues sont à l'article L. 626-3 de ce code ;

l) la pratique de prêt usuraire, défini et interdit par les articles L. 313-3 à L. 313-5 du code de la consommation ;

(1) L'article 432-11 du code pénal traite de la corruption passive et du trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ; la corruption active et le trafic d'influence commis par les particuliers sont définis et sanctionnés respectivement à l'article 433-1 et à l'article 433-2 du même code ; la soustraction ou le détournement de biens relève de l'article 433-4 si le bien se trouvait dans un dépôt public ou de l'article 432-15 si le détournement est le fait d'un dépositaire public.

(2) Elles sont pour l'essentiel susceptibles être commises par les dirigeants des sociétés. Pour les sociétés anonymes par exemple, elles peuvent être relatives à la constitution de la société (par exemple l'émission d'actions avant l'immatriculation de la société), à la direction et à l'administration de cette dernière (notamment le répartition de dividendes fictifs, la présentation de comptes inexacts pour dissimuler la vraie situation de la société), aux assemblées d'actionnaires (le fait d'empêcher un actionnaire d'y participer, d'« acheter » un vote...), aux modifications du capital social (non respect des règles d'attribution d'actions disponibles à des conditions préférentielles aux actionnaires, par exemple).

m) l'une des infractions prévues par la loi du 21 mai 1836 sur les loteries, par la loi du 15 juin 1907 sur les cercles et casinos et par la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard ⁽¹⁾;

n) toute infraction à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger auxquelles est consacré le titre V du livre premier du code monétaire et financier qui comporte des obligations de déclaration dont la méconnaissance entraîne des sanctions ;

o) la fraude fiscale dont la définition et les sanctions relèvent de l'article 1741 du code général des impôts ;

p) l'une des infractions prévues aux articles L. 163-2 à L. 163-4 et L. 163-7 du code monétaire et financier qui visent des infractions relatives aux chèques et aux cartes de paiement ⁽²⁾ ; il semble logique à votre Rapporteur de viser aussi les articles L. 163-4-1 à L. 163-8, L. 163-11 et L. 163-12, qui sanctionnent les autres infractions relatives aux chèques et aux cartes de paiement ;

q) l'une des infractions prévues aux articles L. 122-8 à L. 122-10 et L. 213-1 à L. 213-5 du code de la consommation, relatifs aux abus de la faiblesse ou de la confiance d'une personne pour en tirer des engagements ou se faire remettre de l'argent (L. 122-8 à L. 122-10) et à toutes les formes de tromperie sur la marchandise, de falsification des produits proposés ainsi qu'à toutes les tentatives en ce sens (L. 213-1 à L. 213-5) ;

r) l'une des infractions prévues aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du code monétaire et financier, soit les atteintes à la transparence du marché (délict d'initié ou entrave au fonctionnement régulier d'un marché d'instruments financiers) ;

s) les infractions relatives aux placements collectifs (section 2 du chapitre I^{er} du titre III du livre II), au fonds de garantie des déposants (chapitre II du titre V du livre III), à l'appel public à l'épargne (chapitre I^{er} du titre VI du livre IV), aux marchés réglementés (chapitre II), aux négociations sur les instruments financiers (chapitre III), aux entreprises de marché et aux chambres de compensation (chapitre IV), aux règles applicables aux établissements du secteur bancaire (titre VII du livre V). La référence aux chapitres II et III du titre IV du livre III vise les infractions aux règles du démarchage actuellement en vigueur ; il convient de la modifier pour tenir compte du nouveau régime issu de l'article 40 du présent projet : il faut désormais viser la section 1 du chapitre III du titre V du livre III. En outre, il est cohérent de mentionner aussi les infractions aux règles applicables aux conseillers en investissements financiers, issues de l'article 44 du présent projet de loi, en visant le chapitre III *bis* du titre VII du livre V, que votre Rapporteur propose de transformer en section 2 du chapitre III du même titre.

(1) *La loi de 1836 portant prohibition des loteries interdit « toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort ». Elle prévoit quelques exceptions et renvoie aux peines établies par la loi de 1907. Ces dernières sont aussi mentionnées dans la loi de 1907 réglementant le jeu dans les cercles et les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques pour sanctionner les manquements aux dispositions de cette loi. La loi du 12 juillet 1983 précitée énumère une série d'infractions liées aux jeux de hasard et les peines afférentes.*

(2) *Il s'agit du retrait ou du blocage de la provision après l'émission d'un chèque, de l'acceptation ou l'endossement, en connaissance de cause, d'un chèque dont la provision a été retirée, de l'émission d'un chèque dont l'absence de provision a été signalée par le banquier (article L. 163-2), de la fabrication, l'usage ou la réception en connaissance de cause d'un chèque contrefait ou falsifié (L. 163-3) ou d'une carte de retrait ou de paiement contrefaite ou falsifiée (L. 163-4), de l'émission de chèque par une personne à laquelle celle-ci a été interdite par le tribunal (L. 163-7).*

La plupart de ces délits présente un caractère économique et financier évident. Les atteintes à la personne humaine qui sont mentionnées (trafic de stupéfiants, proxénétisme et exploitation de la vulnérabilité d'autrui) ont pour but d'assurer un gain financier illégal à leur auteur, au détriment d'autrui, ce qui justifie que leurs auteurs se voient privés du droit de se livrer à l'activité de démarchage.

Pour ces délits, l'interdiction professionnelle s'appliquerait donc uniquement lorsque la peine serait sans sursis et supérieure à trois mois de prison, alors qu'actuellement toute condamnation pour l'un des délits mentionnés par la loi, quelles que soient sa sévérité et donc la gravité de l'infraction commise, entraîne l'interdiction ; dans tous les cas, y compris pour les personnes condamnées pour crimes, celle-ci serait limitée à une durée de dix ans à compter de la condamnation définitive, c'est-à-dire lorsque celle-ci ne peut plus être l'objet de recours.

La rédaction proposée par cet article figurait déjà dans le projet de loi du 7 février 2001 portant ratification de l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du code monétaire et financier ⁽¹⁾, lequel n'a pas été inscrit à l'ordre du jour. Par la limitation à dix ans de la durée de l'interdiction, elle vise à respecter l'exigence de proportionnalité entre les infractions et les peines, posée par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette limitation de l'incapacité professionnelle à une durée de dix ans existe déjà à l'article L. 114-21 du code de la mutualité pour les administrateurs ou dirigeants d'un organisme mutualiste.

Le **II de l'article L. 341-9** aborde le cas de l'intervention d'une décision de justice entraînant l'interdiction de l'exercice de la profession de démarcheur financier, alors que la personne condamnée exerce déjà un telle activité. Dans ce cas, la personne condamnée a un mois à compter de la date à laquelle la décision de justice est devenue définitive pour cesser son activité. Ce délai semble d'une durée raisonnable.

Le **III** traite de l'application de l'interdiction d'exercer aux personnes condamnées par une juridiction étrangère. Le traitement devant être égal que la juridiction ayant prononcé la condamnation soit française ou étrangère, l'interdiction ne peut intervenir qu'une fois la condamnation passée en force de chose jugée. Les infractions entraînant l'interdiction doivent aussi être identiques, ou du moins équivalentes. Aussi l'infraction devra constituer « *selon la loi française, un crime ou l'un des délits mentionnés au I du présent article* ». Les différences entre droits nationaux peuvent rendre délicates l'estimation de cette équivalence. La prise en compte de la peine minimale de trois mois de prison sans sursis pour les délits n'est pas mentionnée ici mais, dans la pratique, le tribunal, saisi dans les conditions indiquées ci-après, vérifiera que la condamnation respecte les règles du droit français et notamment qu'elle est supérieure aux trois mois d'emprisonnement sans sursis.

(1) 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, Sénat, session ordinaire 2000-2001, n° 219, déposé le 7 février 2001.

L'application de l'incapacité professionnelle exige le respect d'une procédure : elle doit être déclarée par le tribunal correctionnel du domicile (français) du condamné « *à la requête du ministère public, après constatation de la régularité et de légalité de la condamnation et l'intéressé dûment appelé en chambre du conseil* ». Ces conditions étant remplies, le tribunal « *déclare qu'il y a lieu à l'application de l'incapacité* » ; il y a donc compétence liée du tribunal, l'application de l'interdiction temporaire d'exercice apparaissant automatique.

Une seule décision de justice ne semble entraîner l'incapacité que dans le cas où elle a été prononcée par une juridiction étrangère ; il s'agit de la faillite personnelle lorsque deux conditions sont remplies : la personne qui en a fait l'objet n'a pas été réhabilitée et le jugement a été déclaré exécutoire en France. Si la deuxième condition manque, la demande d'*exequatur* peut être formée par le ministère public devant le tribunal de grande instance du domicile du condamné : pourra ainsi être prise la décision rendant exécutoire sur le territoire français le prononcé de la faillite personnelle intervenue à l'étranger. Il serait équitable d'étendre cette incapacité professionnelle aux personnes non réhabilitées qui ont été déclarées en faillite personnelle par une juridiction française, comme le fait l'article L. 114-21 du code de la mutualité pour les dirigeants ou administrateurs d'un organisme mutualiste.

L'ensemble de ces dispositions, qui sont reprises à l'identique à l'article L. 541-7 pour l'activité de conseiller en investissements financiers, à vocation à être appliqué dans les autres cas d'interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier. Le 3° de l'article 27 du projet de loi portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification et de codification du droit autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter le code monétaire et financier, notamment pour y intégrer les dispositions relatives aux interdictions d'exercice des activités bancaires et financières.

Section 3 : Produits ne pouvant pas faire l'objet de démarchage

Alors que le projet de rédaction de l'article L. 341-1 a défini de façon large les produits susceptibles de faire l'objet de démarchage, il apparaît utile d'écartier explicitement du démarchage certains produits financiers. Tel est l'objet de l'article L. 341-10 qui constituerait une section 3 intitulée « *Produits ne pouvant pas faire l'objet de démarchage* ».

– Article L. 341-10 : Produits dont le démarchage est interdit

La rédaction proposée pour le 1° de cet article est directement issue du rapport de M. Emmanuel Rodocanachi. À juste titre, il préconisait de retenir un critère général applicable à tous les produits plutôt que de recourir à une liste de produits qui pourrait rapidement être contournée.

Ne pourraient donc pas faire l'objet de démarchage « *les produits dont le risque maximum n'est pas connu au moment de la souscription ou pour lesquels le risque de perte est supérieur au montant de l'apport initial* ». Ce sont bien les produits de ce type qui font courir le plus grand risque financier pour ceux qui les

souscrivent. L'actuel article L. 342-5, issu de l'article 4 de la loi du 3 janvier 1972 précitée, fixe déjà une liste limitative de valeurs mobilières interdites de démarchage : la première catégorie visée (le démarchage en vue de « *participations à des groupements de personnes ayant pour objet des opérations fondées sur les différences de cours des valeurs mobilières* ») est couverte par la disposition proposée.

Parmi les produits dont le risque maximum n'est pas connu, peuvent être citées les opérations sur produits dérivés telles que les ventes de *call* ou *swap* de taux fixe contre taux variable. Le risque de perte est supérieur au montant de l'apport initial pour les ventes de *put* et les produits de couverture et d'action, mais aussi pour les parts de sociétés civiles de placement immobilier (SCPI), pour lesquelles les risques de perte peuvent atteindre deux fois l'investissement initial ⁽¹⁾. Cette exclusion est particulièrement gênante dans la mesure où le démarchage de ces parts est actuellement autorisé dans le cadre du démarchage des valeurs mobilières et qu'il est à l'origine du placement de près de 80 % d'entre elles. Votre Rapporteur estime pertinent de les exclure de la liste des produits dont le démarchage est interdit.

Quelles que soient les garanties en matière de démarchage que le présent projet comporte, il est certain que le choix de produits très risqués doit être particulièrement réfléchi et qu'ils ne doivent être proposés qu'à des personnes en mesure de supporter les pertes éventuelles. Un banquier est mieux placé pour en juger et les proposer à ceux de ses clients qui répondent à cette exigence.

D'autres produits, énumérés au 2° de l'article L. 341-10, devraient être exclus du démarchage :

– « *les produits non autorisés à la commercialisation sur le territoire français en application de l'article L. 151-2* ». Le 3 de l'article L. 342-5 (qui interdit le démarchage « *en vue d'opérations sur des valeurs mobilières étrangères ou sur des parts de fonds communs de placements étrangers lorsque leur émission ou leur vente en France est soumise à une autorisation préalable et que celle-ci n'a pas été accordée* ») se réfère déjà à cette absence d'autorisation. L'article L. 151-2 autorise le Gouvernement à soumettre à autorisation préalable certaines opérations afin d'assurer la défense des intérêts nationaux. Les opérations visées sont les opérations de change, les mouvements de capitaux et les règlements de toute nature entre la France et l'étranger, la constitution, le changement de consistance et la liquidation des avoirs français à l'étranger, la constitution et la liquidation des avoirs étrangers en France, l'importation et l'exportation d'or ainsi que tous les autres mouvements matériels de valeurs entre la France et l'étranger ;

– « *les produits qui ne sont pas admis aux négociations sur les marchés réglementés ou les marchés étrangers reconnus définis aux articles L. 422-1 et L. 423-1* », sauf exceptions. Cette rédaction est peu claire. En fait, trois sortes de marchés sont visés : les marchés réglementés français, définis à l'article L. 421-1 du

(1) L'article L. 214-55 du code monétaire et financier dispose que, en ce qui concerne les SCPI, « la responsabilité de chaque associé à l'égard des tiers est engagée en fonction de sa part dans le capital et est limitée à deux fois la fraction dudit capital qu'il possède ».

code (il s'agit du premier marché, du second marché, du nouveau marché, du marché des options négociables de Paris – MONEP – et du marché à terme international de France – MATIF –), les marchés réglementés européens, définis à l'article L. 422-1 (il s'agit des marchés réglementés dont le siège est fixé dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen), et les marchés étrangers reconnus, définis à l'article L. 423-1.

Les produits exclus du démarchage seraient donc ceux qui sont négociés sur un marché français ou européen non réglementé, à l'exemple du marché libre, c'est-à-dire un marché organisé mais dont la réglementation n'émane pas d'une autorité publique ou un marché de gré à gré sur lequel la loi des parties est la seule qui prévaut, ou sur un marché étranger (hors Espace économique européen) non reconnu. Le fonctionnement de ces marchés ne serait pas assuré par des règles suffisamment sûres pour que les démarcheurs puissent les proposer à leurs clients en toute sécurité pour ces derniers. Pourtant des marchés financiers aussi importants que le New York Stock Exchange, le NASDAQ ou le marché réglementé de Tokyo, dont les conditions de fonctionnement ne semblent guère incertaines, ne sont pas des marchés reconnus au sens de la législation, la condition de réciprocité n'étant pas remplie, et se trouveraient exclus du champ du démarchage.

Sont aussi exclus du démarchage les produits qui ne sont pas cotés du tout : produits obligataires non cotés, options d'achat, contrats d'échange et contrats à terme sur devise, notamment. Ces produits sont souvent indispensables dans le cadre d'une stratégie de gestion des risques. Leur exclusion du démarchage risque de provoquer un appauvrissement de l'offre de produits par les établissements financiers, tandis que les sociétés manqueraient d'information sur les produits leur permettant de neutraliser leurs risques. Cependant ces produits sont d'un maniement délicat, qui peut justifier qu'ils ne soient pas proposés « à la légère ». Ils pourront naturellement être présentés hors d'une activité de démarchage.

Des exceptions sont prévues par le projet pour les parts ou actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) En effet, les règles particulières applicables à ces organismes garantissent la sécurité des investisseurs, y compris lorsque les valeurs ne sont pas négociées sur un marché réglementé ou étranger reconnu. Les parts ou actions des ces organismes peuvent donc être l'objet de démarchage.

Le 5 de l'actuel article L. 342-5 exclut déjà les SICAV des produits dont le démarchage est interdit à cause de leur non admission sur un marché réglementé (il interdit le démarchage « *en vue d'opérations sur des valeurs déjà émises par des sociétés et non admises aux négociations sur un marché réglementé, à l'exception des opérations sur valeurs de sociétés d'investissement à capital variable.* »). Contrairement à la rédaction de cet alinéa, celle proposée pour le 2° de l'article L. 341-10 présente l'inconvénient d'interdire le démarchage de valeurs qui vont être émises et seront ensuite négociées sur un marché à terme. Un démarcheur ne pourrait donc pas proposer à ses clients l'achat de titres d'une société qui va entrer en bourse, une société nouvellement privatisée ou une entreprise publique bénéficiant d'une ouverture de capital, par exemple. Cette exclusion est regrettable et doit donc être corrigée ;

– « *les produits mentionnés aux articles L. 214-42 et L. 214-43* ». Le premier interdit la publicité et le démarchage en vue de la souscription de parts d'un fonds commun d'intervention sur les marchés à terme ; le second définit les fonds communs de créance, dont le démarchage est interdit à l'article L. 214-44. Ces produits sont en effet particulièrement complexes et présentent des risques spécifiques.

Section 4 : Règles de bonne conduite

L'objectif est de donner une meilleure information à l'épargnant, afin qu'il soit aussi éclairé que possible au moment de sa décision. En dehors des informations permettant l'identification du démarcheur, le démarché doit être clairement informé des caractéristiques et risques du produit qui lui est proposé. Un certain nombre de précautions est également à prendre dans la procédure postérieure au démarchage proprement dit.

Le présent projet de loi prévoit ainsi les informations à communiquer au client (article L. 341-11 et L. 341-12), interdit certaines pratiques au démarcheur (articles L. 341-13 à L. 341-15) et met en place un délai de rétractation et un délai de réflexion (article L. 341-16).

– Article L. 341-11 : Informations générales à communiquer à toute personne démarchée

Avant de communiquer des informations à la personne démarchée, le démarcheur doit lui-même s'informer auprès d'elle des éléments qui lui permettront d'adapter son offre.

Ces éléments sont de trois ordres : situation financière de la personne démarchée, expérience en matière de placement ou de financement, objectifs en la matière. Ces informations permettront au démarcheur d'adapter son offre de produits ou de services tant dans le contenu (par exemple, il ne devra pas proposer de produits assez risqués à une personne aux moyens modestes et qui veut seulement préparer sa retraite) que dans la forme (l'information devant être plus complète si la personne n'a jamais réalisé de placements).

Une fois ces éléments pris en compte, le démarcheur doit à son tour informer son client sur les caractéristiques des produits qu'il lui propose, sur l'importance des engagements qu'ils induisent, sur les risques... Le présent article ne détaille pas les informations qui doivent être données à l'épargnant, il mentionne seulement « *les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision* ». Il revient donc au démarcheur de juger quelles sont ces informations.

La forme, écrite ou orale notamment, que ces informations doivent prendre n'est pas précisée non plus. Le seul impératif est qu'elles soient communiquées « *d'une manière claire et compréhensible* ». Elles doivent donc être présentées dans un style et avec un vocabulaire courants, en évitant les sigles non développés et les termes trop techniques. Dans le cas d'informations écrites, un lexique pourrait par exemple être utilement joint.

L'ensemble des produits et services proposés sera désormais soumis à cette obligation.

Votre Rapporteur s'inquiète de la portée réelle de cette disposition dont l'application stricte conduirait à interdire tout envoi de documents de démarchage à une catégorie de personnes déterminées selon des critères qui ne peuvent être leur situation financière, cette dernière n'étant réellement connue que par leur banquier. Les services du ministère des Finances consultés par votre Rapporteur n'ont pas été en mesure de le rassurer sur ce point.

– *Article L. 341-12 : Informations particulières devant être communiquées par écrit*

Le contenu précis des informations qui doivent être communiquées par écrit est en revanche détaillé à l'article L. 341-12. Il faut noter que la rédaction proposée par le Gouvernement manque nettement de clarté puisqu'elle suggère que l'obligation de la communication de ces informations serait limitée aux cas de démarchage par écrit. Une modification rédactionnelle sera indispensable pour éviter toute interprétation restrictive. Il est en effet indispensable que ces informations, et surtout celles portant sur les caractéristiques et les risques des produits proposés par le démarcheur, soient transmises par écrit à toute personne démarchée, quelle que soit la forme de la prise de contact.

Afin de ne pas limiter l'envoi de ces informations au seul courrier classique, l'article précise qu'elles doivent être communiquées « *par écrit, quel que soit le support de cet écrit* », c'est-à-dire qu'il peut s'agir d'un support papier ou d'un support électronique, ou d'une autre forme qui pourrait être utilisée dans l'avenir.

L'article propose une liste des informations qui doivent être communiquées par écrit :

– le nom, l'adresse et le numéro d'enregistrement de la personne physique procédant au démarchage : la communication du numéro d'enregistrement est déjà rendue obligatoire par la rédaction proposée pour l'article L. 341-6 (voir *supra*) ; elle est seulement rappelée ici ;

– le nom et l'adresse de la ou des personnes morales pour le compte de laquelle ou desquelles le démarchage est effectué : ce peut être une personne habilitée par nature à démarcher ou une personne mandatée pour ce faire ;

– le numéro d'enregistrement de la personne morale mandatée en application du I de l'article L. 341-4 si le démarchage est effectué pour le compte d'une telle personne : cette mention permettrait au client d'informer celle-ci d'éventuels problèmes avec le démarcheur, voire de mettre en cause sa responsabilité.

L'ensemble de ces informations devrait logiquement figurer sur la carte de démarchage présentée par les démarcheurs qui se déplacent auprès de leurs clients (article L. 341-8). Dans ce cas, elles devront donc être transmises à deux reprises.

S'y ajoutent trois autres types d'informations :

– « *les documents d'informations particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés requis par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur* » : l'article L. 214-12 par exemple confie à la COB le soin de définir les conditions dans lesquelles les OPCVM doivent informer leurs souscripteurs, l'article L. 412-1 définit les obligations de publicité en matière d'appel public à l'épargne ; en l'absence de tels documents, doit être communiquée « *une note d'information sur chacun des produits, instruments financiers ou services proposés, élaborée sous la responsabilité de la personne ou de l'établissement qui a recours au démarchage et indiquant, s'il y a lieu, les risques particuliers que peuvent comporter les produits proposés* ».

Cette note présente des caractéristiques proches de celle qui est prévue à l'actuel article L. 342-6, lequel prévoit la remise ou l'envoi simultané à la personne sollicitée d'une note d'information succincte sur chacune des valeurs mobilières proposée. L'adjectif « *succinct* » ne lui est pas appliqué et il n'est pas explicitement exigé qu'elle soit tenue à jour, contrairement aux dispositions de l'article L. 342-6, même si cela va de soi. Cet article mentionne l'obligation de la communiquer à la COB, laquelle peut en demander la modification, voire en interdire la diffusion – la note d'information sur les marchés à terme, les opérations qui s'y font et les engagements incombant aux personnes qui y participent, prévue à l'article L. 343-6, est aussi soumise au visa de la COB –. Aucune procédure de ce type n'est prévue dans le présent article, alors que les documents d'information particuliers requis par loi ou règlement bénéficient pour leur part d'un visa, d'un enregistrement ou d'une approbation de la COB. Cette situation est liée au fait qu'il n'existe pas une autorité unique compétente pour l'ensemble des produits concernés par le démarchage bancaire ou financier. En revanche, dans le cadre de leurs missions disciplinaires, fixées à l'article L. 341-17 (voir *infra*), les différentes autorités pourront contrôler *a posteriori* le contenu de ces documents d'information et sanctionner, si nécessaire, les manquements constatés. Le fait que ces documents doivent désormais mentionner les risques liés aux produits financiers constitue un progrès notable : c'est en effet d'abord des risques encourus que l'épargnant doit être clairement informé ;

– les conditions de l'offre contractuelle et les modalités selon lesquelles sera conclu le contrat, en particulier le lieu et la date de signature de celui-ci : ces informations, comme celles mentionnées au point suivant concerne les suites du démarchage. En effet, comme le précise l'article L. 341-14, le démarcheur ne peut signer lui-même le contrat, lequel liera l'épargnant à la personne morale pour le compte de laquelle le démarcheur agit. Son client aura donc à rencontrer une autre personne habilitée à signer le contrat. Il est nécessaire qu'il soit informé de la manière dont cette signature se déroulera : c'est dans son intérêt comme dans celui du démarcheur, dont l'objectif final est la réalisation cette signature ;

– l'information relative à l'existence ou à l'absence du droit de rétractation prévu à l'article L. 341-16, ainsi que ses modalités d'exercice : comme expliqué *infra*, trois situations se présentent selon le produit et la forme du démarchage : soit le droit de rétractation existe, soit il est remplacé par un délai de réflexion de quarante-huit heures, soit aucun des deux dispositifs ne s'applique. L'épargnant doit savoir dans quelle situation il se trouve et comment procéder pour exprimer son éventuel changement d'avis, sans quoi ses droits demeureraient virtuels.

L'exigence de ces informations répond aux dispositions de l'article 3 la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès du consommateur, article consacré aux informations du consommateur préalables à la conclusion du contrat à distance. Cette directive doit être transposée dans le droit interne avant le 9 octobre 2004.

– *Article L. 341-13 : Interdiction de dépasser le champ des instructions expresses reçues*

L'interdiction « *de proposer des produits, instruments financiers et services autres que ceux pour lesquels il a reçu instructions expresses de la ou des personnes pour le compte desquelles il agit* » figure actuellement à l'article L. 342-9 en ce qui concerne le démarchage des valeurs mobilières. L'article L. 341-13 l'étendrait à tous les produits et services.

Il faut rappeler que le nouvel article L. 341-4 impose que le mandat liant le démarcheur à la personne pour le compte de laquelle il agit mentionne les produits et services objets de ce mandat. Le démarcheur doit simplement se conformer aux termes de son mandat. Dans le cas où le démarchage est le fait d'un salarié, lequel a un contrat de travail mais pas de mandat, ce dernier doit respecter les instructions qui lui ont été données. La preuve qu'il a bien reçu l'« *instruction expresse* » de proposer tel ou tel produit serait alors plus difficile à établir. Mais la responsabilité de son employeur est très large et s'appliquera aussi lorsque l'instruction aura été dépassée, ce qui n'est pas le cas pour les mandataires, la responsabilité du mandant correspondant au seul champ du mandat.

Le 4° de l'article L. 353-2, dont la rédaction est proposée à l'article 40 du présent projet (voir *infra*), dispose que toute méconnaissance de cette obligation est sanctionnée par les peines prévues pour les cas d'escroquerie. Cette règle fait donc partie de celles dont la méconnaissance est la plus sévèrement sanctionnée. Il en est de même pour le fait de recevoir un paiement (5° du même article).

– *Article L. 341-14 : Interdiction pour le démarcheur de signer lui-même un contrat*

Contrairement aux deux autres interdictions pesant sur les démarcheurs, celle relative à la signature du contrat ne figure pas explicitement dans la législation actuelle.

L'article L. 341-14 vise l'ensemble des services et opérations mentionnés à l'article L. 341-1 comme pouvant, sauf exceptions, être l'objet de démarchage. Il précise que tout contrat portant sur l'un d'eux « *est conclu entre la personne démarchée et l'établissement, l'entreprise ou la personne morale habilitée à exercer ces activités, sans que le démarcheur puisse le signer au nom et pour le compte de la personne pour le compte de laquelle il agit* ».

Le rôle du démarcheur est ainsi strictement limité aux opérations situées en amont de la signature du contrat. La signature du contrat et sa réalisation sont laissées aux soins de ceux, établissements de crédit, organismes publics mentionnés à l'article L. 518-1, entreprises d'investissement ou d'assurance, qui sont habilitées à

fournir ces services ou à réaliser ces opérations. Seules les personnes morales mentionnées à l'article L. 341-3 peuvent donc s'en charger ; ce n'est pas le cas des personnes morales mandatées pour se livrer au démarchage en application du I de l'article L. 341-4. La notion de contrat s'entend ici au sens large, y compris lorsque l'accord sur le service ou l'opération n'est pas explicitement qualifié de contrat.

– *Article L. 341-15 : Interdiction de recevoir un paiement*

L'interdiction, pour le démarcheur, de recevoir des fonds et des valeurs, figure actuellement à l'article L. 342-14 pour le démarchage des valeurs mobilières.

L'article L. 341-15 élargit cette interdiction à tous les produits et services bancaires ou financiers, et ce quelle que soit la forme du paiement (espèces, effets de commerce, valeurs ou chèque au porteur ou au nom du démarcheur, « *tout paiement par un autre moyen* »). Le démarcheur ne doit donc recevoir aucun paiement provenant directement de la personne démarchée, que ce paiement soit relatif au service ou à l'opération acceptée par le client ou à la rémunération du démarcheur lui-même. Celui-ci sera rémunéré par son mandant et non par ses clients.

Le paiement est l'un des éléments de réalisation du contrat ; il ne peut donc être reçu que par une personne habilitée à exécuter celui-ci.

– *Article L. 341-16 : Délai de rétractation et délai de réflexion*

Les dispositions de l'article L. 341-14 empêchent que le contrat nécessaire à la fourniture du service ou à la réalisation de l'opération soit signé par le démarcheur. Aussi, même si le démarcheur s'est déplacé auprès de l'épargnant, la signature du contrat ne peut intervenir qu'après un certain délai, d'une durée variable. Il n'est pas prévu de délai minimum entre le démarchage et la signature du contrat. En revanche, le présent article met en place un délai de rétractation après la signature du contrat (article L. 341-16), lequel respecte les dispositions de la directive du 23 septembre 2002 précitée. Dans certains cas, ce délai de rétractation serait remplacé par un délai de réflexion avant la réalisation des opérations ou des services proposés.

La réalité de l'engagement pris n'est souvent totalement appréhendée par le consommateur qu'après la signature du contrat et le début de son exécution. C'est pourquoi l'existence d'un droit de rétractation est largement considérée comme le meilleur moyen de protéger le consommateur lorsqu'il s'est engagé peut être trop rapidement sous la pression d'un démarcheur.

Le **I de l'article L. 341-16** prévoirait ainsi que : « *La personne démarchée dispose, à compter de la conclusion du contrat, d'un délai de quatorze jours pour se rétracter, sans pénalité et sans être tenue d'indiquer les motifs de sa décision.* » Il précise que le délai court à compter de la date de réception par la personne démarchée du contrat signé par les deux parties. Il serait utile que le décret d'application prévoie un moyen d'attester de cette date, par exemple en exigeant l'envoi du contrat signé par lettre recommandée avec accusé de réception.

Ce délai de quatorze jours est à rapprocher de celui de trente jours à compter du premier versement qui vaut, en vertu de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, pour la signature d'un contrat d'assurance-vie ou de capitalisation.

L'actuel article L. 342-18 dispose déjà que : « *Lorsqu'une personne, sollicitée par un démarcheur [pour souscrire un plan d'épargne en valeurs mobilières], est amenée à souscrire, lors de la visite de ce démarcheur, un engagement sur les opérations que celui-ci lui a proposées, un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours doit lui être laissé à compter de la souscription pour dénoncer cet engagement.* » Cette disposition est donc généralisée et adaptée à la nouvelle procédure. Désormais, l'engagement ne peut plus être souscrit dès la visite du démarcheur puisque celui-ci ne peut signer de contrat ; le délai devra donc courir à compter de la signature du contrat.

Les dispositions proposées sont directement inspirées de la directive précitée. Elle vise la commercialisation à distance de services financiers, c'est-à-dire les situations dans lesquelles le contrat est conclu sans aucune mise en présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur. Le présent projet va donc au-delà de sa simple transposition en étendant cette possibilité à tous les cas de démarchage, y compris lorsque démarcheur et démarché se rencontrent physiquement et, sauf exception, lorsque le démarcheur est une personne morale, situation exclue de la directive. Le délai doit être fixé à quatorze jours calendaires (et porté à trente jours pour les assurances vie et les opérations portant sur les retraites individuelles, qui ne sont pas concernées par le présent projet de loi). La directive dispose que la rétractation se fait « *sans pénalité et sans indication de motif* » et que le délai court soit à compter du jour de la signature du contrat, soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles ou les informations exigées par ailleurs, si cette dernière est postérieure à la première. Les conditions de démarchage et de signature du contrat telles qu'elles résultent du présent projet conduisent à choisir le jour de réception du contrat signé : les informations auront dû être envoyées à la personne démarchée avant qu'elle signe le contrat.

Le présent article prévoit en outre que le contrat doit comporter un formulaire destiné à faciliter l'exercice de la faculté de rétractation et renvoie à un décret la fixation des mentions devant figurer sur ce formulaire et des conditions d'exercice du droit de rétractation. Comme l'obligation d'une information écrite relative au droit de rétractation établie à l'article L. 341-12, cette disposition vise à éviter que le droit de rétraction demeure théorique.

Contrairement à l'actuel article L. 342-18 qui exclut la possibilité de renoncer au bénéfice du délai, le présent article ne la mentionne pas, ce qui suppose que cette possibilité n'existe pas.

Le II de l'article L. 341-16 porte sur les conséquences financières de l'exercice du droit de rétractation. Il transcrit l'article 7 de la directive précitée, lequel dispose que « *lorsque le consommateur exerce le droit de rétractation [...], il ne peut être tenu qu'au paiement, dans les meilleurs délais, du service financier effectivement fourni par le fournisseur en vertu du contrat à distance. L'exécution du contrat ne peut commencer qu'après l'accord du consommateur. Le montant à*

payer ne peut excéder un montant proportionnel à l'importance du service déjà fourni par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat à distance, en aucun cas être tel qu'il puisse être interprété comme une pénalité. »

En application des dispositions de la directive, la personne qui exerce son droit de rétractation, « *ne peut être tenue au versement de frais ou de commission de quelque nature que ce soit* ». Cette interdiction de principe est à rapprocher du fait que la rétractation ne peut pas donner lieu à pénalité. Mais, toujours conformément à la directive, elle est tenue « *de payer le prix correspondant à l'utilisation du produit ou du service fourni entre la date de la conclusion du contrat et celle de l'exercice du droit de rétractation* ». L'appréciation du service fourni est facilement calculable pour des prestations ponctuelles, comme la transmission d'ordre, mais plus difficile lorsque le service fourni est un service continu ou un abonnement. Ainsi pour le service de gestion d'investissement, une prestation essentielle intervient dans les premiers jours qui suivent la conclusion du contrat : dès le transfert des espèces ou des titres sur le compte géré, le prestataire effectue une répartition initiale du portefeuille qui constitue un des éléments clefs de sa prestation.

C'est pour lever cette difficulté que le présent projet propose d'utiliser une possibilité ouverte par l'article 6 de la directive précitée, lequel précise que « *les États membres peuvent prévoir, en plus du droit de rétractation, que l'applicabilité des contrats à distance portant sur des services d'investissement est suspendue pendant le délai prévu au présent paragraphe* ». Le deuxième alinéa du II de l'article L. 341-16 diffère ainsi l'exécution des contrats portant sur les services de conservation ou d'administration d'instruments financiers et de gestion de portefeuille pendant la durée du droit de rétractation. Aucun service n'étant rendu dans ces domaines pendant ce délai, le client qui se rétracterait n'aurait naturellement rien à payer.

Il est à noter que le présent projet n'aborde pas le problème du remboursement des paiements déjà effectués dans un cas de rétractation. L'article 6 de la directive précitée prévoit pourtant un délai de 30 jours au maximum à compter de la notification de la rétractation pour que le fournisseur rembourse les sommes perçues, déduction faite, le cas échéant, du coût du service effectué avant cette notification, et pour que le consommateur restitue toute somme ou bien qu'il aurait reçu du fournisseur. Il reviendra au pouvoir réglementaire d'organiser les conditions de remboursement applicables en France, conformément à ces dispositions – au moins pour la commercialisation à distance, la seule visée par cette directive –.

Le III de l'article L. 341-16 met en place des exceptions à l'application du délai de rétractation. De telles exceptions existent dans la directive précitée. Son article 6 exclut de l'application du droit de rétractation les « *services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucun influence, qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation* ». Suivent plusieurs exemples : opérations de change, instruments du marché monétaire, titres négociables, part dans les entreprises de placement collectif, contrats d'échange sur taux d'intérêt ou sur devises, etc.

M. Emmanuel Rodocanachi préconisait aussi dans son rapport d'exclure du droit de rétractation les produits de ce type. Il citait comme exemple les actions, les obligations, les produits dérivés, les parts de SICAV. Il justifiait cette exclusion par les risques de spéculation. Pour ces produits, ni l'exercice du droit de rétractation, ni le report de l'exécution du contrat pendant le délai de rétractation ne sont envisageables. En effet, l'exercice du droit de rétractation alors que les opérations auraient été réalisées pourrait se traduire, selon l'évolution du prix du produit depuis son achat, par une perte ou un gain important, pour le fournisseur du service, perte qu'il serait tenté de répercuter sur son client tandis qu'il conserverait le gain. De même, attendre 14 jours pour réaliser les opérations ferait courir le risque d'une inadéquation entre le prix demandé et le coût effectif du service rendu. Comme le délai de rétractation a pour objectif de permettre au client de réfléchir et de changer d'avis sans conséquence grave, ni pour lui ni pour son fournisseur, de telles situations ne sont pas acceptables.

Aussi le présent article propose-t-il d'écarter de l'application du droit de rétractation les services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers et la fourniture d'instruments financiers. Ces deux catégories couvrent l'ensemble des produits cités en exemple *supra*.

Pour les autres produits et services mentionnés au III, il ne s'agit pas de supprimer le délai de rétractation, mais de le remplacer par le délai de réflexion ou de rétractation d'une durée différente déjà établi par des dispositions spécifiques. Quand de tels délais existent pour la commercialisation de certains produits, quelle que soit leur durée, ce sont eux qui s'appliquent. L'article L. 312-10 du code de la consommation dispose ainsi qu'une offre de prêt ne peut être acceptée par l'emprunteur et ses cautions que dix jours après qu'ils l'ont reçue. Pour ce type d'offre, c'est donc un délai inférieur aux 14 jours prévus dans la directive communautaire qui s'appliquerait. Il en est de même pour le délai de rétractation en cas de démarchage de crédits affectés, lequel est de sept jours en application de l'article L. 311-28 du code de la consommation.

Il ne semble pas que la directive envisage la possibilité que puissent s'appliquer des délais autres que celui de quatorze jours. Le risque d'incompatibilité avec la directive ne concerne que le démarchage sans mise en présence physique du démarcheur et du démarché et il n'existera qu'à partir d'octobre 2004. Le cas des crédits immobiliers est couvert par la possibilité laissée aux États d'exclure du droit de rétractation « *tout crédit garanti par une hypothèque sur un bien immobilier ou par un droit lié à un bien immobilier* ». En outre, le Sénat a écarté du champ du démarchage les contrats de crédits affectés. L'application des dispositions proposées ne devrait donc pas être contraire à la directive, même si le risque existe et si le Gouvernement devra, avant octobre 2004, allonger le délai de rétractation applicable aux crédits affectés commercialisés à distance.

Le fait que certains produits se prêtent mal à l'application du droit de rétractation ne justifie pas de laisser le consommateur sans possibilité de revenir sur une décision trop rapide. Le fait que le prix de ces produits fluctue avec le marché implique l'existence d'un risque réel pour l'épargnant, qui justifie qu'il dispose néanmoins d'un délai raisonnable de réflexion.

Le **IV de l'article L. 341-16** crée un tel mécanisme dans le cas où la personne démarchée est le plus directement soumise à la pression du démarcheur, c'est-à-dire lorsque celui-ci a pris contact avec elle en se déplaçant à son domicile, sur son lieu de travail ou dans un lieu non destiné à la commercialisation de produits, instruments ou services financiers (cas visé au sixième alinéa de l'article L. 341-1). Dans ce cas, les personnes pour le compte desquelles le démarcheur agit ne peuvent recueillir ni ordres ni fonds en vue de la fourniture de l'un des services exclus de l'application du droit de rétractation avant l'expiration d'un délai de réflexion de quarante-huit heures.

Alors que le délai de rétractation court après la signature du contrat, le délai de réflexion a lieu avant celle-ci. De plus, afin de s'assurer que le client dispose effectivement de toutes les informations utiles pour pouvoir réfléchir et prendre sa décision en connaissance de cause – puisqu'il ne pourra plus revenir sur celle-ci –, le délai de réflexion court seulement à compter du lendemain du jour où ces informations (c'est-à-dire les « *informations et documents prévus à l'article L. 341-12* ») lui ont été fournies par écrit sur support papier, la remise de ces documents étant établie par un récépissé. L'épargnant aura ainsi quarante-huit heures pleines, au minimum, pour réfléchir.

La rédaction proposée pour ces dispositions exige la communication des informations « *par écrit sur support papier* », ce qui suppose que le démarcheur les remette en main propre à son client ou les lui envoie par la poste, voire par télécopie, mais pas par courrier électronique.

Si la personne démarchée ne dénonce pas le contrat signé pendant le délai de rétractation, le contrat devient définitif ; en revanche, une fois le délai de réflexion écoulé, la personne démarchée doit signaler son intention de voir se réaliser les opérations qui lui ont été proposées. Le dernier alinéa du IV précise en effet que le silence ne signifie pas son consentement. Rien ne peut se passer avant la fin du délai, mais rien ne se passe automatiquement à l'issue de ce délai.

Enfin, le **V de l'article L. 341-16** proroge au premier jour ouvrable suivant les délais de réflexion et de rétractation qui expireraient un jour non ouvrable (samedi, dimanche, jour férié ou chômé). Cette mesure est destinée à faire en sorte que le client puisse exprimer son désir de se rétracter jusqu'au dernier jour du délai, ce qui serait impossible si ce dernier s'achevait un jour non ouvrable, jour où aucun courrier en ce sens ne pourrait être envoyé. Pour le délai de réflexion, cette prorogation est moins importante puisque la fin du délai autorise, mais n'impose pas, la réalisation des opérations envisagées. Il est important que l'épargnant puisse réfléchir deux jours entiers ; le fait qu'il doive attendre le lendemain de la fin du délai de réflexion pour confirmer son désir de voir les opérations réalisées est d'autant moins grave qu'aucune opération ne peut être effectuée pendant un week-end, un jour férié ou chômé.

Section 5 : Sanctions disciplinaires

– Article L. 341-17 : Sanctions disciplinaires

Le respect des règles énoncées par le présent projet doit être garanti par l'existence de sanctions efficaces. Si tous les manquements ne présentent pas un degré de gravité suffisant pour justifier l'application de sanctions pénales, la mise en place de sanctions disciplinaires propres à la profession est d'autant plus utile qu'elles sont prononcées plus rapidement que les sanctions pénales et peuvent s'avérer très dissuasives.

Il n'existe actuellement de sanctions professionnelles ni pour le démarchage en opérations de banque ni pour le démarchage de valeurs mobilières. Seul l'actuel article L. 622-20 établit des sanctions applicables aux démarcheurs titulaires d'une carte de démarcheur en opération sur le marché à terme ; ces sanctions, prononcées par le Conseil des marchés financiers (lequel a succédé dans ce rôle au Conseil du marché à terme), sont soit l'avertissement, le blâme, le retrait de la carte d'emploi, soit également des sanctions pécuniaires, dont le montant ne peut être supérieur à 30.000 euros. Ces sanctions sont très rarement appliquées : seulement vingt-quatre fois en 1997, huit fois en 1998, entre trois et quatre fois par an de 1999 à 2001, ce qui est sans commune mesure avec le nombre d'actes de démarchage réalisés.

La section 5 consacrée aux sanctions disciplinaires propose de ne pas créer un dispositif particulier applicable aux démarcheurs bancaires et financiers mais de renvoyer aux sanctions disciplinaires qui existent déjà pour les personnes concernées.

L'article L. 341-17 vise ainsi à la fois toutes les méconnaissances de toutes les règles applicables (« *tout manquement aux lois, règlements et obligations professionnelles applicables au démarchage bancaire et financier* ») et toutes les personnes susceptibles d'en être l'auteur, à l'exception des entreprises autorisées à recourir au démarchage dans le cadre de plan d'épargne salariale qui ne sont soumises qu'à des règles limitées (voir *supra*, article L. 341-3, 2°) (personnes, autres que ces entreprises, habilitées par nature à démarcher – mentionnées aux 1° et 3° de l'article L. 341-3, y compris donc les conseillers en investissements financiers ; personnes physiques ou morales mandatées).

Les conditions dans lesquelles ces méconnaissances seraient sanctionnées diffèreraient selon le type de personnes en cause (« *selon les cas* »). En effet, les différentes autorités de régulation existantes resteraient compétentes pour sanctionner les manquements dus aux personnes relevant de leurs missions respectives. Votre Rapporteur estime qu'il serait utile de préciser les critères de détermination de la compétence de telle ou telle autorité de contrôle : le critère principal est la nature de la personne en cause (établissement de crédit, entreprise d'investissement ou d'assurance, conseiller en investissements financiers) ; le critère « subsidiaire » est le type de services proposés. En effet, en vertu de l'article L. 621-9, l'AMF veille notamment à la régularité des opérations effectuées sur des titres faisant l'objet d'appel public à l'épargne et au respect des obligations

professionnelles des prestataires en investissements financiers et des intermédiaires en biens divers. Lorsqu'elle est compétente à ce titre pour contrôler des opérations réalisées par un établissement ou une entreprise relevant principalement d'une autre autorité, elle délègue, dans la pratique, ses missions de contrôle et de sanction à celle-ci.

- *Pour les établissements de crédit*

L'article L. 613-21 visé ici est relatif à l'exercice du pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire à l'encontre des établissements de crédit.

Les sanctions qui peuvent être prononcées sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations de leur activité, la suspension temporaire de l'une ou de plusieurs des personnes assurant la détermination effective de l'orientation de l'activité des établissements de crédit (article L. 511-13) avec ou sans nomination d'administrateur provisoire, la suppression de l'agrément de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement avec ou sans nomination d'un liquidateur. La Commission bancaire peut aussi prononcer une sanction pécuniaire, égale au plus au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée et interdire ou limiter la distribution de dividendes aux actionnaires. Les sanctions peuvent être publiées aux frais de la personne sanctionnée dans les journaux et publications désignés par la commission.

Comme indiqué *supra*, l'AMF pourra déléguer ses missions de contrôle et de sanction à la Commission bancaire, lorsque les produits en cause relèvent de sa compétence.

- *Pour les entreprises d'investissement et pour les conseillers en investissements financiers*

L'article L. 621-15 que l'article 14 du présent projet propose de modifier (voir *supra*) décrit la procédure et le champ des sanctions de l'AMF. Quelle que soit la personne sanctionnée, à l'exception des conseillers en investissements financiers visés à l'article L. 621-17, l'avertissement, le blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de tout ou partie des services fournis peuvent être prononcés. Le montant maximal des sanctions pécuniaires est en revanche différent selon la catégorie à laquelle appartient la personne condamnée. Il est de 1,5 million d'euros ou le décuple du montant des profits éventuellement réalisés pour les personnes concernées placées en position d'autorité, de 300.000 euros ou le quintuple des profits éventuellement réalisés pour les personnes placées sous l'autorité ou agissant pour le compte des premières.

Par ailleurs, l'article L. 621-17, dont une rédaction entièrement nouvelle est proposée à l'article 43 du présent projet, prévoit les sanctions disciplinaires applicables aux conseillers en investissements financiers, en cas de manquement aux règles qui leur sont propres comme en cas de méconnaissance de celles relatives au démarchage bancaire et financier.

- *Pour les entreprises d'assurance*

Enfin, la méconnaissance des règles du démarchage commise par une entreprise d'assurance serait sanctionnée en application de l'article L. 310-18 du code des assurances. Ce dernier, dans sa rédaction proposée à l'article 28 du présent projet, charge la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance de sanctionner les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires afférentes à leur activité, commises notamment par les entreprises d'assurance directe, les seules concernées par le présent projet de loi, lorsqu'elles remplissent certaines conditions de localisation de leur siège et de la succursale à partir de laquelle les opérations en cause ont été réalisées (en application du 1^o, du 3^o ou du 4^o de l'article L. 310-2). La liste des sanctions disciplinaires applicables comprend les mêmes sanctions que celles susceptibles d'être prononcées par l'AMF, auxquelles s'ajoutent d'autres sanctions (suspension temporaire ou démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, retrait total ou partiel de l'agrément, transfert d'office de tout ou partie du portefeuille des contrats). Le montant des sanctions pécuniaires ne peut excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisés au cours du dernier exercice clos, ce maximum étant porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation. Comme pour les établissements de crédit, l'AMF demeure compétente lorsqu'elle l'est pour les produits dont les modalités de démarchage sont en cause.

Aucune des autorités de contrôle visées n'étant compétente pour les organismes publics mentionnés à l'article L. 518-1, la question de l'autorité susceptible de sanctionner les manquements aux règles du démarchage commis par leurs salariés ou leurs mandataires n'est pas tranchée. Votre Rapporteur attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité de pallier cette lacune.

Un démarcheur « multicarte » sera donc sanctionné par une autorité ou l'autre selon la personne qui lui aura délivré le mandat dans le cadre duquel l'infraction a été commise. Si elle touche plusieurs mandats relevant d'autorités différentes, plusieurs sanctions disciplinaires pourront être prononcées.

En revanche, l'article L. 621-16 qui prévoit une possibilité de limiter le cumul des sanctions disciplinaires pécuniaires émanant de l'AMF et des amendes prononcées par le juge pénal s'appliquent aussi pour celles relatives aux démarcheurs (et sanctionnées par l'AMF) et aux conseillers en investissements financiers puisqu'il s'applique à toutes les sanctions prononcées par l'AMF. De telles règles n'existent pas pour les sanctions pécuniaires prononcées par le Commission bancaire ou la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance.

– *Article L. 341-18 : Fixation des modalités d'application par décret*

Dernier article du chapitre créé par le présent article, l'article L. 341-18 renvoie à un décret la fixation des modalités d'application des dispositions de ce chapitre. Ce renvoi n'apparaît pas nécessaire, le Gouvernement ayant toujours la possibilité de préciser par décret les modalités d'application d'une loi. Il pourrait être supprimé afin d'éviter d'encombrer le code de dispositions inutiles.

– paragraphe II : modifications de certaines numérotations et références du code monétaire et financier

L'ensemble des dispositions présentées *supra* est mis en place au I de l'article 39 du présent projet. Le II en tire les conséquences formelles.

Les trois premiers chapitres du titre IV du livre III du code monétaire et financier étant remplacés par un seul chapitre, le chapitre IV, relatif au démarchage et au colportage concernant les opérations sur les matières précieuses et les billets de banque étrangers, qui ne relèvent pas de la nouvelle législation, devient le chapitre II. Les trois articles qui le constituent, numérotés actuellement de L. 344-1 à L. 344-3, porteront les numéros L. 342-1 à L. 342-3.

En conséquence, toutes les références aux articles L. 344-1 à L. 344-3 seront remplacées par les références aux articles L. 342-1 à L. 342-3. Cette disposition « balai » n'apparaît pas très pertinente dans la mesure où seuls deux articles du code font référence à ces dispositions (les actuels articles L. 344-2 et L. 353-7, qui sont eux-mêmes renumérotés) et auraient pu être directement modifiés en conséquence.

*

* *

Le Sénat a adopté vingt amendements, de portée variable, sur l'article 39.

– Article L. 341-1 : Définition du démarchage bancaire ou financier

Le Sénat a adopté deux amendements.

L'un, proposé par sa commission des Finances, complète la liste des opérations sur lesquelles un démarcheur bancaire ou financier peut obtenir l'accord de la personne démarchée : en plus des diverses opérations bancaires et d'investissement, a été ajoutée la possibilité, pour un conseiller en investissement financier, de proposer la fourniture d'une prestation de conseil en investissement. Cette clarification est très utile dans la mesure où les conseillers en investissements financiers sont considérés à l'article L. 341-3 comme des personnes habilitées par nature à démarcher mais n'ont le droit de proposer que des prestations de conseil, à moins d'être mandatés pour proposer des produits bancaires ou d'investissement. Sans cette précision, il aurait été difficile de savoir ce qu'un conseiller en investissement non mandaté aurait pu proposer par voie de démarchage. Proposé par M. Jacques Oudin, le second amendement est rédactionnel.

– Article L. 341-2 : Exceptions à cette définition

Les trois amendements adoptés par le Sénat sur cet article l'ont été sur proposition de sa commission des Finances.

Le premier vise à modifier la définition des personnes qui seraient exclues des protections prévues pour les clients des démarcheurs parce qu'elles sont initiées aux risques des marchés financiers. Tout en maintenant les investisseurs qualifiés définis à l'article L. 411-2, il supprime les sociétés commerciales dont le total du bilan, le chiffre d'affaires ou les effectifs sont supérieurs à un seuil fixé par décret, afin d'éviter tout effet de seuil et la prise en compte de critères parfois peu significatifs, et les remplace par les investisseurs exerçant à titre professionnel des opérations sur instruments financiers, le critère d'opérations financières exercées à titre professionnel étant utilisé par la jurisprudence administrative.

Le Gouvernement a émis un avis défavorable à cet amendement : il juge que le critère est subjectif et risquerait d'être source de contestations et de moindre protection pour les petites et moyennes entreprises.

Le deuxième amendement porte sur l'exclusion des règles de démarchage des prises de contact effectuées dans les locaux des personnes habilitées par nature à se livrer au démarchage. Il vise à rendre les règles relatives au démarchage applicables aux prises de contact avec des consommateurs, sollicités 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 site ou à proximité immédiate du magasin dans lequel le consommateur effectue ses achats. Le Rapporteur général de la commission des Finances du Sénat a ainsi souhaité améliorer l'information des consommateurs et la transparence relatives aux méthodes de vente par cartes de paiement ou de crédit renouvelable, qui ne sont pas toujours utilisées par le client en connaissance de cause et entraînent des situations difficiles de surendettement.

Tout en annonçant que le Gouvernement réfléchissait actuellement à l'amélioration des moyens de lutte contre le surendettement, le ministre s'en est remis à la sagesse du Sénat.

C'est en revanche avec l'avis favorable du Gouvernement que le troisième amendement sur cet article a été adopté. Il ajoute à la liste des situations exclues des règles du démarchage :

– (5°) les contrats de crédits affectés (répondant aux conditions fixées à la section 5 du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre III du code de la consommation) et les locations ventes ou locations à option d'achat (visées à l'article L. 311-2 du code de la consommation) car ce sont des opérations accessoires à la vente, ou connexes, et elles sont déjà soumises à des règles protectrices pour le consommateur, lesquelles prévoient notamment un délai de rétractation de sept jours ;

– (6°) les ventes à tempérament, à condition que le nom de l'établissement prêteur et le coût du crédit soient mentionnés ; ce type d'opération est actuellement exclu des règles du démarchage en opérations de banque par l'article L. 341-5 du code monétaire et financier.

– Article L. 341-3 : Personnes autorisées, par nature, à se livrer à des activités de démarchage

Le Sénat a adopté trois amendements à cet article.

La commission des Finances a proposé un amendement visant à inclure les mutuelles et les unions pratiquant des opérations d'assurance et de capitalisation (auxquelles est consacré le livre II du code de la mutualité) dans la liste des personnes habilitées par nature à se livrer au démarchage, dans la mesure où leurs activités sont semblables à celles des sociétés d'assurances. Sur la proposition de M. Denis Badré, cet amendement a été modifié par l'adoption d'un sous-amendement destiné à prendre aussi en compte les institutions de prévoyance et leurs unions définies aux articles L. 931-1 et L. 931-2 du code de la sécurité sociale. Le Rapporteur général de la commission des Finances s'est prononcé en faveur de cette extension car ces institutions commercialisant *de facto* les mêmes produits que les assurances et les banques, il est nécessaire de protéger de la même manière leur clientèle.

Le Gouvernement a émis un avis défavorable à ces extensions. Il a estimé que ces activités étaient très éloignées de la vocation des institutions en question, lesquelles sont des organisations sans but lucratif et doivent essentiellement mener des actions de prévoyance, de solidarité et d'entraide.

L'amendement suivant, proposé par la commission des Finances, vise à étendre les exceptions au régime du démarchage au profit des dispositifs d'épargne salariale. Le régime proposé dans le projet ne vise que les salariés de l'entreprise : il convient d'y inclure l'ensemble des bénéficiaires de l'épargne salariale, c'est-à-dire les salariés des filiales et sociétés liées, les anciens salariés, les retraités et mandataires sociaux des petites entreprises.

Le dernier amendement, proposé par la commission des Finances, précise le champ de l'habilitation au démarchage des conseillers en investissements financiers, par souci de coordination.

– Article L. 341-4 : Conditions de mandatement

Le Sénat a adopté quatre amendements sur cet article.

Malgré l'avis défavorable du Gouvernement, il a adopté, sur proposition de M. Denis Badré, un amendement de coordination rédactionnelle avec l'élargissement de l'article L. 341-3 aux institutions de prévoyance.

Il a ensuite adopté un amendement proposé par la commission des Finances visant à prévoir que les démarcheurs qui ont reçu plusieurs mandats doivent en informer tous leurs mandants.

Après l'adoption d'un amendement rédactionnel précisant que les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence sont applicables aux seules personnes physiques, le Sénat a adopté un amendement de précision déposé par M. Pierre Hérisson permettant de clarifier le fait que les personnes employées par les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 sont soumises à ces conditions comme les salariés des autres entreprises ou établissements concernés.

– *Article L. 341-6 : Obligation d'enregistrement*

Sur proposition de sa commission des Finances d'une part et de M. François Marc d'autre part, le Sénat a adopté, après que le Gouvernement s'y soit déclaré opposé, un amendement de coordination à ceux adoptés précédemment touchant les mutuelles et les institutions de prévoyance. Il confie le soin d'enregistrer les démarcheurs mandatés par celles-ci à l'autorité chargée d'accorder l'agrément prévu à l'article L. 211-7 du code de la mutualité pour les mutuelles (autorité qui est actuellement le ministre chargé des affaires sociales), au ministre chargé de la sécurité sociale pour les institutions de prévoyance (chargé de délivrer l'agrément en application de l'article L. 931-4 du code de la sécurité sociale).

Le Sénat a ensuite adopté un amendement de coordination proposé par M. Pierre Hérisson apportant la même précision que précédemment pour les employés des organismes visés à l'article L. 518-1.

– *Article L. 341-7 : Fichier des personnes autorisées à démarcher*

Sur l'avis favorable du Rapporteur général de la commission des Finances et en dépit de l'opposition du Gouvernement, le Sénat a adopté un amendement de coordination confiant au ministre chargé de la sécurité sociale le soin de tenir à jour le fichier des démarcheurs pour ce qui est des personnes mandatées par une mutuelle ou une institution de prévoyance.

– *Article L. 341-8 : Obligation de présenter une carte professionnelle en cas de déplacement du démarcheur auprès de son client*

Le Sénat a adopté un amendement accepté par le Rapporteur général de la commission des Finances et repoussé par le Gouvernement qui opère une nouvelle coordination. Proposé par M. Denis Badré, il prévoit que le modèle de la carte de démarchage sera fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la sécurité sociale, afin de tenir compte de l'intégration des mutuelles et des institutions de prévoyance parmi les personnes habilitées par nature à démarcher pour des produits financiers.

– *Article L. 341-10 : Produits dont le démarchage est interdit*

Le Sénat a adopté un amendement proposé par sa commission des Finances visant à limiter les produits dont le démarchage est interdit. Deux types de produits que le projet excluait du champ du démarchage au motif qu'ils ne sont pas cotés, y sont ainsi réintroduits :

– les titres de sociétés en voie d'introduction en bourse, qui, par définition, ne sont pas encore négociés sur un marché ;

– les titres des employeurs proposés dans le cadre d'un dispositif d'épargne salariale (mais il convient de viser l'article L. 443-3 du code du travail, et non l'article L. 433-3).

– Article L. 341-11 : *Informations générales à communiquer à toute personne démarchée*

Le Sénat a adopté un amendement proposé par la commission des Finances qui vise à exiger du démarcheur qu'il s'assure que son client a bien pris connaissance de l'ensemble des modalités de son offre et des risques qu'elle présente. Sa rédaction ayant été modifiée en cours de discussion afin d'être plus objective ⁽¹⁾, le Gouvernement l'a approuvé.

– Article L. 341-12 : *Informations particulières devant être communiquées par écrit*

Le Sénat a adopté un amendement proposé par la commission des Finances précisant que le démarcheur doit informer son client par écrit des modalités financières de l'offre contractuelle, afin de prévenir des contentieux sur celles-ci.

– Article L. 341-17 : *Sanctions disciplinaires*

Le Sénat a adopté un amendement de coordination présenté par M. Denis Badré, accepté par la commission des Finances et repoussé par le Gouvernement. Il prévoit que, lorsque les démarcheurs ont reçu mandat d'une mutuelle ou d'une institution de prévoyance, les manquements aux règles du démarchage sont sanctionnés par la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance dont les modalités d'intervention, en ce qui concerne ces organismes, figurent à l'article L. 951-1 du code de la sécurité sociale. La commission peut, en application de l'article L. 951-10 du même code, prononcer des sanctions identiques à celles prévues à l'article L. 310-18 du code des assurances.

*

* *

Votre Rapporteur a fait part de ses réserves sur l'ensemble du titre consacré au démarchage financier. Le but du projet est de mieux encadrer un certain nombre d'opérateurs marginaux que sont les démarcheurs indépendants. Ceux-ci, malgré l'existence d'une réglementation ancienne, échappent à tout contrôle réel. Le texte proposé est cependant extrêmement large dans sa définition du démarchage, et inutilement lourd. Il aboutirait ainsi à doter d'une carte professionnelle une forte proportion des agents des banques et des sociétés financières dont les activités normales de démarchage sont déjà suffisamment contrôlées. Face à un texte instaurant de telles règles, très difficiles à mettre en œuvre et donc inopérantes, il aurait été judicieux de rejeter en bloc le chapitre premier du titre II du projet. Une fois cette idée écartée, il reste à amender le texte proposé dans une proportion importante. Le Gouvernement a été mal inspiré dans la conception même du dispositif. Ce texte, déjà ancien, aurait dû être retravaillé. Il est pour le moins étonnant de constater qu'hier encore, la direction du Trésor s'interrogeait sur la portée réelle de certaines dispositions de ce chapitre du projet de loi.

(1) *L'amendement adopté par la Commission des finances du Sénat visait à exiger du démarcheur qu'il s'assure « de [la] bonne compréhension [par la personne démarchée] de l'ensemble des modalités et risques inhérents à l'offre de produits ou de services », ce qui était impossible à réaliser.*

M. Michel Bouvard, Président, a approuvé les propos de votre Rapporteur.

M. Philippe Auberger a indiqué qu'il fallait se sentir très libre par rapport à un tel texte et que la vertu du travail parlementaire devait s'exercer pleinement, notamment sur la distinction des règles relatives aux personnes physiques et aux personnes morales.

Votre Commission a examiné un amendement de M. Philippe Auberger tendant à alléger les obligations liées au démarchage en direction des personnes morales. Au-delà d'un seuil de taille fixé par décret, les personnes morales n'ont pas à être protégées comme de simples particuliers, lorsque des services d'investissement leur sont proposés.

Votre Commission a *adopté* cet amendement (**amendement n° 135**), avec l'accord de votre Rapporteur.

En conséquence, votre Rapporteur a *retiré* un amendement, satisfait par le vote du précédent.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement (**amendement n° 136**) de M. Philippe Auberger tendant à exclure des règles du démarchage les prises de contact visant à proposer des services bancaires à toutes les personnes morales.

Elle a également *adopté* un amendement (**amendement n° 137**) de votre Rapporteur supprimant un ajout du Sénat qui revenait, en pratique, à assimiler à un démarcheur tout salarié d'un grand magasin qui aurait proposé une carte de paiement à un client.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement (**amendement n° 138**) de votre Rapporteur visant à exclure du champ du démarchage la fourniture de conseil aux entreprises en matière de structure du capital et de stratégie industrielle.

Elle a également *adopté* un amendement (**amendement n° 139**) de votre Rapporteur ayant pour objet d'exclure du champ du démarchage les contacts pris à l'aide de plates-formes téléphoniques. M. Michel Bouvard, Président, a fait valoir le risque de délocalisation possible de telles plates-formes.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement rédactionnel (**amendement n° 140**) de votre Rapporteur tendant à supprimer la notion de « nature » d'une opération entrant dans le champ du démarchage. M. Philippe Auberger a *retiré* un amendement, qui avait le même objet.

Votre Commission a *adopté* deux amendements de votre Rapporteur, le premier rédactionnel (**amendement n° 141**), le second (**amendement n° 142**) visant à préciser la notion juridique de responsabilité du fait des salariés des personnes morales mandatées par un établissement financier.

Elle a également *adopté* un amendement (**amendement n° 143**) de votre Rapporteur ayant pour but d'empêcher que les personnes qui mettent sous enveloppe des documents de démarchage ne soient assimilées à des démarcheurs, et, ce, quelle que soit la quantité de documents envoyés.

Votre Commission a *adopté* un amendement rédactionnel (**amendement n° 144**) de votre Rapporteur précisant les critères de détermination de l'autorité compétente pour l'enregistrement des démarcheurs, et un second amendement rédactionnel (**amendement n° 145**) du même auteur.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement (**amendement n° 146**) de votre Rapporteur visant à exclure les salariés des banques, déjà contrôlés par ailleurs, de la formalité obligatoire d'enregistrement comme démarcheur. Un amendement de M. Philippe Auberger est ainsi *devenu sans objet*.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement de coordination (**amendement n° 147**) de votre Rapporteur faisant suite à l'inclusion, par le Sénat, des institutions de prévoyance parmi les organismes autorisés par nature à se livrer au démarchage.

Votre Commission a ensuite examiné un amendement de M. Jean-Pierre Balligand visant à préciser les informations devant figurer dans le fichier centralisé des démarcheurs. Votre Rapporteur a estimé que le contenu de cet amendement était réglementaire ; l'amendement a alors été *retiré* par M. Jean-Louis Dumont.

Un autre amendement, du même auteur, visant à créer un fichier spécifique recensant les sanctions infligées à chaque démarcheur a également été *retiré* par M. Jean-Louis Dumont. Votre Rapporteur a estimé que ces dispositions étaient en contradiction avec celles régissant la consultation du casier judiciaire, M. Philippe Auberger ajoutant que les sanctions administratives n'avaient pas à être rendues publiques sous peine d'enfreindre la protection des libertés individuelles.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement (**amendement n° 148**), de conséquence, présenté par le Rapporteur pour dispenser de la possession d'une carte de démarchage les salariés déjà exclus de la formalité d'enregistrement et un amendement de coordination du même auteur.

Votre Commission a ensuite *rejeté* un amendement de M. Jean-Pierre Balligand concernant la carte de démarchage, votre Rapporteur indiquant qu'il s'agissait d'une disposition de nature réglementaire.

Votre Commission a ensuite examiné un amendement de votre Rapporteur, complétant la liste des peines susceptibles d'entraîner l'interdiction de l'exercice du démarchage. M. Philippe Auberger s'est interrogé sur le cas des peines amnistiées. Votre Rapporteur a indiqué qu'il revenait à chaque loi d'amnistie de préciser son propre champ d'application.

Votre Commission a *adopté* cet amendement (**amendement n° 150**). Elle a également *adopté* un amendement (**amendement n° 151**) de votre Rapporteur corrigeant une référence à certaines infractions.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement (**amendement n° 152**) de votre Rapporteur tendant à supprimer la dissymétrie entre faillis, selon qu'ils ont été condamnés en France ou à l'étranger.

Votre Commission a ensuite examiné trois amendements en discussion commune, de M. Philippe Auberger, du Rapporteur et de M. Jérôme Bignon (n° 30) ayant pour objet d'exclure de l'interdiction de démarchage les parts de sociétés

civiles de placement immobilier, M. Philippe Auberger précisant que le risque attaché à ces produits est limité. La Commission a *adopté* l'amendement **(amendement n° 153)** du Rapporteur, celui de M. Auberger et celui de M. Jérôme Bignon étant, ainsi, satisfaits.

Votre Commission a ensuite examiné un amendement de M. Philippe Auberger introduisant un régime distinct pour le démarchage des opérations de couverture, selon qu'elles sont proposées à une personne physique ou à une personne morale. Son auteur a indiqué que le texte initial interdisait, de façon excessive, des opérations très banales pour toute entreprise. Le Rapporteur a alors *retiré* un amendement en considérant que son objet était satisfait par l'amendement, plus large, de M. Philippe Auberger. M. Jean-Louis Dumont a demandé si les mutuelles étaient concernées, ce à quoi votre Rapporteur a répondu qu'elles étaient visées par ailleurs. La Commission a *adopté* cet amendement **(amendement n° 154)**, puis un amendement rédactionnel **(amendement n° 155)** de votre Rapporteur.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement **(amendement n° 156)** de M. Philippe Auberger corrigeant une erreur de visa du code du travail, trop restrictif, au sujet des produits d'épargne salariale. **Votre Rapporteur** a alors *retiré* un amendement similaire devenu sans objet.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement **(amendement n° 157)** de votre Rapporteur apportant une précision rédactionnelle et supprimant un ajout du Sénat, au sujet des informations devant être transmises par les démarcheurs aux personnes démarchées, et un amendement rédactionnel **(amendement n° 158)** du Rapporteur.

Votre Commission a ensuite examiné un amendement présenté par M. Charles de Courson tendant à prévoir une information transparente sur les modalités de rémunération des démarcheurs. Votre Rapporteur a estimé que le problème était réel, mais qu'il convenait alors d'engager une réforme beaucoup plus lourde visant l'ensemble de la tarification des produits financiers, alors que M. Charles de Courson a souhaité précisément que ce problème général pût être réglé à l'occasion de l'examen de ce texte. M. Philippe Auberger a souligné l'importance du sujet en rappelant l'affaire dévoilée par un hebdomadaire au sujet du dirigeant de l'association AFER, dont l'activité de placement de produits d'assurance-vie avait provoqué un enrichissement extravagant. Votre Rapporteur a répondu que l'assurance-vie n'était pas concernée par le texte et qu'une réforme globale nécessiterait de longues études préparatoires ainsi qu'une concertation avec les professions concernées. Une étude de l'AMF sur ce sujet serait opportune. M. Philippe Auberger, puis M. Didier Migaud, ont critiqué l'inertie, voire la pudeur gouvernementale sur ce point. M. Charles de Courson a *retiré* son amendement, indiquant qu'il allait le redéposer pour obtenir un débat en séance publique. Il n'est pas sain que des frais de gestion ne soient pas identifiés comme tels. La COB avait renvoyé cette question au texte sur le démarchage. Votre Rapporteur a rappelé que si le rapport de la COB avait demandé un report de cette question, il n'avait pas pour autant demandé son traitement dans un texte sur le démarchage.

Trois amendements (**amendements n^{os} 159, 160 et 161**) de votre Rapporteur, rédactionnels, ont été *adoptés*, ainsi qu'un amendement de coordination (**amendement n^o 162**) du même auteur.

Votre Commission a ensuite *adopté* un amendement (**amendement n^o 163**), présenté par votre Rapporteur, supprimant la référence à un décret d'application, jugée inutile.

Elle a également *adopté* un amendement (**amendement n^o 164**) de votre Rapporteur, tendant à abroger une disposition législative devenue redondante.

Votre Commission a *adopté* cet article ainsi modifié.

*

* *

Article 40

(articles L. 353-1 à L. 353-6 du code monétaire et financier)

Sanctions pénales applicables au démarchage bancaire et financier

Dans le même souci d'unification des trois régimes actuels, le I du présent article vise à remplacer les trois premières sections du chapitre III du titre V du livre III du code monétaire et financier par une seule section. Le chapitre III est consacré aux infractions relatives au démarchage, au sein du titre IV regroupant les dispositions pénales.

Dans la mesure où il n'existe aujourd'hui des sanctions disciplinaires que pour les démarcheurs en opérations sur le marché à terme (voir *supra*), presque tous les manquements aux trois législations en vigueur sont pénalement sanctionnés. La généralisation des sanctions disciplinaires doit permettre de réserver les sanctions pénales aux manquements les plus graves.

Les sanctions pénales sont actuellement plus ou moins nombreuses, portent sur le manquements à des obligations plus ou moins détaillées, et sont plus ou moins proportionnées à la gravité de ces manquements selon la catégorie d'opérations concernées par le démarchage. Dans tous les cas, elles sont peu appliquées : seulement dix-huit infractions pénales ont été recensées entre 1996 et 1998, sans qu'aucune condamnation n'ait été enregistrée sur le casier des personnes concernées. Le présent article vise à harmoniser ces dispositifs et à fixer des sanctions proportionnées à la gravité des manquements.

– paragraphe I : établissement de sanctions pénales à l'encontre de certaines infractions

Le 1^o du I du présent article vise à mettre en place des sanctions pénales identiques quel que soit le produit objet du démarchage, proportionnées à la gravité de l'infraction et plus lourdes pour les personnes morales que pour les personnes physiques.

Après avoir établi une distinction entre les infractions sanctionnées par six mois d'emprisonnement et 7.500 euros d'amende (article L. 353-1) et celles pour lesquelles les peines relatives au délit d'escroquerie s'appliquent (article L. 353-2), le présent article fixe les peines complémentaires encourues par les personnes physiques (article L. 353-3) et les peines pouvant être prononcées contre les personnes morales dont la responsabilité pénale a été déclarée (article L. 353-4). Il prévoit ensuite les modalités de recherche et de constatation des infractions (article L. 353-5).

– Article L. 353-1 : Sanctions applicables aux infractions les moins graves

Le nouvel article L. 353-1 énumère les infractions punies de six mois d'emprisonnement et de 7.500 euros d'amende. Elles sont relatives aux règles de déroulement formel du démarchage.

Il s'agit, pour toute personne se livrant au démarchage :

– du fait d'effectuer du démarchage au domicile de ses clients, sur leur lieu de travail ou dans un lieu non destiné à la commercialisation de produits, instruments et services financiers (cas visé à l'article L. 341-8) sans avoir obtenu une carte de démarchage – le fait de ne pas présenter la carte aux personnes démarchées ne pourrait entraîner qu'une sanction disciplinaire, ce qui est raisonnable – ;

– du fait de ne pas communiquer à la personne démarchée les informations obligatoires : son numéro d'enregistrement (l'obligation figure à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 341-6) et les différentes informations relatives au démarcheur et à son mandat et les documents d'information relatifs aux produits proposés (la liste figure à l'article L. 341-12) ;

– du fait de signer lui-même, au nom et pour le compte de son mandant, le contrat pour lequel il a obtenu l'accord de la personne démarchée (ce qui est interdit à l'article L. 341-14) ;

– du fait de ne pas permettre à la personne démarchée de bénéficier du délai de rétractation prévu à l'article L. 341-16, sauf dans les cas prévus par le même article, c'est-à-dire du fait, par exemple, de ne pas tenir compte d'un courrier de rétractation ou d'exécuter sans attendre quatorze jours un contrat de gestion de portefeuille pour le compte de tiers ;

– du fait de ne pas respecter le délai de réflexion de quarante-huit heures, prévu au IV de l'article L. 341-16, lorsqu'il est de droit, c'est-à-dire lorsque le démarchage a eu lieu au domicile du client, sur son lieu de travail ou dans un lieu non destiné à la commercialisation de produits, instruments et services financiers et qu'il a conduit à un accord du client portant sur la fourniture de services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers ou d'instruments financiers : dans ce cas, aucun ordre ou fonds ne peut être reçu par le démarcheur avant expiration du délai de réflexion.

Les peines encourues constituent un moyen terme entre la simple amende de 4.500 euros et la peine de deux ans d'emprisonnement et de 6.000 euros d'amende encourues pour des infractions assez similaires dans le cadre de l'actuelle législation sur le démarchage des valeurs mobilières (par exemple, le fait, pour une personne physique effectuant une mission de démarchage à l'extérieur, de ne pas être porteur de sa carte de démarchage est sanctionné par 4.500 euros d'amende tandis qu'un emprisonnement de deux ans et une amende de 6.000 euros peuvent être prononcés en cas de méconnaissance des règles de procédure, telles que la remise ou l'envoi d'une note d'information sur chaque valeur proposée et la constatation de tout engagement par l'envoi d'un bulletin de souscription).

– *Article L. 353-2 : Infractions punies comme le délit d'escroquerie*

Les infractions plus graves, visées à l'article L. 353-2, seront punies des peines mentionnées à l'article 313-1 du code pénal pour le délit d'escroquerie, à savoir cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende.

Ces infractions sont les suivantes :

– le fait, pour toute personne, de se livrer au démarchage sans être soit une personne habilitée par nature à démarcher (article L. 341-3), soit une personne dûment mandatée pour le faire (article L. 341-4), ce qui suppose de remplir les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence requises ;

– le fait, pour tout démarcheur, de proposer des produits dont le démarchage est interdit par l'article L. 341-10, que ce soit à cause du trop grand risque qu'ils feraient courir à l'épargnant, faute d'être autorisés à la commercialisation en France, faute d'être négociés sur un marché réglementé ou sur un marché étranger reconnu ou parce qu'il s'agit de parts d'un fonds commun d'intervention sur les marchés à terme ou de fonds communs de créance ;

– le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer l'activité de démarcheur alors qu'elle a été condamnée depuis moins de dix ans pour un crime ou l'un des délits à caractère économique ou financier visé à l'article L. 341-9 ;

– le fait, pour tout démarcheur, de proposer des produits ou services autres que ceux pour lesquelles il a reçu des instructions expresses, ce que l'article L. 341-13 interdit ;

– le fait, pour tout démarcheur, de recevoir un paiement, sous quelle que forme que ce soit, alors que l'article L. 341-15 le proscrit.

Ces infractions, lorsqu'elles existent, sont déjà sévèrement punies : la méconnaissance de l'interdiction du démarchage en valeurs mobilières aux personnes auxquelles la profession de banquier est interdite, qui figure à l'article 8 de la loi du 3 janvier 1972 précitée, est déjà sanctionnée par les peines prévues contre le délit d'escroquerie ; il en est de même, pour le démarchage des valeurs mobilières (article L. 353-4), des infractions aux articles du code monétaire et financier relatifs à l'interdiction du colportage, qui est constitué lorsque le démarcheur reçoit immédiatement paiement des produits qu'il livre, aux produits

susceptibles de faire l'objet de démarchage, à l'obligation de détention d'une carte professionnelle et au respect des instructions expresses. Pour le démarchage en opérations sur le marché à terme, tout manquement est puni comme le délit d'escroquerie (article L. 353-6). Finalement, seules les graves infractions aux règles applicables au démarchage en opérations de banque, qui sont actuellement légèrement sanctionnées (la peine la plus grave consiste en deux ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende, en application de l'article L. 353-3), se verraient dans l'avenir punies plus sévèrement qu'auparavant.

– Article L. 353-3 : Peines complémentaires applicables aux personnes physiques

La rédaction proposée pour l'article L. 353-3 retient trois peines complémentaires applicables aux personnes physiques, parmi les sept prévues à l'article 313-7 du code pénal :

– l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal ;

– l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, pour une durée de cinq ans au plus ;

– l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal.

Actuellement, les articles L. 353-4 et L. 354-6 renvoient à l'ensemble des peines complémentaires prévues aux articles L. 313-7 et L. 313-8 du code pénal, ce dernier article portant sur l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus. Mais seules les peines prévues pour le délit d'escroquerie peuvent être accompagnées de l'une d'entre elles. Dans l'avenir, les personnes physiques encourraient ces peines pour chacun des délits visés aux articles L. 353-1 et L. 353-2, et donc qu'elles aient été condamnées pour une infraction « grave » punie comme l'escroquerie ou pour une infraction plus légère punie de seulement 6 mois de prison et 7.500 euros d'amende.

– Article L. 353-4 : Peines aggravées pour les personnes morales

Les peines actuellement applicables sont les mêmes que le responsable de l'infraction soit une personne physique ou une personne morale, sauf en ce qui concerne les peines complémentaires, ce qui conduit, paradoxalement, à la possibilité de sanctionner plus durement une personne physique qu'une personne morale.

Pour mettre un terme à cette situation, et mieux responsabiliser les personnes morales pour le compte desquelles le démarchage est effectué, le nouvel article L. 353-4 prévoit la mise en cause de la responsabilité des personnes morales et l'application de peines spécifiques aggravées à leur rencontre.

Cet article est directement inspiré de l'article 313-9 du code pénal qui vise la responsabilité pénale des personnes morales pour le délit d'escroquerie. Comme dans le cas des peines complémentaires réservées aux personnes physiques, ces dispositions seront applicables que l'infraction soit « grave » (article L. 353-1) ou « légère » (article L. 353-2).

La déclaration de la responsabilité pénale de la personne morale devrait respecter les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, lequel dispose que cette responsabilité porte sur les infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants et n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.

Les peines encourues sont :

– l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, qui fixe le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction : les peines maximales seraient donc portées à 37.500 euros pour les infractions mentionnées à l'article L. 353-1 et à 1.875.000 euros pour les infractions mentionnées à l'article L. 353-2 ;

– les peines mentionnées à l'article 131-39 du même code, qui sont les suivantes :

1° 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 ;

2° 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 ;

3° le placement sous surveillance judiciaire, pour une durée de cinq ans au plus ;

4° 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 ;

5° l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

6° l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;

7° 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 ;

8° la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;

9° l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle.

L'article L. 353-4 précise que l'interdiction mentionnée au 2° porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. La personne morale ne pourrait donc se voir interdire, temporairement ou définitivement, que son activité de démarchage, et non l'ensemble de ses activités, ce qui est proportionné à la portée de l'infraction, laquelle demeure limitée par rapport aux nombreuses activités d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement.

– Article L. 353-5 : Modalités de recherche et de constatation des infractions

Le titre V du livre IV du code de commerce organise la recherche et la constatation des infractions aux règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence, lesquelles sont l'objet du livre IV. L'article L. 450-1 prévoit l'habilitation de fonctionnaires par le ministre chargé de l'économie, fonctionnaires qui seront dotés des pouvoirs d'enquête nécessaires à leur mission et pourront les exercer sur l'ensemble du territoire national. L'article L. 353-5 du code monétaire et financier propose de charger ces mêmes personnes de la recherche et la constatation des infractions relatives au démarchage bancaire et financier qui sont sanctionnées pénalement. Les infractions aux règles relevant des seules sanctions disciplinaires ne seraient pas concernées par ce dispositif.

Les conditions de leur travail seraient celles prévues par le code de commerce. L'ensemble des dispositions du titre V du livre IV du code de commerce est visé, à l'exception des deux articles (L. 450-5 et L. 450.6) qui traitent exclusivement de la procédure devant le Conseil de la concurrence, ce dernier n'intervenant pas en matière de démarchage.

L'article L. 450-2 prévoit l'établissement de procès-verbaux – notamment pour constater l'infraction – et de rapports et la transmission des premiers à l'autorité compétente. L'accès des enquêteurs aux locaux, terrains et moyens de transport professionnels, la communication de tous les documents professionnels, dont ils peuvent prendre note, et la possibilité pour les enquêteurs de demander la désignation d'un expert figurent à l'article L. 450-3. L'article L. 450-4 détaille la procédure à respecter et son encadrement par le juge – depuis le 16 juin 2002, c'est le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance qui est compétent – : ce dernier doit autoriser la visite des lieux et la saisie des documents, auxquelles un officier de police judiciaire doit assister ; les horaires de visites sont encadrés, ainsi que la restitution des documents saisis ; il existe des possibilités de recours contre le déroulement de ces opérations. L'article L. 450-7 lève le secret professionnel au profit des enquêteurs et l'article L. 450-8 sanctionne de six mois d'emprisonnement et 7.500 euros d'amende toute opposition à l'exercice de leurs fonctions.

De la même manière qu'à l'article 39 qui substituait un chapitre unique à trois chapitres existants, le **2° du I du présent article** remplace trois sections par une seule. La section 4 relative aux opérations sur matières précieuses et billets de banque étrangers deviendrait donc la section 2.

Les articles L. 353-1 à L. 353-6 étant remplacés par les articles L. 353-1 à L. 353-5, l'article L. 353-7, qui constitue l'ancienne section 4, devient l'article L. 353-6 de la section 2.

–paragraphe II : modifications de certaines références du code monétaire et financier

En conséquence, le **II** prévoit que, dans toutes les dispositions législatives et réglementaires, toute référence à l'article L. 353-7 doit céder la place à la référence à l'article L. 353-6.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 40 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* un amendement de coordination (**amendement n° 165**), présenté par votre Rapporteur, pour supprimer la sanction relative à l'absence de carte de démarchage pour les professionnels déjà dispensés de la formalité d'enregistrement.

Elle a *adopté* cet article, ainsi modifié.

*

* *

Article 41

(articles L. 519-5, L. 531-2 et L. 550-1 du code monétaire et financier ;
article L. 322-2-2 du code des assurances)

Mesures d'harmonisation

Le présent article tire les conséquences de la modification des dispositions législatives relatives au démarchage en adaptant les articles qui contiennent une ou plusieurs références à celles-ci. Ces mesures d'adaptions dépassent le simple remplacement d'anciennes références par les nouvelles afin de clarifier les dispositions concernées, mais, pour l'essentiel, elles n'entraînent guère de changement quant au fond.

–paragraphe I : adaptation de trois articles du code monétaire et financier

Le 1^o concerne l'article L. 519-5, qui soumet les intermédiaires en opérations de banque aux dispositions des articles L. 341-1 à L. 341-6, L. 353-1 et L. 353-2. Ces articles sont relatifs aux règles applicables au démarchage en opérations de banque et aux sanctions pénales applicables en cas d'infraction. Le présent article prévoit donc que ces références soient remplacées par celles des nouveaux articles contenant les règles relatives au démarchage bancaire et financier (articles L. 341-4 à L. 341-18) et des nouveaux articles de dispositions pénales (articles L. 353-1 à L. 353-5). La rédaction proposée précise que les intermédiaires en opérations de banque n'y sont soumis que lorsqu'ils se livrent à une activité de démarchage au sens de l'article L. 341-1 ; implicitement les règles actuelles ne s'appliquaient déjà qu'aux activités de démarchage définies à l'article L. 341-2.

Le 2^o vise l'article L. 531-2. Celui-ci énumère les organismes, entreprises et personnes physiques qui peuvent fournir des services d'investissement sans être soumis à la procédure d'agrément de l'article L. 531-1 applicable aux entreprises d'investissement et aux établissements de crédit. Le g) de cette liste vise actuellement « *les personnes dont l'activité est régie par les chapitres I^{er} à III du titre IV du livre III* », c'est-à-dire pratiquant le démarchage bancaire et financier. La rédaction proposée remplace la référence aux trois chapitres actuels par la référence au nouveau chapitre. Elle pose une double condition supplémentaire, qui est la détention d'un mandat, conformément à l'article L. 341-4, lequel mandat doit avoir été délivré par « *des personnes habilitées à fournir les mêmes services d'investissement* ». Ainsi, le démarcheur n'a pas besoin d'agrément pour fournir des services d'investissement à condition qu'il soit mandaté par une personne morale ayant reçu un agrément prévu à l'article L. 531-1 ou en étant dispensée par l'article L. 531-2.

Le 3^o complète l'article L. 550-1 qui détermine les personnes considérées comme intermédiaires en biens divers. Le 4^o de l'article L. 341-1 ouvre au démarcheur bancaire et financier la possibilité de proposer la réalisation d'une opération sur biens divers. Des intermédiaires en biens divers peuvent donc être amenés à se livrer à des opérations de démarchage et sont autorisés à le faire. Comme les législations actuelles ne concernent pas le démarchage des biens divers, l'article L. 550-1 ne mentionnait pas cette possibilité. Il est proposé de préciser que les intermédiaires en biens divers qui agissent par voie de démarchage sont soumis aux règles qui organisent ce dernier (articles L. 341-1 à L. 341-18 et L. 353-1 à L. 353-5).

–paragraphe II : adaptation de l'article L. 322-2-2 du code des assurances

Enfin, le II propose une nouvelle rédaction de l'article L. 322-2-2 du code des assurances. Celui-ci porte sur les opérations pouvant être effectuées par les entreprises d'assurance directe (article L. 310-1) et de réassurances (article L. 310-1-1) : les opérations autres que celles d'assurance et de réassurance (définies respectivement aux articles L. 310-1 et L. 310-1-1) et celles mentionnées à l'article

L. 342-3, c'est-à-dire le démarchage des opérations en valeurs mobilières, ne peuvent être effectuées par ces entreprises que si elles demeurent d'importance limitée par rapport à l'ensemble des activités de l'entreprise. La substitution proposée de la référence à l'article L. 341-1 à la référence à l'article L. 342-3 n'est pas une simple adaptation rédactionnelle. En effet, les opérations visées à l'article L. 341-1 dépassent largement les seules opérations sur valeurs mobilières : la nouvelle rédaction de l'article L. 322-2-2 ouvrira donc la possibilité d'un large développement des activités de démarchage aux entreprises d'assurance (l'article L. 341-3 n'autorise pas les entreprises exclusivement vouées à la réassurance, visées à l'article L. 310-1-1, à se livrer à des activités de démarchage), puisque ces activités ne devront plus être d'importance limitée par rapport à leurs autres activités et qu'elles pourront porter sur des produits et opérations plus variés qu'actuellement.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 41 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 42

(articles L. 541-1 à L. 541-7 [nouveaux] du code monétaire et financier)

Création de règles relatives aux activités des conseillers en investissements financiers

Le présent article a pour objectif de fixer des règles applicables aux activités de conseil en investissements financiers, actuellement dépourvues de tout encadrement juridique, à l'exception de celui du démarchage, auquel ils ne sont soumis que lorsqu'ils entrent dans le champ de ce dernier.

Il est donc proposé d'énumérer les activités dont la pratique est autorisée à ces professionnels (article L. 541-1), d'exiger d'eux qu'ils remplissent des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence (article L. 541-2) et d'assurance (article L. 541-3). Ils devront être membres d'une organisation professionnelle agréée, qui sera chargée d'élaborer un code de bonne conduite (article L. 541-4) et de tenir un fichier sur lequel ses membres seront enregistrés (article L. 541-5). Les personnes exclues du démarchage bancaire et financier à cause de condamnations graves devenues définitives depuis moins de dix ans ne pourront pas exercer ces activités non plus (article L. 541-6).

En 2001, une étude a évalué à environ 3.000 le nombre de conseillers en gestion du patrimoine, qui seraient regroupés en 1.200 à 1.400 établissements. Les trois quarts de ces établissements sont tenus par des indépendants qui travaillent seuls et conseillent une centaine de clients au minimum. Les conseillers en gestion du patrimoine géraient alors 40 milliards d'euros d'actifs pour 250.000 clients. 7,7 milliards d'euros d'actifs leur auraient été confiés au cours de la seule année 2001, ce qui représentait de l'ordre de 8 % de la collecte annuelle de l'épargne. Cette part progresse régulièrement, même si elle est loin d'atteindre les niveaux américain (20 %) ou britannique (50 %) de collecte de l'épargne par des conseillers indépendants.

La profession demeure pourtant hétérogène, sans réelle référence ni statut. C'est pourquoi, dans un souci d'autorégulation autour de principes déontologiques, 67 % des conseillers indépendants étaient en 2001 regroupés dans des organisations professionnelles. Ces dernières veillent aux pratiques de leurs membres, généralisent une assurance de responsabilité civile professionnelle, proposent des formations continues et délivrent des diplômes ou des certifications. Leur objectif est de faire connaître et de crédibiliser les conseillers indépendants auprès des établissements financiers, des pouvoirs publics et des particuliers.

Loin de s'opposer à ce mouvement de structuration de la profession, le présent article propose un encadrement législatif à l'exercice de cette profession qui repose justement en grande partie sur ces organisations professionnelles par la mise en place d'un système d'autorégulation encadré par l'AMF. Il crée un chapitre I^{er} consacrés aux conseillers en investissements financiers dans le titre IV du livre V (« *Les prestataires de services* ») du code monétaire et financier. L'article 33 du présent projet de loi modifie le libellé et la structure de ce titre IV. Il ne s'intitulerait plus « *Les sociétés de gestion collective* » mais « *Autres prestataires de services* » et regrouperait, en plus de l'actuel article L. 540 qui deviendrait l'article L. 543-1, trois chapitres. Le chapitre I^{er} issu du présent article s'intégrerait donc avant les chapitres II et III créés par l'article 33.

Le terme de conseiller en investissements financiers n'a pas vocation à remplacer celui de conseiller en gestion du patrimoine. En effet, ce dernier a des activités plus larges et variées que celles relevant strictement du nouveau statut de conseiller en investissements financiers : le conseiller en gestion du patrimoine a vocation à donner des conseils dans quatre domaines : la stratégie et l'organisation patrimoniale, l'assurance, l'immobilier et la bourse. Pour chacun de ces champs d'activité, il doit obéir à un encadrement légal spécifique. Actuellement, pour ce qui est de la diffusion des placements financiers, seules les règles propres au démarchage lui sont applicables. 54 % des conseillers en gestion du patrimoine détiennent une carte de démarchage pour les valeurs mobilières. Le nouveau régime juridique met en place un cadre légal pour l'ensemble des démarches accomplies dans ce domaine, et renvoie à la législation relative au démarchage pour les activités qui en relèvent. Pour les autres domaines d'activité, les règles applicables actuellement le demeurent. Pour les opérations relatives aux contrats d'assurance, auxquelles se livrent 52 % des conseillers, les dispositions du code des assurances en matière de courtier d'assurance et de présentation des produits d'assurance sont inchangées ; pour l'exercice du conseil en stratégie et organisation patrimoniale, le

conseiller doit notamment détenir une « *compétence juridique appropriée* », conformément à la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, et, le cas échéant (30 % des conseillers possèdent une carte professionnelle de ce type), il est soumis au statut d'agent immobilier pour ses conseils en immobilier.

Le 19 novembre 2002, la Commission européenne a adopté une proposition de directive relative aux services d'investissements et aux marchés réglementés visant à réviser la législation issue de la directive 93/22/CE concernant les services d'investissement (dite DSI). Elle propose de reconnaître le conseil d'investissement comme une activité financière autonome figurant sur la liste des services de base de la DSI. Les conseillers en investissement seraient alors soumis à l'obligation d'agrément et aux conditions d'exercice fixées par la directive, dans un but de protection des investisseurs. Une fois l'agrément obtenu, ils pourraient offrir leurs services à distance dans toute l'Union européenne, sous la surveillance de l'autorité de leur État. Les dispositions du présent projet de loi offrent donc à cette profession un encadrement qui sera prochainement obligatoire dans tous les États membres.

– *Article L. 541-1 : Activités auxquelles les conseillers en investissements financiers peuvent se livrer*

Le **I du nouvel article L. 541-1** définit les activités qui seraient soumises à l'encadrement du conseil en investissements financiers. Il vise « *les personnes exerçant à titre de profession habituelle une activité de conseil portant sur* » la réalisation d'une série d'opérations ou la fourniture de services énumérés ensuite.

Les personnes concernées sont les personnes physiques comme les personnes morales : l'activité de conseil en question est le fait de conseillers indépendants mais aussi de salariés. Le critère de fréquence de l'activité, qui est abandonné dans la définition de l'activité de démarchage bancaire et financier (voir *supra*, nouvelle rédaction de l'article L. 341-1), est pris en compte ici.

Alors que la finalité du démarchage est d'obtenir l'accord de la personne démarchée en vue de la réalisation d'une opération ou de la fourniture d'un service, les activités du conseiller en investissements financiers sont plus larges : elles consistent en conseils, qu'ils visent ou non la réalisation d'une opération quelconque. Il est très possible de conseiller à l'épargnant de ne rien faire dans l'immédiat. Ainsi, si une part dominante des conseillers se rémunère par une commission sur les produits financiers placés, ils peuvent aussi percevoir des honoraires, notamment lorsque leurs conseils ne conduisent pas à un placement. Le conseil se distingue ainsi *a priori* à la fois du placement de produits bancaires ou financiers et de la gestion pour compte de tiers.

La définition des activités des conseillers en investissements financiers ne comporte aucune notion de sollicitation ou de non sollicitation. Si le conseiller attend que les épargnant s'adressent à lui, ou se fait connaître par des publicités qui ne sont pas adressées à des personnes nommément désignées, et ne se déplace pas chez ses clients, il échappe à la définition du démarchage et n'est soumis qu'aux règles applicables aux conseillers en investissements financiers ; si ses pratiques entrent dans la définition du démarchage, il doit obéir aux deux législations.

Les opérations visées sont logiquement les mêmes que celles entrant dans la définition du démarchage bancaire et financier ; elles excluent la présentation de produits d'assurance pour se limiter à :

- la réalisation d'opérations sur les instruments financiers ;
- la réalisation d'opérations de banque ou d'opérations connexes aux opérations de banque ;
- la fourniture de services d'investissement ou de services connexes aux services d'investissement ;
- la réalisation d'opérations sur biens divers.

Le **II** du même article L. 541-1 vise à exclure du champ d'application des dispositions du nouveau chapitre (et non titre), des personnes qui remplissent les éléments de définition précédents mais dont les activités sont déjà encadrées de manière suffisante. Il s'agit :

– des établissements de crédit et des organismes publics mentionnés à l'article L. 518-1, des entreprises d'investissement et des entreprises d'assurance : toutes ces personnes présentent des garanties sûres du fait des contraintes liées à leur statut ; il est inutile de leur imposer des exigences supplémentaires au titre de leurs salariés chargés d'activités de conseil, sachant qu'elles sont déjà soumises aux contraintes liées au démarchage bancaire et financier ;

– des « *professionnels soumis à une réglementation spécifique qui exercent une activité de conseil en investissements financiers dans les limites de cette réglementation* » : les notaires, les avocats, les experts comptables sont en effet susceptibles de donner des conseils de ce type. Il est prévu de les exclure du champ des nouvelles dispositions dans la mesure où ils respectent les limites fixées par les dispositions relatives à leur profession ; s'ils les dépassaient, ils devraient s'y soumettre. Les analystes financiers, qui conseillent leur client sur l'achat du titre d'une entreprise à l'issue de l'étude de cette dernière, ont aussi une activité de conseil en investissements. Dans la mesure où le Sénat a donné compétence à l'AMF en matière de conditions d'exercice de l'activité d'analyste financier et de règles de bonne conduite (article 8 du présent projet) et en matière de contrôle du respect de leurs obligations professionnelles (article 10 du présent projet), cette profession peut être considérée comme étant soumise à une réglementation spécifique et donc échapper aux règles applicables aux conseillers en investissements financiers.

En plus de leurs activités de conseil en placements, les conseillers en investissements financiers peuvent avoir des activités de conseil juridique. Le **III** de l'article L. 541-1 prévoit de les autoriser à poursuivre ces activités dans leur encadrement actuel. Ils pourront « *à titre habituel et rémunéré* » donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui « *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 judiciaires et juridiques* ».

L'article 54 de cette loi fixe les conditions de compétence et d'honorabilité à remplir pour pouvoir donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé : la personne doit détenir une licence en droit ou une « *compétence juridique appropriée* », ne doit ni avoir été condamnée pénalement pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs, ni avoir été condamnée à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, retrait d'agrément ou d'autorisation pour des faits de même nature, ni avoir été frappée de faillite personnelle. L'article 55 exige la couverture d'une assurance de responsabilité civile professionnelle et la justification d'une garantie financière. L'article 60, enfin, vise les personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée, ce qui est le cas des conseillers en investissement financier. Sous réserve qu'elles justifient d'une qualification reconnue, et dans les limites de cette qualification, elles peuvent « *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* ». Les conseillers en investissement financier devront donc continuer à respecter cette limitation du champ de leur activité de conseil juridique.

– Article L. 541-2 : Conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence

L'article L. 541-2 fixe les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence professionnelle qui devront être satisfaites par les conseillers en investissements financiers personnes physiques et par les dirigeants de personnes morales habilitées en tant de conseillers en investissements financiers (« *les personnes physiques ayant le pouvoir de gérer ou d'administrer (...)* »). Comme en ce qui concerne les démarcheurs (IV de l'article L. 341-4), ces conditions seront fixées par décret. Il est probable que ce dernier posera les mêmes exigences pour les démarcheurs que pour les conseillers en investissements financiers. Le souci de renforcer le professionnalisme de leurs adhérents conduit déjà la plupart des organisations professionnelles du secteur du conseil en patrimoine à exiger une compétence professionnelle, qui fait même parfois l'objet d'une certification, éventuellement complétée par une formation continue. Transformer cette bonne pratique en obligation légale et réglementaire est utile dans la mesure où, à l'heure actuelle, tous les conseillers ne sont pas membres d'une association et où ces associations pourraient être moins exigeantes que le décret sur la compétence nécessaire. Dans la mesure où les produits financiers évoluent sans cesse, il serait pertinent d'inscrire un volet de formation continue dans l'exigence réglementaire de compétence.

– Article L. 541-3 : Obligation d'assurance

L'obligation d'assurance que propose d'imposer l'article L. 541-3 s'inscrit dans la même logique que celle mise en place pour les démarcheurs mandatés à l'article L. 341-5. Cette assurance de responsabilité civile professionnelle doit garantir aux clients des conseillers en investissements financiers qu'ils seront indemnisés en cas de dommages du fait du conseiller, c'est pourquoi la garantie financière doit être établie en fonction de la forme juridique sous laquelle l'activité de conseil (forme libérale, société...) est exercée et des produits et services susceptibles d'être conseillés.

– Article L. 541-4 : *Obligation d’adhérer à une association professionnelle agréée*

L’article L. 541-4 rend obligatoire l’adhésion « à une association chargée de la représentation collective et de la défense des droits et intérêts de ses membres ». Il existe d’ores et déjà au moins quatre associations susceptibles de remplir ces missions.

Dans le champ des activités financières, l’affiliation obligatoire à une organisation chargée de leur représentation est déjà imposée à certains professionnels, notamment aux commissaires aux comptes – le chapitre I^{er} du titre III du présent projet de loi, qui est consacré au contrôle légal des comptes, maintient ce principe –, mais cette structure, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, est unique et n’a pas un statut associatif.

Il reviendrait à l’AMF d’encadrer les activités des associations de conseillers en investissements financiers. C’est elle qui serait chargée d’accorder un agrément à ces associations, « en considération, notamment, de leur représentativité et de leur aptitude à remplir leurs missions ». La première devrait s’apprécier en fonction du nombre de membres de l’association au regard du nombre total de conseillers en investissements financiers, mais les critères de représentativité sont toujours délicats à élaborer et à mettre en oeuvre ; la seconde dépendrait des moyens à la disposition de chacun d’entre elles, ceux-ci provenant des cotisations versées par leurs membres. Dans la mesure où les missions confiées à ces associations sont relativement lourdes eu égard à leur organisation actuelle, en particulier pour ce qui est de l’enregistrement des conseillers, il est possible que certaines des associations qui existent actuellement soient amenées à se regrouper.

Ce système à deux niveaux peut surprendre dans le cadre de la réglementation communautaire qui sera bientôt applicable aux conseillers en investissements financiers. En fait, la proposition de directive précitée projette d’habiliter les autorités compétentes à déléguer les fonctions d’agrément et de contrôle de ces conseillers à des organismes autoréglementés dûment constitués et dotés de ressources suffisantes. Le présent projet propose une solution intermédiaire, qui apparaît compatible avec ces prescriptions : l’AMF, autorité compétente, donnerait son agrément à des associations chargées de l’enregistrement des conseillers en investissements et de l’autorégulation de la profession. En revanche, elle conserve ses fonctions de contrôle en vertu de l’article L. 621-17, issu de l’article 43 du présent projet.

L’AMF serait aussi chargée d’approuver « les conditions de compétence et le code de bonne conduite auxquels sont soumis leurs membres ». Comme les conditions de compétence seraient déjà, en application de l’article L. 541-2, fixées par décret, l’AMF n’aurait pas une grande marge d’appréciation : elle devrait seulement vérifier si les dispositions du décret sont respectées. Pour ce qui est de l’approbation du code de bonne conduite de chaque association, l’encadrement apparaît assez strict et complexe. L’AMF doit approuver un code tenu de « respecter un minimum de prescriptions fixées par le règlement général de l’Autorité des marchés financiers », celles-ci portant sur une série d’obligations fixées par la loi. Il y a ainsi trois étages de dispositions : des principes législatifs, les prescriptions du règlement général de l’AMF, qui constituent « un minimum », et les règles de bonne conduite du code propre à chaque association.

Les grands principes législatifs relatifs aux obligations des conseillers en investissements financiers sont les suivants :

– « *se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients* » : ces exigences sont à la base de toute relation de confiance entre un conseiller et son client ; elles supposent que le conseiller n'exerce pas de pression sur ses clients, respecte leurs souhaits et adapte ses conseils à leurs besoins ;

– « *exercer leur activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de leurs clients* » : il s'agit là de veiller à la qualité du service rendu par les conseillers en investissements financiers, la répétition de la prise en compte de l'intérêt des clients n'apportant pas de garantie supplémentaire ;

– « *être dotés des ressources et procédures nécessaires pour mener à bien leurs activités et mettre en œuvre ces ressources et procédures avec un souci d'efficacité* » : cette préoccupation est très voisine de la précédente ; elle suppose par exemple que le conseiller adapte le nombre de ses clients à ses capacités opérationnelles et se dote, si besoin est, du personnel et des moyens techniques nécessaires pour assurer des conseils pertinents ;

– « *s'enquérir, avant de formuler un conseil, de la situation financière de leurs clients, de leur expérience et de leurs objectifs en matière d'investissement* » : l'article L. 341-11 issu de l'article 39 du présent projet, impose cette même obligation aux démarcheurs bancaires et financiers ; c'est en effet une absolue nécessité afin d'adapter les conseils à la situation des personnes ;

– « *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* » : la première partie de cette obligation est aussi imposée aux démarcheurs ; la seconde est plus spécifique aux conseillers en investissement financier dans la mesure où ceux-ci sont rémunérés soit par une commission sur le placement de produits financiers, soit par des honoraires versés par leur client, alors que les démarcheurs sont toujours rémunérés par leur mandant.

Ces principes sont très proches de ceux fixés à l'article L. 533-4 relatif aux règles de bonne conduite des prestataires de services d'investissement, des autres membres d'un marché réglementé d'instruments financiers et des gestionnaires de SCPI, mais, en ce qui les concerne, le Conseil des marchés financiers et la COB – auxquels succédera l'AMF, en application du 26° du II de l'article 35 du présent projet – établissent directement les règles à suivre, ce qui apparaît plus simple à votre Rapporteur.

Les chartes ou codes de déontologie déjà établis par les associations professionnelles s'inspirent largement des principes susmentionnés. Elles devraient néanmoins être précisées sur certains points. La principale innovation résiderait dans l'obligation pour tout conseiller en investissements financiers de devenir membre d'une association agréée, alors que l'adhésion est actuellement libre. Tous s'engageraient par là à suivre des règles déontologiques.

– Article L. 541-5 : Obligation d'être enregistré sur un fichier consultable par le public

L'obligation d'adhérer à une association professionnelle agréée rend possible l'enregistrement de chaque conseiller par l'association dont il est membre. La mission d'assurer cet enregistrement, qui pèse sur l'AMF, le CECEI et le CEA pour les démarcheurs en application de l'article L. 341-6, est transférée par l'article L. 541-5, aux associations agréées, pour les conseillers en investissements financiers.

Le champ d'application de cette obligation est différent de celui relatif à l'enregistrement des démarcheurs bancaires et financiers : tous les démarcheurs, salariés ou mandataires, devaient être enregistrés alors que les conseillers en investissements financiers salariés d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement ou d'assurance sont dispensés d'enregistrement au titre de leur activité de conseil ; en revanche, tous les conseillers en investissement financiers autres que ces salariés doivent être enregistrés auprès de leur association agréée tandis que seuls ceux qui font du démarchage seront tenus d'être enregistrés aussi auprès de l'AMF.

L'enregistrement est obligatoire dès lors que le conseiller souhaite exercer ses activités en France, mais il n'y a aucune condition de nationalité. Il semble qu'il revienne à l'association agréée de vérifier « *qu'il remplit les conditions posées aux articles L. 541-2 à L. 541-4* ». Ces conditions sont celles relatives à l'âge, l'honorabilité et la compétence des conseillers (article L. 541-2), à l'obligation d'assurance (article L. 541-3) – ce qui suppose que le conseiller puisse s'assurer avant d'être enregistré –, et à l'adhésion à une association agréée (article L. 541-4). L'association n'est donc pas tenue de vérifier que le conseiller n'a pas été condamné pour crime ou pour un délit à caractère économique ou financier grave depuis moins de dix ans, malgré l'article L. 541-7 qui interdit l'activité de conseiller en investissements financiers dans ces cas. L'association n'a pas la capacité de consulter des informations de ce type, mais il est indispensable que cette vérification soit effectuée sans attendre une plainte susceptible d'entraîner une condamnation pénale en application du 2° de l'article L. 573-9 (voir *infra* le commentaire de l'article 44). Comme indiqué *supra* (voir commentaire de l'article L. 341-6 proposé par l'article 39), l'AMF pourrait, en revanche, procéder à cette vérification.

L'enregistrement doit être effectué « *sur une liste tenue et régulièrement mise à jour par chaque association professionnelle (...) selon des modalités fixées par décret pris après avis de la CNIL* ». Le fichier des démarcheurs serait tenu conjointement par l'AMF, le CECEI et le CEA ; la liste des conseillers en investissement financier le serait par chaque association pour ses membres puis serait transmise à l'AMF auprès de laquelle elle serait librement consultable par le public. Tout client pourrait ainsi s'assurer que le conseiller auquel il s'est adressé est bien enregistré et donc autorisé à exercer son activité.

Comme tout démarcheur, tout conseiller en investissements financiers se voit attribuer un numéro d'enregistrement qu'il doit communiquer à toute personne entrant en relation avec lui et faire figurer sur tout document émanant de lui. Ce numéro constitue en quelque sorte sa signature et atteste de son enregistrement. Un conseiller en investissements financiers qui se livre au démarchage aura donc un numéro d'enregistrement au titre de son activité de conseiller et un ou plus, selon le nombre de mandats qu'il a reçus, au titre de son activité de démarcheur, sauf s'il est salarié d'un établissement ou d'une entreprise mentionné au II de l'article L. 541-1. Dans ce cas, il ne sera détenteur que du numéro d'enregistrement obtenu pour lui au titre du démarchage par son employeur, auprès de l'autorité dont il dépend.

– Article L. 541-6 : Interdiction de recevoir des fonds autres que la rémunération de leurs conseils

L'article L. 341-15 issu de l'article 39 du présent projet interdirait au démarcheur de recevoir quelque paiement que ce soit dans la mesure où il revient à son mandant de signer puis mettre en œuvre le contrat permettant l'exécution de l'opération ou la fourniture du service proposée par le démarcheur. De même, le conseiller en investissement financier donne des conseils, propose des opérations mais ne les réalise pas directement. En revanche, à la différence du démarcheur, il est rémunéré par son client pour son activité de conseil.

C'est pourquoi l'article L. 541-6 propose interdire à tout conseiller en investissements financiers « *de recevoir de ses clients des fonds autres que ceux destinés à rémunérer son activité de conseil en investissements financiers* ».

– Article L. 541-7 : Interdiction de cette profession aux personnes auxquelles la profession de démarcheur bancaire ou financier est interdite

L'article L. 341-9 interdit l'exercice du démarchage bancaire et financier à toute personne condamnée depuis moins de dix pour un crime, à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement sans sursis pour un délit de nature économique ou financier mentionné au 2° de l'article ou à la destitution des fonctions d'officier public ou ministériel. L'article L. 541-7 prévoit l'interdiction de l'activité de conseiller en investissements financiers à toute personne condamnée depuis moins de dix ans à l'une de ces mêmes peines. En d'autres termes, l'interdiction de l'activité de démarcheur bancaire et financier et celle de l'activité de conseil en investissements financiers sont la conséquence des mêmes condamnations et s'appliquent dans des conditions parfaitement identiques. Pour que ce parallélisme soit parfait, les compléments à la liste de l'article L. 341-9 que votre Rapporteur propose devront être apportés aussi à celle de l'article L. 541-7.

Dans les deux cas, l'interdiction porte sur tout exercice de cette activité, qu'il soit direct ou indirect, pour le compte de la personne condamnée ou pour le compte d'autrui.

*

* *

Le Sénat a adopté six amendements à l'article 42.

– *Article L. 541-1 : Activités auxquelles les conseillers en investissements financiers peuvent se livrer*

Sur proposition de M. Denis Badré, avec l'accord de la commission des Finances et l'avis défavorable du Gouvernement, le Sénat a adopté un amendement de coordination qui exclut du champ d'application des règles relatives aux conseillers en investissements financiers les institutions de prévoyance et leurs unions. Cet amendement ne mentionne pas les mutuelles qui, selon la même logique, devraient être aussi exclues de ce champ.

– *Article L. 541-2 : Conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence*

Le Sénat a adopté un amendement présenté par la commission des Finances visant à ce que les conditions de compétence des conseillers en investissements financiers soient fixées non par décret, mais par le règlement général de l'AMF, afin qu'elles soient plus rapidement opérationnelles.

– *Article L. 541-3 : Obligation d'assurance*

Sur proposition de la commission des Finances, le Sénat a adopté un amendement rédactionnel afin que la rédaction de l'article L. 541-3 soit précisément calquée sur celle de l'article L. 341-5.

– *Article L. 541-4 : Obligation d'adhérer à une association professionnelle agréée*

La commission des Finances a présenté un amendement visant à introduire parmi les obligations incombant aux conseillers en investissements financiers un devoir d'adéquation de l'offre aux besoins du client. Le Sénat l'a adopté après que le Gouvernement s'en est remis à sa sagesse.

Il a aussi adopté un amendement de la commission des Finances obligeant les conseillers en investissements financiers à informer leur client de la nature juridique des relations qu'ils entretiennent avec les établissements promoteurs des produits qu'ils proposent. L'objectif est de faire en sorte que le client sache si le conseiller en investissement financier est plus intéressé à la vente d'un produit qu'à celle d'un autre. Le Gouvernement s'en est remis à la sagesse du Sénat après avoir expliqué que cette indication était superflue puisque, le plus souvent, le conseiller en investissements financiers qui propose des placements est soumis aux règles du démarchage et devra à ce titre donner ces informations à ses clients. Pourtant ce n'est pas le cas s'il propose des placements dans le cadre d'un mandat, mais sans être dans celui du démarchage.

– Article L. 541-5 : Obligation d'être enregistré sur un fichier consultable par le public

Sur proposition de sa commission des Finances, le Sénat a adopté un amendement précisant que les modalités de transmission à l'AMF des listes de conseillers en investissements financiers seront fixées par le règlement général de l'AMF.

*

* *

Votre Commission a *adopté* un amendement rédactionnel (**amendement n° 166**) et un amendement de coordination (**amendement n° 167**) présentés par votre Rapporteur. Elle a également *adopté* trois amendements (**amendements n°s 168, 169 et 170**) de votre Rapporteur visant à uniformiser certaines sanctions pénales avec celles déjà prévues par le texte.

Votre Commission a *adopté* l'article 42 ainsi modifié.

*

* *

Article 43

(article L. 621-17 du code monétaire et financier)

Sanctions disciplinaires applicables aux conseillers en investissements financiers

Le présent article crée un régime de sanctions disciplinaires applicable aux conseillers en investissements financiers, en cas de méconnaissance des règles qui régissent leurs activités.

Pour ce faire, il remplace l'actuel article L. 621-17 qui porte sur la possibilité ouverte au président de la COB de demander en justice qu'il soit ordonné à la personne responsable d'une pratique contraire aux lois ou règlements et portant atteinte aux droits des épargnants de mettre un terme à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets, disposition qui est reprise à l'article L. 621-14 tel qu'il résulte de la rédaction proposée à l'article 13 du présent projet.

Le nouvel article L. 621-17 confère à la commission des sanctions de l'AMF le pouvoir de sanctionner tout manquement par les conseillers en investissements financiers aux règles qui leur sont applicables. Malgré une rédaction perfectible, l'article semble viser les manquements aux règles relevant du chapitre I^{er} du titre IV du livre V du code monétaire et financier, c'est-à-dire les règles particulières à cette profession, mais aussi les dispositions relatives au démarchage pour les cas où les conseillers se livrent à cette activité. Le renvoi de l'article L. 341-17 sanctionnant la méconnaissance des règles de démarchage à cet article L. 621-17 va clairement dans ce sens.

Les sanctions seront prononcées par la commission des sanctions « *selon les modalités prévues aux I, IV et V de l'article L. 621-15* ». Modifié à l'article 14 du présent projet, cet article décrit la procédure de sanction applicable (voir *supra*). Le I décrit les étapes de l'ouverture d'une procédure de sanction, le IV exige que la décision soit motivée et que la personne concernée ait été appelée à s'exprimer, le V prévoit que la commission des sanctions peut rendre publique sa décision dans les supports de son choix et aux frais des personnes sanctionnées.

Le deuxième alinéa du nouvel article L. 621-17 énumère les sanctions applicables. Il s'agit de l'avertissement, du blâme, du retrait de l'enregistrement et de la radiation du fichier des personnes autorisées à démarcher (article L. 341-7) ou de la liste des conseillers en investissements financiers (article L. 541-5). La commission des sanctions peut remplacer ou accompagner l'une des sanctions précédentes par une sanction pécuniaire, « *dont le montant ne peut être supérieur à 300.000 euros* ». Ces sanctions sont voisines de celles encourues par les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance en cas de manquement à l'une des règles auxquelles ils ou elles sont soumis. La sanction pécuniaire maximale est celle que l'AMF peut prononcer à l'encontre des personnes placées sous l'autorité ou agissant pour le compte des personnes soumises à son contrôle. Il est raisonnable d'appliquer ce même montant maximal aux conseillers en investissements financiers dans la mesure où ils ont rarement une assise financière énorme et où, le cas échéant, ils exercent leurs activités de démarchage comme mandataires. De plus, dans les cas graves, des sanctions pénales compléteront des sanctions disciplinaires, les possibilités de limitation du cumul des sanction disciplinaires et des amendes pénales, prévues à l'article L. 621-16, étant néanmoins applicables.

Le même alinéa dispose que les sanctions pécuniaires seront versées « *au fonds de garantie auquel est affiliée la personne sanctionnée ou, à défaut, au Trésor public* ». Les conseillers en investissements financiers n'étant affiliés à aucun fonds de garantie, la mention de ces derniers est inutile : les sanctions pécuniaires seront nécessairement versées au Trésor public.

Le principe de proportionnalité du montant de la sanction est réaffirmé au dernier alinéa de l'article : il s'applique à la fois au regard de la gravité des manquements commis et au regard des avantages ou profits éventuellement tirés de ces manquements.

*

* *

Sur proposition de sa commission des Finances, le Sénat a adopté un amendement purement rédactionnel portant sur le début de l'article L. 621-17.

*

* *

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 171**), rédactionnel, de votre Rapporteur.

Elle a également *adopté* un amendement (**amendement n° 172**) de votre Rapporteur supprimant la référence à un fonds de garantie inexistant. À la remarque de M. Charles de Courson, suggérant que le texte visait peut-être à prévoir implicitement sa création, votre Rapporteur a répondu qu'il s'agissait de faire « du droit, pas du tordu » : le fonds n'existe pas.

Votre Commission a ensuite *adopté* l'article 43, ainsi modifié.

*
* *

Article 44

(articles L. 573-9 à L. 573-11 [nouveaux] du code monétaire et financier)

Sanctions pénales applicables aux conseillers en investissements financiers

Le présent article établit les sanctions pénales applicables aux conseillers en investissements financiers en cas de méconnaissance grave de certaines des règles qui les régiront (article L. 573-9). Comme pour les manquements aux règles du démarchage bancaire ou financier, des sanctions complémentaires pourraient en outre être prononcées contre les personnes physiques (article L. 573-10) tandis que les personnes morales seraient passibles de sanctions plus lourdes (article L. 573-11).

Actuellement, seules les sanctions relatives à l'abus de faiblesse, tel qu'il est défini à l'article L. 122-8 du code de la consommation, peuvent être prononcées contre un conseiller : elles consistent en cinq ans d'emprisonnement et 9.000 euros d'amende. Ce délit est constitué lorsque « *les circonstances montrent que cette personne [qui a souscrit un engagement] n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour convaincre, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

Le projet propose d'ajouter un chapitre III *bis* au titre VII (« *Dispositions pénales* ») du livre V (« *Les prestataires de services* ») du code monétaire et financier. Ce nouveau chapitre s'insérerait après le chapitre III consacré aux dispositions relatives aux prestataires de services d'investissement. Il ne semble pas opportun de créer un nouveau chapitre III *bis*, dont les articles auraient une numérotation qui poursuivrait ceux du chapitre précédent. Cela remettrait en cause les principes de numérotation retenus par la Commission supérieure de codification, qui conduisent notamment à un changement de numérotation à chaque changement de chapitre. On conviendra que ces principes ne facilitent pas les adjonctions aux codes qui pourraient s'avérer nécessaires ! Cependant, en l'espèce, une solution existe qui permet de respecter les principes de la numérotation. Le chapitre III pourrait regrouper l'ensemble des dispositions relatives aux prestataires de services d'investissement et aux conseillers en investissement financiers, sous réserve de

l'élargissement de son libellé à ces derniers et de la création de deux sections, la première consacrée au prestataires de services d'investissement (articles L. 573-1 à L. 573-8), la seconde aux conseillers en investissements financiers (articles L. 573-9 à L. 573-11).

– *Article L. 573-9 : Infractions aux règles applicables aux conseillers en investissements financiers passibles des peines encourues dans les cas d'escroquerie*

L'article L. 573-9 énumère les trois infractions qui seraient punies des peines prévues à l'article 313-1 du code pénal pour le délit d'escroquerie, soit cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende :

– le fait, pour toute personne, d'exercer l'activité de conseil en investissements financiers sans remplir les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence fixées par décret (article L. 541-2), l'obligation d'assurance (article L. 541-3), l'obligation d'adhérer à une association professionnelle agréée (article L. 541-4) et d'être enregistré sur la liste qu'elle tient (article L. 541-5) ;

– le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer une activité de conseiller en investissements financiers alors qu'elle a été condamnée depuis moins de dix ans pour un crime ou à plus de trois mois de prison sans sursis pour un délit à caractère économique ou financier ou à la destitution des fonctions d'officier public ou ministériel ;

– le fait, pour tout conseiller en investissements financiers, de recevoir de ses clients des fonds autres que ceux destinés à rémunérer son activité de conseil (l'interdiction figure à l'article L. 541-6).

Ces infractions sont très voisines de celles punies des mêmes peines à l'article L. 353-2 concernant les règles applicables aux personnes se livrant au démarchage bancaire ou financier. Dans les deux cas, il s'agit de manquements graves à l'encadrement de l'activité concernée. Les conseillers en investissements financiers se livrant au démarchage devront respecter les règles applicables à chacune de ces activités et seront passibles des mêmes peines qu'il méconnaisse une règle fondamentale de l'organisation du démarchage ou une règle spécifique aux conseillers en investissements financiers. L'ensemble du dispositif pénal est cohérent. Il l'est aussi dans les peines complémentaires applicables.

– *Article L. 573-10 : Peines complémentaires applicables aux personnes physiques*

Les peines complémentaires encourues par les personnes physiques coupables de l'une des infractions mentionnées ci-dessus sont les mêmes que celles encourues par les personnes physiques ayant méconnu une règle du démarchage bancaire et financier sanctionnée pénalement (article L. 353-3, voir *supra*).

– Article L. 573-11 : Peines aggravées pour les personnes morales

De même, les peines encourues par les personnes morales déclarées pénalement responsables des mêmes infractions aux règles applicables aux conseillers en investissements financiers sont calquées sur celles figurant à l'article L. 353-4 relatif aux infractions aux règles du démarchage bancaire et financier (voir le commentaire de cet article, à l'article 39 du présent projet). De la même manière, le montant des amendes pourra atteindre le quintuple du montant maximal des sanctions pécuniaires encourues par les personnes physiques et la personne morale pourra notamment être, selon les cas, dissoute, interdite de l'exercice du conseil en investissements financier, placée sous surveillance judiciaire...

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 44 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* un amendement (**amendement n° 173**) de votre Rapporteur adaptant la structure du code monétaire et financier et un amendement (**amendement n° 174**), de conséquence, du même auteur, puis cet article, ainsi modifié.

*

* *

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

(articles L. 214-4, L. 214-7 et L. 511-6 du code monétaire et financier)

Élargissement de l'actif des OPCVM aux dépôts et aux dérivés de crédit

Cet article vise à l'élargir la consistance actuelle de l'actif des OPCVM, transposant ainsi certaines des dispositions de la directive 2001/108 du 13 février 2002, dite « Directive produits ».

Le 1^o procède à une nouvelle rédaction globale du premier alinéa de l'article L. 214-4 qui détermine la composition de l'actif des OPCVM. À l'heure actuelle, cet actif ne peut être composé que de « *valeurs mobilières françaises et étrangères, négociées ou non sur un marché réglementé* » ainsi que des liquidités « *à titre accessoire* ». En outre, l'article L. 214-7 autorise le règlement d'un fonds commun de placement ou d'une SICAV à prévoir la possibilité de procéder à des « *opérations d'achat ou de vente sur des marchés à terme réglementés* ».

La nouvelle rédaction clarifie le droit actuel, en distinguant trois catégories d'actifs autorisés :

- tous les instruments financiers, à savoir actions (et autres titres pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote), titres de créance, parts ou actions d'organismes de placement collectif, instruments financiers à terme et tous les instruments émis sur le fondement de droits étrangers équivalents à ces quatre catégories ;

- des dépôts effectués auprès d'établissements de crédit français ou étranger ; l'autorisation de détenir des dépôts est expressément prévue par la directive précitée, à condition qu'il soient remboursables sur demande ou présentent une échéance inférieure ou égale à 12 mois d'une part, et constitués auprès d'un établissement de crédit ayant son siège dans un État membre ou dans un autre État à condition que les OPCVM y soient soumis à des règles prudentielles équivalentes à celles prévues par la législation communautaire ;

- des liquidités, toujours à titre accessoire.

La disposition qui autorise une SICAV à posséder les immeubles nécessaires à son fonctionnement est naturellement maintenue.

Le 2° abroge l'article L. 214-7, devenu inutile en raison de la présence des instruments financiers à terme au sein de l'actif autorisé des OPCVM.

Le 3° lève toute ambiguïté quant à la possibilité offerte aux OPCVM de recourir aux dérivés de crédit. Formellement, il complète le premier alinéa de l'article L. 511-6 qui permet aux institutions publiques visées à l'article L. 518-1, aux entreprises d'assurance, aux sociétés de réassurance, aux entreprises d'investissement, aux organismes de collecte du « 1 % logement » et aux fonds communs de créances d'effectuer des opérations de banque, par exception au monopole des établissements de crédit. Désormais, en étant expressément autorisés à effectuer des opérations de banque, les OPCVM peuvent recourir aux dérivés de crédit.

En fait, la réalité n'a pas attendu l'adaptation de la loi, puisque cette possibilité leur est déjà offerte depuis l'intervention du décret du 10 décembre 2002 modifiant le décret du 6 septembre 1989 pris en application de la loi du 23 décembre 1988 relative aux OPCVM et portant création des fonds communs de créances. Ce décret procède à la transposition de la directive précitée qui reconnaît la légitimité du recours aux produits dérivés dans les OPCVM et en définit les règles d'emploi : emploi aux fins d'une « *gestion efficace du portefeuille* », dans le respect des orientations de gestion de l'OPCVM et des règles applicables ; élaboration d'un programme d'activité spécifique soumis aux autorités de contrôle assorti d'exigences additionnelles concernant l'éligibilité des contreparties et des instruments, ainsi que la liquidité et l'évaluation permanente des positions. Ces exigences supplémentaires visent à garantir aux investisseurs un niveau de protection proche de celui dont ils bénéficient lorsqu'ils acquièrent des instruments dérivés sur les marchés réglementés.

Comme le souligne la COB dans une note d'information de février 2003, ce décret introduit des exigences particulières pour le recours à de tels instruments, reconnaissant ainsi leur particularité et les risques spécifiques qu'ils représentent.

Le recours à la forme juridique du décret avait pour objectif de donner rapidement un cadre juridique stable et sûr pour l'utilisation des dérivés de crédits. Il ne s'agit cependant que d'une première étape, qui sera complétée par une modification des autres textes régissant l'activité de gestion pour compte de tiers (règlements et instructions COB).

La COB indique qu'elle se montrera « *très exigeante* » sur les conditions d'utilisation des dérivés de crédit par les sociétés de gestion. En particulier, le programme d'activité spécifique "dérivés de crédit" devra apporter la preuve de l'adéquation des compétences et de l'organisation de la société de gestion avec les objectifs poursuivis.

Les principaux éléments encadrant ce recours aux dérivés de crédit sont les suivants :

- les sociétés de gestion ayant recours au dérivés de crédit doivent faire approuver au préalable un programme d'activité spécifique en insistant sur une « *valorisation quotidienne* » des contrats précités, une « *analyse des risques*,

réalisée par une unité indépendante des unités commerciales et opérationnelles » et l'« exercice d'un contrôle interne indépendant des autres fonctions opérationnelles » ;

- interdiction de conclure plus de 20 % des engagements de l'OPCVM sur les dérivés de crédit avec une société liée ;

- les entités de référence peuvent être des Etats, des organismes publics internationaux , des collectivités territoriales de la Communauté européenne, des personnes morales ayant émis au moins des titres de créance (négociables ou admis aux négociations sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché réglementé en fonctionnement régulier d'un autre État pour autant que ce marché n'a pas été écarté par la COB, et ayant rendu publique pour au moins une émission de tels titres de créance au moins une notation obtenue auprès d'un organisme figurant sur une liste arrêtée par le ministre de l'économie) ou des titres de capital (admis aux négociations sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché réglementé en fonctionnement régulier d'un autre État pour autant que ce marché n'a pas été écarté par la COB) ;

- les contrats doivent être régis par une convention respectant les principes généraux d'une des conventions-cadres ;

- le dénouement des engagements créés par ces contrats ne peut donner lieu à la livraison ou au transfert de droits de créance ou d'autres actifs que dans la mesure où les créances ou les autres actifs pouvant en résulter sont éligibles à l'actif d'un organisme de placement en valeurs mobilières.

Le décret précise que les sociétés de gestion, ayant déjà une activité de dérivés de crédit à la date de sa parution, disposent d'un délai de trois mois pour faire approuver un programme d'activité spécifique par la COB.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 45 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 46

(articles L. 214-15, L. 214-19 et L. 214-30 du code monétaire et financier)

Interruption de l'émission des parts d'OPCVM

Cet article supprime l'obligation d'émettre des parts d'OPCVM à tout moment de la vie de la SICAV ou du fonds commun de placement (FCP).

En effet, les articles L. 214-15 et L. 214-20 précisent que les actions d'une SICAV ou les parts d'un FCP sont émises et rachetées à tout moment de la vie de la société ou du fonds, à la demande des actionnaires ou des porteurs et à la valeur liquidative du titre, majorée ou diminuée, le cas échéant, des frais et commissions. Cependant, les articles L. 214-19 et L. 214-30 prévoient que le rachat ou 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 [actionnaires ou des porteurs de parts] le commande dans des conditions fixées [par les statuts ou le règlement du fonds]* ».

Il apparaît que la législation française est plus restrictive que les dispositions communautaires, en ce sens qu'elle soumet aux mêmes contraintes la sortie (le rachat des titres) et l'entrée (l'émission de titres nouveaux) dans un OPCM, alors que la législation communautaire n'encadre que la sortie.

Dès lors, le présent article complète les articles L. 214-19 et L. 214-30 afin de renvoyer au règlement général de l'AMF le soin de fixer les « *autres cas et les conditions dans lesquelles [les statuts de la SICAV ou le règlement du fonds] prévoit, le cas échéant, que l'émission des parts est interrompue de façon provisoire ou définitive* » (2° et 3°). Le 1° apporte une modification de coordination à l'article L. 214-15. Bizarrement, cette coordination n'est pas prévue pour l'article L. 214-20 qui en constitue pourtant l'homologue pour les FCP.

Cette possibilité de suspendre l'émission de titres nouveaux permettra de renforcer la compétitivité du marché français, puisque des OPCVM qui ne sont pas astreints à cette contrainte sont déjà commercialisés en France depuis le Luxembourg ou l'Allemagne. Comme l'explique l'exposé des motifs du projet de loi, l'enjeu est particulièrement important pour les fonds dits « dédiés » (ouverts à un nombre restreint d'investisseurs et pour lesquels l'obligation d'émettre à tout moment serait absurde) ou les fonds dits « à formule » (qui garantissent une certaine performance et prévoit une période limitée de souscription⁽¹⁾). Cette disposition permettra donc au gestionnaire de bien calibrer le fonds au regard du type de gestion effectuée et d'afficher des droits d'entrée plus justes pendant la période d'ouverture du fonds et donc d'accroître la transparence et la lisibilité des règles pour le porteur ou l'actionnaire.

*

* *

(1) *Au-delà de cette période, les nouveaux entrants ne peuvent bénéficier de la garantie. Dans les faits, ils en sont dissuadés par des droits d'entrée prohibitifs.*

Le Sénat a adopté l'article 46 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* deux amendements présentés par votre Rapporteur, le premier, de précision (**amendement n° 175**), le second, rédactionnel (**amendement n° 176**), puis cet article, ainsi modifié.

*

* *

Article 47

(articles L. 214-33 et L. 214-43 du code monétaire et financier)

Cantonnement des différents compartiments d'un OPCVM ou d'un fonds commun de créances

Cet article vise à renforcer la sécurité des porteurs de parts d'un OPCVM ou d'un fonds commun de créances comportant plusieurs compartiments, en isolant chacun d'eux au regard du droit commun de la responsabilité.

L'article L. 214-33 permet la constitution d'OPCVM composé de plusieurs compartiments si ses statuts ou son règlement le prévoit. Dans ce cas, 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* ». L'article L. 214-43 autorise également, dans les mêmes termes, la création de fonds communs de créances à compartiments.

Cependant au regard du droit commun de la responsabilité, c'est l'ensemble de l'actif de l'OPCVM ou du fonds qui constitue un patrimoine unique qui est, selon les termes de l'article 2093 du code civil, le « *gage commun de ses créanciers* ».

Pour renforcer la sécurité des épargnants investissant dans de tels fonds à compartiments, le 1^o complète l'article L. 214-33 afin d'indiquer que, par dérogation aux dispositions du code civil, « *les actifs d'un compartiment déterminé ne répondent que des dettes, engagements et obligations et ne bénéficient que des créances qui concernent ce compartiment* ». La mise en œuvre de cette étanchéité entre les compartiments n'est cependant pas obligatoire, puisque les statuts ou le règlement du fonds peuvent y renoncer. Le 2^o procède au même complément à l'article L. 214-43 relatif aux fonds communs de créances à compartiments.

Cette disposition est de nature à encourager le développement des fonds à compartiments, dont le nombre en France est encore faible. Pourtant, ces fonds permettent de réduire les frais de gestion et permettent aux investisseurs de changer de catégories d'actifs, de zone géographique ou de secteur d'activité, ou de style de gestion sans avoir besoin de changer d'OPCVM. Elle permettra donc aux fonds d'accroître leur taille qui reste en moyenne plus faible que celle de leurs homologues étrangers.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 47 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article additionnel après l'article 47

(article L. 228-97 du code de commerce)

Autorisation de l'émission de titres super-subordonnés

Votre Commission a examiné un amendement présenté par M. Philippe Auberger, autorisant une société à émettre des titres de financement hybrides « super-subordonnés », M. Philippe Auberger a indiqué que cet amendement visait à autoriser, en France, l'émission de titres qui existent déjà chez la plupart de nos voisins. Cette réforme importante, assurera l'égalité de la place de Paris et de ses concurrents, en permettant l'émission de valeurs situées à mi-chemin entre les valeurs mobilières et les prêts participatifs. Votre Rapporteur a souligné l'intérêt de cet amendement, indiquant que ces titres seront considérés comme de « quasis-fonds » propres et qu'ils permettront ainsi aux banques de satisfaire plus facilement les ratios de solvabilité auxquels ils sont soumis. M. Charles de Courson s'est interrogé sur les conditions dans lesquelles une société française aurait pu se servir des possibilités déjà existantes à l'étranger afin d'émettre de tels titres. M. Philippe Auberger a rappelé que la création de ces titres était récente et qu'il semblait préférable d'autoriser leur émission en France plutôt que de s'en remettre à des montages financiers compliqués pour bénéficier des législations étrangères.

Votre Commission a *adopté* cet amendement (**amendement n° 177**).

*

* *

Article 47 bis (nouveau)

(article L. 214-2 du code monétaire et financier)

Possibilité de différencier les parts et actions émises par un OPCVM

Cet article résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement présenté par sa commission des Finances. Il vise à autoriser la création de différentes catégories de parts ou d'actions au sein d'un OPCVM.

Le code monétaire et financier ne reconnaît la possibilité de différencier des catégories de parts conférant des droits différents à leurs porteurs que pour les fonds communs de placement à risques (article L. 214-36) et les fonds communs de créances (article L. 214-43). Pour les autres OPCVM, la création de catégories de parts ou d'actions n'est possible que pour distinguer les parts ou actions de distribution (qui n'intègre pas le dividende annuel) ou de capitalisation (qui l'intègre). En tout état de cause, les droits des porteurs et actionnaires sont identiques.

Le présent article complète donc l'article L. 214-2 afin d'autoriser les OPCVM à comprendre différentes catégories de parts ou d'actions dans des conditions fixées par les statuts ou le règlement. En outre, l'AMF est chargée, au travers de son règlement général, de préciser les conditions dans lesquelles cette faculté peut s'exercer.

D'après son auteur, cette disposition est de nature à renforcer la compétitivité du marché français, de permettre une rationalisation de l'offre de produits – en évitant la constitution d'OPCVM par type de clientèle – et de transparence. Il apparaît, en effet, que l'absence de catégories de parts favorise la mise en place de mécanismes de rétrocessions de frais au profit des investisseurs institutionnels, notamment dans les « fonds de fonds ».

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 47 ter (nouveau)

(articles L. 214-35-1 et L. 214-37-1 [nouveaux] du code monétaire et financier)

Création d'OPCVM à procédure allégée spécifique

Cet article additionnel résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement présenté par sa commission des finances, le Gouvernement s'en remettant à la sagesse du Sénat, jugeant qu'il n'avait guère sa place dans le projet de loi. Il reprend

les dispositions de l'article 25 du projet portant diverses dispositions d'ordre économique et financier déposé par le précédent Gouvernement en mai 2001 et vise à créer une catégorie particulière d'OPCVM à procédure allégée.

Aux termes de l'article L. 214-35, les OPCVM à procédure allégée ne sont pas soumis à l'agrément préalable de la COB, mais à une simple déclaration auprès de celle-ci lors de sa constitution. Ces OPCVM bénéficient d'une réglementation allégée par rapport aux OPCVM de droit commun, tant en ce qui concerne ses règles d'investissement que les règles de division des risques. En contrepartie, la souscription et l'acquisition des actions ou parts de ces OPCVM sont réservées aux « *investisseurs qualifiés* », ainsi qu'à toute personne investissant un montant initial supérieur à 500 000 euros.

Ces nouveaux produits réservés à des investisseurs professionnels seraient très proche d'un mandat de gestion, mais resteraient soumis aux modalités de constitution des OPCVM et à un contrôle de l'AMF. Selon son auteur, cette disposition devrait donc permettre de renforcer la compétitivité de la place financière française et de développer une activité exigeant un fort degré d'expertise.

Le **paragraphe I** créé un article additionnel numéroté L 214-35-1, précisant les règles applicables à cette nouvelle catégorie d'OPCVM :

- ces OPCVM sont réservés aux « *investisseurs qualifiés* » (ainsi qu'à toute personne morale étrangère remplissant des conditions analogues sur le fondement du droit de l'État où elle a son siège), à la société de gestion du fonds ainsi que les aux mandataires sociaux ou aux salariés de celle-ci ;

- la constitution, la transformation, la fusion, la scission ou la liquidation de ces OPCVM ne sont pas soumis à l'agrément de l'AMF, mais doivent être déclarées auprès de celle-ci ;

- le règlement général de l'AMF détermine les conditions dans lesquelles le règlement ou les statuts de l'OPCVM doivent informer les souscripteurs sur ses règles d'investissement et les modalités selon lesquelles il peut être dérogé aux règles de division des risques ;

- le règlement ou les statuts déterminent les conditions de rachat des parts ou actions pour tenir compte de la présence d'actifs peu liquides (possibilité de n'autoriser le rachat qu'à l'expiration d'un délai qui ne peut dépasser deux ans ou d'imposer un délai à l'exécution des rachats qui ne peut excéder 3 mois) ainsi que le seuil de baisse de la valeur liquidative au-delà duquel l'OPCVM est dissous (règles dites « *stop loss* »).

Le **paragraphe II** prévoit un régime analogue pour les fonds communs de placements à risques (FCPR). Il insère donc un article additionnel numéroté L. 214-37-1 au sein de la section consacrée aux FCPR. Cet article prévoit les dispositions suivantes :

- outre les personnes visées au paragraphe I, ces fonds seraient ouverts aux dirigeants, aux salariés et aux personnes physiques qui agissent pour le compte de la société de gestion du fonds ;

- outre les parts de FCP, les titres participatifs ou les titres donnant accès au capital ou aux droits de vote de sociétés non cotées, ces fonds peuvent détenir « *tout droit représentatif d'un placement financier dans une entité constituée dans un pays de [l'OCDE] dont l'objet principal est d'investir dans des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé* » ;

- le règlement du fonds fixe les conditions et limites des avances en comptes courants consenties par le fonds aux sociétés dans lesquelles il détient une participation, les règles relatifs aux conditions d'acquisition et de cession des parts ainsi qu'à la détention des actifs ;

- le règlement ne peut être modifié que dans des conditions fixées par le règlement général de l'AMF.

*

* *

Votre Commission a examiné un amendement du Rapporteur proposant une nouvelle rédaction globale de cet article. Votre Rapporteur a souligné que cette rédaction réorganise le texte adopté par le Sénat dans le sens d'une plus grande sécurité. Les fonds à règles très allégées, proposés par le Sénat, sont remplacés par des « *fonds contractuels* » qui en diffèrent sur deux points : d'une part, ils sont ouverts également à des personnes physiques, sous réserve d'un montant minimal d'investissement, d'autre part, leur société de gestion doit faire l'objet d'un agrément. L'amendement clarifie également les différentes catégories de fonds agréés à règles d'investissement allégées, qui couvriront les fonds communs d'intervention sur les marchés à terme, la gestion alternative indirecte et les actuels fonds dits allégés. Enfin, la partie du texte adopté par le Sénat, sur les fonds communs de placement à risque allégés est supprimée, les modifications apportées par la loi de finances pour 2002 aux règles qui leur sont applicables l'ayant rendu sans objet.

Votre Commission a *adopté* cet amendement (**amendement n°178**), l'article a ainsi été *rédigé*.

*

* *

Article 47 quater (nouveau)

(articles L. 214-43 et L. 214-46 du code monétaire et financier)

Élargissement et sécurisation de l'actif des fonds communs de créances

Cet article additionnel résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement présenté par sa commission des Finances. Il vise à aider au développement du marché de la titrisation en France.

Dans le cadre de l'article L. 214-43, la titrisation consiste pour un agent économique de céder ses créances à une structure *ad hoc*, le fonds commun de créances. Celui-ci est une copropriété, sans personnalité morale, dont l'objet exclusif est d'acquérir des créances en vue d'émettre des parts en représentation des créances acquises. Les parts des fonds communs de créances sont elles-mêmes des instruments financiers.

Le **paragraphe I** apporte plusieurs modifications à l'article L. 214-43, afin :

- d'autoriser ces fonds à émettre des titres de créances, à conclure des contrats constituant des instruments financiers à terme et détenir des liquidités dans des conditions fixées par décret (1° et 2°) ;

- d'assouplir les conditions dans lesquelles ils peuvent céder les créances qu'ils acquièrent lorsqu'elles ne sont ni échues ni déchues de leur terme ; aujourd'hui, cette possibilité n'est ouverte qu'en cas de liquidation ; un décret en Conseil d'État fixera les cas et les conditions de ce rachat anticipé (5°) ;

- de préciser expressément que la cession des créances s'effectue par la seule remise d'un bordereau « *quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité* » de celles-ci ; la remise de ce bordereau entraîne également de plein droit transferts, non seulement des sûretés, mais des « *garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires* » ; par dérogation aux dispositions relatives à la composition de l'actif du fonds, il est, en outre, précisé que la réalisation ou la constitution des sûretés entraîne pour le fond la faculté d'acquérir la possession ou la propriété des actifs qui en sont l'objet (6°).

Les modifications prévues aux 3° et 4° apportent des coordinations rédactionnelles.

Le **paragraphe II** complète l'article L. 214-46 relatif au recouvrement des créances cédées, qui continuent normalement d'être assurée par l'établissement cédant ou être confié à un établissement de crédit ou à la Caisse des dépôts et consignations. Le paragraphe II vise à renforcer la protection des sommes recouvrées, en prévoyant que celles-ci peuvent être, si la société de gestion et l'établissement chargé du recouvrement en conviennent, portées dans un compte spécialement affecté au fonds. Dans ce cas, les créanciers de l'établissement chargé du recouvrement ne peuvent exercer aucun droit sur ces sommes, même en cas de procédure collective à l'encontre de l'établissement chargé du recouvrement.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 47 quinquies (nouveau)

(articles L. 211-1, L. 213- 3, L. 214-44 et L. 214-48 du code monétaire et financier)

Amélioration de la gestion de l'actif des fonds communs de créances

Cet article résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement présenté par sa commission des finances. Il vise à sécuriser les opérations de titrisation grâce à une gestion plus dynamique des actifs des fonds communs de créances.

L'article L. 214-44 confie à une agence de notation le soin d'établir un document contenant une appréciation des caractéristiques des parts du fonds et évaluant les risques qu'ils présentent. Ce document est annexé à la note d'information et est communiqué aux souscripteurs. Le 1^o procède à une nouvelle rédaction globale de cet article par coordination avec la faculté offerte aux fonds communs de créances d'émettre des titres de créances ou de conclure des contrats sur des instruments financiers à terme.

Le 2^o complète la liste des personnes autorisées à émettre des titres de créances négociables prévue à l'article L. 213-3, afin d'y introduire les fonds communs de créances. Le 3^o modifie, par coordination, l'article L. 211-1 définissant les titres de créances.

Le 4^o complète le II de l'article L. 214-48, afin d'élargir le choix de la personne dépositaire des actifs du fonds. Actuellement, celle-ci peut être un établissement de crédit ou tout autre établissement agréé par le ministre, à condition qu'ils aient leur siège social en France. Désormais, le dépositaire pourra être une succursale établie en France d'un établissement de crédit ayant son siège dans un État partie à l'Espace économique européen. Il est renvoyé au règlement général de l'AMF le soin de déterminer les modalités selon lesquelles le dépositaire s'assure de la régularité des décisions de la société de gestion du fonds. Enfin, un décret pourra fixer les conditions dans lesquelles la conservation des créances pourra être assurée, non par le dépositaire, mais pas le cédant ou l'organisme chargé de leur recouvrement. Par ailleurs, le paragraphe III de l'article L. 214-48 est modifié pour prendre assure l'étanchéité des différents compartiments du fonds au regard du droit commun de la responsabilité.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 47 sexies (nouveau)

(article L. 533-4 du code monétaire et financier)

Obligation pour les sociétés de gestion de portefeuille d'exercer les droits attachés aux titres détenus par les OPCVM qu'elles gèrent

Cet article additionnel résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement proposé par sa commission des finances. Il vise à obliger les sociétés de gestion de portefeuille à exercer leurs droits de vote aux cours des assemblées générales des sociétés dont les OPCVM qu'elles gèrent détiennent des titres, ou de justifier leur abstention.

Il complète l'article L. 533-4, afin de faire de cette obligation l'une des « *règles de bonne conduite* » qui leur sont imposées en vertu du règlement général de l'AMF, et dont la violation est de nature à justifier l'ouverture d'une procédure de sanction par cette dernière.

Cette disposition s'inspire d'un dispositif analogue, qui figurait dans la loi du 25 mars 1997 créant les plans d'épargne retraite (dite « loi Thomas »), et qui s'appliquait aux fonds d'épargne retraite. Elle s'inspire également de certaines recommandations faites aux fonds de pensions en Grande-Bretagne ou aux États-Unis.

Il est vrai que la montée en puissance des investisseurs collectifs dans le capital des entreprises cotées constitue un fait majeur, même si en France l'absence de fonds de pension en limite encore la portée. Détenteurs de participations en général limitées, ceux-ci ne s'impliquent guère dans les assemblées générales et, plus généralement, dans les choix de l'entreprise. Leurs désaccords avec ces derniers s'expriment avant tout par la vente des titres qu'ils détiennent.

L'implication plus grande des investisseurs collectifs dans la gestion de l'entreprise apparaît à certains comme un bon moyen d'améliorer les pratiques de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées.

Si votre Rapporteur partage le souci de beaucoup de renforcer le rôle des assemblées générales, et donc des actionnaires, dans la vie des entreprises, il n'est pas sûr que l'obligation de vote imposée à une certaine catégorie d'entre eux soit le meilleur moyen d'y parvenir.

D'une part, l'analogie avec les fonds de pensions n'est pas totalement fondée car les OPCVM français n'ont ni la surface financière des fonds anglo-saxons ni la même stratégie de placement. Dès lors, l'exercice des droits de vote dans des sociétés dont un OPCVM détiendrait une part infinitésimale du capital n'aurait pas une grande signification.

D'autre part, une obligation trop stricte et systématique dans ce domaine pourrait conduire à des effets économiques pervers, incitant les gestionnaires à concentrer leurs actifs et donc à réduire, dans leurs portefeuilles, les lignes relatives aux « petites valeurs ».

Enfin, il convient de mesurer les difficultés pratiques des opérations de vote en elles-mêmes. La possibilité pour une société de gestion d'exercer les droits de vote dépend en grande partie des diligences des conservateurs teneurs de comptes que sont les établissements de crédit. Il est vraisemblable, en outre, que l'obligation de voter pour les sociétés de gestion nécessitera des ajustements législatifs et réglementaires, notamment afin de faciliter le vote par procuration qui obéit aujourd'hui à un formalisme relativement lourd. Il conviendrait également de limiter l'obligation de l'exercice du vote aux titres cotés sur le marché français, car il est généralement très compliqué, et donc coûteux, d'exercer les droits de vote à l'étranger, le droit en la matière pouvant fortement varier d'un pays à l'autre même au sein de l'Union Européenne. De même, il semble irréaliste d'imposer un compte rendu de l'exercice des droits de vote OPCVM par OPCVM ou ligne par ligne, car il apparaît que les sociétés de gestion ont une politique globale de vote.

Un exercice effectif des droits de vote nécessiterait donc une infrastructure et une logistique que seules les sociétés de gestion d'une certaine taille peuvent assurer. En effet, pour que la disposition proposée prenne tout son sens, il faudrait que les gestionnaires consacrent un minimum de temps à prendre connaissance des informations communiquées à l'occasion des assemblées générales et des projets de résolution, afin d'exprimer un vote réfléchi. Il convient de préciser que parmi environ 500 sociétés de gestion, près de 180 sont indépendantes et n'ont pas les moyens de mettre en place une organisation d'une telle lourdeur.

*

* *

Votre Rapporteur a présenté un amendement supprimant cet article, introduit par le Sénat, qui oblige les sociétés de gestion d'OPCVM à exercer leur droit de vote lors des assemblées générales ou de rendre compte de leur décision de ne pas participer au vote. Il a souligné qu'il s'agissait d'un débat de principe et que, pour sa part, il était résolument hostile à toute notion de vote obligatoire. De plus, nombre de sociétés de gestion possèdent de petites lignes, pour lesquelles l'exercice du droit de vote ne revêtirait aucune signification. Dès lors, l'on risquerait de voir se multiplier des motivations stéréotypées pour justifier leur abstention.

M. Charles de Courson s'est interrogé sur les intentions du Sénat et a reconnu que le fait qu'une part croissante de l'actionnariat des grandes entreprises était détenue par des sociétés de gestion qui ne participent pas à la prise de décision constitue un véritable défi pour le capitalisme. Ne pourrait-on pas fixer un seuil de participation au-delà duquel l'obligation de vote souhaitée par le Sénat serait imposée ?

M. Jean-Pierre Balligand a rappelé que, parfois, les sociétés de gestion ne souhaitent pas exercer leur droit de vote, afin d'éviter de se retrouver amenées à arbitrer des conflits particulièrement inconfortables. Tel est le cas s'agissant de la composition des « noyaux durs » ou de la structure du capital de certaines banques. La présence des sociétés de gestion dans le capital d'autres sociétés a une vertu stabilisatrice sur celui-ci. Dès lors, on comprend mal l'initiative du Sénat et il convient, par prudence, de suivre la position exprimée par le Rapporteur.

M. Philippe Auberger a rappelé que notre tradition juridique était fondée sur la liberté du vote. Il est donc inopportun d'introduire une obligation, en cette matière, uniquement dans le droit des sociétés. En fait, c'est en vendant les titres qu'elles détiennent, que les sociétés de gestion expriment leur désaccord. Par ailleurs, l'obligation de rendre compte, prévue par le Sénat, est ridicule et serait d'une lourdeur effroyable, en raison du nombre de lignes détenues ou du nombre de porteurs de parts de bon nombre d'OPCVM.

Votre Commission a alors *adopté* l'amendement de votre Rapporteur (**amendement n° 179**). L'article 47 *sexies* a, de ce fait, été supprimé.

*

* *

Article 48

(articles L. 214-24, L. 214-25 et L. 543-1 du code monétaire et financier)

Suppression de la distinction entre les sociétés de gestion d'OPCVM et les sociétés de gestion de portefeuille

Cet article vise à supprimer la distinction entre les sociétés de gestion d'OPCVM et les sociétés de gestion de portefeuille, la directive 2001/107 sur les OPCVM prévoyant un élargissement de l'objet des sociétés de gestion collective.

Actuellement, le code monétaire et financier distingue les « *sociétés de gestion* », société agréées par la COB et ayant pour objet exclusif la gestion d'un OPCVM (*cf.* articles L. 214-24 et L. 214-25), des « *sociétés de gestion de portefeuille* », entreprises d'investissement agréées par la COB et ayant pour activité principale la gestion de portefeuille pour compte de tiers sur la base de mandats de gestion individuels (*cf.* article L. 532-9).

Cette distinction résulte des dispositions de la directive « OPCVM » de 1985 qui limitait l'activité des sociétés de gestion à la seule gestion d'OPCVM et excluait la gestion individualisée sur la base de mandats de gestion. Cette disposition a contraint les sociétés de gestion de portefeuille à constituer des sociétés de gestion à objet exclusif, afin de pouvoir offrir des OPCVM en libre prestation de services dans toute l'Union européenne. De fait, ces sociétés de gestion d'OPCVM ne disposent guère de moyens et délèguent la gestion à une société de gestion de portefeuille, possibilité d'ailleurs autorisée par l'article L. 214-24.

La suppression de cette distinction est permise par la directive du 21 janvier 2002 qui prévoit un élargissement de l'objet social des sociétés de gestion collective. Toutes les sociétés de gestion seront désormais régulées comme des entreprises d'investissement (alors que seules les sociétés de gestion de portefeuille le sont actuellement) et ce cadre unique de régulation permettra d'appliquer les mêmes règles en matière de lutte contre le blanchiment et de prononcer des sanctions en cas de manquement aux règles de bonne conduite (*cf.* article 52 du projet de loi).

Le **paragraphe I** modifie l'article L. 214-24 relatif à la création et à la gestion d'un fonds commun de placement. D'une part, il précise que le fonds pourra désormais être créé à l'initiative d'une société de gestion de portefeuille (A 1°) et supprime la disposition qui autorise une société de gestion de portefeuille à gérer un tel fonds devenue sans objet (A 2°). D'autre part, il supprime, par coordination, les dispositions de l'article L. 214-25 qui définissaient la société de gestion d'un fonds commun de placement et soumettaient celle-ci aux mêmes règles que les sociétés de gestion de portefeuille (B). Enfin, il abroge le chapitre III du titre IV de livre V du code monétaire et financier, et son article L. 543-1, relatif aux sociétés de gestion collective (ancien article L. 540 renuméroté L. 543-1 par l'article 33 du projet de loi).

Il convient de préciser que ces modifications ne seront effectives qu'à compter du 13 février 2004, date à laquelle la directive précitée doit être transposée.

En conséquence, le **paragraphe II** prévoit que les sociétés de gestion collective doivent, avant cette date, modifier leurs statuts et leur organisation et mettre leurs moyens en conformité avec le statut de société de gestion de portefeuille. En effet, l'article L. 532-9 soumet la délivrance de l'agrément de l'AMF à des obligations de montant de capital, de forme juridique, de qualité des actionnaires et d'honorabilité, de compétence et d'expérience de ses dirigeants. La déclaration d'activité et la demande d'agrément devront être déposées auprès de l'AMF avant le 31 décembre 2003. Les sociétés pourront poursuivre leur activité jusqu'à ce que celle-ci ait statué sur cette demande.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 48 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Section 2

Autres dispositions

Article 49

(article L. 322-1 du code monétaire et financier)

Élargissement des adhérents au mécanisme de garantie des titres

Cet article vise à faire adhérer au mécanisme de garantie des titres tous les prestataires de services d'investissement – à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille –, qu'elles assurent une activité de conservation ou non.

En vertu de l'article L. 322-1, ce mécanisme de garantie 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* » due à la défaillance d'un adhérent. Doivent adhérer au mécanisme de garantie, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement agréés lorsqu'ils sont conservateurs d'instruments financiers confiés à des tiers, les personnes habilitées au titre de la conservation et de l'administration des instruments financiers et les adhérents des chambres de compensation.

La limitation de l'obligation d'adhésion aux seuls prestataires de services d'investissement conservateurs était cohérente avec l'objet de la garantie. Or, il apparaît que la clientèle d'un prestataire de services d'investissement peut être amenée à détenir des créances sur lui, à raison, par exemple, d'avances sur commissions ou de ristournes non réclamées, même si le prestataire n'est pas conservateur. Dans cette hypothèse, le client n'est protégé ni par le mécanisme de garantie des titres, ni par le fonds de garantie des dépôts, ces sommes n'étant pas considérées comme des dépôts au sens strict.

C'est pourquoi cet article supprime la condition d'être conservateur d'instruments financiers pour qu'un prestataire de services d'investissement soit tenu d'adhérer au mécanisme de garantie (1^o) et vise l'ensemble des prestataires de services d'investissement, à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille (2^o). Cette précision est nécessaire pour maintenir l'actuelle exclusion de ces sociétés qui ne sont pas conservateurs, puisque l'article L. 533-12 leur interdit « *de recevoir de leurs clients des dépôts de fonds, de titres ou d'or* ».

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 49 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 50

(articles L. 511-7 et L. 562-1 du code monétaire et financier)

Élargissement des exceptions au monopole bancaire. Application aux émetteurs de moyens de paiement dispensés d'agrément des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment

Cet article vise à clarifier les conditions dans lesquelles la mise à disposition de moyens de paiement, notamment électronique, ne constitue pas une opération de banque et n'est donc pas soumise à l'agrément du CECEI. En outre, il étend aux personnes concernées par cette exemption les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment.

Ce faisant, cet article achève la transposition de la directive 2000/46 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, dont l'essentiel des dispositions ont été transposées par un règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière homologué en janvier 2003.

– 1° : Élargissement des exceptions au monopole bancaire

L'article L. 511-5 interdit à toute personne, autre qu'un établissement de crédit, d'effectuer des opérations de banque ⁽¹⁾ « à titre habituel » ou de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme. Cependant, l'article L. 511-7 prévoit un certain assouplissement de cette interdiction et prévoit sept cas pour lesquelles des entreprises peuvent être autorisées à effectuer des opérations qui entrent dans la définition des opérations de banque. Parmi ces exceptions au monopole bancaire, figure la possibilité pour une entreprise d' « émettre des bons et cartes délivrés pour l'achat auprès d'elle, d'un bien ou d'un service déterminé ».

Cette disposition a été interprétée de manière assez souple par le CECEI qui a admis qu'elle puisse également concerner une pluralité de commerçants, dès lors que l'entité émettrice regroupe exclusivement des commerçants qui accepte la carte ou les bons et qu'une solidarité commerciale et financière a été organisée entre eux pour la sécurité des porteurs (jurisprudence dite « *Relais et Châteaux* » en 1994). Auparavant, il avait admis que des commerçants puissent, sur la base d'une convention avec un établissement de crédit, délivrer des espèces aux clients de celui-ci (jurisprudence dite « *Points verts* »).

(1) Selon l'article L. 311-1, 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.

Il convient de rappeler que, s'agissant de la gestion de moyens de paiement, la législation française est plus rigoureuse que le droit communautaire, puisque la directive 2000/12 du 20 mars 2000 (concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice) ne place pas cette activité dans le monopole bancaire.

En premier lieu, le 1° du présent article procède à la « codification » de la jurisprudence du CECEI en définissant strictement la portée de l'exception au monopole bancaire en matière de gestion d'un moyen de paiement. Pour se faire, il complète l'article L. 511-7 par un nouveau paragraphe II.

Ces nouvelles dispositions autorisent le CECEI à dispenser d'agrément une entreprise qui met à disposition ou gère un moyen de paiement à la double condition qu'il n'estime pas cette activité « *incompatible avec la sécurité des moyens de paiement* » et que les moyens de paiement concernés ne soient acceptés que par un nombre limité de personnes :

- soit ces personnes sont liées à l'entreprise émettrice, directement ou indirectement par des liens en capital conférant à l'une d'elles un « *pouvoir de contrôle effectif* » sur les autres,
- soit ces personnes se « *distinguent clairement* » par le fait qu'elles se trouvent dans une « *zone géographique restreinte* » ou qu'elles sont liées entre elles par un « *dispositif de commercialisation ou de distribution commun* ».

La rédaction de cette seconde hypothèse, dont on mesure le flou, est directement inspirée des dispositions de l'article 8 de la directive 2000/46. Il appartiendra naturellement au pouvoir réglementaire d'en préciser les contours et notamment de définir le caractère restreint de la zone géographique concernée.

En second lieu, le paragraphe II ajouté à l'article L. 511-7 soumet à des conditions supplémentaires l'exemption décrite ci-dessus lorsque les moyens de paiement concernés constituent une « *monnaie électronique* ». Ces conditions supplémentaires figurent également à l'article 8 de la directive précitée.

La directive définit la monnaie électronique comme « *une valeur monétaire représentant une créance sur l'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'émetteur* » et réserve aux établissements de crédit l'exercice, à titre professionnel, de l'activité d'émission de monnaie électronique.

Ces conditions supplémentaires portent sur :

- la limitation de la capacité maximale de chargement du support électronique mis à la disposition des porteurs à un montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie ; cet arrêté devait reprendre le montant figurant dans la directive, soit 150 euros ;

- l'obligation pour l'entreprise émettrice de fournir annuellement à la Banque de France un rapport d'activité, dont le contenu sera également défini par arrêté.

– 2° : *Application aux émetteurs de moyens de paiement dispensés d'agrément des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment*

L'article L. 562-1, qui énumère les personnes soumises à l'obligation de déclaration de sommes ou d'opérations soupçonnées d'être d'origine illicite, est complété afin de soumettre à ces obligations les entreprises émettrices de moyens de paiement, électronique ou non, bénéficiant de la dispense d'agrément en application des nouvelles dispositions du 1° de cet article.

Il convient de préciser que, s'agissant des établissements émettant ou distribuant de la monnaie électronique, le règlement précité du Comité de la réglementation bancaire et financière a imposé la mise en place de systèmes automatisés de détection des transactions inhabituelles.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 50 sans modification.

*

* *

Après que votre Rapporteur eut indiqué que l'article L. 612-7 du code monétaire et financier prévoyait déjà la motivation des décisions du CECEI, M. Philippe Auberger a *retiré* un amendement prévoyant la motivation de la décision d'exempter d'agrément certains émetteurs de moyens de paiement. Il a également *retiré* un second amendement, rédactionnel, après que votre Rapporteur s'y soit déclaré défavorable.

Votre Commission a *adopté* un amendement présenté par M. Philippe Auberger (**amendement n° 180**), retenant la notion d'« *étroite relation financière ou commerciale avec l'établissement émetteur* » du moyen de paiement, comme condition de l'exemption de l'agrément. Votre Rapporteur a, en effet, estimé que cette rédaction, issue de la directive européenne, était plus précise.

M. Philippe Auberger a présenté un amendement prévoyant que le CECEI peut subordonner sa décision d'exemption d'agrément au respect de tout ou partie des règlements du comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF). Le Rapporteur s'est déclaré favorable à cet amendement, estimant qu'il fallait rester attentif aux éventuels débordements qui pourraient résulter de cet article, sous réserve de l'adoption d'une rectification substituant au règlement du CRBF les « *dispositions réglementaires applicables* », puisque le projet de loi supprime ce comité. Votre Commission a *adopté* l'amendement de M. Philippe Auberger, ainsi modifié (**amendement n° 181**).

M. Philippe Auberger a présenté un amendement prévoyant que le CECEI doit prendre en compte, pour accorder l'exemption, la sécurité des moyens de paiement, les modalités retenues pour assurer la protection des utilisateurs et le montant limité de chaque transaction. Votre Rapporteur s'est également déclaré favorable à cet amendement, sous réserve d'une rectification visant plutôt le montant « unitaire » et les « modalités » de chaque transaction. La Commission a *adopté* l'amendement de M. Philippe Auberger, ainsi sous-amendé (**amendement n° 182**).

M. Philippe Auberger a *retiré* un amendement prévoyant qu'en cas de modification des conditions mises par le CECEI à l'exemption, le bénéficiaire de celle-ci devait, à nouveau, demander l'autorisation du comité, votre Rapporteur ayant estimé que cette disposition n'avait guère sa place dans la loi.

De même, M. Philippe Auberger a *retiré* un amendement prévoyant que les bénéficiaires de l'exemption sont soumis au contrôle de la commission bancaire. Votre Rapporteur a, en effet, considéré que la compétence de la commission n'est pas fondée dans ce cas, puisque ces bénéficiaires ne sont pas des établissements de crédit.

Votre Commission a ensuite *adopté* l'article 50, ainsi modifié.

*

* *

Article 51

(articles L. 520-1 et L. 520-3 du code monétaire et financier)

Renforcement des sanctions à l'égard des changeurs manuels

Cet article vise à renforcer l'efficacité des sanctions qui peuvent être prononcées par la Commission bancaire à l'égard des changeurs manuels. Il convient de rappeler que le change manuel consiste, en vertu de l'article L. 520-1, en l'échange immédiat de billets ou de monnaies libellés en devises différentes. Les personnes qui souhaitent exercer cette activité doivent adresser préalablement à la Banque de France une déclaration d'activité. Les changeurs manuels sont soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Le troisième alinéa de l'article L. 520-1 précise que l'exercice de la profession de changeur manuel est interdit à toute personne qui n'a pas souscrit cette déclaration d'activité. Le **1° du présent article** complète cet alinéa afin de :

- étendre le champ de cette interdiction aux « *fonctions de dirigeant de droit ou de fait dans une personne morale exerçant [la profession de changeur manuel]* » ; en effet, lorsque l'activité est exercée par une personne morale, c'est celle-ci qui peut se voir interdire l'exercice de l'activité ; en revanche, son ou ses dirigeants ne sont pas touchés par l'interdiction et pourraient donc constituer une nouvelle société pour reprendre leurs activités de changeur ;

- prévoir cette interdiction également lorsque la personne s'est vue infliger, par la Commission bancaire, la sanction d'exercer la profession de changeur manuel.

L'article L. 520-4 énumère les sanctions que la Commission bancaire peut infliger à un changeur manuel en cas de manquements aux dispositions relatives à cette activité et aux dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment (avertissement, blâme, interdiction d'exercer la profession, sanction pécuniaire limitée à 37 500 euros). Pour les mêmes raisons que précédemment, le **2° du présent article** complète cette liste, en permettant à la commission d'interdire aux dirigeants de droit ou de fait des changeurs personnes morales d'exercer « *directement ou indirectement, l'activité de changeur manuel* ».

Le **3° du présent article** relève le montant maximal de la sanction pécuniaire pouvant être infligée par la Commission bancaire de 37 500 à un million d'euros.

*

* *

Le Sénat a adopté un amendement proposé par sa commission des finances. Celui-ci complète l'article L. 520-3, afin de préciser expressément que la Commission bancaire peut décider de rendre les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale solidairement redevables du paiement de la sanction pécuniaire qu'elle inflige à cette personne morale. En effet, cette faculté, annoncée dans l'exposé des motifs du projet de loi, était si implicite qu'elle n'apparaissait guère.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 52

(articles L. 511-34 et L. 533-3-1 [nouveau] du code monétaire et financier)

Renforcement des obligations des entreprises en matière de contrôle prudentiel et de lutte contre le blanchiment

Cet article vise à étendre les possibilités d'échange d'informations entre les autorités de régulation françaises et étrangères, dans le cadre de la surveillance prudentielle ou de la lutte contre le blanchiment.

L'article L. 511-34 prévoit une obligation d'information pour assurer le contrôle prudentiel des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ayant leur siège social dans un État partie à l'Espace économique européen, sur « *la base de [leur] situation financière consolidée* ». Ces obligations pèsent sur les entreprises établies en France lorsqu'elles font partie d'un groupe, financier ou mixte, auquel appartiennent de tels établissements ou entreprises. Elles doivent alors transmettre tous les « *renseignements nécessaires* » à toutes les entreprises du même groupe qui ont également leur siège social dans l'Espace économique européen.

Le 1^o du présent article précise et élargit ces obligations, en procédant au remplacement de premier alinéa de l'article L. 511-34 par quatre nouveaux alinéas :

- le premier en étend le champ géographique : outre les États de l'Espace économique européen, sont désormais visés les États avec les autorités desquelles la Commission bancaire a conclu des conventions bilatérales ⁽¹⁾(cf. article L. 613-13) ;

- les deuxième et troisième en étendent l'objet : à la surveillance de la situation financière sur une base consolidée, s'ajoute « *les informations nécessaires à l'organisation de la lutte contre le blanchiment des capitaux et contre le financement du terrorisme* » ;

- le quatrième alinéa précise que les seules personnes extérieures au groupe auxquelles ces informations peuvent être communiquées sont les autorités compétentes des États concernés ; cependant, il est prévu une exception, puisque cette faculté de communication n'est pas ouverte aux autorités des États ou des territoires « *dont la législation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux ou le financement du terrorisme* » ; il s'agit des États ou territoires figurant sur la liste établie par le Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI), liste qui est reprise et inscrite dans le droit français par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Il apparaît que cette exception à la communication aux autorités de surveillance ne devrait guère avoir à jouer à l'avenir. En effet, la liste du GAFI ne cesse de se réduire (elle est passée de 15 à 10 pays entre juin 2000 et octobre 2002) et la liste actuelle (Birmanie, Îles Cook, Égypte, Guatemala, Indonésie, Nauru, Nigéria, Philippines, Saint-Vincent et Grenadines, Ukraine) ne comporte pas d'États de l'Espace économique européen ou avec lesquels la Commission bancaire a conclu une convention bilatérale. Cependant, il est vrai qu'un État de l'Espace économique européen, en l'occurrence le Liechtenstein, y a figuré brièvement.

Le 2^o du présent article insère un nouvel article numéroté L. 533-3-1 au sein de la section III (« *Règles de bonne conduite* ») du chapitre III (« *Obligations des prestataires de services d'investissement* ») du titre III (« *Les prestataires de services d'investissement* ») du même livre. Ce nouvel article instaure un dispositif analogue, mais pour la seule organisation de la lutte contre le blanchiment des

⁽¹⁾ D'après les informations recueillies par votre Rapporteur, la Commission bancaire a conclu des accords avec les États-Unis, le Canada, la Suisse, la République tchèque, la Slovaquie, l'Union monétaire ouest-africaine, l'Afrique centrale et l'Île Maurice

capitaux et la lutte contre le financement du terrorisme, en ce qui concerne les groupes comportant une ou plusieurs sociétés de gestion de portefeuille. Les restrictions à la communication des informations transmises, décrites ci-dessus, sont également applicables.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 52 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 53

(article L. 531-6, L. 532-9-1 et L. 612-6 du code monétaire et financier)

Contrôle des modifications de l'actionnariat des entreprises d'investissement et des sociétés de gestion de portefeuille

Cet article vise à rapprocher le traitement applicable aux entreprises d'investissement de celui, plus strict, applicable aux établissements de crédit, notamment en cas de modifications dans la structure de leur actionnariat.

L'article L. 531-6 précise que toute modification dans la structure de l'actionnariat d'une entreprise d'investissement doit respecter les prescriptions d'un règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière et être notifiée au CECEI et au CMF.

Le **1° du présent article** complète l'article L. 531-6. Il autorise, en cas de modification de l'actionnariat d'une entreprise d'investissement non conforme aux prescriptions réglementaires, le procureur de la République, le CECEI, la Commission bancaire ou tout actionnaire (ou détenteur de parts sociales) de demander au juge de « *suspendre, jusqu'à la régularisation de la situation, l'exercice des droits de vote attachés aux actions ou parts sociales détenues irrégulièrement, directement ou indirectement* ». Cette faculté s'inspire du dispositif identique applicable aux établissements de crédit ou aux établissements financiers en application de l'article L. 611-2. Cette disposition s'applique sans préjudice des dispositions du code de commerce qui autorise une telle suspension des droits de vote en cas de non-respect des obligations de déclarations de franchissement de seuil (*cf.* article L. 233-14 du code de commerce).

Les sociétés de gestion de portefeuille ne relevant que du seul contrôle de l'AMF, les nouvelles dispositions de l'article L. 531-6 du code monétaire et financier ne leur sont pas applicables. C'est pourquoi le **2° du présent article** complète l'article L. 532-9-1. Dans sa rédaction actuelle, celui-ci soumet à autorisation préalable de la COB, ou à une simple déclaration ou notification selon les cas, toute modification apportée aux conditions auxquelles étaient subordonné l'agrément délivré à une société de gestion de portefeuille. Il serait donc complété par un alinéa autorisant le procureur de la République, l'AMF ou tout actionnaire à saisir le juge pour obtenir la suspension des droits de vote, lorsque l'AMF n'aurait pas été préalablement informée de toute modification de l'actionnariat de la société de gestion de portefeuille.

L'article L. 612-6 autorise le CECEI à transmettre des informations aux autorités chargées dans d'autres États de l'agrément ou de la surveillance des établissements de crédit ou des établissements financiers, sous réserve de réciprocité et sous réserve que ces autorités soient soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France. Le **3° du présent article** complète cet article afin que l'échange d'informations soit également permis en ce qui concerne le contrôle des entreprises d'investissement.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 53 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 54

(articles L. 511-16 et L. 532-6 du code monétaire et financier)

Contrôle de la dissolution anticipée d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement

Cet article vise à mieux encadrer la cessation d'activité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, afin de garantir l'effectivité du contrôle des autorités de régulation dans l'intérêt de la protection des créanciers de ces établissements ou entreprises.

Dans sa rédaction actuelle, le dernier alinéa de l'article L. 511-16 prévoit que tout établissement de crédit, ayant décidé sa dissolution avant le terme de son agrément, reste soumis au contrôle de la Commission bancaire, qui conserve l'intégralité de son pouvoir de sanction à son égard. En outre, cet établissement 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 prévoit des dispositions analogues pour les entreprises d'investissement au profit, selon les cas, de la COB ou du CMF.

Comme l'a montré un précédent observé en 2002, il apparaît que ces dispositions sont insuffisantes pour assurer l'effectivité du contrôle des autorités de régulation. En effet, il peut arriver que les opérations de liquidation se déroulent trop rapidement pour que ces autorités puissent s'y opposer ou veiller à la protection des intérêts des créanciers.

C'est pourquoi, le **1° du présent article** propose une rédaction nouvelle du dernier alinéa de l'article L. 511-6. Celle-ci apporte deux modifications au dispositif actuel, afin de renforcer le contrôle des autorités de régulation et les liens entre les procédures de dissolution et de surveillance:

- la dissolution anticipée ne pourrait être prononcée qu'après l'obtention du retrait de l'agrément par le CECEI ; cette nouvelle condition s'ajoute à celles mises à une dissolution anticipée d'une société par le 4° (décision des associés) et le 5° (prononcée par le juge saisi par un actionnaire pour « *justes motifs* ») de l'article 1844-7 du code civil ;

- la publication et l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du prononcé de la dissolution doivent mentionner la date de la décision du CECEI retirant l'agrément ; cette nouvelle mention complète celles qui sont prévues en application des articles L. 123-1 et L. 237-3 du code de commerce.

Ce nouveau dispositif est conforme à la directive 2001/24 du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, qui prévoit que les autorités compétentes des États membres « *sont consultées, sous la forme la plus appropriée, avant toute décision de liquidation volontaire émanant des organes statutaires d'un établissement de crédit* ».

Le **2° du présent article** procède à la même réécriture du dernier alinéa de l'article L. 532-6 en ce qui concerne les entreprises d'investissement, la décision de retrait d'agrément incombant à l'AMF pour les sociétés de gestion de portefeuille et au CECEI pour les autres.

*

* *

Le Sénat a adopté un amendement proposé par sa commission des finances, supprimant une référence au code civil jugée inutile.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 55

(articles L. 613-18 et L. 613-22 du code monétaire et financier)

**Garantie de la rémunération des administrateurs provisoires
ou des liquidateurs désignés par la Commission bancaire**

Cet article a pour objet de garantir la rémunération des administrateurs provisoires ou des liquidateurs désignés par la Commission bancaire, lorsque la situation de l'entreprise ou de l'établissement laisse craindre qu'il ou elle ne soit incapable d'assurer cette rémunération ou lorsque ses actifs se révèlent insuffisants.

En vertu de l'article L. 613-18, la Commission bancaire peut désigner un administrateur provisoire auprès d'un établissement de crédit ou d'un prestataires de services d'investissement (autre qu'une société de gestion de portefeuille) lorsque la gestion de celui-ci ne peut plus être assurée normalement. De manière analogue et en vertu de l'article L. 613-22, la Commission bancaire peut désigner un liquidateur auprès des mêmes personnes si celle-ci fait l'objet d'une radiation ou si elle effectue irrégulièrement des opérations de banque. Tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation sont transférés à l'administrateur provisoire ou au liquidateur.

Le **1° du présent article** complète l'article L. 613-18 par un alinéa qui permet à la Commission bancaire de demander au Fonds de garantie des dépôts de garantir le paiement de la rémunération de l'administrateur provisoire. La charge de cette rémunération est imputée sur le mécanisme de garantie des titres pour les entreprises d'investissement (autres que les sociétés de gestion de portefeuille), les membres des marchés réglementés ou les adhérents des chambres de compensation. Elle est imputée sur le mécanisme de garantie des cautions pour les établissements de crédit. En cas de mise en œuvre conjointe, la chargée est répartie en parts égales entre les deux mécanismes de garantie appelés.

Le **2° du présent article** complète l'article L. 613-22 pour garantir, dans les mêmes conditions, la rémunération du liquidateur désigné par la Commission bancaire.

Comme l'explique l'exposé des motifs du projet de loi, l'intervention du Fonds de garantie des dépôts n'est pas obligatoire et il peut ne pas accepter la demande de la Commission bancaire. Cependant, en raison de la modicité des sommes en jeu et la rareté probable de la mise en œuvre de ce dispositif, il n'est pas prévu d'autoriser le Fonds à déterminer les conditions de son intervention, comme cela est prévu en cas d'intervention préventive. Ce dispositif permettra d'éviter d'obliger les personnes désignées par la Commission bancaire à intervenir à titre gracieux, comme elles sont parfois amenés à le faire.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 55 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 56

(article L. 144-5 du code monétaire et financier)

Arrêt de la publication de la situation hebdomadaire de la Banque de France

Cet article tend à mettre fin à la publication de la situation hebdomadaire de la Banque de France. Prévues par l'article L. 144-5, cette situation permet de faire apparaître l'incidence sur les comptes de la Banque des décisions de politique monétaire prise par la Banque centrale européenne, et d'indiquer le niveau des réserves de change.

La pertinence du rythme hebdomadaire a disparu depuis que les données fournies par la Banque centrale européenne le sont sur une base mensuelle depuis le 1^{er} janvier 2002. Cette situation oblige d'ailleurs la banque à procéder à des opérations de recalcul inutiles.

En abrogeant l'article L. 144-5 ; le présent article met en œuvre une recommandations exprimées par le conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne en juillet 2002.

*

* *

Le Sénat a adopté l'article 56 sans modification.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 56 bis (nouveau)

(articles L. 312-1-1 et L. 312-1-4 du code monétaire et financier ; article 13 de la loi du 11 décembre 2001)

Suspension des dispositions relatives aux conventions de comptes de dépôt

Cet article additionnel résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement déposé par le Gouvernement. Il vise à suspendre, pendant 18 mois, l'application des dispositions relatives aux conventions de compte adoptées dans le cadre de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite « *MURCEF* »).

En effet, l'article L. 312-1-1 prévoit que la gestion d'un compte de dépôt est réglée par une « *convention écrite* » passée entre la banque et son client, qui doit comporter notamment les conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture du compte. Le contenu de cette convention doit être précisé par arrêté du ministre.

Or, cet arrêté n'a pas été pris par le précédent Gouvernement dans les délais compatibles avec la date d'entrée en vigueur de cette disposition (soit le 11 décembre 2002). En effet, le Conseil d'État, dans un avis rendu le 30 octobre 2002, a estimé que la loi interdisait de traiter différemment les comptes existants et les comptes nouveaux, comme l'envisageait le Gouvernement précédent après une longue concertation entre les banques et les organisations de consommateurs.

Jugeant à juste titre qu'il n'était pas envisageable de prévoir l'envoi massif de 60 millions de conventions dans un très court délai, le Gouvernement a annoncé, dès novembre 2002, qu'il demanderait au Parlement de suspendre la disposition introduite par la loi de 2001. Parallèlement, il a demandé aux banques ainsi qu'à La Poste de s'engager à respecter les principes de contractualisation et de transparence tarifaire définis par la loi.

C'est dans ce cadre qu'a été signée, le 9 janvier 2003, par la Fédération bancaire française et La Poste, en présence du ministre de l'économie, une « *charte d'engagement relative aux conventions de compte* » visant à renforcer les droits des consommateurs.

Dans cette charte, les établissements de crédit et La Poste prennent l'engagement de proposer gratuitement à leurs clients des conventions de compte écrites précisant la nature et le tarif des prestations fournies. Pour les nouveaux comptes, une convention sera systématiquement proposée aux clients à partir du 28 février 2003 au plus tard. Pour les comptes déjà ouverts, les clients pourront obtenir une convention sur simple demande à partir du 30 avril 2003 au plus tard. En outre, les signataires s'engagent à informer leurs clients de tout changement tarifaire trois mois avant son entrée en vigueur. En cas de modification substantielle de la convention de compte, les clients pourront clôturer ou transférer leur compte dans un autre établissement sans frais.

Le Comité de la médiation bancaire, mis en place le 20 décembre 2002, et les médiateurs des établissements de crédit et de La Poste sont chargés de veiller à l'application de ces règles. Les clients pourront saisir le médiateur de leur banque selon des modalités qui seront précisées sur leurs relevés de compte.

Une revue de la mise en œuvre des engagements des banques et de la Poste sera également régulièrement effectuée en concertation avec les représentants des établissements de crédit, de La Poste et des consommateurs. A l'issue de la période de 18 mois, le Gouvernement dressera le bilan de cette démarche fondée sur la confiance et la responsabilisation des partenaires. S'il apparaît alors que les obligations décrites dans cette charte ne sont pas remplies, ils se réservent la possibilité de mettre en œuvre les dispositions prévues par voie réglementaire.

Le **paragraphe I** suspend l'application du premier alinéa de l'article L. 312-1-1 pour une période de 18 mois à compter de la promulgation de la présente loi. Il apporte des modifications rédactionnelles de coordination afin de rendre lisible les dispositions du deuxième (communication par écrit de tout projet de modification du tarif des produits et des services faisant l'objet de la convention trois mois avant son application) et du troisième alinéas (gratuité de la clôture ou du transfert d'un compte demandée par un client qui conteste une modification substantielle de cette convention) qui sont maintenues en vigueur.

En conséquence, le **paragraphe II** abroge le 1° et 2° du III de l'article 13 de la loi du 11 décembre 2001, devenus sans objet. Le 1° prévoyait que les dispositions relatives aux conventions de compte entraient en vigueur au 1^{er} janvier 2003 pour les comptes ouverts lors de l'entrée en vigueur de la loi et qui n'avaient pas fait l'objet d'une convention à cette date. Le 2° prévoit que l'interdiction de la vente de produits ou de services groupés n'est applicable qu'au 1^{er} janvier 2003 (au lieu du 11 décembre 2002) pour les ventes qui trouvent leur origine dans des conventions conclues avant l'entrée en vigueur de la loi.

Le **paragraphe III** complète l'article L. 312-1-4, qui prévoit que les dispositions des articles L. 312-1-1 (sur les conventions de compte), L. 312-1-2 (sur les ventes de produits et de services groupés) et L. 312-1-3 (sur la médiation bancaire) sont d'ordre public. Il s'agit de prévoir les modalités d'entrée en application des conventions pour les comptes ouverts au 28 février 2003. Un projet de convention peut être adressé à la demande du client, qui est informé des conditions dans lesquelles elle peut être signée. À défaut de signature, l'absence de contestation dans un délai de trois mois après réception du projet vaut acceptation de la convention de compte.

Votre Rapporteur se félicite que les difficultés pratiques de mise en œuvre d'une disposition, par ailleurs louable, soient résolues de manière pragmatique, tout en respectant les objectifs de transparence poursuivis par le législateur.

*

* *

M. Jean-Pierre Balligand a présenté un amendement de suppression de cet article, estimant qu'il constitue la traduction législative d'une décision du Gouvernement d'opérer un important retour en arrière en ce qui concerne la protection des consommateurs en matière bancaire. Votre Rapporteur a indiqué que la mise en œuvre des dispositions de la loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier, en ce qui concerne les conventions de compte, s'était révélée totalement inapplicable. La décision du Gouvernement d'en suspendre l'application est donc fondée.

Votre Commission a *rejeté* l'amendement.

Elle a ensuite *adopté* l'article 56 bis, sans modification.

*

* *

Après l'article 56 bis

Votre Commission a *rejeté* un amendement de M. Jean-Pierre Balligand visant à améliorer la transparence en matière de frais bancaires, votre Rapporteur ayant insisté sur la longueur des délais que ce dispositif induirait.

*

* *

Article 56 ter (nouveau)

(article L. 151-3 du code monétaire et financier)

Extension des pouvoirs du ministre en matière de contrôle des investissements étrangers

Cet article additionnel résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement proposé par le Gouvernement. Il vise à renforcer les pouvoirs du ministre en matière de contrôle des investissements en France.

Les investissements étrangers réalisés en France doivent, en principe, faire l'objet d'une déclaration administrative, lors de leur réalisation. Toutefois, certains sont expressément dispensés de cette déclaration, tandis que d'autres sont soumis, au contraire, à une procédure d'autorisation préalable.

Sont considérés comme investissements étrangers, les investissements directs, la prise de contrôle d'une entreprise française par une entreprise de droit étranger ou les investissements indirects (prise de contrôle d'une entreprise non résidente détentrice d'une participation dans une entreprise française dont plus du tiers du capital est dans les mains de personnes étrangères).

En vertu de l'article L. 151-3, certains investissements étrangers en France sont soumis à l'autorisation du ministre chargé de l'économie, qui peut, en outre, enjoindre à l'investisseur étranger de ne pas donner suite à l'opération, la modifier ou rétablir la situation antérieure. Les investissements concernés sont ceux :

- réalisés dans des activités participant, même de manière occasionnelle, à l'exercice de l'autorité publique, ou

- de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique, ou

- réalisés dans des activités de recherche, de production ou de commerce de produits destinés à des fins militaires ou constituant du matériel de guerre, sans l'autorisation préalable exigée, ou malgré un refus d'autorisation ou sans respecter les conditions dont l'autorisation est assortie.

Le présent article complète le deuxième point de cette énumération en permettant au ministre de s'opposer à tout investissement étranger qui serait de nature à mettre en cause la « *défense nationale* ». Il s'agit, notamment, ainsi de viser la fabrication d'autres matériels à usage militaire qui ne sont pas à proprement parlé des armes ou des munitions.

Rappelons que la notion de défense nationale est particulièrement vaste, puisqu'elle englobe la défense militaire, la défense civile et la « *défense économique* ». Aux termes d'une circulaire du 14 février 2002, la défense économique concerne les actes et initiatives pris par la puissance publique, d'une part pour protéger et défendre l'économie et les entreprises des atteintes de toute nature et, d'autre part, pour subvenir aux besoins de la défense nationale.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

Article 56 quater

(article L. 144-1 du code monétaire et financier)

Échanges d'informations entre les membres du système européen des banques centrales

Cet article additionnel résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement présenté par sa commission des finances. Il vise à permettre l'échange d'informations en matière de risques bancaires au sein de l'Union européenne. Ce dispositif permet ainsi la mise en œuvre d'un accord conclu, le 20 février 2003, entre sept banques centrales de mettre en place un mécanisme de centralisation des risques bancaires.

L'article L. 144-1 habilite la Banque de France à se faire communiquer par les établissements de crédit tous documents et renseignements qui lui sont nécessaires à l'exercice de sa mission. C'est sur cette base que la Banque de France a mis en place la centralisation des risques bancaires. Celle-ci permet de recenser, sur la base des déclarations faites par les banques, les concours bancaires consentis à toutes les entreprises personnes morales. Les informations tirées de ce mécanisme sont diffusées aux établissements déclarants, soucieux d'améliorer leurs procédures de contrôle interne, à la Commission bancaire, dans le cadre de sa mission de contrôle prudentiel, ou aux propres succursales de la Banque de France afin qu'elles affinent leurs connaissances du tissu économique local.

Le présent article complète l'article L. 144-1 afin d'élargir les destinataires des informations issues du mécanisme de la centralisation des risques bancaires. Ainsi, ces informations pourront être communiquées aux autres banques centrales membres du système européen de banques centrales, aux autorités des États membres de l'Union européenne homologues de la Commission bancaire et aux banques et autres établissements financiers installés dans ces États. Cette faculté d'échange d'informations est soumise à une condition de réciprocité.

Cette réciprocité devrait être assurée avec six autres États membres (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Italie, Portugal), puisqu'un accord du 20 février 2003, négocié sous l'égide de la Banque centrale européenne, a mis en place un tel échange entre mécanismes nationaux de centralisation des risques.

*

* *

Votre Commission a *adopté* cet article sans modification.

*

* *

CHAPITRE III

Sécurité des assurés

Ce chapitre regroupe des dispositions relatives au renforcement de la sécurité des assurés, qui étendent, d'une part, la compétence du Fonds de garantie des accidents aux entreprises d'assurances obligatoires de dommages (article 57) et à la prise en charge des majorations de rentes (article 58) et qui procèdent, d'autre part, à la transposition de la IV^{ème} directive communautaire relative à l'assurance automobile (article 59).

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 additionnel avant l'article 57

(article 5 de la loi du 31 décembre 2002 ; article L. 112-2, articles L. 124-1-1 et L. 124-5 [nouveaux] et article L. 251-2 du code des assurances)

Conditions d'application dans le temps des garanties d'assurance de responsabilité

Votre Commission a examiné un amendement présenté par M. Michel Hunault, visant à préciser les conditions d'application dans le temps des garanties d'assurance de responsabilité. Votre Rapporteur a expliqué lorsqu'un dommage se manifeste plusieurs années après le fait qui en a été la cause et que la victime a depuis changé de compagnie d'assurance, la jurisprudence attribue la responsabilité de la prise en charge de ce dommage à la compagnie d'assurance à laquelle elle était affiliée au moment du fait générateur. Le but de cet amendement est de revenir sur cette position jurisprudentielle en clarifiant les responsabilités. Il a l'accord de la profession et du ministère concerné.

M. Charles de Courson a indiqué que cette jurisprudence posait des problèmes lorsque la victime a changé d'assureur depuis longtemps. M. Philippe Auberger s'est étonné d'une telle jurisprudence alors qu'il est fréquent que des compagnies d'assurance disparaissent et qu'un contrat résilié ne devrait plus avoir aucun effet. M. Charles de Courson a demandé si cet amendement avait un effet rétroactif. Il a approuvé l'idée suggérée par M. Jean-Pierre Balligand de mieux analyser cet amendement et ses conséquences. Votre Rapporteur a indiqué que si des compagnies d'assurance disparaissaient, elles étaient toujours reprises par d'autres compagnies qui pouvaient assurer la responsabilité en cause. Le mécanisme paraît effectivement complexe.

Votre commission a *adopté* cet amendement (**amendement n° 1**) portant article additionnel.

Article 57

(chapitre I^{er} du titre II du livre IV et articles L. 324-5, L. 326-14-1 [nouveau], L. 326-17 à L. 326-19, L. 421-9-1 à L. 421-9-6 [nouveaux] du code des assurances)

Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage

La création du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) vise à combler un vide dans les dispositifs de protection des assurés.

Alors qu'il existe des fonds de garantie pour indemniser les clients des banques ou des compagnies d'assurance-vie en cas de faillite de l'une d'entre elles, il n'existe aujourd'hui en France aucun mécanisme analogue pour les entreprises d'assurance dommage. Or, lorsque ces assurances sont obligatoires, il n'est pas normal que le particulier qui a rempli son obligation ne puisse en bénéficier en cas de défaillance de l'assureur. Le présent article met fin à cette anomalie.

Ainsi la création du FGAO vise-t-elle à garantir les assurés qui ont souscrit une assurance obligatoire, contre les conséquences de la défaillance de l'entreprise d'assurance. Ce nouveau fonds s'inscrit donc dans la lignée des fonds de garantie créés en 1999 dans la loi relative à l'épargne et à la sécurité financière ⁽¹⁾.

Le présent article comporte onze paragraphes, qui réforment substantiellement le code des assurances :

- en adaptant les structures actuelles du code aux dispositions nouvelles (I, II et III) ;

- en modifiant la vocation, le périmètre et le régime juridique du fonds de garantie (IV et V) ;

- en organisant les modalités d'intervention du fonds de garantie en cas de défaillance de compagnies d'assurances obligatoires (VI et VII) ;

- en adaptant d'autres dispositions du code des assurances à ces modalités nouvelles (VIII, IX, X et XI).

(1) Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière. Il s'agit des fonds de garantie des dépôts bancaires, des cautions, des titres et des assurances de personnes.

– paragraphe I : substitution du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages au Fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse

Le FGAO doit se substituer au Fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse (FGAC), dont le fonctionnement est régi par le chapitre I^{er} du titre II du livre IV du code des assurances. La structure de ce chapitre ⁽¹⁾ est donc modifiée afin de remplacer les références au FGAC par des références au FGAO.

On rappellera que 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 ⁽²⁾. Il est régi par les dispositions de l'article R. 421-25 ⁽³⁾ et il est soumis au contrôle du ministre chargé de l'économie ⁽⁴⁾. Il a pour mission d'indemniser les victimes d'accidents de la circulation et d'accidents de chasse, ou leurs ayants droit, lorsque l'auteur des dommages demeure inconnu, n'est pas assuré ou lorsque son assureur est partiellement ou totalement insolvable ⁽⁵⁾. En outre, 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 ⁽⁶⁾, le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles et le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

– paragraphes II et III : adaptation aux structures du code des assurances

Les intitulés des sections I ⁽⁷⁾ et VI ⁽⁸⁾ du chapitre I^{er} du titre II du livre IV du code des assurances deviennent respectivement : « *Dispositions générales* » et « *Intervention du fonds en cas de retrait d'agrément administratif d'entreprises d'assurances obligatoires* ». Ainsi, aux termes de l'article 57 du projet de loi, la section VI comprend désormais les articles L. 421-9 et L. 421-9-1 à L. 421-9-6 nouveaux du code des assurances.

(1) Et notamment son intitulé : « Le Fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse », qui devient : « Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages ».

(2) Plusieurs décisions rendues par des juridictions civiles ont considéré que ce fonds était doté d'une personnalité morale de droit privé.

(3) 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 assujettis à l'assurance).

(4) Conformément aux dispositions de l'article R. 421-26, un commissaire du gouvernement désigné par le ministre exerce en son nom un contrôle sur l'ensemble de la gestion du fonds.

(5) Articles L. 421-1 pour les accidents de circulation et L. 421-8 pour les accidents de chasse. Le FGAC est essentiellement financé, d'une part, par des contributions instituées par le code des assurances sur les assurés, les non assurés, les entreprises d'assurance, ainsi que des majorations d'amendes pénales et des pénalités dues par l'assureur en cas d'offre d'indemnisation manifestement insuffisante et, d'autre part, par 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.

(6) Articles L. 126-1, L. 422-1 et L. 422-4.

(7) « Dispositions spéciales aux accidents de la circulation survenus en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer ».

(8) « Rôle du Fonds de garantie en cas de retrait d'agrément administratif d'une entreprise d'assurance automobile ».

– *paragraphe IV : modification de la vocation du fonds de garantie (article L. 421-1)*

Une double innovation caractérise la définition, par l'article L. 421-1, de la vocation du fonds de garantie.

Le IV (1^o) substitue à la rédaction actuelle des dispositions assez comparables qui définissent les cas d'intervention du fonds de garantie au titre de l'indemnisation des victimes de dommages résultant d'atteintes à la personne nés d'un accident survenu en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer, dans lequel est impliqué un véhicule automobile ⁽¹⁾.

Toutefois, dans le cas où l'assureur du responsable des dommages est totalement ou partiellement insolvable, la nouvelle rédaction de l'article L. 421-1 restreint le champ d'indemnisation de la section I aux « *situations non couvertes par les dispositions de la section VI du présent chapitre* ». Ces dernières sont régies par les dispositions nouvelles introduites par les VI et VII du présent article. En effet, dans ce cas, l'article L. 421-1 ne joue, pour les victimes d'accidents de la circulation, que pour autant que les dispositions des nouveaux articles L. 421-9 à L. 421-9-6 ne sont pas applicables. En cas d'intervention pour insolvabilité partielle ou totale de l'assureur, ce mécanisme est donc subsidiaire par rapport à la garantie apportée au titre de la défaillance de l'assureur : ces deux garanties ne sauraient se cumuler.

Pour le reste, il s'agit donc d'une reprise par le FGAO des missions et des compétences du FGAC en matière d'accident de la circulation. L'article L. 421-1 continue ainsi de prévoir que le FGAO paie les indemnités qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre ⁽²⁾, allouées aux victimes ou à leurs ayants droit, lorsque l'accident ouvre droit à réparation. Le FGAO peut également prendre en charge les dommages aux biens nés d'un accident dans lequel est impliqué un véhicule, lorsque l'auteur identifié de ces dommages n'est pas assuré, sauf par l'effet d'une dérogation légale à l'obligation d'assurance, ou lorsque, l'auteur étant inconnu, le conducteur du véhicule accidenté ou toute autre personne a subi un préjudice résultant d'une atteinte à sa personne. Enfin, le FGAO reste chargé, lorsque le responsable des dommages demeure inconnu ou n'est pas assuré, de payer les indemnités allouées aux victimes de dommages résultant des atteintes à leur personne ou à leurs ayants droit, lorsque ces dommages ont été causés accidentellement par des personnes circulant sur le sol dans des lieux ouverts à la circulation publique ⁽³⁾.

Par ailleurs, le FGAO continuera d'exercer les compétences du FGAC en matière de garantie contre les accidents de la chasse, comme le prévoit l'article L. 421-8, de même qu'il assurera les missions que le FGAC exerçait pour le compte d'autres fonds d'indemnisation.

(1) Ce terme désigne tout véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exclusion des chemins de fer et des tramways circulant sur les voies qui leur sont propres.

(2) Les versements effectués au profit des victimes ou de leurs ayants droit et qui ne peuvent pas donner lieu à une action récursoire contre le responsable des dommages ne sont pas considérés comme une indemnisation à un autre titre.

(3) Les indemnités doivent résulter soit d'une décision judiciaire exécutoire, soit d'une transaction ayant reçu l'assentiment du fonds de garantie.

La seconde innovation du IV (2^o) consiste en l'insertion d'un nouvel alinéa à la fin de l'article L. 421-1 prévoyant que le fonds « *ne peut exercer aucun recours contre les assurés et souscripteurs de contrats pour le recouvrement des indemnités qu'il a versées en application du présent article* » lorsqu'il prend en charge, pour le compte de l'entreprise en liquidation, le règlement des dommages mentionnés à l'article L. 211-1 ⁽¹⁾. Il ne s'agit que de la reprise d'une disposition de l'article L. 421-9, supprimée par la nouvelle rédaction prévue au VI du présent article.

– paragraphe V : modification du régime juridique du fonds de garantie (article L. 421-2)

Le V procède à une réécriture de l'article L. 421-2, dont les dispositions relatives au régime juridique du fonds de garantie sont modifiées sous un double aspect.

En premier lieu, il est précisé que le FGAO est, à l'image du Fonds de garantie des dépôts et du Fonds de garantie des assurés contre la défaillance de sociétés d'assurance de personnes, une personne morale de droit privé ⁽²⁾.

En second lieu, la liste des membres obligatoires du fonds de garantie est élargie, d'une part, aux entreprises offrant des garanties en matière de chasse, en liaison avec les dispositions de l'article L. 421-8 ⁽³⁾, et, d'autre part, à « *toutes les entreprises d'assurance agréées en France et soumises au contrôle de l'État en vertu de l'article L. 310-1 du présent code qui couvrent les risques faisant l'objet d'une obligation d'assurance en vertu d'une disposition législative ou réglementaire* ».

L'adhésion au FGAO est ainsi restreinte aux 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. Au sein de cette catégorie, seules sont concernées les entreprises agréées en France et qui couvrent des risques pour lesquels la loi ou le règlement a prévu une obligation d'assurance. Par un avis rendu le 24 février 1994, le Conseil d'État 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

(1) *Il s'agit des dommages aux tiers dans un accident de la circulation. Aux termes de l'article L. 211-1, « toute personne physique ou toute personne morale autre que l'État, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule terrestre (...) est impliqué, doit, pour faire circuler lesdits véhicules, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. Les contrats d'assurance (...) doivent également couvrir la responsabilité civile de toute personne ayant la garde ou la conduite, même non autorisée, du véhicule, à l'exception des professionnels de la réparation, de la vente et du contrôle de l'automobile, ainsi que la responsabilité civile des passagers du véhicule objet de l'assurance. Toutefois, en cas de vol d'un véhicule, ces contrats ne couvrent pas la réparation des dommages subis par les auteurs, coauteurs ou complices du vol. L'assureur est subrogé dans les droits que possède le créancier de l'indemnité contre la personne responsable de l'accident lorsque la garde ou la conduite du véhicule a été obtenue contre le gré du propriétaire. Ces contrats doivent être souscrits auprès d'une entreprise d'assurance agréée pour pratiquer les opérations d'assurance contre les accidents résultant de l'emploi de véhicules automobiles. (...) »*

(2) *Ce statut sui generis s'est imposé pour les deux autres 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 de perturber le droit commun des sociétés commerciales et n'est pas de nature à soulever de grandes difficultés dès lors que le FGAO 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.*

(3) *Cette obligation, qui est en réalité implicitement exprimée à l'article L. 421-8, correspond d'ailleurs à la pratique actuelle, toutes les compagnies d'assurance en matière de chasse cotisant actuellement au FGAC.*

conditions d'exercice d'une profession ou d'une activité soumise à autorisation, agrément ou nomination, une décision réglementaire de l'autorité administrative peut inclure au nombre de ces conditions l'obligation d'assurance ⁽¹⁾, si la nature de la profession ou de l'activité l'exige.

Il n'existe ni de liste codifiée, ni de liste exhaustive des assurances obligatoires, mais les obligations d'assurances sont estimées à plus d'une centaine ⁽²⁾. Il s'agit de couvrir les risques longs, le plus souvent au travers des assurances de responsabilité civile de professionnels, dont le but est de protéger des consommateurs particuliers, et d'une assurance dommage obligatoire, dite « dommage ouvrage ».

– paragraphe VI : garanties nouvelles en cas de défaillances d'entreprises d'assurances obligatoires (article L. 421-9)

La nouvelle rédaction proposée organise l'intervention du fonds de garantie en cas de retrait d'agrément administratif d'entreprises d'assurance (section VI du code des assurances), qui est aménagée par les nouveaux articles L. 421-9 et L. 421-9-1 à L. 421-9-6. On précisera qu'au cours des années récentes, l'agrément a été retiré à six entreprises d'assurance, pour la plupart actives, notamment dans le domaine de l'assurance-construction (ICD, ICS assurances) et du multirisque habitation (*Independent Insurance*, Groupe des assurances européennes, CGA).

La nouvelle rédaction modifie profondément l'article L. 421-9 ⁽³⁾, dans la mesure où il est substitué aux dispositions actuelles ⁽⁴⁾ trois nouveaux paragraphes, qui constituent le cœur de la réforme introduite par le présent article. L'étendue de la garantie en cas de défaillances d'entreprises d'assurance est précisée, puisqu'il est institué deux types d'exclusion : celles ayant trait à la nature des entreprises défaillantes (I) et celles liées à la nature du contrat d'assurance comme à la relation avec l'assureur (II et III).

D'une part, le **I** du nouvel article L. 421-9, qui définit la mission du FGAO « *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'État en vertu de l'article L. 310-1* », détermine aussi le champ de cette garantie. Seules les entreprises d'assurance de dommages, agréées en France et qui ont fait souscrire des contrats d'assurance obligatoire sont concernées. Ne sont donc visées :

(1) Il est important de 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 » ou « attentats ». 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.

(2) La dernière en date, relative à l'assurance obligatoire de responsabilité civile médicale, a été instituée par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

(3) Dont il est précisé que les modalités d'application seront déterminées par décret en Conseil d'État.

(4) Les dispositions de l'article L. 421-9 du code des assurances sont en partie reprises par le 2° du IV du présent article.

- ni les entreprises agréées pour des opérations d'assurance-vie et pour des opérations faisant appel à l'épargne en vue de la capitalisation sans souscrire d'engagements déterminés (citées au 1^o et au dernier alinéa de l'article L. 310-1). Ces entreprises relèvent, en effet, du Fonds de garantie des assurés contre la défaillance de sociétés d'assurance de personnes (FGAP) ⁽¹⁾ ;

- ni les entreprises agréées, à titre exclusif, pour des opérations couvrant, sous forme d'assurance directe, les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie (citées au 2^o de l'article L. 310-1). Ces entreprises relèvent elles aussi du FGAP ;

- ni les entreprises agréées pour des activités d'assistance (citées au 3^o de l'article L. 310-1). L'assistance forme, en effet, une branche spécifique, qui est, par nature, plus proche d'une assurance de personnes que de la logique d'assurance-dommages. Le législateur a choisi, en 1999, de ne pas la faire entrer dans le périmètre du FGAP. L'assistance n'a pas davantage vocation à rentrer dans le périmètre du FGAO. Non seulement cette garantie n'est pas obligatoire, mais le choix de se couvrir relève, en la matière, de la libre appréciation de chacun, alors que le FGAO vise à couvrir les assurances dont le caractère obligatoire souligne le rôle clef dans la vie quotidienne de la totalité de nos concitoyens.

Par ailleurs, il est précisé, au deuxième alinéa du I de l'article L. 421-9, que ne sont couverts par le fonds que les sinistres garantis par les 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.

D'autre part, les II et III de l'article L. 421-9 déterminent la liste des contrats d'assurance qui sont exclus du bénéfice de l'indemnisation par le FGAO. L'ensemble de ces exclusions se justifie par le fait que les ressources de la solidarité – limitées – ne permettraient pas de couvrir l'intégralité des assurances contractées par les Français, dont certaines relèvent de la liberté et des choix et styles de vie de chacun. De plus, le FGAO a été conçu pour protéger les particuliers, et non pas les professionnels ⁽²⁾.

La liste des contrats d'assurance exclus du bénéfice de l'indemnisation par le FGAO a été établie sur le modèle de l'article L. 423-1 qui s'applique au FGAP et exclut de toute indemnisation certains contrats à raison de la qualité des personnes qui les ont souscrits ou de la nature particulière des contrats concernés. La présente liste vise :

- les contrats pour lesquels « *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* » (1^o du II). Il convient ainsi 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 ;

(1) En application du premier alinéa de l'article L. 423-1.

(2) Le choix de l'assureur étant un choix de gestion, il est raisonnable d'attendre du professionnel qu'il s'oriente vers les compagnies les plus saines et fiables, et pas vers celles qui sous tarifient et apparaissent manifestement peu sérieuses. Les professionnels sont les mieux placés pour juger du sérieux et de la fiabilité de l'entreprise d'assurance qu'ils choisissent.

- les 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 ⁽¹⁾ (**2° du II**). Il s'agit ainsi d'exclure de la garantie du FGAO les risques spéciaux ;

- les 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* » (**3° du II**). Il convient par-là de ne pas faire entrer dans la garantie des engagements non maîtrisés ;

- les 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* » (**4° a) du II**). En effet, ces personnes disposent d'informations privilégiées sur la situation difficile de l'entreprise ;

- les contrats souscrits par les « *tiers agissant pour le compte des assurés, souscripteurs de contrats, adhérents et bénéficiaires de prestations (...)* » (**4° b) du II**), dans la mesure où seuls les assurés directs ont droit à la garantie ;

- les 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* » (**4° c) du II**), puisque ces entreprises sont censées être suffisamment averties pour ne pas choisir un assureur présentant un risque de défaillance ;

- les contrats souscrits par les sociétés entrant dans le périmètre de consolidation dont relève l'entreprise d'assurance ⁽²⁾, « *sauf s'il s'agit de contrats souscrits au profit de leurs salariés ou de leurs clients* » (**4° d) du II**). En effet, ces sociétés sont censées être en mesure d'apprécier la solidité de l'entreprise d'assurance qui fait partie du même groupe ;

(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 L. 233-16 du code de commerce. Cet article dispose que les sociétés commerciales établissent chaque année des comptes consolidés « 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 soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise, soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, 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.

- les 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 ⁽¹⁾, « *sauf pour les contrats souscrits pour le compte d'un emprunteur, d'un client ou de leurs salariés* » (4° e) du II), pour les mêmes raisons ;

- les 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* » (5° du II). Les personnes agissant dans leur cadre professionnel sont ainsi réputées être à même de choisir un assureur financièrement solide. À titre d'exemple, un particulier ou une société civile immobilière (personne morale), assuré auprès d'un assureur qui fait faillite, sera couvert si les contrats d'assurance obligatoire conclus ne concernent pas leurs activités professionnelles.

Enfin, le III 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) : Cette victime sera indemnisée si l'assureur de son médecin vient à faire faillite. En effet, 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.

Il convient donc, au total, de bien distinguer la couverture de l'assuré de celle de la victime :

- en cas de défaillance de l'assureur, l'assuré ne bénéficiera pas de la mise en jeu du FGAO dans le cadre de son activité professionnelle, alors qu'il en bénéficiera en dehors de ce cadre ;

- quant à la victime de l'assuré, sa prise en charge dépendra de la nature – contractuelle ou délictuelle – de la responsabilité de l'auteur du dommage. Ainsi, dans le cas où existe une relation contractuelle entre la victime et l'assuré, à raison de leur activité professionnelle, la victime ne bénéficiera pas de la mise en jeu du FGAO, mais elle en bénéficiera si l'assuré agit en dehors du cadre de son activité professionnelle. Par contre, si la victime se trouve dans une situation non contractuelle avec l'assuré, elle bénéficiera dans tous les cas de la mise en jeu du FGAO. Bref, les victimes de l'assuré seront toujours couvertes sauf si elles se trouvent avec l'assuré dans une relation contractuelle à raison de leur activité professionnelle.

(1) Il s'agit des personnes mentionnées à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier.

– *paragraphe VII : modalités d'intervention du fonds de garantie en cas de défaillance d'entreprises d'assurances obligatoires (articles L. 421-9-1 à L. 421-9-6 nouveaux)*

Les modalités d'intervention du FGAO, lorsqu'il agit au titre de la garantie contre les défaillances d'entreprises d'assurance, sont précisées par six nouveaux articles du code des assurances. Ces dispositions sont calquées sur celles prévues dans le cadre du Fonds de garantie des assurés contre les défaillances de sociétés d'assurance de personnes.

- *article L. 421-9-1 [nouveau] : recours au fonds de garantie et transfert de portefeuille*

Cet article encadre la procédure permettant de recourir au FGAO (I), ainsi que la procédure subséquente de transfert de portefeuille (II, III et IV).

Le **I** détaille les différentes étapes de la procédure de recours au FGAO. C'est lors d'une procédure de sanction⁽¹⁾ que la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP)⁽²⁾ peut estimer qu'une des entreprises visées dans le champ de la garantie du FGAO⁽³⁾ 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⁽⁴⁾. La CCAMIP décide alors de recourir au fonds de garantie.

Avant de prendre sa décision, elle doit consulter par écrit le FGAO en lui indiquant qu'elle envisage de recourir à lui. Ce dernier 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. 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, cette dernière 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. Le ministre peut alors, « *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 FGAO est immédiatement notifiée à l'entreprise concernée à l'issue de cette procédure.

Le **II** indique que, dès cette notification à l'entreprise concernée, la CCAMIP lance un appel d'offres en vue du transfert d'office du portefeuille de contrats⁽⁵⁾ de l'entreprise. Cet appel d'offres est communiqué au fonds de garantie.

(1) Article L. 310-18 du code des assurances.

(2) Créée à l'article 26 du présent projet de loi.

(3) C'est-à-dire mentionnées au premier aliéna de l'article L. 421-9.

(4) Mentionnées au premier alinéa de l'article L. 421-9.

(5) Cette procédure a le caractère d'une sanction disciplinaire de l'article L. 310-18 (6°).

Le **III** précise que, 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 FGAO.

Même si le transfert de portefeuille n'est que partiel ou ne réussit pas, le **IV** dispose que la CCAMIP doit obligatoirement retirer tous les agréments administratifs de l'entreprise défaillante, et ce dans le but d'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) qui accomplit, jusqu'à la nomination du liquidateur, les actes nécessaires à la gestion de cette partie du portefeuille.

- *article L. 421-9-2 [nouveau] : indemnisation des assurés et des victimes par le fonds de garantie*

Cet article prévoit que le FGAO verse des indemnités dans deux types de situations.

Si le transfert de portefeuille n'a pas abouti, les droits des assurés sont garantis par des versements du fonds de garantie, au profit direct des assurés, dans des limites fixées par décret en Conseil d'État 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 quarante jours après la publication au *Journal Officiel* de la décision de la CCAMIP prononçant le retrait.

Par contre, si le transfert de portefeuille a abouti, 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 décret en Conseil d'État et dans celles prévues par les contrats souscrits auprès de l'entreprise dont l'agrément a été retiré.

- *article L. 421-9-3 [nouveau] : relations du fonds de garantie avec les autorités compétentes en matière d'assurance*

Cet article précise que le ministre chargé de l'économie (ou son représentant) peut demander à être entendu par le FGAO. Ce droit est également ouvert au président de la CCAMIP (ou son représentant).

Par ailleurs, la CCAMIP peut entendre le représentant du FGAO sur toute question concernant une entreprise d'assurance et le FGAO peut, à l'inverse, demander à être entendu par la commission.

- *article L. 421-9-4 [nouveau] : subrogations et actions récursoires*

Prolongeant les dispositions prévues pour le Fonds de garantie des assurés contre les défaillances de sociétés d'assurance de personnes, cet article, dont les modalités d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État, détaille les cas dans lesquels le FGAO peut être subrogé dans les droits des assurés et de l'entreprise défaillante. Le fonds de garantie rachète alors les droits des assurés indemnisés et devient titulaire de ces droits dans la procédure de liquidation ouverte à l'encontre de l'entreprise défaillante.

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, et 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 et des sommes exigibles en vertu de l'exécution des traités de réassurance en cours. Il est précisé que « *les versements des sommes dues (...) par les réassureurs sont effectués au profit du fonds de garantie* » et qu'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* ».

De plus, cet article prévoit les cas dans lesquels le FGAO peut engager des actions récursoires contre les dirigeants d'une entreprise défaillante. La subrogation permet au fonds de garantie 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 : action en responsabilité (personnelle et pécuniaire) à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait de l'entreprise d'assurance dont la défaillance a entraîné son intervention et action en responsabilité à l'encontre des autres dirigeants et actionnaires de la société défaillante.

En outre, 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, le FGAO engage une action contre le responsable du dommage.

- *article L. 421-9-5 [nouveau] : dispositions relatives au secret professionnel*

Cet article précise les règles de secret professionnel applicables dans le cadre des activités du FGAO⁽¹⁾. 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 professionnel. Dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 226-13 du code pénal⁽²⁾, 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.

(1) Ces règles sont calquées sur celles de l'article L. 423-6 pour le FGAP.

(2) L'article 226-13 du code pénal dispose que la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amendes.

- *article L. 421-9-6 [nouveau] : intervention d'un décret en Conseil d'État*

Cet article renvoie à un décret en Conseil d'État, lequel ne pourra être modifié qu'après avis du FGAO, la détermination des précisions suivantes :

- les conditions et les plafonds d'indemnisation par assuré, souscripteur, adhérent ou bénéficiaire ;

- les modalités et délais d'indemnisation ;

- les règles relatives à l'information de la clientèle ;

- la fixation d'un plafond pluriannuel global pour l'intervention du FGAO dans sa mission de garantie contre les conséquences des défaillances d'entreprises d'assurance de dommages. La garantie des assurances de dommages pourrait représenter des montants très considérables, notamment en cas de dommages sériels. C'est pourquoi il est prévu qu'elle ne sera pas illimitée, afin notamment de permettre aux entreprises d'assurance qui sont appelées à cotiser au fonds de pouvoir 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 assurés ;

- les modalités de définition des limites de garantie en cas de transfert de portefeuille de l'entreprise défaillante.

– paragraphes VIII et IX : reversement de commissions par les intermédiaires d'assurances

Les VIII et IX procèdent respectivement à une coordination dans l'article L. 324-5, dans la partie du code relative au transfert de portefeuille, et à l'introduction d'un article L. 326-14-1, dans celle relative à la liquidation.

L'article L. 324-5 permet 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⁽¹⁾ 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 dix-huit mois précédents.

Le VIII a pour effet d'étendre cette possibilité aux contrats comportant la garantie de risques couverts par le FGAO.

(1) *Personnes physiques ou morales (autres que les mandataires et salariés d'entreprises d'assurance).*

Quant au IX, il a pour effet de permettre 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 lors de la liquidation une part des commissions encaissées à quelque titre que ce soit à l'occasion de ces contrats, 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. Cette disposition s'applique également 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, en réalité, de la reprise d'un dispositif existant à l'article L. 326-18, supprimé par le X, et qui était limité aux contrats de responsabilité civile couvrant les dommages causés aux tiers en cas d'accident de la circulation ⁽¹⁾. La CCAMIP agissant dans le cadre du fonds de garantie pourra donc, dans certains cas, faire jouer les deux mécanismes cumulativement.

– paragraphes X et XI : coordination

Les X et XI constituent des dispositions de coordination, qui modifient respectivement les articles L. 326-17 à 326-19 et L. 421-10.

- *abrogation des articles L. 326-17 à 326-19 :*

Il est proposé d'abroger ces trois articles, dans la mesure où :

- le FGAO reprend à son compte la responsabilité mentionnée à 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 prend en charge, pour le compte de l'entreprise en liquidation, le règlement des dommages causés aux tiers lors d'accidents de la circulation ;

- les dispositions de l'article L. 326-18 sont reprises et étendues par l'article L. 326-14-1 introduit par le IX ;

- l'article L. 326-19 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.

- *modification de l'article L. 421-10 :*

L'article L. 421-10 prévoit que les principales dispositions qui régissent actuellement le FGAC ⁽²⁾ sont applicables à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

(1) Article L. 211-1 du code des assurances.

(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.

Il est proposé de supprimer la référence à l'article L. 421-9, tel que modifié par le VI et qui fixe désormais le champ de la garantie contre les conséquences de la défaillance des entreprises du FGAO.

*
* *

Le Sénat a apporté quatre modifications à cet article.

En premier lieu, il a adopté un amendement de sa commission des finances, complétant le paragraphe VI par un nouvel alinéa. Cet alinéa vise à ce que les dispositions de l'article L. 421-9 nouveau s'appliquent aux entreprises « *dont le retrait d'agrément a été prononcé à compter de la promulgation de la présente loi ou dont la procédure de liquidation était encore en cours à cette date* ». Il est prévu qu'un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles le FGAO intervient pour les défaillances encore en cours à la date de promulgation de la loi.

Cette mesure apparaît souhaitable dans la mesure où le projet de loi ne prévoyait pas la rétroactivité de la couverture par le FGAO des victimes d'assureurs dommages défaillants. Cette absence de rétroactivité du champ du fonds comportait des inconvénients non négligeables, puisqu'il aurait été délicat d'opposer aux victimes du défaut de l'assureur, souvent placées dans des situations très délicates, la date de mise en liquidation de l'entreprise alors que d'autres victimes seraient prises en charge. En outre, l'absence de rétroactivité du champ du fonds de garantie pouvait conduire en matière de cautionnement à introduire une inégalité de traitement entre les victimes du défaut d'une entreprise d'assurance et celles d'un établissement bancaire⁽¹⁾. L'extension du bénéfice du FGAO aux personnes victimes de faillites d'entreprises d'assurance dont la liquidation est en cours à la date de promulgation de la loi paraît donc tout à fait souhaitable.

Votre Rapporteur souligne toutefois que cet alinéa a été inséré par erreur au sein de l'article codifié qu'il vise et qu'une modification rédactionnelle devrait utilement être introduite.

En deuxième lieu, au VII de cet article, un autre amendement a complété le quatrième alinéa de l'article L. 421-9-4 nouveau par la phrase suivante : « *lorsque le fonds de garantie prend en charge, pour le compte de l'entreprise en liquidation, le règlement des dommages mentionnés à l'article L. 211-1, le septième alinéa de l'article L. 421-1 est applicable* ».

(1) En effet, la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a étendu le bénéfice du fonds de garantie bancaire à la garantie des cautionnements obligatoires avait prévu l'application rétroactive de ses dispositions.

Cette disposition vise à traiter le problème des recours contre les responsables d'accidents de la circulation. Elle permet de supprimer une distorsion de concurrence entre entreprises d'assurance agréées en France et autres entreprises, à raison des recours qui peuvent être intentés contre les responsables d'accidents de la circulation. En effet, dans la rédaction initiale du projet de loi ⁽¹⁾, la situation suivante pouvait se produire : lorsqu'un poids lourd, dont le propriétaire est assuré auprès d'une entreprise d'assurance agréée en France, causait un accident de la circulation, le Fonds de garantie pouvait demander au propriétaire du poids lourd le remboursement des indemnités versées à la victime de l'accident. Par contre, si l'exploitant était assuré auprès d'une entreprise d'assurance non agréée en France, le fonds ne pouvait pas demander le remboursement de ces indemnités.

La modification introduite par le Sénat permet donc de ne pas laisser subsister une telle incitation pour les professionnels à choisir des assureurs non agréés en France. Le VII confirme désormais que, dans ce seul domaine des accidents de la circulation, aucun recours ne peut être engagé à l'encontre du responsable du dommage.

En troisième lieu, au même VII de cet article, le Sénat a adopté un amendement de sa commission des finances, insérant un 4° au sein de la liste des dispositions devant être précisées par décret en Conseil d'État, à l'article L. 421-9-6 nouveau. Le décret doit désormais préciser la liste « *des cautions obligatoires couvertes par le fonds de garantie, ainsi que les conditions d'indemnisation des bénéficiaires de contrats de cautionnement, notamment la franchise applicable et le pourcentage d'indemnisation versée par le fonds de garantie des sommes que l'entreprise d'assurance défaillante aurait du payer en cas d'exécution de son engagement* ».

Cette modification permet d'éviter toute inégalité de traitement entre le fonds de garantie des cautions et le FGAO. Il paraît donc légitime de prévoir des conditions identiques d'indemnisation des bénéficiaires de contrats de caution.

Enfin, au IX de cet article, le Sénat a adopté un amendement de rectification précisant que le retrait d'agrément est régi par les dispositions de l'article L. 421-9.

*

* *

Votre Commission a *adopté* un amendement rédactionnel (**amendement n° 183**) proposé par votre Rapporteur, puis un amendement de conséquence (**amendement n° 2**), présenté par M. Michel Hunault.

(1) L'article L. 421-1 du code des assurances tel que modifié par le IV 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 prévoyait 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.

Elle a ensuite *adopté* deux amendements rédactionnels (**amendements n^{os} 184 et 185**) présentés par votre Rapporteur.

M. Charles de Courson a présenté un amendement visant à préciser que le secret auquel sont tenus les membres du conseil d'administration du fonds de garantie ne s'applique pas à la Cour des comptes. Votre Rapporteur ayant fait observé que l'article visé n'appartenait pas au code monétaire et financier mais au code des assurances, M. Charles de Courson a *retiré* son amendement.

Votre Commission a *adopté* un amendement rédactionnel (**amendement n^o 186**) présenté par votre Rapporteur, puis l'article 57 ainsi modifié.

Sous-section 2

Diverses extensions du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

Article 58

(article 2 de la loi n^o 74-1118 du 27 décembre 1974, article 3 de la loi n^o 51-695 du 24 mai 1951 et article L. 421-1 du code des assurances)

Prise en charge des majorations de rentes par le fonds de garantie et des dommages corporels causés par des animaux sans propriétaire

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 (FGAO).

Au-delà de l'économie budgétaire réalisée pour le budget de l'État⁽¹⁾, l'intérêt d'un tel transfert réside dans les compétences techniques que détient le fonds de garantie en matière d'indemnisation. Cet organisme est, par ailleurs, un interlocuteur privilégié des sociétés d'assurance, avec lesquelles il entretient des relations régulières. Il est donc naturel que l'État, dont ce n'est pas le métier, se désengage de ce type d'activité au profit du FGAO.

– paragraphe I : majorations liées à des accidents provoqués par des véhicules terrestres à moteur

Il s'agit de permettre au fonds de garantie de prendre en charge les majorations des rentes allouées aux victimes d'accidents provoqués par des véhicules terrestres à moteur.

(1) Le FGAO devra prendre en charge environ 16 millions d'euros par an. À cela, s'ajouteront les charges de personnel résultant de la gestion matérielle de ces dossiers. Ces charges resteront toutefois marginales (1 agent équivalent temps plein à la direction du Trésor).

L'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1974⁽¹⁾ pose le principe de ces majorations en disposant 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 par le code de la sécurité sociale⁽²⁾. 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.

Le deuxième alinéa de l'article 2 de cette loi dispose que « *les majorations dont le versement incombe aux sociétés d'assurance et au fonds de garantie prévu à l'article L. 421-1 du code des assurances sont prises en charge par l'État* ». À l'heure actuelle, les demandes de remboursements sont présentées, chaque année, par les compagnies d'assurance à la direction du Trésor, qui a la charge de les gérer. Les crédits correspondant à la prise en charge par l'État sont inscrits sur le chapitre 46-93 du budget des charges communes⁽³⁾.

Le I du présent article substitue à cette prise en charge par l'État une intervention directe du FGAO dans le financement et la gestion de ces majorations.

On rappellera qu'aux termes du premier alinéa de l'article 2 de la loi de 1974, les majorations, autres que celles dont le versement incombe aux sociétés d'assurance et au fonds de garantie, sont à la charge du débiteur de la rente ou, le cas échéant, de l'organisme qui lui est substitué.

– paragraphe II : autres majorations de rentes

De la même manière et s'agissant des autres majorations de rentes, le II modifie le premier alinéa de l'article 3 de la loi du 24 mai 1951⁽⁴⁾. Cet alinéa dispose que « *les majorations dont le service incombe aux compagnies d'assurance sont financées par un fonds commun alimenté partie par les compagnies, partie par l'État et partie au moyen d'une contribution des assurés contre les risques de responsabilité civile* ». À l'heure actuelle, la participation de l'État est imputée sur des crédits inscrits sur le chapitre 46-93 du budget des charges communes⁽⁵⁾.

Le II substitue à la prise en charge par ce fonds commun une intervention directe du FGAO dans le financement et la gestion de ces majorations.

(1) 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 et portant diverses dispositions d'ordre civil.

(2) Le coefficient de revalorisation des rentes allouées en réparation du préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur est prévu à l'article L. 351-11 du code de la sécurité sociale. Ce coefficient est fixé chaque année dans le cadre de la loi de financement de la sécurité sociale. Au titre de 2003, ce coefficient s'établit à 1,5 % (article 61 de la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002).

(3) En 2002, 14 millions d'euros ont été inscrits sur l'article 10 (« Majoration de rentes allouées en réparation du préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur ») du chapitre 46-93. Les montants mentionnés chaque année sur cet article sont estimatifs. En effet, c'est à la fin de chaque année que les assureurs présentent à l'État la facture des majorations effectivement versées, durant l'année écoulée, aux bénéficiaires des rentes. Ainsi, en ce qui concerne l'année 2002, l'État doit, en réalité, verser aux assureurs la somme de 15.484.222 euros au titre de la loi de 1974.

(4) Loi n° 51-695 du 24 mai 1951 portant majoration de certaines rentes viagères et pensions.

(5) En 2002, 266.500 euros ont été inscrits sur l'article 20 (« Participation de l'État aux majorations de rentes viagères ») du chapitre 46-93, mais ce sont en réalité 149.137 euros que l'État devra verser aux assureurs au titre de la loi de 1951. La prise en charge par l'État des majorations constituées auprès des compagnies d'assurances concerne essentiellement des accidents de la circulation sur le sol, tels les accidents de ski ou de vélo.

On rappellera que l'article 2 de la loi de 1951 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⁽¹⁾, 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.

— *paragraphe III : coordination*

Le III tire les conséquences des dispositions précédentes en complétant, par un nouvel alinéa, l'article L. 421-1 du code des assurances afin de confier au fonds de garantie cette mission nouvelle.

*
* *

Le Sénat a adopté un amendement de coordination visant à préciser que le fonds de garantie ne se contente pas de financer les majorations de rentes, mais participe également à leur gestion. Cette modification résulte logiquement des dispositions modifiées des lois du 27 décembre 1974 et du 24 mai 1951 précitées.

D'autre part, en introduisant un nouveau paragraphe (II *bis*) consacré à la prise en charge des dommages corporels causés par des animaux sans propriétaire, le Sénat a inséré, après le troisième alinéa de l'article L. 421-1 du code des assurances, deux alinéas. Cette modification, qui répond à une préoccupation importante et concrète, rend possible la prise en charge de certains dommages corporels causés par des animaux sans propriétaire⁽²⁾.

Elle vient donc combler un vide juridique en matière d'indemnisation des dommages corporels causés aux conducteurs du fait d'un accident provoqué par des animaux sans propriétaire ou dont le propriétaire est inconnu ou non assuré (principalement le gibier et, de façon marginale, les oiseaux ou les insectes). Elle prévoit, par ailleurs, l'indemnisation des dommages aux biens dus à ce type d'accident et élargit, en conséquence, l'indemnisation des dommages aux biens, actuellement limitée aux seuls accidents de la circulation.

(1) Le coefficient de revalorisation des rentes considérées est fixé chaque année par un arrêté élaboré à la direction du Budget. Au titre de 2003, ce taux a été fixé à 1,7 % (arrêté du 4 décembre 2002 publié au Journal Officiel du 13 décembre 2002). Le coût effectif pour l'État correspond à ce qui lui est « facturé » par les assureurs, et donc à ce qui est versé par ces derniers aux bénéficiaires des rentes.

(2) S'agissant des dommages corporels causés par les animaux sans propriétaire, il convient de rappeler que tous les préjudices (préjudices économiques, *pretium doloris*, préjudice esthétique, etc.) des victimes autres que le conducteur sont actuellement pris en charge par l'assureur, dans le cadre de la garantie obligatoire de responsabilité civile du conducteur (application de la loi « Badinter » du 5 juillet 1985). En revanche, les préjudices subis par les conducteurs eux-mêmes ne sont indemnisés qu'à la condition que les intéressés aient souscrit une garantie individuelle du conducteur ou une garantie des accidents de la vie, qui demeure facultative.

Le premier⁽¹⁾ des deux alinéas introduits à l'article L. 421-1 permet au FGAO d'indemniser les dommages résultant d'une atteinte à la personne, subis par les victimes ou leurs ayants droit, « *lorsque ces dommages ont été causés accidentellement par des animaux qui n'ont pas de propriétaire ou dont le propriétaire demeure inconnu ou n'est pas assuré, dans des lieux ouverts à la circulation publique et lorsqu'ils résultent d'un accident de circulation sur le sol* »⁽²⁾. Il est précisé que le fonds de garantie « *paie les indemnités qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre* »⁽³⁾.

En effet, selon une jurisprudence de la Cour de cassation, le fonds de garantie est tenu d'indemniser les victimes d'accidents de la circulation causés par un animal appartenant à un tiers, si celui-ci n'est pas assuré pour de tels dommages. Il découle donc de cette jurisprudence que le FGAO n'avait pas, dans la rédaction initiale du projet de loi, compétence pour indemniser les dommages causés par le gibier, les animaux sauvages ou sans propriétaire. Cette modification permet donc d'améliorer le sort des victimes de ce type d'accidents, qui n'ont rien d'anecdotiques puisqu'on en recense environ 4 000 chaque année.

En outre, l'introduction d'un alinéa supplémentaire au sein de l'article L. 421-1⁽⁴⁾ harmonise les modalités d'indemnisation par le FGAO des dommages aux biens. Le FGAO pourra indemniser, dans les conditions et les limites fixées par décret en Conseil d'État, les « *dommages causés aux biens* » consécutifs aux événements visés par l'alinéa précédent⁽⁵⁾. Ainsi, pour tous les types d'accidents de la circulation entraînant son intervention, le fonds de garantie n'indemniserait les dommages aux biens qu'en cas de dommages corporels concomitants⁽⁶⁾.

Il est toutefois précisé que, lorsque le responsable des dommages est inconnu ou que l'animal n'est pas identifié, ces dommages ne sont couverts « *que si le conducteur du véhicule accidenté ou toute autre personne a subi un préjudice corporel* ».

*

* *

(1) Qui a vocation à devenir le quatrième alinéa de cet article.

(2) L'indemnisation des dommages corporels causés par ces animaux est possible même lorsqu'ils ne circulent pas sur le sol (c'est, par exemple, le cas d'un oiseau qui heurte le pare-brise d'un véhicule) à la condition que ces dommages résultent d'un accident de la circulation sur le sol. C'est l'exemple type des dommages corporels subis par le conducteur qui perd le contrôle de son véhicule à la suite d'un heurt avec un animal.

(3) Le Fonds de garantie a estimé le coût de cette nouvelle charge à environ 7 millions d'euros (en année pleine).

(4) Qui a vocation à devenir le cinquième alinéa de cet article.

(5) De même d'ailleurs qu'il indemnise, dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 421-1, les victimes de dommages résultant des atteintes à leur personne (ou à leurs ayants droit), lorsque ces dommages ont été causés accidentellement par des personnes circulant sur le sol dans des lieux ouverts à la circulation publique et à la condition que le responsable des dommages demeure inconnu ou ne soit pas assuré.

(6) Ces dommages seront systématiquement indemnisés lorsqu'ils auront été causés par un auteur non assuré ou un animal identifié (dans ce cas, le risque de fraude à l'assurance est limité puisqu'il existe un responsable de sinistre identifié). En revanche, en cas de responsable non identifié, les dommages matériels ne seront indemnisés qu'à la condition qu'ils s'accompagnent de dommages corporels concomitants (l'existence de tels dommages réduisant les risques de fraudes).

Votre Commission a examiné un amendement présenté par M. Charles de Courson visant à autoriser le FGAO à financer des actions de prévention. M. Philippe Auberger a estimé que le Fonds étant alimenté par les cotisations des assurés et les compagnies d'assurance finançant déjà des actions de prévention routière à l'efficacité limitée, il était préférable de ne pas étendre les domaines d'intervention du FGAO et de limiter le prélèvement obligatoire qui lui est affecté. M. Charles de Courson a souligné qu'une prévention efficace en matière de non-assurance de responsabilité civile automobile permettrait d'augmenter le nombre des assurés et donc de réduire les occasions d'intervention du Fonds. M. Jean-Louis Dumont s'est interrogé sur le rôle des mutuelles en la matière. Votre Commission a *adopté* cet amendement (**amendement n° 187**). Elle a ensuite *adopté* cet article, ainsi modifié.

Section 2 – Transposition de la IV^{ème} directive européenne sur l'assurance automobile

Article 59

(chapitre IV [nouveau] du titre II et titre V [nouveau] du livre IV et articles L. 211-9, L. 310-2-2 [nouveau] et L. 421-1 du code des assurances)

Transposition de la IV^{ème} directive européenne sur l'assurance automobile

Afin de transposer la IV^{ème} directive communautaire relative à l'assurance automobile ⁽¹⁾, cet article modifie le code des assurances en s'attachant, d'une part, à préciser les modalités d'indemnisation des victimes d'un accident de la circulation dans l'Espace économique européen (I et II) et, d'autre part, à aménager la création d'un organisme d'indemnisation (III et IV) et d'un organisme d'information (V) au niveau européen. On signalera que la transposition de cette directive devait intervenir au plus tard le 20 juillet 2002. Seuls quatre États membres ⁽²⁾ ont respecté ce délai. La France ⁽³⁾ fait l'objet d'une procédure d'infraction engagée par la Commission européenne. Le présent article a donc pour objet de prendre les mesures nécessaires au respect des engagements internationaux de la France dans ce domaine.

(1) Directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 mai 2000 concernant le rapprochement des législations des États 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. Cette directive vise à résoudre les cas dans lesquels un accident de la circulation survient en dehors de l'État membre de résidence de la victime et 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'Union européenne, 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. 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. Il s'agit également de 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. Enfin, la directive impose de mettre en place un organisme d'indemnisation ayant pour rôle de régler les sinistres lorsqu'aucun représentant chargé du règlement des sinistres n'a été désigné ou lorsque l'assureur traite le dossier avec une lenteur excessive.

(2) L'Allemagne, l'Autriche, la Finlande et la Suède. Depuis cette date, le Danemark, l'Espagne, la Belgique, le Royaume-Uni et la Grèce ont également pris des mesures de transposition.

(3) Comme les cinq autres États membres n'ayant pas encore transposé la directive.

N° 807 – Rapport de M. François Goulard sur le projet de loi, adopté par le Sénat, de sécurité financière

[Voir la suite du rapport](#)