# LA SEMAINE JURIDIQUE

## ÉDITION GÉNÉRALE

SUPPLÉMENT AU N° 44, 26 OCTOBRE 2015 ISSN 0242-5777

# Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron*

LexisNexis

LexisNexis®

# SCPA BONDIGUEL & Associés

**« Notre cabinet est dédié à la fiscalité et au droit douanier. Les clients nous consultent pour sécuriser leurs dossiers et nous confient des missions de défense. »**

Nous sommes équipés du logiciel PolyOffice Plus depuis septembre 2011. Après avoir étudié les produits existants sur le marché, nous avons fait le choix d'un éditeur pérenne, dont nous connaissions la volonté d'amélioration permanente, en concertation avec ses utilisateurs.

Notre participation au Club utilisateurs valide notre choix d'un partenaire qui investit dans la réflexion sur le long terme et qui accompagne les mutations en cours de notre profession.

La mise en place du logiciel PolyOffice Plus a constitué une nouvelle étape dans l'informatisation des dossiers. Elle a induit une réflexion fructueuse sur la gestion du cabinet.

PolyOffice permet, selon des modalités simples et souples, de classer tous les éléments d'un dossier, d'y répertorier le temps passé, et de générer et suivre la facturation. Nous apprécions également la fonction de gestion de l'agenda et le système des alertes.

Le logiciel permet un partage simple et efficace de l'information et des documents, ce qui facilite le travail au sein du cabinet.

Nous sommes également des utilisateurs convaincus du portail juridique Lexis 360® et apprécions la logique de passerelles avec le logiciel de gestion.

Raymond Bondiguel
M. Véronique Poirrier-Jouan
Maud Bondiguel-Schindler
Guillaume Omnès
Stéphanie Laisné
Marie-Emilie Simon
avocats

15LAWSV056 – 552029431 RCS Paris – 07/2015

# Sommaire

LOI MACRON

La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 44, 26 octobre 2015

## Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron*

Loi *Macron* : grosse loi ou grande loi ➜ **Par Hervé Croze,**
agrégé des facultés de droit, avocat honoraire **P. 4**

Les réseaux de distribution commerciale ➜ **Par Didier Ferrier,**
professeur à l'université Montpellier I **P. 9**

La réforme des professions juridiques et judiciaires - Une « déréglementation » très réglementée ➜ **Par Florence G'sell,**
agrégée de droit privé, professeur à l'université de Lorraine **P. 15**

Le contrôle des SEL et des SPFPL ➜ **Par Stéphane Tork,**
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) **P. 24**

Encadrement des retraites chapeau ➜ **Par Pascal Durand-Barthez,**
avocat à la cour, secrétaire général du Haut comité de gouvernement d'entreprise (Afep-Medef) **P. 27**

Assurer la continuité de la vie des entreprises ➜ **Par Hervé Lécuyer,**
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) **P. 31**

Le droit du travail « éparpillé » ➜ **Par François Dumont,**
professeur à l'université de Lille 2 **P. 37**

**LA SEMAINE JURIDIQUE**
Juris-Classeur Périodique (JCP)
89e année

*Président Directeur Général, Directeur de la publication :*
Philippe Carillon
*Directrice éditoriale :*
Caroline Sordet
carolinesordet@lexisnexis.fr

*Directeur scientifique :* Nicolas Molfessis

*Comité scientifique :* D. Bureau, L. Cadiet, C. Caron, J.-F. Cesaro, M. Collet, E. Dezeuze, J. Klein, B. Mathieu, H. Matsopoulou, F. Picod, B. Plessix, P. Spinosi, Ph. Stoffel-Munck, F. Sudre, B. Teyssié, S. Torck

*Comité d'experts :* C. Champalaune, W. Feugère, J.-P. Jean, D. Musson, É. Negron, B. Stirn, E. Vasseur

*Rédactrice en chef :* Hélène Béranger
Tél. : 01.45.58.93.24 - helene.beranger@lexisnexis.fr
*Rédactrice en chef adjointe :* Élise Fils
Tél. : 01.45.58.92.86 - elise.fils@lexisnexis.fr

*Éditeur :* Florence Creux-Thomas
Tél. : 01.45.58.92.42 - Florence.creux-thomas@lexisnexis.fr
*Éditeur :* Mathilde Hardy-Touchard
Tél. : 01.45.58.94.89 - mathilde.touchard@lexisnexis.fr

*Merci à Marianne Vasquez pour la mise en page de ce numéro*

Publicité :
*Direction commerciale :* IM Régie
23, rue Faidherbe 75011 Paris
*Directrice de Clientèle :* Caroline Spire
Tél : 01 40 24 13 35 - Fax : 01 40 24 22 70 - c.spire@impub.fr

Correspondance :
Mme Hélène Béranger
La Semaine Juridique (Édition générale)
141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Relations clients :
Tél. : 0 821 200 700
0,112 euros puis 0,09 euros /min à partir d'un poste fixe
**www.lexisnexis.fr**

Abonnement annuel 2015 :
• France (métropole) : 581,97 euros TTC (570 euros HT)
• DOM-TOM et pays étrangers : 615,60 euros HT

Prix de vente au numéro :
• France (métropole, franco) : 25,53 euros TTC
• DOM-TOM et pays étrangers (franco) : 27,50 euros HT

Tarif étudiant (70 % de réduction) :
http://etudiant.lexisnexis.fr/

Reliures (contenant 4 mois) :
• France (métropole) : 24,27 euros TTC
• DOM-TOM et pays étrangers : 25,30 euros HT

LexisNexis SA
SA au capital de 1.584.800 euros
552 029 431 RCS Paris
Principal associé : Reed Elsevier France SA
Siège social : 141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

*Imprimeur :* Evoluprint - SGIT SAS
Parc Industriel Euronord, 10, rue du Parc, 31150 Bruguières

*N° Imprimeur :* 5512
*N° Éditeur :* 5482
*Dépôt légal :* à parution
*Commission paritaire :* n° 1116 T 80376
Photo de couverture : © ParisPhoto-Fotolia

Supplément gratuit pour les abonnés. Ne peut être vendu.

De bonne ou mauvaise grâce, un constat s'impose : les lois modernes seront longues et compliquées, à l'exemple de la loi *Macron* qui n'est pas isolée. Accabler le législateur est aisé mais l'art est difficile : ferait-on mieux à sa place ? La complexité de la loi est, pour une part, l'image de la complexité de la société. Ce n'est pas une raison pour ne pas tenter d'y remédier.

# Loi *Macron* : grosse loi ou grande loi

© DAVID VENIER

Par
HERVÉ CROZE

Hervé Croze est agrégé des facultés de droit, avocat honoraire

1 - **Technique et législation**. - Faut-il revenir sur ce que l'on a écrit ?[1] Oui et non. Formellement la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi *Macron*, sans doute *Macron I*) existe et la communauté juridique devra faire avec. Après l'avoir lue complètement nous ne l'aimons pas davantage et persistons dans notre nostalgie des lois qui sont d'autant plus grandes qu'elles sont courtes, mais c'est justement de la nostalgie. Il est sans doute illusoire, ici et maintenant, de prétendre maintenir, ou plutôt rétablir un style et plus généralement un mode de production législatif qui prospéra au XIX[e] siècle.

Le paradoxe est que la loi *Macron* est techniquement parfaite et pratiquement illisible. Par perfection technique nous envisageons seulement ici la précision de la rédaction : malgré la publication de rectificatifs inévitables dans un tel océan informationnel[2], l'impression générale est celle de l'exhaustivité. Tout a été mis en œuvre pour ne rien oublier et pour corriger tous les textes « impactés » par la réforme, ce qui nous donne le plaisir masochiste de savourer des formules énigmatiques telles que : *« à la première phrase de l'article L. 2135-3, la référence : " au deuxième alinéa " est remplacée par les références : " aux 2° et 3° " » (L. n° 2015-990, art. 1er, III, 13°), « à l'article L. 3451-2, la référence : " et 5° " est remplacée par les références : " , 5° ou 6° " » (L. n° 2015-990, art. 6, I, 7°[3]), « à la fin du VII, la référence : " VI " est remplacée par la référence : " VI bis " » (L.*

1 *H. Croze, Ceci n'est pas une loi* : *JCP G 2014, act. 1327, Libres propos.*

2 À ce jour : *JO 7, 8 et 22 août 2015.*

3 Notez la virgule après les guillemets.

*n° 2015-990, art. 11, 2°, b)), « au onzième alinéa, les mots : " de la réservation ou " sont supprimés et le mot : " leur " est remplacé par le mot : " sa " » (L. n° 2015-990, art. 125, 2°, b)), ou encore « au 2°, les mots : " et électronique " sont remplacés par les mots : " ou électronique " » (L. n° 2015-990, art. 129, III, 3°, a)).*
Rien de tout cela n'est inutile ou injustifié, mais ce « technicisme formel de l'écriture du droit »[4] rend inintelligible les textes modificatifs bien qu'ils soient précisément exacts.

2 - **Technique et complexité**. - Ce ne sont là que des questions de technique légistique[5], mais le législateur contemporain est face à un défi autrement plus important qui est celui de la technicité du fait que le droit doit régler. Elle se perçoit aisément s'agissant de ce qui relève des sciences et techniques au sens traditionnel[6] ; ce fut une des raisons de la complexité du « droit de l'informatique » et cela explique encore la technicité des textes qui traitent de communication électronique. Mais d'un point de vue juridique tout ce qui relève du fait est technique[7]. Or la société contemporaine est complexe, notamment dans ses volets économique et social qui sont certainement dans le champ d'action du législateur contemporain, en particulier de la loi *Macron*.
On ne peut reprocher au législateur une complexité qui provient de l'objet régulé, qui sourd en quelque sorte du fait[8]. C'est dire que, nonobstant la nostalgie précitée, il faudra sans doute s'habituer à un nouveau style de loi ou de règlementation dont la loi *Macron* n'est ici qu'une manifestation parmi d'autres[9].

3 - **Législation et politique**. - C'est que le législateur fait de la politique ou, plus prosaïquement, qu'il gouverne. Il n'a pas l'obligation de faire du beau travail. Il doit seulement agir efficacement.

La spécificité du problème législatif contemporain est que le législateur s'étouffe lui-même sous sa propre production. C'est là un mécanisme informationnel purement technique dénué de toute coloration politique. On serait donc bien mal avisé de lire comme un manifeste politique un ouvrage signalant simplement l'essoufflement du Code du travail qui, est un symptôme de son obésité[10].

4 - **Un bon législateur ? -** La loi *Macron* est un bon prétexte pour réfléchir sur l'évolution de la législation contemporaine. Il faut accepter une évolution sans nostalgie mais raisonnée et sans précipitation. Il est sans doute aussi difficile de définir un bon législateur qu'un bon juriste. Le propos est ici seulement d'examiner comment la figure du législateur peut ou doit évoluer ou non en fonction de l'évolution de la société.
Dans cette perspective on fera suivre une brève analyse quantitative de la loi *Macron* d'une étude qualitative.

## 1. Aspect quantitatif

5 - **Grosse loi**. - Le texte brut de la loi *Macron* publié au *Journal officiel* compte 545 349 caractères, espaces compris, 92 423 mots et remplit 215 pages dans un traitement de texte couramment utilisé[11].
Son volume a plus que triplé depuis le projet déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale (165 984 caractères). Il atteint donc pratiquement celui du Code civil de 1804[12] et fait environ la moitié du Code civil actuel.

6 - **Gros articles**. - Il serait lassant de donner plus de statistiques sur les 308 articles de cette loi fleuve. Ils sont de taille variable et disproportionnée, contrairement aux recommandations officielles du Guide de légistique[13]. Beaucoup sont très longs ; nous n'en donnerons qu'un exemple.
Le IV de l'article 258 de la loi *Macron* modifie les règles applicables à la procédure participative. C'est fait en peu de mots et ce n'est, comme toujours, compréhensible que de ceux qui connaissent déjà la question : « *Le code civil est ainsi modifié : 1°*

4 Selon la formule de *H. Moysan : Choc de simplification et poids de la pratique. – Quand la complexité croissante du droit est nourrie par le technicisme formel de son écriture : JCP G 2014, act. 470. – Adde le rapport du Club des Juristes : Rapport « Sécurité juridique et initiative économique » : http://is.gd/yVsRHZ.*

5 V. sur Légifrance le Guide de légistique qui donne quelques indications de bon sens utiles : http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique.

6 Dites « sciences dures ».

7 Cette technicité ne doit pas rebuter le législateur : Solon réforma les poids et mesures (Aristote, Constitution d'Athènes, http://is.gd/Y7xYEx) et même le calendrier (Plutarque, Les vies des hommes illustres, http://is.gd/xii0zb).

8 On peut seulement déplorer qu'il ajoute de la complexité dans une démarche constructiviste : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) en est un bon exemple.

9 Recommandons au lecteur la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (pourquoi verte ? ; *JO 18 août 2015 ;* V. *L. Fonbaustier : JCP G 2015, act. 1053*) dont le premier titre s'intitule simplement : « *Définir les objectifs communs pour réussir la transition énergétique, renforcer l'indépendance énergétique et la compétitivité économique de la France, préserver la santé humaine et l'environnement et lutter contre le changement climatique* ». C'est tout un programme.

10 *R. Badinter et A. Lyon-Caen, Le travail et la loi : Fayard, 2015.* L'actualité met en avant le Code du travail, mais l'obésité en touche d'autres. À quand l'amaigrissement du Code général des impôts ou du Code de la consommation ?

11 Il faudrait donc 3 896 tweets pour en transmettre le texte intégral.

12 Il est assez difficile de compter le nombre exact de caractères de l'édition originale du Code civil en raison de la nécessité de retraiter le document dont le format n'est pas celui d'un traitement de texte. Dans l'article précité note (1) nous avions travaillé sur une version qui donnait un peu plus de 420 000 caractères. Le traitement de la version de la BNF (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517) donne plutôt 621 000 caractères, mais cela inclut des parasites. La loi *Macron* est entre les deux.

13 « L'unité de base d'un texte normatif est l'article. Il est souhaitable de n'énoncer qu'une règle par article. Mieux vaut recourir à plusieurs articles qu'à des articles trop longs ou devant, par suite, comporter de nombreuses subdivisions ».

*Le second alinéa de l'article 2064 est supprimé ; 2° L'article 2066 est complété par un alinéa ainsi rédigé :* " *Le deuxième alinéa n'est pas applicable aux litiges en matière prud'homale* ". Soit 227 caractères au total ; la difficulté est que le seul article 258 compte environ 19 067 caractères[14], 3 182 mots, et remplit plus de 8 pages dans un format lisible dans un traitement de texte.

7 - **Mesure de la quantité d'information**. - En réalité la mesure de la quantité d'information par le nombre de caractères est une facilité illusoire.

Prenons l'exemple d'une modification portant sur deux caractères du texte originel à savoir le remplacement (précité) de la conjonction « et » par la conjonction « ou ». Selon l'article 129, III, 3°, a) de la loi *Macron* : « *III. - Le code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié : 3° L'article L. 35-1 est ainsi modifié : a) au 2°, les mots :* " *et électronique* " *sont remplacés par les mots :* " *ou électronique* " ».

La comparaison des deux textes met en évidence les deux caractères modifiés :

| Code des postes et des communications électroniques, article L. 35-1 | |
|---|---|
| **Version en vigueur du 1er juin 2012 au 8 août 2015** | **Version en vigueur au 8 août 2015** |
| « Le service universel des communications électroniques fournit à tous :<br>…<br>2° Un service de renseignements et un annuaire d'abonnés, sous formes imprimée **et** électronique, conformément aux dispositions de l'article L. 35-4 ; » | « Le service universel des communications électroniques fournit à tous :<br>…<br>2° Un service de renseignements et un annuaire d'abonnés, sous formes imprimée **ou** électronique, conformément aux dispositions de l'article L. 35-4 ; » |

On n'épiloguera pas sur l'opportunité de légiférer sur une question de cette importance. D'un point de vue légistique constatons seulement que la modification de deux caractères[15] nécessite 200 caractères dans la loi modificative. L'information réelle est donc environ le centième de l'information formelle. Certes la loi *Macron* - comme toutes les lois contemporaines - ne se limite pas à modifier des détails de dispositions antérieures, mais on sait que ces dispositions d'harmonisation ou de correction, qui sont parmi les moins lisibles, encombrent les textes et nuisent à leur intelligibilité. Il y a au moins deux conséquences pratiques :

- quand le lecteur de la loi - sans doute pas le justiciable, mais au moins le professionnel du droit - lit cent caractères, il n'y en a qu'un de signifiant[16] ;
- on gagnerait évidemment à reléguer ces dispositions accessoires dans une partie spéciale de la loi dont le lecteur avisé pourrait se dispenser en première lecture[17].

8 - **Effet multiplicateur**. - Bien qu'elle soit fort détaillée sur certains points, la loi *Macron* renvoie évidemment à un certain nombre de décrets d'application. Cent vingt-cinq selon l'échéancier de mise en application de la loi, heureusement mis en ligne sur Légifrance[18].

Si l'on est optimiste, la publication de cet échéancier, en lui-même démentiel, est sans doute le signe d'une prise de conscience par le Gouvernement d'une part de la nécessité d'améliorer la diffusion de l'information légale et réglementaire à l'égard des praticiens, d'autre part des retards récurrents dans la parution des décrets d'application. On peut donc aussi y voir un engagement de résultat (ou la réitération de ce dernier).

Plus significatif est la multiplication du recours aux ordonnances[19] qui confortent leur place de bonne technique de productions normatives. C'est une nouvelle forme de « droit dérivé ». Elles ont, par rapport aux règlements, une légitimité supérieure qu'elles tiennent de la main du législateur ; techniquement elles peuvent prétendre à une cohérence et à une rapidité de production que la loi ne peut égaler. C'est un procédé traditionnel mais qui reste moderne et bien adapté aux exigences de productions normatives d'une société complexe à l'évolution rapide.

## 2. Aspect qualitatif

9 - **Figures du législateur**. - Il y a sans doute plusieurs figures du législateur selon les fonctions de la loi. S'il s'agit de codifier il faut reprendre et consolider le passé. Ce n'est pas l'objectif de la loi *Macron* qui est de réformer[20].

14 Environ parce que, d'un traitement de texte à l'autre, on peut constater ici des écarts de l'ordre d'une trentaine de caractères. La mesure est faite espaces compris, mais en y regardant de près on s'aperçoit qu'un texte peut comporter des espaces supplémentaires non significatifs (par exemple après « : », ce qui est typographiquement normal, mais inutile si la ponctuation est en fin d'alinéa). Si le droit doit utiliser des méthodes quantitatives, il faudra préciser ces protocoles. Dans l'immédiat les ordres de grandeur suffisent.

15 Approximativement deux octets pour parler informatique.

16 Cela ne mesure pas le temps passé qui dépend aussi de la complexité du texte originel et de la difficulté à y accéder.

17 On rêve d'une publication pure et simple du texte rectifié consolidé. C'est sans doute une fausse bonne idée, peu compatible avec le contrôle de la régularité du processus législatif, sauf à trouver une méthode permettant de mettre en évidence les modifications et suppressions.

18 http://is.gd/J4eB0a. On peut les compter, mais le « nombre de mesures d'application prévues » est aussi dans le code source de la page HTML. Par pudeur sans doute on a choisi de ne pas l'afficher.

19 On dénombre dans le texte de la loi *Macron* 20 occurrences de l'expression « *les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution* » qui signale le recours à la technique des ordonnances.

20 Lourde tâche. Tout ébranlement d'un édifice l'affaiblit d'abord. Le droit est, par construction, rétif au changement, ce qui ne signifie pas qu'il faille s'en satisfaire. Relisons Portalis : « au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; (…) l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ; (…) enfin, il n'appartient de proposer des changements, qu'à ceux qui sont assez

D'un législateur idéal (en ce sens qu'il n'est qu'une idée) que peut-on dire ? Comme souvent il est plus facile de dire ce qu'il n'est pas que ce qu'il est. Où l'on verra qu'un bon législateur n'a pas que des qualités.

## A. - Ce que n'est pas un bon législateur

### 1° Un bon législateur n'est pas démocrate

10 - **La clarté de la loi**. - Il faut le déplorer mais on doit le constater : la qualité littéraire, donc l'intelligibilité des textes, est peu compatible avec le tumulte démocratique, notamment celui des débats parlementaires. On rédige mieux dans le secret d'un cabinet que dans une assemblée ou même dans une équipe restreinte. Cette position idéale, quasi platonicienne, est évidemment incompatible avec l'impératif politique du débat démocratique.
De cette constatation on tire un expédient : on peut préférer la voie des ordonnances au processus législatif (la loi *Macron* ne s'en prive pas) et l'on pourrait même espérer plus de cohérence d'un texte réglementaire que d'un texte de loi débattu en commissions, en séances, puis voté[21].

11 - **La vigueur de la loi**. - La vigueur du message législatif est incontestablement affaiblie s'il faut tenir compte des avis, voire des intérêts, des corps intermédiaires ou des partenaires sociaux : une loi idéale n'est guère négociable. Cette position est intenable dans la société contemporaine où tout est discutable.

12 - **Les valeurs de la loi.** - Enfin il est possible que les valeurs promues par une bonne législation diffèrent de ce que déciderait le vote démocratique direct ou indirect. Idéalement les deux devraient coïncider. Le développement des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité de la loi régulièrement votée montre qu'on en doute aujourd'hui. La censure des choix démocratiques au nom de valeurs supérieures dont le flou autorise toutes les interprétations montre *a contrario* qu'on pense qu'il existe une loi meilleure que celle qui est votée et dont quelques juges nationaux ou européens connaissent, par quelque sortilège, le contenu naturel.
Peu de juristes contemporains croient encore à la valeur absolue des décisions démocratiques issues d'un vote majoritaire. Par un glissement qui se sera fait en moins d'une génération, on s'accorde aujourd'hui à reconnaître la légitimité du « contrôle de légalité de la loi » au prétexte qu'elle pourrait ne pas être conforme au droit ; nous sommes tous devenus des jusnaturalistes, avec toutes les incertitudes et controverses que cela induit. Démocratiquement la meilleure loi est référendaire. Qui pense aujourd'hui que ce soit le meilleur moyen de légiférer, en particulier sur les questions de société (peine de mort, avortement, mariage pour tous…) ?

### 2° Un bon législateur n'est pas minutieux

13 - ***Imperatoria brevitas***. - La raison pour laquelle le bon législateur ne peut être minutieux est qu'il doit être bref. Il ne peut donc entrer dans tous les détails.
De ce que l'article X ne renvoie plus à l'alinéa n de l'article Y, mais à l'alinéa n-1, il n'a cure et même, il s'en contrefiche. Il pense que le justiciable, aussi intelligent que lui, aura rectifié de lui-même. Si le délai doit être de 8 ou de 10 jours c'est l'affaire du pouvoir réglementaire, de même qu'un seuil soit de 1 500 ou 1 750 €.
Ce législateur idéal a grand tort et c'est un irresponsable. Commençons par la fin : il n'y a aucune raison de ne pas fixer directement un délai dans la loi ; c'est plus discutable pour des seuils monétaires car la valeur de la monnaie évolue et il est plus facile de modifier un règlement qu'une loi. En revanche il n'est pas possible d'ignorer la question de la lisibilité des textes publiés : dans la mesure où il y a des renvois, ils doivent être exacts même si cette gestion est, pour tout le monde, incommode et rébarbative. Peut-être n'est-ce pas au législateur à faire cette toilette, peut-être n'a-t-elle pas sa place dans la loi, mais en annexe ? En tout cas notons qu'un bon législateur doit éviter au maximum les renvois ce qui réduit la difficulté.

14 - **Un bon législateur est-il un technicien ?** - Ce dégoût du détail devrait conduire le législateur à négliger la technique. Ce serait aujourd'hui, plus qu'hier et sans doute bien moins que demain, négliger le fait : or légiférer sans prendre en compte le fait est une aporie.
Le bon législateur doit connaître et comprendre la technique et, même, la dominer. Cela dit dans la rédaction de la loi, il doit éviter, ici encore, une trop grande précision car les détails sont généralement incompréhensibles pour le citoyen et à la merci de l'évolution desdites techniques précisément ; il n'est, par ailleurs, pas démontré que leur inclusion dans un texte normatif soit nécessaire ou utile[22].

heureusement nés pour pénétrer, d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un État » (Discours préliminaire du premier projet de Code civil : http://is.gd/lVCJaf). Ce qui ne signifie pas non plus qu'il faille en rester à Portalis, mais il faudra démontrer qu'il a tort aujourd'hui.

21 Le recours à l'article 49, al. 3 de la Constitution permet de réduire le débat, mais ce serait un contresens politique que de réduire sa fonction à une volonté d'améliorer la qualité des textes de lois.

22 Fût-ce un texte réglementaire d'ailleurs. Le développement de la communication électronique procédurale en fournit des exemples, ainsi : « lorsqu'un document doit être joint à un acte, le document est communiqué sous la forme d'un fichier séparé du fichier au format XML contenant l'acte sous forme de message de données. Le fichier contenant le document joint accompagnant l'acte est un fichier au format PDF. Le fichier au format PDF est produit soit au moyen d'un dispositif de numérisation par scanner si le document à communiquer est établi sur support papier, soit par enregistrement direct au format PDF au moyen de l'outil informatique utilisé pour créer et conserver le document original sous forme numérique » (*A. 30 mars 2011 relatif à la communication par*

## B. - Ce qu'est un bon législateur

15 - **Le style du législateur**. - Le législateur français a une grande chance qui est de disposer de la langue française. À l'inverse il n'a aucune excuse pour être obscur.

On ne doit cependant pas négliger la nécessité pragmatique pour le législateur contemporain de communiquer. Ce mot peut avoir deux sens : il s'agit souvent aujourd'hui d'une communication à but politique, qui est une forme de publicité pour l'action gouvernementale[23] ; elle se fait sur la base d'« éléments de langage », expression qui suffit à montrer combien la langue est émiettée. Mais il faut aussi communiquer le message législatif à ses destinataires.

Communiquer n'est alors qu'un mot à la mode pour dire « parler clair ». Un exemple classique de communication d'une brièveté et d'une efficacité exceptionnelle est dans les proclamations napoléoniennes[24] dont on ne peut contester qu'elles faisaient avancer les choses. La loi aussi peut être proclamée[25], mais l'on n'en demande pas tant ; il suffirait qu'elle soit intelligible.

Cela réduit le problème à une dimension de technique législatique ce qui ne signifie pas qu'il soit simple. On ne peut communiquer efficacement qu'à condition de savoir à qui l'on s'adresse. Fondamentalement la loi s'adresse aux citoyens[26], pratiquement elle est utilisée par les juges, les autres professionnels du droit et les administrations ; les attentes des uns et des autres ne sont pas les mêmes.

Il n'est évidemment pas possible de briser l'unité du message législatif, mais l'on pourrait tout de même prendre en compte cette pluralité de destinataires, qui recouvre une pluralité de modes d'utilisation de la loi pour en aménager la rédaction, notamment en traitant à part les dispositions de « toilette » des anciens textes.

**Une loi doit être le produit d'une intention claire. Le problème est que la loi *Macron* fourmille d'intentions dont on concèdera à son auteur qu'il les croit bonnes.**

16 - **L'autorité du législateur**. - Le législateur est l'auteur de la loi et donc pas seulement celui qui la rédige. On sait qu'étymologiquement l'auteur est celui qui fait progresser quelque chose[27] et qui, accessoirement, fait acte d'« autorité ». C'est en ce sens que l'on peut compter Napoléon au nombre des auteurs du Code civil et, sans doute, M. Macron parmi ceux de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Plus simplement cela signifie qu'une loi doit être le produit d'une intention claire. Le problème est que la loi *Macron* fourmille d'intentions dont on concèdera à son auteur qu'il les croit bonnes. Elle est déjà confuse du seul fait de sa diversité : une loi doit avoir un seul objet et non de vagues finalités générales sur lesquelles on ne peut que s'accorder (ici : la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques[28]). Où il y a plusieurs objets, il faut plusieurs lois. ■

*voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, art. 6)*. Certes, mais faut-il que ce soit là une norme juridique ?

23 On sait d'ailleurs qu'il y a des communiqués de presse sur les projets de loi que l'on peut twitter ou diffuser sur *Facebook* d'un simple clic. Que demande le peuple ? (pour la loi *Macron* : http://is.gd/zsdHkp).

24 V. par ex. : http://is.gd/GOn70B.

25 Pour *Littré* la proclamation de la loi est sa publication solennelle, mais par métonymie elle est aussi l'écrit proclamé.

26 Le citoyen moderne est aussi bien une personne physique qu'une personne morale, un particulier qu'une entreprise. Tous n'ont pas le même niveau d'information.

27 « *auctor, oris* : celui qui augmente, qui fait avancer (progresser) » : *Gaffiot* : http://is.gd/Sn06pz.

28 Il ne manque que le beau temps pour les vacances mais ce sera sans doute au programme d'un prochain texte.

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 introduit dans le Livre III du Code de commerce qui traite *« De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité »*, un nouveau Titre IV contenant deux articles L. 341-1 et L. 341-2 relatifs aux *« Réseaux de distribution commerciale »*. Ce dispositif était depuis longtemps en projet mais son adoption a pourtant surpris.

# Les réseaux de distribution commerciale

Par
DIDIER FERRIER

Didier Ferrier est professeur à l'université Montpellier I

1 - Depuis longtemps des propositions ont été, vainement, avancées pour réglementer les « réseaux de distribution », dans le but clairement affirmé de rééquilibrer la relation entre les distributeurs membres du réseau et son promoteur. Jadis, des propositions de loi avaient cherché à conférer au réseau une personnalité juridique pour conforter la situation de ses membres en les associant au promoteur[1]. Naguère, un projet de loi[2] a tenté d'imposer une convention unique d'affiliation formalisant l'ensemble des relations entre le titulaire d'une enseigne de distribution de produits alimentaires et les distributeurs exploitant sous cette enseigne, avec une durée inférieure ou égale à dix ans et sans emporter à la charge du distributeur d'engagement de non-concurrence post-contractuelle trop lourd. Ce projet était lui-même inspiré par un avis de l'Autorité de la concurrence qui avait dénoncé l'entrave au changement d'enseigne constituée notamment par la stipulation de durées différentes dans les contrats conclus entre le titulaire d'une enseigne et les distributeurs exploitant sous cette enseigne[3].

2 - L'adoption du texte (*L. n° 2015-990, art. 31*) a cependant surpris pour deux raisons. La première tient aux avatars connus

1 *Prop. de loi Glon et Cousté n° 891, 20 déc. 1973, art. 10* : pour tout réseau comportant plus de dix adhérents devait être « obligatoirement constitué un groupement d'intérêt économique entre tous les intermédiaires ». – *Prop. de loi Turco n° 979, 30 mai 1974, art. 3 :* « les rapports contractuels entre chaque distributeur et le fournisseur doivent s'élaborer par l'intermédiaire du réseau qui sera doté d'une personnalité morale propre ».

2 *Projet de loi AN n° 3508, 1er juin 2011, dit « projet Lefebvre ».*

3 *Aut. conc., avis n° 10-A-26, 7 déc. 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants dans le secteur de la distribution alimentaire.*

par le projet au cours des travaux parlementaires, la seconde à la décision favorable du Conseil constitutionnel[4].
Adopté par l'Assemblée nationale, supprimé par le Sénat, rétabli par l'Assemblée nationale à l'occasion du vote intervenu en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution, modifié en seconde lecture par le Sénat, puis adopté dans son état initial par l'Assemblée nationale à l'issue du vote final, intervenu une fois encore en application de l'article 49, alinéa 3, le dispositif avait suscité de fortes oppositions.
Saisi pour apprécier la conformité du nouveau texte à la Constitution, le Conseil constitutionnel n'a pas précisément répondu aux griefs portant, d'une part, sur le caractère abrupt du dispositif qui ne laissait place à aucune individualisation alors pourtant qu'il existe une grande variété de situations dans les différents réseaux, et sur le caractère flou de ses dispositions qui n'assuraient pas une prévisibilité suffisante. Il a estimé, de manière vague, que ces dispositions poursuivaient un objectif d'intérêt général en assurant un meilleur équilibre contractuel entre les parties et ne portait pas « une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté contractuelle et aux conventions légalement conclues ».

3 - Le nouveau dispositif ne définit pas son objet : le réseau de distribution commerciale. L'article L. 341-1 du Code de commerce ne l'évoque qu'indirectement en visant la relation entre « *une personne* [le promoteur du réseau] *regroupant des commerçants* […] *ou mettant à disposition* [d]*es services* [et] *une personne exploitant* […] *un magasin de commerce de détail ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin* ».
Il faut comprendre, à travers cette formulation, que le réseau est l'ensemble des relations ainsi établies entre son « promoteur » et des détaillants. Cette acception se retrouve dans les autres dispositions du Code de commerce qui se réfèrent au réseau : l'article L. 442-6, I, 6°, qui sanctionne « *la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive* », et l'article L. 330-3 qui impose au promoteur la délivrance d'une information sur « *l'importance du réseau d'exploitants* ». Le réseau procède ainsi de la multiplication mais aussi de la similarité des relations qui le constituent comme l'exprime l'article R. 330-1 du Code de commerce en visant précisément la délivrance d'une information sur les contrats « *de même nature* » que le promoteur aurait conclus avec d'autres distributeurs[5]. Il est ainsi caractérisé par sa dimension collective. Au stade de la formation du réseau, cette dimension peut être considérée comme déterminante de l'engagement de chaque membre[6]. Au stade de ses effets, cette dimension implique notamment le traitement particulier réservé aux accords constitutifs de réseau par le droit de la concurrence qui considère l'existence de contrats similaires comme une circonstance constitutive « du contexte économique et juridique dans lequel le contrat doit être apprécié »[7].

4 - Cet aspect collectif tenant à l'ensemble des relations est curieusement ignoré par le nouveau dispositif qui ne s'intéresse qu'à la seule relation entre le promoteur du réseau et un membre du réseau (1) et dans le seul objectif de faciliter la « sortie » de ce dernier (2).

## 1. La relation au réseau

5 - L'article L. 341-1 du Code de commerce définit de manière confuse le champ d'application des nouvelles dispositions en visant : « *L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale* [...] ».

6 - Il conduit à s'interroger sur l'ensemble contractuel constitutif d'un réseau (A) et sur les clauses limitatives de la liberté commerciale qui conditionnent l'application du texte (B).

### A. - L'ensemble contractuel constitutif du réseau de distribution

7 - La relation au réseau est établie à l'initiative d'un promoteur qui peut être soit une personne physique soit une personne morale de droit privé mais autre qu'un magasin collectif de commerçants indépendants et une société de caution mutuelle.

8 - Ces deux exclusions s'expliquent par un objet social, étranger à « *l'exploitation d'un magasin* » seule visée par le texte. En effet, le magasin collectif de commerçants indépendants, créé pour faciliter le regroupement de distributeurs dans une même enceinte et sous une même dénomination, a pour objet la mise en œuvre d'une politique commune mais uniquement pour

4 *Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC : JO 7 août 2015.*

5 *D. Ferrier, La notion de réseau in Mél. C. Mouly : Litec 1998, p. 107.*

6 *B. Teyssié, Les groupes de contrats : LGDJ 1975, n° 67* : « le réseau est un « groupe de contrats [visant] un but commun à toutes les parties…, qui assure la connexité de leurs conventions ». - *M. Cabrillac, Remarques sur la théorie générale du contrat in Mél. G. Marty : Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 253 :* « Chacun devrait connaître l'existence des contrats auxquels il n'a pas été partie […] et sait que son contrat n'aurait pas été conclu si les autres ne l'avaient pas été ».

7 « Effet cumulatif » pris en compte depuis *CJCE, 12 déc. 1967, aff. 23-67, SA Brasserie de Haecht c / Consorts Wilkin-Janssen : Rec. CJCE 1967, p. 525.*

l'utilisation des locaux où ils sont regroupés et en aucun cas pour l'exploitation de leur fonds de commerce[8], et la société de caution mutuelle a pour objet d'apporter à ses associés une garantie financière et non, là encore, de participer à l'exploitation de leur fonds de commerce ou tout au moins de la favoriser[9].

9 - La relation est établie avec l'exploitant d'un magasin de commerce de détail. En l'absence d'une définition légale d'un point de vente de détail[10], on peut retenir celle, communément acceptée, de magasin ayant pour activité principale la vente à un consommateur ou à un utilisateur final[11]. Peu importe le secteur économique concerné, de sorte que l'application du dispositif n'est pas limitée aux produits alimentaires initialement seuls considérés[12]. Peu importe également que le détaillant exploite pour son compte, en qualité de propriétaire ou de locataire-gérant du fonds, ou pour le compte d'un tiers, en qualité de « *gérant-mandataire* » du fonds de commerce, selon la formule de l'article L. 146-1 du Code de commerce ou de gérant de succursale relevant le cas échéant de l'article L. 7321-2 du Code du travail.
L'article L. 341-1 du Code de commerce assimile, par ailleurs, au détaillant, la centrale d'achat ou de référencement qui agit pour son compte.

10 - La relation entre le promoteur du réseau et chaque membre du réseau peut être établie par un seul contrat : contrat de franchise, contrat de concession exclusive, contrat de distribution sélective (dont l'exclusion avait été proposée et discutée au cours des débats parlementaires), contrat de gérance mandat de fonds de commerce …, ou, comme le souligne l'article L. 341-1, par un ensemble de contrats « *ayant pour but commun l'exploitation* [du] *magasin* ». Le but commun se rapporte ici à « *l'ensemble des contrats* » et non à la relation entre le promoteur de réseau et le membre du réseau. Il ne saurait donc être assimilé à l'« *intérêt commun* » visé par l'article L. 330-3 du Code de commerce et qui appellerait selon certains auteurs une protection du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat[13].

11 - Les contrats constitutifs de l'ensemble mentionné à l'article L. 341-1 peuvent être très variés. À titre d'exemple, sont ainsi très souvent conclus en complément d'un contrat d'approvisionnement exclusif : un contrat de prêt, un contrat de location-gérance, un contrat de mise à disposition de signe distinctif, un contrat de service logistique[14]. La liste de ces contrats et leur combinaison étant ouvertes par l'exercice de la liberté contractuelle qui permet de créer des formules originales pour répondre aux besoins de la pratique.

12 - Sont cependant formellement exclus du régime applicable à cet ensemble deux contrats souvent conclus entre le promoteur et le membre du réseau. Le premier est le contrat de bail. Le bail commercial étant soumis à un régime spécifique[15] que le législateur n'a pas voulu perturber, probablement dans le souci au demeurant légitime, de ne pas porter atteinte à la « *propriété commerciale* » attachée au fonds de commerce par-delà les conditions de son exploitation. En conséquence, lorsque le promoteur de réseau donne à bail un local commercial à un distributeur, le contrat de bail continue à s'exécuter selon les conditions convenues alors même que le contrat de distribution qui liait le distributeur au réseau a pris fin. La solution est à rapprocher de celle qui avait déjà été dégagée pour protéger le locataire contre toute clause interdisant le changement d'enseigne et, par voie de conséquence, la déspécialisation partielle du fonds[16].
Le second contrat exclu par l'article L. 341-1 du Code de commerce est le contrat d'association ou de société qu'elle soit civile, commerciale ou coopérative (le GIE n'étant pas cité). Ce type de contrat aménageant le statut des membres de l'association ou des associés, en l'occurrence le promoteur et le membre du réseau, le législateur semble avoir considéré que la communauté d'intérêts créée entre eux par cette relation rendait inutile la protection du membre, également associé, du réseau, d'autant que les règles de droit des sociétés offrent à l'associé le moyen de mettre fin à la relation (dissolution pour mésentente à laquelle conduirait l'utilisation d'une enseigne concurrente, droit de retrait dans la SARL, ...).

13 - Les relations nées de ces ensembles de contrats conclus entre le promoteur et tous les membres du réseau, procèdent de sa volonté de « regrouper » ou de « mettre à disposition des services ». Les deux formules obscurcissent singulièrement la compréhension du dispositif par leur connotation syntaxique et juridique.
La difficulté syntaxique tient à l'emploi de la conjonction « ou » pour ouvrir une alternative dont les branches ne sont pas claires. En effet, le texte *(C. com., art. L. 341-1 préc.)* vise l'opération par laquelle le promoteur du réseau, « *personne*

8 *C. com., art. L. 125-1 et s.*

9 *C. com., art. L. 126-2.*

10 Malgré de nombreuses références, *C. com., art. L. 430-2 et L. 752-1 ; C. trav., art. L. 7322-1...*

11 *Aut. conc., 16 déc. 2009, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, § 75 :* « magasin qui effectue essentiellement c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique » ; *Circ. n° 892, 20 mars 1993 relative à la mise en oeuvre des nouvelles dispositions applicables dans le domaine de l'urbanisme commercial : BOCC 1993-1.*

12 V. *Aut. conc., avis préc. note (3).*

13 Par emprunt au dispositif de l'article L.134 du Code de commerce en matière d'agence commerciale, V. *J. Thréard, L'article 1er de la loi Doubin : Gaz. Pal. 1991, 2, doctr. p. 609.*

14 *D. et N. Ferrier, Droit de la distribution : LexisNexis, 2014, n° 589 et s.*

15 Pour sa durée V. *C. com., art. L. 145-4.*

16 *Cass. 3e civ., 12 juill. 2000, n° 98-23.171 : JurisData n° 2000-002875 ; RD imm. 2000, p. 614, obs. J. Derruppé.*

*physique ou morale* […] *regroup*[e] » ou « *me*[t] *à disposition des services* ». L'alternative paraît ainsi se rapporter uniquement aux personnes morales car seule une personne morale est apte à « regrouper », au sens juridique de constituer un groupement doté de la personnalité juridique ; mais une telle interprétation conduit à exclure de l'autre branche de l'alternative « mettre à disposition des services » les personnes physiques. Or, on ne voit pas pourquoi ces dernières ne seraient pas concernées elles aussi par cette seconde opération dès lors qu'elle a pour but l'exploitation d'un point de vente. Il faut donc admettre que l'alternative s'applique aux personnes physiques comme aux personnes morales et, par voie de conséquence, admettre qu'une personne physique « regroupe » des exploitants ; une telle lecture est acceptable en entendant le verbe regrouper au sens commun et large de « mobiliser », « mettre ensemble », et non au sens juridique et étroit de constituer une entité juridique.

La difficulté juridique tient à la référence faite aux « *services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3* [du Code de commerce] ». Cet article impose la délivrance d'une information avant la conclusion de tout contrat par lequel une personne « *met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité* […] ». Il paraît difficile de qualifier une mise à disposition telle que celle mentionnée à l'article L. 330-3 de service et *a fortiori* de services au pluriel[17]. Or ce serait le seul service rendu par le promoteur dans le cadre de l'article L. 330-3 du Code de commerce. On ne peut qu'en déduire, par-delà l'imperfection formelle de l'article L. 341-1, qu'il vise simplement les accords organisant, dans le cadre d'un réseau, l'exploitation d'une activité sous un signe distinctif commun à tous ses membres, en se demandant si la condition d'exclusivité requise par l'article L. 330-3 doit ici être satisfaite.

### B. - Les clauses limitatives de la liberté commerciale

14 - L'objectif du nouveau texte étant de favoriser la liberté du membre de réseau dans l'exercice de son activité d'exploitation d'un commerce, ne sont concernés que les contrats comportant des clauses limitant cette « liberté d'exercice ». La caractérisation de ces clauses n'est pas aisée. Elle dépend de l'acception retenue de la limitation de la liberté de l'exploitant. Dans une acception large, on pourrait considérer que toute clause mettant à la charge du distributeur une obligation en rapport avec l'exercice de son activité de commercialisation constitue une limitation de sa liberté. N'échapperaient alors aux nouvelles règles que les réseaux dans lesquels le distributeur conserve une totale liberté dans l'approvisionnement des produits comme dans leur commercialisation, ce qui n'est pas le cas des formules usuelles de distribution. Dans une acception étroite, on pourrait considérer que relèveraient de cette catégorie uniquement les clauses qui interdisent au distributeur l'exercice d'une activité concurrente de celle qui est exploitée dans le cadre du réseau et, *a fortiori*, de toute autre activité même non-concurrente, dans le point de vente exploité[18].

15 - Entre ces deux acceptions extrêmes, la limitation devrait être appréciée à partir des effets susceptibles d'être produits par la clause en jeu.

Si la clause, bien qu'imposant une contrainte, n'emporte aucune limitation dans l'exercice de l'activité, c'est-à-dire dans l'exploitation du point de vente, le dispositif n'a aucune raison de s'appliquer ; tel serait le cas, par exemple, d'une clause qui imposerait au distributeur la transmission d'informations, ou le choix de certains matériels sans rapport avec un signe distinctif...

Si la clause emporte une limitation, il conviendrait d'en apprécier la portée ; tel serait le cas , par exemple, de la clause d'approvisionnement prioritaire ou minimale, courante dans les contrats d'affiliation, ou de la clause de quota de revente, courante dans les contrats de concession, ou de la clause de respect de normes de présentation ou de commercialisation, courante dans les contrats de franchise, de concession exclusive et de distribution sélective, ou encore de la clause interdisant de revendre à certains acheteurs, « clause de non-rétrocession », courante dans les contrats de distribution sélective. En fonction de leur contexte de telles clauses pourraient être considérées comme non limitatives de la liberté d'exercice de l'activité au sens de l'article L. 341-1 du Code de commerce, dès lors que l'approvisionnement minimal ou le quota de revente à réaliser ne sont pas trop élevés, la liberté d'achat n'étant alors pas sérieusement entravée, ou que les normes de commercialisation, de présentation dans le point de vente, d'assortiment en linéaire…, ne conduisent pas à « éliminer » la possibilité de commercialiser d'autres produits.

Il appartiendra aux juges d'apprécier la portée de ces clauses ; les solutions qu'ils ont déjà dégagées[19] montrent qu'ils savent assurer un juste équilibre entre les intérêts du promoteur et du membre du réseau.

## 2. La sortie du réseau

16 - Le législateur a voulu faciliter la sortie du réseau en aménageant non seulement les conditions de terminaison de la relation entre le promoteur et le distributeur (A) mais également les conditions de poursuite de l'activité du distributeur après cette terminaison (B).

17 *CJUE, 19 déc. 2013, aff. C 9/13, La maison de Whisky c/ Corman-Collins : JurisData n° 2013-031619 ; JCP G 2014, 180, P. Berlioz ;* contrat de concession exclusive qualifié de contrat de fourniture de services mais sans précisions sur la nature de ces services.

18 *C. com., art. L. 330-3 et L. 330-1.*

19 V. l'abondante jurisprudence citée *in Droit de la distribution, op. cit. note (14).*

## A. - La fin de la relation

17 - L'article L. 341-1 du Code de commerce répond au souci d'éviter que « *l'ensemble des contrats* » constituant la relation entre le promoteur et le membre du réseau[20] conduise à pérenniser cette relation du fait de durées différentes, lorsque la fin d'un contrat est difficilement supportable en raison des engagements complémentaires souscrits dans le cadre d'un ou de plusieurs autres contrats entre les mêmes parties (par exemple la fin du contrat de mise à disposition d'une marque, notamment sous forme d'enseigne, est difficilement supportable pour le distributeur qui doit continuer à commercialiser les produits de cette marque). La question avait déjà été soulevée et traitée pour les accords d'exclusivité d'approvisionnement[21]. L'article L. 330-2 du Code de commerce lie ainsi le sort d'un contrat d'approvisionnement exclusif visé par l'article L. 330-1 du même code à celui de « *clauses d'exclusivité contenues dans* [de] *nouvelles conventions* », tous ces contrats devant « *prendre fin à la même date* ». L'article L. 341-1 impose de la même manière que tous les contrats conclus avec le promoteur de réseau « *dans le but commun* [de] *l'exploitation* » de magasin de commerce de détail « *prévoient une échéance commune* ». Se trouve ainsi instituée une indivisibilité légale, tout au moins pour ce qui concerne leur durée, entre tous ces contrats.

**L'échéance commune pourra résulter d'un effet d'extinction propagé par une clause organisant la résiliation automatique ou la caducité des contrats relevant du même ensemble que celui qui prend fin.**

18 - La référence à l'« *échéance* » commune ne saurait être interprétée comme l'exigence de conclure uniquement des contrats à durée déterminée. En effet, l'échéance commune pourra résulter d'un effet d'extinction propagé par une clause organisant la résiliation automatique ou la caducité des contrats relevant du même ensemble que celui qui prend fin. Il est d'ailleurs prévu que « *la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats* ».

En conséquence : pour un ensemble de contrats à durée déterminée, il conviendra de prévoir une date d'échéance identique ; au demeurant, si ces contrats ont des durées distinctes, le contrat ayant la durée la plus courte commandera le sort des autres. Pour un ensemble de contrats à durée indéterminée, il conviendra de stipuler que la résiliation de l'un des contrats emportera automatiquement la résiliation des autres. Pour un ensemble de contrats dont certains sont à durée déterminée et d'autres à durée indéterminée, il conviendra de stipuler que le non-renouvellement ou la résiliation de l'un de ces contrats emportera automatiquement caducité ou résiliation des autres. La rupture brutale qui pourrait résulter de l'application de ces stipulations, conformes aux exigences de l'article L. 341-1 du Code de commerce pourrait-elle alors échapper à la sanction de l'article L. 442-6, I, 5° du même code, ou faudra-t-il prévoir aussi des délais de préavis raisonnables pour la terminaison de l'ensemble des contrats ? D'un côté, cette seconde solution devrait prévaloir, malgré la complexité de sa mise en œuvre, au motif qu'il appartient aux parties de régler conformément aux exigences légales les conséquences de l'exigence d'une échéance commune. D'un autre côté, si un préavis raisonnable est respecté pour la terminaison du premier contrat, il ne devrait pas être nécessaire de prendre en compte les préavis qui auraient dû être appliqués pour les autres dès lors que les parties savent que tous ces contrats doivent prendre fin simultanément.

L'article L. 341-1 du Code de commerce ne vise pas les cas de caducité, de résolution judiciaire ou de nullité d'un contrat, mais ils devraient être soumis au même régime sur le fondement, là encore, de l'indivisibilité.

19 - Dans le prolongement de cette exigence, devraient être réputées non écrites les clauses sanctionnant de manière directe (par exemple : pénalité) ou indirecte (par exemple : droit d'entrée dans un réseau dont le paiement est différé au moment de la sortie du réseau mais qui est calculé sur la base des résultats finals du distributeur afin d'obtenir une surévaluation dissuadant son départ) une sortie anticipée d'un ou de plusieurs autres contrats constitutifs de l'ensemble ; mais non celles aménageant la liquidation normale de la relation par le jeu d'une restitution ou d'une indemnisation.

Il n'est pas sûr que cette disparition globale et simultanée des contrats entre le promoteur et le membre du réseau constitue un avantage pour ce dernier. D'abord, elle pourrait priver le distributeur des avantages d'un contrat dont il souhaiterait encore bénéficier, même après disparition des autres (service logistique par exemple) ; tandis que le promoteur en refusera la poursuite tout au moins aux mêmes conditions favorables. Ensuite, elle pourrait dissuader le promoteur du réseau de consentir aux distributeurs certains avantages dont la remise en cause intempestive pourrait lui être préjudiciable (investissement non amorti, par exemple).

20 À l'exception de ceux précisément exclus par le texte : contrats de bail, d'association et de société ; V. *supra,* en conséquence, le regroupement entre le promoteur du réseau et un ou plusieurs membres au sein d'une personne morale dont l'objet social serait précisément le développement de l'activité commune, comme par exemple la « franchise participative », appelle une réflexion sur le devenir de la relation sociétaire à la fin de la relation commerciale, sauf lorsque l'objet porte uniquement sur cette activité, la société prenant fin avec la disparition de son objet social.

21 *D. et N. Ferrier, op. cit. note (14), n° 564.*

## B. - La poursuite de l'activité

20 - L'article L. 341-2 du Code de commerce répond au souci de protéger le distributeur qui souhaiterait poursuivre son activité après la fin de sa relation au réseau, en réputant non écrites les clauses ayant pour effet de limiter sa liberté d'exercice de l'activité commerciale. Ne devraient pas relever de ce dispositif les clauses de préférence, de préemption, de promesse de vente au bénéfice du promoteur, car elles concernent la fin de l'activité du distributeur et non sa poursuite (sauf à établir que leur économie vise en réalité à dissuader le distributeur de sortir du réseau). En revanche, relèvent à l'évidence de l'article L. 341-2 les clauses qui ont déjà été stigmatisées par l'Autorité de la concurrence en raison de l'atteinte qu'elles porteraient à la concurrence entre les réseaux[22] et qui sont d'ailleurs régulièrement sanctionnées par les juges en raison de l'atteinte qu'elles portent à la liberté d'entreprendre[23]. Il s'agit des clauses de non-concurrence à effet post-contractuel, de non-réinstallation, de non-affiliation ou non-ré-affiliation à un réseau concurrent… et autres stipulations aboutissant à interdire ou tout au moins à gêner la poursuite de l'activité[24]. Mais d'autres clauses qui n'affectent que de manière limitée cette liberté, doivent-elles être également réputées non écrites ? Le caractère vague de la référence à la limitation de la liberté de l'exploitant est ici encore regrettable car il conduit à s'abstraire d'une appréciation de l'intérêt du promoteur du réseau, conformément au critère de proportionnalité à l'aune duquel les juges apprécient ces clauses et, au-delà, de l'intérêt de l'ensemble du réseau. En effet, ces limitations peuvent permettre d'assurer un juste équilibre entre la liberté d'entreprendre de l'exploitant, la liberté de la concurrence sur le marché et la protection de l'organisation en réseau mise en place par le promoteur. Il suffit de se reporter aux solutions jurisprudentielles, nombreuses en matière d'engagements à effet post-contractuel pour relever que nombre de clauses limitatives ont pu être admises en raison non seulement de leur faible portée mais aussi de leur utilité voire de leur nécessité pour la sauvegarde de l'ensemble du réseau : en préservant une stratégie d'implantation, en limitant la divulgation d'informations sensibles (conditions de vente consenties par certains fournisseurs par exemple). L'article L. 341-2 du Code de commerce montre lui-même le besoin d'une limitation de l'activité en aménageant une tolérance pour la clause de non-concurrence qui accompagne le transfert d'un savoir-faire.

21 - Reprenant les conditions fixées par le règlement (UE) n° 330/2010 en matière de restrictions verticales de concurrence[25], le législateur admet la stipulation d'une clause de non-concurrence indispensable à la protection d'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat concerné. L'engagement de non-concurrence doit être ainsi limité aux biens ou services concurrents de ceux faisant l'objet du contrat en cause, à une durée d'un an après échéance ou résiliation de ce contrat ou d'un contrat constitutif du même ensemble, et aux terrains et locaux à partir desquels l'activité du distributeur était exploitée. Cette exception conforte les contrats de franchise[26] mais aussi, de manière plus large, tous les contrats qui stipulent un transfert de savoir-faire et dont on devrait voir le développement dans le but précisément de bénéficier de cette tolérance.

22 - En définitive dans ses conditions d'application comme dans les conséquences de cette application, le nouveau régime est source de difficultés. Celles-ci vont mobiliser dès maintenant les promoteurs de réseau, conduits à anticiper le bouleversement que provoquera l'**entrée en vigueur de la loi** dans moins d'un an, **le 6 août 2016** *(L. n° 2015-990, art. 31, II)*, et demain les juges, chargés de régler les nombreux contentieux que ne manqueront pas de susciter les imperfections de fond et de forme du dispositif. ■

22 V. Aut. conc, *avis préc. note (3).*

23 *D. et N. Ferrier, op. cit. note (14), n° 753 et s.*

24 On connait l'exemple caricatural qui avait été fourni par la clause de restitution des cuves de stockage d'hydrocarbure en fin de contrat « de station-service » : *Cass. com., 18 févr. 1992, n° 87-12.844 : JurisData n° 1992-000321 ; Bull. civ. 1992, IV, n° 78. - D. et N. Ferrier, op. cit. note (14), n° 607.*

25 *Règl. (UE) n° 330-2010, 20 avr. 2010, art. 5 :* on peut s'étonner d'une transposition aussi scrupuleuse d'une règle de concurrence subordonnée à des conditions de parts de marché ignorées ici.

26 *D. Ferrier, Franchise et savoir-faire in Mél. J.-J. Burst : Litec, 1997, p. 158.*

Annoncée en juillet 2014 par l'ancien ministre de l'Économie, Arnaud Montebourg, présentée alors comme « la bataille des modernes contre les anciens, de l'audace contre le réformisme »[1], la réforme des professions juridiques réglementées a été d'emblée justifiée par la nécessité d'ouvrir davantage à la concurrence des professions réputées bénéficier d'une rente. Le sujet n'était, à vrai dire, pas nouveau. Dès 1959, le rapport dit *Armand-Rueff*[2], dénonçait les législations ayant pour effet de « fermer abusivement l'accès à certains métiers ou certaines professions, de maintenir des privilèges injustifiés, de protéger, voire d'encourager des formes d'activité ou de production surannées, de cristalliser dans leur position les bénéficiaires de certains droits et de donner ainsi à certaines parties de l'économie française une structure en " offices ", si répandue sous l'Ancien Régime ». Plusieurs décennies plus tard, le rapport *Attali* a souligné que les réglementations « ont un effet négatif sur l'activité et sur le niveau des prix, […] figent l'offre de services, empêchent le développement de l'emploi et ne créent aucune pression à l'innovation »[3].

# La réforme des professions juridiques et judiciaires

## Une «déréglementation» très réglementée

Par
FLORENCE G'SELL

Florence G'sell est agrégée de droit privé, professeur à l'université de Lorraine

1 - Bien que récurrentes, ces critiques d'économistes n'ont guère produit d'effets. C'est, bien plutôt, la politique et les recommandations successives des institutions de l'Union européenne qui

1 http://www.lejdd.fr/Politique/Reforme-des-professions-reglementees-Bon-courage-Monsieur-Montebourg-676515.

2 Le rapport a été rédigé par le comité chargé « d'examiner les situations de fait ou de droit qui constituent d'une manière injustifiée un obstacle à l'expansion de l'économie » créé auprès de Michel Debré alors Premier ministre. - V. *Les obstacles à l'expansion économique : rapport présenté par le Comité institué par décret n° 59-1284 du 13 novembre 1959 : Paris, La Documentation française, p. 14.*

3 *J. Attali (2008), Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : Paris, La Documentation française, p. 155 ; JCP G 2008, I, 115, Entretien avec J. de Clausade et J.-M. Darrois.*

semblent avoir conduit le Gouvernement à mener la réforme aujourd'hui consacrée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques[4]. Si le rapport de la Commission européenne sur les professions libérales du 17 février 2004[5] a lancé les initiatives européennes en ce domaine[6], c'est surtout ces dernières années que les recommandations de Bruxelles se sont faites plus pressantes. La Recommandation de recommandation du 29 mai 2013[7] a appelé à renforcer la concurrence dans le secteur des services et éliminer « les restrictions injustifiées à l'accès aux services professionnels et à leur exercice, notamment en ce qui concerne la forme juridique, la structure d'actionnariat, les quotas et les restrictions territoriales »[8]. Le 2 juin 2014, une nouvelle Recommandation[9] a noté la persistance d'importantes barrières à l'entrée ou à l'exercice des professions libérales, notamment juridiques, et recommandé leur suppression, la réduction des coûts d'entrée, la promotion de la concurrence[10]. Faut-il voir un hasard du calendrier dans le fait que le ministre de l'Économie a, dès le lendemain de la publication de ce document bruxellois, saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis portant sur les tarifs des officiers publics et ministériels ? L'insistance de Bruxelles a probablement incité le Gouvernement français à mettre au plus vite sur le métier une réforme désormais très attendue.

2 - Une telle réforme visait nécessairement les professions juridiques et judiciaires dès lors que les professions réglementées sont vues comme « des professions soumises à des réglementations particulières, des protections légales ou réglementaires supérieures au cadre général », qui « bénéficient soit de monopoles légaux, soit de barrières à l'entrée (conditions de diplômes, *numerus clausus*, charges patrimoniales), soit de tarifs réglementés »[11]. L'idée était d'intensifier la concurrence, de faire baisser les prix, d'inciter à l'innovation, et, finalement, de relancer la croissance et l'emploi. Il fallait donc « déréglementer » (**1**) pour permettre aux mécanismes de marché de jouer pleinement leur rôle et relancer l'économie. Le pari a-t-il été tenu ? À la lecture du texte promulgué le 6 août dernier, force est de constater que la loi n'a pas substitué le libre jeu du marché à des réglementations rigides et sclérosantes. Si elle a assoupli les régimes existants, elle semble avoir surtout édictée une nouvelle réglementation qui fait la part belle au contrôle de l'autorité administrative (**2**).

## 1. L'objectif poursuivi : la « déréglementation » des professions

3 - La démarche ayant conduit à la réforme repose sur une perception de la réglementation comme favorisant des intérêts privés au détriment de la collectivité (**A**). C'est cette perception, que les autorités françaises se sont appropriées, qui a servi de point de départ au travail législatif (**B**).

### A. - L'analyse de la réglementation comme créatrice de rentes

4 - La réglementation est souvent justifiée par l'idée qu'elle permet de pallier les défaillances du marché, ce qui est particulièrement vrai pour les services professionnels[12]. Le marché des services professionnels, et notamment des services juridiques, présente, en effet, des caractéristiques que n'ont pas les autres marchés de biens ou de services. D'une part, il présente une forte asymétrie d'information entre clients et prestataires. Les services juridiques correspondent à une prestation intellectuelle caractérisée par un degré d'expertise élevé, donc à des connaissances que bon nombre de clients n'ont pas. Ils sont des « biens de confiance », dont la qualité ne peut être estimée ni avant ni après l'achat[13]. Les consommateurs risquent de se voir offrir des services trop onéreux, de qualité médiocre, inadaptés voire inutiles. Ils peuvent être tentés de choisir des professionnels peu chers mais de piètre qualité faute d'être en mesure d'évaluer la qualité.

D'autre part, les prestations juridiques produisent, comme toute activité, des externalités positives ou négatives[14]. Les services juridiques ont des effets sur les tiers et la société en général. Le système juridique bénéficie de la bonne qualité de rédaction d'un contrat, qui contribue à la sécurité juridique alors qu'un contrat mal rédigé est générateur de contentieux, ce qui constitue un coût social. Lorsqu'ils créent des externalités positives, les

4 V. *Perruchot-Triboulet, Conditions d'exercice des professions juridiques réglementées (art. 50 à 66) : JCP E 2015, 1407* . - *C. Nourrissat, Loi Macron : ce qui a changé, change et changera… : Procédures 2015, repère 9.*

5 *Commission européenne, Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales : COM(2004).* - V. égal. *Commission européenne, Progress by Member States in renewing and eliminating restrictions to competition in the area of Professional Services : COM(2005) 405.*

6 V. *C. Gauthier et L. Grard, Les professions juridiques et judiciaires en Europe, Rapport pour le GIP Mission Droit et Justice, avr. 2014.*

7 *Recommandation de recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2013 et portant avis sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2017, 29 mai 2013 : SWD(2013) 360 final.*

8 *Recommandation préc. note (7), § 13, p. 4.*

9 *Recommandation de recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2014 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2014, 2 juin 2014 : SWD(2014) 411 final.*

10 *Recommandation préc. note (9), pt 4, p. 10.*

11 *CAE, Quelles réformes pour la France ? Les préconisations du CAE : note n° 15, juill. 2014, p. 5.*

12 *C. Chaserant et S. Harnay, Déréglementer la profession d'avocat en France ? Les contradictions des analyses économiques : RID éco. 2010, p. 147 et s.* - V. égal. *C. Chaserant et S. Harnay, Libéraliser ou réglementer les professions Quelles justifications économiques ? et M. Louis, Désordres dans les professions in La Vie des idées, 9 juin 2015.*

13 *C. Chaserant et S. Harnay, préc. note (12), p. 151 et 152.*

14 *C. Chaserant et S. Harnay, préc. note (12), p. 152 et 153.*

services juridiques peuvent être vus comme des biens publics, qui créent des avantages pour les parties non impliquées dans la transaction : tel est le cas d'une jurisprudence permettant de fixer un point de droit. Ces biens publics sont, par hypothèse, insuffisamment rémunérés puisque tous ceux qui en bénéficient ne les paient pas, ce qui peut conduire à une sous-production. D'où, par exemple, la nécessité d'un financement public : le système judiciaire est financé par l'État car l'ensemble de la société a intérêt à la production de bonnes décisions de justice.
Dans ce contexte, la réglementation doit permettre l'amélioration de la qualité de service, de l'évaluation du rapport qualité-prix et de l'information des consommateurs. Certes, elle génère des coûts : par exemple, les exigences de qualification professionnelle destinées à assurer la qualité conduisent à des prix plus élevés. Ces prix plus élevés se justifient pourtant, dès lors qu'ils permettent une amélioration suffisante de la qualité offerte[15].

5 - À rebours de cette présentation, une autre conception, sceptique quant à l'argument relatif à la qualité, insiste sur le niveau des prix résultant de la réglementation, supérieurs aux prix de concurrence pure et parfaite. Cette grille d'analyse refuse de distinguer nettement le marché des services juridiques et le marché de biens et services traditionnels. Si ce marché ne présente pas de défaillances spécifiques, la réglementation n'est pas justifiée. Elle apparaît bien plutôt comme bénéficiant aux groupes professionnels concernés, donc à des intérêts privés. Les exigences de qualification ou les monopoles sont alors vus comme des barrières à l'entrée organisant le rationnement de l'offre et permettant la création de rentes. Les règles limitant l'ouverture du capital des structures d'exercice et l'interprofessionnalité sont réputées engendrer des coûts et freiner l'innovation. La réglementation des tarifs et des honoraires est analysée comme une entente empêchant la concurrence par les prix et décourageant l'efficacité et l'innovation[16]. Quant aux ordres professionnels, ils sont perçus comme des cartels entre producteurs qui obtiennent des autorités la production de normes qui leur sont favorables. Ce phénomène de « capture » est réputé particulièrement important en présence de professions bénéficiant du droit à l'autorégulation, qui produisent elles-mêmes les normes les protégeant de la concurrence[17].
C'est cette seconde perspective qui semble avoir irrigué les analyses menées à Bruxelles et avoir été reprise par les autorités françaises pour justifier la réforme.

**Les exigences de qualification ou les monopoles sont vus comme des barrières à l'entrée organisant le rationnement de l'offre et permettant la création de rentes.**

## B. - L'analyse de la réglementation par les autorités françaises

6 - Rendu public en septembre 2014, le rapport de l'Inspection générale des finances, daté de mars 2013, s'est livré à un état des lieux qui a constitué le point de départ de la réforme (**1°**). Par ailleurs, au cours des travaux législatifs, en janvier 2015, l'Autorité de la concurrence, interrogée par le ministre de l'Économie, a rendu un avis circonstancié[18] (**2°**).

### 1° Le rapport de l'Inspection générale des finances

7 - Le rapport de l'Inspection générale des finances est présenté d'emblée comme procédant à « l'analyse économique du fonctionnement de 37 professions et activités réglementées »[19]. Pour chacune, le rapport a analysé « 5 catégories principales de réglementations portant sur les tâches et activités réservées, les tarifs réglementés, l'existence d'exigences minimales de qualification, l'existence de restrictions à la liberté de formation ou d'installation, l'existence de restrictions à l'accès au capital »[20]. Il a conclu que les professions étudiées « se distinguent par des niveaux élevés de rentabilité, de revenus et des évolutions qui ne trouvent, dans certains cas, pas d'autre explication que la réglementation en vigueur »[21] tout en reconnaissant que, dans une majorité de cas, les réglementations existantes peuvent « contribuer, dans leur principe, à mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général et d'efficacité économique qui les ont inspirées »[22].
Le rapport préconise des réformes portant sur les monopoles d'activité, les tarifs réglementés, les autorisations d'installation, les exigences de qualification et les restrictions à l'accès au capital, le tout au motif que de telles réformes pourraient générer un surcroît d'activité de 0,5 point de PIB, plus de 120 000 emplois et un surcroît d'exportation de 0,25 points de PIB[23]. Les professions juridiques sont largement visées. Sont mis en cause les monopoles des notaires pour la rédaction des actes soumis à publicité foncière, des greffiers de tribunaux de commerce pour la gestion des données relatives aux registres légaux, des huis-

15 C. *Chaserant et S. Harnay, préc. note (12), p. 154.*

16 *C. Chaserant et S. Harnay, préc. note (12), p. 163 et 164.*

17 *C. Chaserant et S. Harnay, préc. note (12), p. 160 et 161.*

18 Les travaux législatifs ont par ailleurs été enrichis par plusieurs rapports parlementaires de grande qualité, V. *R. Ferrand, Professions réglementées, pour une nouvelle jeunesse, oct. 2014* et *Ph Houillon et C. Untermaier, Rapport d'information AN n° 2475, déc. 2014, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les professions juridiques réglementées.*

19 *Rapp. IGF, Les professions réglementées, synthèse, p. 1.*

20 *Rapp. IGF, synthèse, p. 2.*

21 *Rapp. IGF, synthèse, p. 1.*

22 *Rapp. IGF, synthèse, p. 1, § 4.*

23 *Rapp. IGF, synthèse, p. 3, § 13.*

siers pour la signification des actes de procédure et décisions de justice non pécuniaires, des mandataires judiciaires pour la gestion des liquidations et plus largement, des professions du droit pour les différents types de vente aux enchères. S'agissant des tarifs, le rapport pointe du doigt des tarifs trop élevés, éloignés des coûts de revient, et suggère la suppression de certains tarifs réglementés (tarif des notaires sur les négociations immobilières, tarif de postulation des avocats) tout en préconisant, pour les autres, de donner à l'Autorité de la concurrence compétence en la matière. Il se prononce en outre, en faveur d'un principe général de liberté d'installation et pour la liberté d'investissement dans les capitaux des structures d'exercice sous la seule réserve d'un renforcement du contrôle déontologique et du pouvoir de sanction des ordres professionnels.

Le rapport de l'IGF a été critiqué[24]. On lui a reproché son dogmatisme et sa méthode, à commencer par des insuffisances dans l'analyse économique menée, qui opérerait un amalgame injustifié entre réglementation professionnelle et effets négatifs sur l'économie et s'appuierait sur une analyse empirique insuffisante pour conclure à la rentabilité excessive des professions réglementées[25]. Le rapport a toutefois constitué une première étape de la démarche ayant conduit à l'adoption de la loi.

### 2° Le rapport de l'Autorité de la concurrence

8 - L'Autorité de la concurrence était chargée, aux termes de sa lettre de saisine, d'une part de distinguer, parmi les différentes missions confiées aux professions juridiques, celles qui relevaient des missions de service public de celles relevant des activités de marché, et, d'autre part, de se prononcer sur les objectifs d'une régulation tarifaire en proposant une méthode de fixation ou de révision des tarifs réglementés actuels[26]. L'Autorité a jugé nécessaire d'étendre le champ de son avis à deux sujets connexes : les conditions d'installation et les modalités d'exercice des professions. Dans l'ensemble, elle s'est prononcée en faveur d'une concurrence accrue parmi et au sein des professions, tout en nuançant ce souhait par la prise en compte des missions d'intérêt général accomplies par les professionnels concernés.

L'Autorité s'est ainsi montrée favorable à la restriction de certains monopoles : réduction du nombre d'actes obligatoirement authentiques[27], fin du monopole des notaires en matière de ventes aux enchères de biens meubles incorporels[28], réduction du périmètre des actes signifiés obligatoirement par huissier, fin du monopole des greffiers des tribunaux de commerce en matière de gestion des informations légales relatives aux entreprises[29], ouverture aux huissiers et commissaires-priseurs des fonctions de liquidateurs dans les cas simples[30] et co-désignation obligatoire de plusieurs professionnels pour les procédures les plus importantes[31], suppression du « monopole à la résidence » du commissaire-priseur et instauration d'une compétence nationale pour réaliser des inventaires, des prisées et des ventes aux enchères publiques judiciaires[32]. Elle a également suggéré des mesures de modernisation : allègement du coût de l'acte notarié rédigé par un tiers[33], extension de la compétence territoriale des huissiers au ressort de la cour d'appel[34], dématérialisation des actes signifiés aux personnes morales [35].

S'agissant des conditions d'installation, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée en faveur d'une liberté d'installation régulée pour les notaires, les huissiers et les commissaires-priseurs judiciaires[36]. Elle a, en outre, suggéré, en vue de faciliter l'installation de nouveaux professionnels, le développement du salariat[37], l'instauration de limites d'âge[38], la suppression de l'habilitation des clercs de notaires assermentés[39], la création de nouvelles voies d'accès aux professions[40].

Quant aux modalités d'exercice, l'Autorité s'est prononcée en faveur de l'ouverture illimitée du capital des structures d'exercice aux professionnels des autres professions juridiques, peu important qu'ils exercent ou non au sein de la structure, et d'une ouverture minoritaire du capital aux experts-comptables[41].

Enfin, l'Autorité de la concurrence a insisté sur la nécessité de modifier le mode de fixation des tarifs en prenant en compte les coûts réels[42] et sur le besoin d'une flexibilité tarifaire en admettant le principe de prix plafonds et de prix planchers[43]. Elle s'est montrée favorable à une fixation des tarifs par décision conjointe des ministres de la Justice et de l'Économie, prise après avis de l'Autorité[44].

Ce rapport de l'Autorité de la concurrence a eu une influence incontestable sur le contenu du texte finalement voté.

24 V. not. *B. Deffains et M. Mekki, L'analyse économico-juridique du notariat, « Bercy » au pays des merveilles : D. 2014, p. 2312.*

25 *B. Deffains et M. Mekki, préc. note (24).*

26 *Aut. conc., avis n° 15-A-02, 9 janv. 2015, relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées.*

27 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 60.*

28 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 66.*

29 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 319.*

30 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 218.*

31 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 274.*

32 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 355.*

33 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 74.*

34 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 149.*

35 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 123.*

36 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 463.*

37 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 540, 544, 551 et 556.*

38 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 469.*

39 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 480.*

40 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 482 et 492.*

41 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 534.*

42 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 723.*

43 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 755 et 756.*

44 *Aut. conc., avis préc. note (26), n° 692.*

## 2. L'objectif atteint : un assouplissement très encadré

9 - La loi n° 2015-990 du 6 août 2015, qui comporte, dans son chapitre III, l'ensemble des dispositions relatives aux professions juridiques et judiciaires, ne constitue pas une réforme de la justice[45] mais une tentative pour faire basculer dans une logique de marché des professions traditionnellement regardées comme exerçant des missions d'intérêt général, voire d'autorité publique, qui font, à cette occasion, leur entrée dans le Code de commerce. Si la réforme assouplit les règles existantes, elle instaure surtout une nouvelle réglementation qui consacre le pouvoir de contrôle du ministère de l'Économie et de l'Autorité de la concurrence, en sus de la tutelle traditionnelle du ministère de la Justice. Les dispositions adoptées concernent les prix (**A**), la liberté d'installation (**B**), les structures d'exercice (**C**) et les modalités d'exercice (**D**).

### A. - Les prix

10 - L'autorité administrative intervient tant pour fixer les tarifs que pour contrôler les honoraires.

**La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 constitue une tentative pour faire basculer dans une logique de marché des professions traditionnellement regardées comme exerçant des missions d'intérêt général.**

11 - **La fixation des tarifs. -** L'article 50 de la loi du 6 août 2015 modifie les dispositions relatives aux tarifs sans toutefois remettre en cause leur caractère réglementé. Le champ d'application de ces tarifs concerne exclusivement les activités réservées, donc non concurrentielles, des commissaires-priseurs judicaires, des greffiers de tribunaux de commerce, des huissiers de justice, des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires et des notaires (*C. com., art. L. 444-1 créé*) ainsi que les droits et émoluments de l'avocat en matière de saisie immobilière, de partage, de licitation et de sûretés judiciaires. En revanche, les prestations accomplies concurremment aux prestations offertes par d'autres professionnels ne sont soumises à aucun tarif imposé mais rémunérées par des honoraires. Certains tarifs sont supprimés, tel le tarif de la postulation des avocats.

Le nouvel article L. 444-2 du Code de commerce dispose que les tarifs « *prennent en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs* ». Les modes d'évaluation des coûts pertinents et de la rémunération raisonnable doivent être précisés par un décret en Conseil d'État pris après avis de l'Autorité de la concurrence (*C. com., art. L. 444-7 créé*). Sur cette base, les tarifs seront fixés par arrêté conjoint des ministres de la Justice et de l'Économie et révisés au moins une fois tous les 5 ans (*C. com., art. L. 444-3 créé*). L'Autorité de la concurrence peut par ailleurs, à la demande du Gouvernement ou sur sa propre initiative, donner un avis, qui est rendu public, sur les prix et tarifs réglementés (*C. com., art. L. 462-2-1 créé*).

Le critère du coût pertinent peut se révéler problématique lorsque la rémunération élevée de certains actes rares permet de financer d'autres actes, plus fréquents, rémunérés en-deçà de leur prix coûtant[46]. Afin d'éviter un renchérissement du prix de ces actes fréquents, une péréquation des tarifs a été prévue qui permet, par dérogation, de fixer de manière proportionnelle à la valeur du bien ou du droit concerné les tarifs des prestations relatives à des biens ou des droits d'une valeur supérieure à un certain seuil (*C. com., art. L. 441-2, al. 2 créé*). Malgré un objectif louable, ce mécanisme de péréquation rend le dispositif plus complexe.

Fixés par voie réglementaire, les tarifs ne sont donc pas négociables. L'idée, envisagée au cours des travaux législatifs, d'une fourchette tarifaire, avec un prix plancher et un prix plafond au plus deux fois supérieur au premier, qui aurait laissé une marge de négociation aux parties, a été abandonnée, au motif qu'elle rompait avec le principe d'unicité de prix sur l'ensemble du territoire. Y a été substituée une faculté de remise, prévue par le nouvel article L. 444-2, alinéa 5, du Code de commerce, qui ne concerne que les tarifs proportionnels relatifs à des biens ou des droits immobiliers dont la valeur est supérieure à un seuil. Encore faut-il respecter des conditions strictes : les remises octroyées doivent être fixes, identiques pour tous, et comprises dans des limites définies par voie réglementaire. Ce dispositif de remise encadrée est en retrait, à certains égards, par rapport aux règles en vigueur, telle celle qui autorise les notaires à consentir librement des remises sur leur part d'émoluments supérieurs à 80 000 euros[47]. Difficile, dans ce contexte, de parler d'une libéralisation des tarifs.

Les dispositions relatives aux tarifs sont assorties de la création, par l'article L. 444-2, alinéa 3, du Code de commerce d'un « *fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice* » dont la finalité est la « *redistribution entre professionnels, afin de favoriser la couverture de l'ensemble du territoire par les professions judiciaires et juridiques et l'accès du plus grand nombre au droit* ». Ce fonds devait être financé par une contri-

45 *C. Chaserant et S. Harnay, préc. note (12).*

46 V. not. l'analyse de l'Autorité de la concurrence : *avis préc. note (26), n° 558 et s.*

47 *D. n° 78-262, 8 mars 1978, art. 3.*

bution à l'accès au droit et à la justice annulée par le Conseil constitutionnel[48].
D'autres dispositions prévoient l'affichage des tarifs (*C. com., art. L. 444-4 créé*), l'habilitation des ministres de la Justice et de l'Économie, ainsi que de l'Autorité de la concurrence à recueillir des données économiques et statistiques auprès des professionnels (*C. com., art. L. 444-5 créé*) et celle des agents de la DGCCRF à rechercher, constater et poursuivre les manquements aux obligations de transmission des données économiques et statistiques (*C. com., art. L. 444-6 créé*).

12 - **Le contrôle des honoraires. -** La loi prévoit de manière générale que les prestations relevant du secteur concurrentiel sont rémunérées par des honoraires. Elle précise qu'ils sont fixés selon les usages, la situation de fortune du client, la difficulté de l'affaire, les frais exposés par le professionnel, de sa notoriété et de ses diligences. Une convention d'honoraires doit être dressée par écrit (*C. com., L. 444-1, al. 3 créé*).
Le cas des avocats illustre particulièrement le souci d'encadrer les honoraires. L'article 51, I, 6°, de la loi du 6 août 2015 modifie l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui prévoit désormais que « *les honoraires de postulation, de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client* » sauf en matière de saisie immobilière, de partage, de licitation et de sûretés judiciaires. Il est obligatoire de dresser par écrit une convention d'honoraires[49] qui doit préciser « *le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés* » (*L. n° 71-1130, art. 10, al. 3 mod.*). Le texte aurait pu s'arrêter là mais il ajoute également que « *les honoraires tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci* ». Ces critères s'appliquaient antérieurement à défaut de convention d'honoraires : ils viendront désormais contraindre la fixation des honoraires par convention.
Un autre exemple de contrôle tient aux pouvoirs conférés à l'autorité administrative. Un nouvel article 10-1 est inséré dans la loi du 31 décembre 1971 qui dispose que « *l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation* », en l'occurrence la DGCCRF, peut faire « *usage des pouvoirs mentionnés au 1° du III bis de l'article L. 141-1 du Code de la consommation* » pour vérifier que les avocats respectent leurs obligations. Ceci signifie que les agents pourront, en informant par écrit le bâtonnier du barreau concerné « *au moins trois jours avant* », user des prérogatives qui leur sont reconnues par les articles L. 450-1, L. 450-3 et 4, L. 450-7 et L. 450-8 du Code de commerce, ce qui comprend notamment l'accès aux locaux professionnels, la communication sur place, ou sur convocation, et sur tout support, de tout renseignement, document ou justification professionnel nécessaire au contrôle. Des principes analogues ont été introduits dans la législation relative aux avocats aux conseils (*Ord. 10 sept. 1817, art. 15 à 15-2 ; L. n° 2015-990, art. 58*).

## B. - L'installation

13 - La loi consacre une liberté d'installation relative et prévoit des mesures visant à faciliter l'installation de nouveaux titulaires d'office.

14 - **Une liberté d'installation relative. -** La consécration de la liberté d'installation, fondée sur le constat d'une régression du nombre des offices, était dès l'origine dans les objectifs de la loi. Elle entrera en vigueur le 1er février 2016, pour les notaires, huissiers et commissaires-priseurs mais avec une limite de taille découlant de la crainte d'une concentration des offices dans certaines zones. La liberté d'installation ne s'imposera que « *dans les zones où l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services* » (*L. n° 2015-990, art. 52, I*). Ces zones figureront sur une carte établie par les ministres de la Justice et de l'Économie, selon des critères précisés par décret sur proposition de l'Autorité de la concurrence et révisée tous les deux ans. La carte sera élaborée à partir d'une analyse démographique de l'évolution prévisible du nombre de professionnels installés et devra être assortie de recommandations sur le rythme d'installation afin de garantir « *une augmentation progressive du nombre d'offices à créer, de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants* » (*L. n° 2015-990, art. 52, I*). Dans les zones de liberté, les personnes remplissant les conditions requises seront nommées par le ministre de la Justice. Dans les autre zones, où la création de nouveaux offices « *serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu* », le ministre de la Justice pourra refuser une création d'office, après avis de l'Autorité de la concurrence, en motivant son refus « *au regard, notamment, des caractéristiques de la zone et du niveau d'activité économique des professionnels concernés* » *(L. n° 2015-990, art. 52, III)*. L'Autorité de la concurrence rend un avis au ministre de la Justice sur la liberté d'installation des professions concernées et peut formuler toutes recommandations (*C. com., art. L. 462-4-1 créé*).
Le texte voté au Parlement prévoyait par ailleurs une indemnisation, par les titulaires des offices nouvellement créés, des professionnels voyant la valeur patrimoniale de leur office dépréciée par la création d'un nouvel office. Ce mécanisme d'indemnisation a été censuré par le Conseil constitutionnel au motif que la loi ne privait pas les titulaires d'offices de leur droit de pré-

48 Le législateur aurait fait preuve d'incompétence négative en habilitant le pouvoir réglementaire à fixer l'assiette de la taxe : *Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, consid. 48 à 52.*

49 Sauf en cas d'urgence ou de force majeure ou lorsque l'avocat intervient au titre de l'aide juridictionnelle totale ou de l'aide juridique dans les procédures non juridictionnelles.

sentation[50], que l'augmentation des offices devait se faire sans bouleversement des conditions d'activité des offices existants[51] et qu'il était toujours loisible à la victime de la dépréciation de la valeur d'un office de demander réparation pour préjudice anormal et spécial[52].

Malgré la liberté ici consacrée, le régime à deux vitesses mis en place par la loi est d'une grande lourdeur et risque de se révéler particulièrement difficile d'application, notamment dans la mesure où il suppose la décision conjointe de deux ministères et l'intervention d'une autorité administrative indépendante. Cette lourdeur est un peu moindre pour la profession d'avocats aux conseils *(L. n° 2015-990, art. 57)*, qui voit toutefois étendue à son égard la compétence de l'Autorité de la concurrence. Il revient en effet à l'Autorité d'identifier le nombre de créations d'offices « *qui apparaissent nécessaires pour assurer une offre de services satisfaisante* » au regard de différents critères fixés par décret, parmi lesquels doivent figurer les exigences de bonne administration de la justice et l'évolution du contentieux *(C. com., art. L. 462-4-2, al. 3 créé)*.

La nomination du titulaire d'un office sera désormais décidée par le ministre de la Justice sur la base des recommandations de l'Autorité de la concurrence (*Ord. 10 sept. 1817, art. 3 mod.)*.

**Malgré la liberté ici consacrée, le régime à deux vitesses mis en place par la loi est d'une grande lourdeur et risque de se révéler particulièrement difficile d'application.**

15 - **Les dispositions visant à faciliter l'installation. -** Afin de favoriser l'installation de nouveaux professionnels, notamment des femmes et des jeunes, la loi cherche à développer au sein des offices le salariat récemment introduit pour les officiers publics et ministériels[53]. Le salariat est étendu par l'article 59 à quatre salariés pour un associé, jusqu'au 1er janvier 2020, pour les offices notariaux (*Ord. n° 45-2590, art. 1, ter mod.)* ainsi qu'à deux salariés pour un associé, pour les huissiers de justice *(Ord. n° 45-2592, art. 3, ter mod.)*, les commissaires-priseurs judiciaires *(Ord. n° 45-2593, art. 3 mod.)* et les greffiers de tribunaux de commerce (*C. com., art. L. 743-12-1 mod.*). Les clauses de non-concurrence, qui peuvent constituer un frein à l'installation des anciens salariés, sont interdites. Le Gouvernement doit présenter (*L. n° 2015-990, art. 59, V*), dans un délai de deux ans, un rapport sur l'évolution du salariat et notamment la proportion de jeunes et de femmes parmi ces salariés.

Le même souci de faciliter l'installation de jeunes professionnels a conduit le législateur à instaurer une limite d'âge de 70 ans pour les notaires *(L. 25 ventôse an XI, art. 2 mod.)*, les huissiers (*Ord. n° 45-2592, art. 4, bis créé*), et les commissaires-priseurs judiciaires (*Ord. 26 juin 1816, art. 1-1-2. créé*). Pour le même motif, la possibilité donnée aux clercs de notaire d'instrumenter, critiquée lors de son instauration[54], est supprimée avec effet au 1er août 2016 pour les habilitations données avant le 1er janvier 2015 (*L. n° 2015-990, art. 53, I, 3°*).

Enfin, l'article 61 de la loi vise à faciliter l'accès à la profession d'administrateur judiciaire et de greffiers des tribunaux de commerce (*C. com., art. L. 811-5 mod. et art. L. 812-3 mod.*) par la création d'un master en Administration et liquidation d'entreprises en difficulté et la fixation de conditions d'expérience ou de stage fixées par voie réglementaire. De son côté, l'article 61, IV, habilite le Gouvernement à modifier le recrutement des greffiers des tribunaux de commerce en créant un concours d'accès qui viendrait ainsi limiter la liberté d'exercice du droit de présentation.

## C. - Les structures d'exercice

16 - La loi réforme les structures d'exercice à trois égards : en libéralisant le recours aux différentes formes juridiques existantes (*L. n° 2015-990, art. 63*), en ouvrant le capital des structures (*L. n° 2015-990, art. 63 et 67*) et en créant la possibilité de structures interprofessionnelles (*L. n° 2015-990, art. 64*)[55]. La libéralisation du recours à d'autres formes juridiques est justifiée par le souci de renforcer la compétitivité, au sein de l'Union européenne, de professionnels français qui n'avaient accès, jusqu'à ce jour, qu'à un nombre limité de formes juridiques. L'ouverture du capital des sociétés d'exercice et l'interprofessionalité doivent permettre une offre globale et conduire à des économies[56] en faisant baisser les coûts par l'accroissement de la taille des structures et la production de plusieurs services à l'intérieur d'une structure unique.

L'article 63 de la loi du 6 août 2015 permet le recours à toute forme de groupement, à l'exclusion des « entités » conférant la qualité de commerçant à leurs associés, pour l'exercice des

50 *Cons. const., 5 août 2015, préc. note (48), consid. 77.* - La conformité à la Constitution dudit droit de présentation a été récemment reconnue, V. *Cons. const., 21 nov. 2014, n° 2014-429 QPC, Mme Pierre T. : JCP G 2015, 31, M. Verpeaux.*

51 *Cons. const., 5 août 2015, préc. note (48).*

52 *Cons. const., 5 août 2015, préc. note (48), consid. 79.*

53 Le régime du salariat a été autorisé par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 pour les notaires, puis, pour les autres professions, par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 (huissiers de justice, greffiers de tribunaux de commerce), la loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011 (commissaires-priseurs judiciaires) et l'ordonnance n° 2014-239 du 27 février 2014 (avocats aux conseils).

54 *J. Flour, Sur une notion nouvelle de l'authenticité : Defrénois, 1972, art. 30159.*

55 *B. Brignon, Les sociétés des professions libérales (art. 67 et 68) : JCP E 2015, 1408. - D. Gallois-Cochet, SEL et SPFPL : Dr. sociétés 2015, comm. 167. - M. Roussille, Ouverture des sociétés commerciales aux professions juridiques : les SEL concurrencées ? : Dr. sociétés 2015, comm. 168. - M. Roussille, Sociétés cotées- création des sociétés d'exercice en commun des professions du droit et du chiffre : Dr. sociétés 2015, comm. 174.* - V *infra le contrôle des SEL et des SPFPL, Étude par S. Torck.*

56 *C. Chaserant et S. Harnay, préc. note (12).*

professions d'avocat, d'avocat aux conseils, de notaire, d'huissier de justice, de commissaire-priseur judiciaire, d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire. Ces derniers peuvent désormais opter pour une société commerciale, à l'exception des sociétés en commandite simple et des sociétés en nom collectif. L'idée est de leur permettre de s'installer plus facilement dans d'autres États membres en les autorisant à recourir à des formes juridiques connues et répandues au sein de l'Union, telle la société anonyme.

La libéralisation concerne également la détention du capital. À ce jour les sociétés d'exercice libéral régies par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 doivent, sauf dérogation, être majoritairement composées d'associés personnes physiques exerçant au sein de la société, les associés minoritaires devant appartenir à une profession juridique et judiciaire. La loi du 6 août 2015 prévoit un nouveau régime applicable tant aux sociétés d'exercice libérale (*L. n° 2015-990, art. 67*) qu'aux formes juridiques nouvellement accessibles (*L. n° 2015-990, art. 63*). Désormais, les droits de vote et le capital social peuvent être détenus par toute personne physique ou morale exerçant une profession juridique ou judiciaire, établie en France ou dans l'Union européenne, l'Espace économique européen ou la Confédération Suisse. La seule condition à respecter est qu'au moins un associé remplisse les conditions requises pour exercer la profession objet de la société. Dans une société d'avocats, au moins un des associés doit être avocat mais les autres associés peuvent être notaires ou huissiers. En outre, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance doit être composé d'au moins un associé exerçant au sein de la structure. Il est prévu qu'un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du dispositif « *dans le respect des règles de déontologie applicables à chaque profession* ».

La loi prévoit enfin une interprofessionnalité d'exercice déjà envisagée pour les sociétés civiles professionnelles[57] et les sociétés d'exercice libéral[58] mais jamais mise en œuvre faute de décret d'application. Elle viendra compléter l'interprofessionnalité capitalistique consacrée par la loi du 28 mars 2011[59], qui a autorisé la création de sociétés pluriprofessionnelles de professions réglementées du droit, du chiffre et de la propriété industrielle (SPFPL), et dont le décret d'application n° 2014-354 du 19 mars 2014 a permis aux avocats, notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires, experts-comptables, commissaires aux comptes et conseils en propriété industrielle d'investir ensemble dans une société unique. Dans ce contexte, la loi du 6 août 2015 prévoit la création de sociétés ayant pour objet l'exercice en commun, au sein d'une même structure, de ces mêmes professionnels[60] *(L. n° 2015-990, art. 65, 2°)*[61] et habilite le Gouvernement à rédiger une ordonnance. La loi prend toutefois la peine de préciser les conditions s'imposant aux nouvelles structures interprofessionnelles. D'une part, la totalité du capital et des droits de vote devra être détenue, directement ou indirectement, par des personnes exerçant l'une des professions exercées en commun au sein de la structure, ce qui signifie qu'une société exerçant la profession d'avocat et de notaire ne pourra être détenue que par des avocats et des notaires. D'autre part, la structure ne pourra exercer une profession que si au moins l'un de ses associés remplit les conditions requises pour exercer ladite profession : une société d'avocat/notaire devra comprendre, parmi ses associés, au moins un notaire et un avocat. En outre, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la société devront comprendre au moins un membre, en exercice au sein de la société, de chaque profession exercée par la société. Enfin, ces structures devront tenir compte des principes déontologiques, des incompatibilités et des risques de conflits d'intérêts propres à chaque profession et préserver « *l'intégrité des missions des professionnels liées au statut d'officier public et ministériel dans l'accomplissement de leurs fonctions* ».

## D. - La simplification des conditions d'exercice

17 - Le texte cherche manifestement à simplifier et moderniser les conditions d'exercice des professions. La compétence territoriale des avocats et des huissiers de justice[62] est ainsi élargie au ressort de la cour d'appel. S'agissant des avocats, la possibilité de postuler, à compter du 1er août 2016, devant l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel où est établie la résidence professionnelle de l'avocat (*L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 5 mod. ; L. n° 2015-990, art. 51, I, 1° à 5°*)[63] semble une demi-mesure si l'on songe que la suppression pure et simple de la postulation était initialement envisagée. De même, le législateur a renoncé à supprimer l'exigence d'un accord du barreau d'accueil pour toute création d'un bureau secondaire : il a simplement été prévu que l'absence de décision

57 *L. n° 66-879, 29 nov. 1966, art. 2.*

58 *L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 1er.*

59 *L. n° 2011-331, art. 32.*

60 Auxquels ont été ajoutés les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

61 Le texte prévoit également que l'ordonnance devra « *moderniser les conditions d'exercice de la profession d'expertise comptable* » pour tenir compte des textes européens (*L. n° 2015-990, art. 65, 1°).*

62 La compétence territoriale des huissiers de justice, élargie depuis le 1er janvier 2015, au ressort des tribunaux de grande instance du département de leur lieu d'exercice, s'exerce désormais dans le ressort de la cour d'appel au sein duquel ils ont établi leur résidence professionnelle pour les significations, les notifications, l'exécution des décisions de justice, les actes ou titres exécutoires (*Ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, art. 3 mod. ; L. n° 2015-990, art. 54*, qui entre en vigueur au 1er janvier 2017). Leur compétence est nationale pour les autres activités prévues par l'ordonnance du 2 novembre 1945 (constats, recouvrement amiable ou judiciaire de créances etc…)

63 Sauf pour les procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation, les procédures que l'avocat prend en charge au titre de l'aide juridictionnelle et les instances dans lesquelles l'avocat n'est pas chargé d'assurer la plaidoirie.

dans le délai d'un mois, et non plus trois, valait autorisation. Il est par ailleurs désormais obligatoire de satisfaire aux obligations relatives à l'aide juridique dans le ressort du barreau d'accueil (*L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 8-1 mod.*).

Toujours par souci de simplification, la loi (*L. n° 2015-990, art. 61, III*) habilite le Gouvernement à créer par ordonnance une nouvelle profession de commissaire de justice regroupant les professions d'huissier de justice et de commissaire-priseur judiciaire. Ces derniers pourraient désormais être désignés en qualité de liquidateur dans le cadre des procédures de liquidation judiciaire *(L. n° 2015-990, art. 64)*. De même, l'article 60 prévoit la transmission par les greffiers de tribunaux de commerce de documents scannés ou numérisés à l'INPI, qui est désormais chargé de mettre à la disposition du public les données du registre national du commerce et des sociétés (RNCS) dans une logique d'*open data*. Il est, enfin, permis de s'interroger sur l'objectif recherché - simplification ou satisfaction d'une revendication ? - par l'article 62 qui autorise les experts-comptables à accomplir « *tous travaux et études à caractère administratif ou technique, dans le domaine social et fiscal* » et à « *donner des consultations, effectuer toutes études ou tous travaux d'ordre juridique, fiscal ou social* » liés aux travaux comptables dont ils sont chargés de manière habituelle par leurs *clients (Ord. n° 45-2138, art. 22, al. 7 créé)*.

**Le législateur, en multipliant les garde-fous et les contrôles, n'a pas fait pleinement confiance au marché.**

18 - Dans l'ensemble, la loi du 6 août 2015 constitue une tentative louable de moderniser la réglementation des professions en s'efforçant d'y installer une logique concurrentielle. Pourtant, le législateur, en multipliant les garde-fous et les contrôles, n'a pas fait pleinement confiance au marché. Il semble avoir suivi la préconisation de la commission *Attali*, dont l'actuel ministre de l'Économie était le rapporteur, qui suggérait de ne pas supprimer la réglementation mais d'instaurer « une meilleure réglementation, créatrice de croissance »[64]. Reste à savoir si la nouvelle réglementation se révèlera réellement créatrice de croissance, malgré la lourdeur des mécanismes mis en place et l'omniprésence de l'autorité administrative. ■

64 *Rapport Attali préc. note (3), p. 155.*

La loi du 31 décembre 1990, relative aux sociétés d'exercice libéral et aux sociétés de participation financière des professions libérales, après plusieurs modifications souvent trop timides, accède enfin à la maturité avec la loi *Macron* et devrait être en mesure d'offrir à la plupart des professionnels libéraux un accès plus large aux apports de capitaux extérieurs et les outils capitalistiques indispensables à la mise sur pied d'une interprofessionnalité d'exercice.

# Le contrôle des SEL et des SPFPL

Par
STÉPHANE TORCK

Stéphane Torck est professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

1 - La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques modifie en profondeur la structure capitalistique des sociétés d'exercice libéral (SEL) pour, enfin, selon les vœux du législateur, permettre la création d'entreprises « fortes et adaptées au marché ». Or, les différentes réformes qu'a connues la loi du 31 décembre 1990[1] n'avaient pas permis aux sociétés d'exercice libéral, pas plus qu'aux sociétés de participation financière des professions libérales (SPFPL) admises à les contrôler ou à y détenir des participations, de s'ouvrir suffisamment à des capitaux extérieurs aux personnes y exerçant leur profession, pas plus qu'elles n'avaient su favoriser, nonobstant la volonté contraire pourtant affichée, l'interprofessionnalité, de capital et d'exercice, d'activités pourtant complémentaires. Si l'on peut comprendre la prudence du législateur, légitimement enclin à éprouver quelques préventions à l'égard d'une trop grande libéralisation des structures capitalistiques des entreprises libérales, qui serait propre, sans maîtrise, à nuire à la nécessaire indépendance d'exercice de professionnels dont le statut est réglementé, la concurrence européenne – l'on pense principalement aux métiers du chiffre et du droit – et les besoins de consolidation de certains secteurs de l'activité libérale, lesquels n'échappent plus à la nécessité d'offrir un service global, auront eu raison des réticences antérieures.

2 - Chacune de ces deux préoccupations trouve une réponse adaptée au travers, d'une part, de l'ouverture du capital des SEL

1 *L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.*

et des SPFPL aux professionnels européens (**1**) et aux aménagements apportés au principe du contrôle de la SEL par des professionnels en exercice au sein de celle-ci (**2**).

## 1. L'ouverture du capital des SEL et des SPFPL aux professionnels européens

3 - Le capital des SEL et des SPFPL n'est ouvert qu'à des catégories limitées de personnes si l'on excepte la possibilité offerte, par décret, à toute personne physique ou morale de détenir une participation minoritaire dans les SELARL[2], SELAS[3], SELAFA[4] et SELCA[5], autres que celles exerçant une profession juridique ou judiciaire (*L. n° 90-1258, art. 6, III mod.*).

4 - En vertu de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1990, en effet, le capital des SEL ne peut être détenu, sous la réserve précédente, que par des professionnels en exercice au sein de la SEL, des personnes physiques ou morales exerçant la ou les professions constituant l'objet social de la SEL, les personnes physiques qui, ayant cessé toute activité professionnelle, ont exercé cette ou ces professions au sein de la SEL (la détention du capital est alors limitée à dix ans), les ayants droit de ces personnes dans un délai de cinq ans après leur décès, les SPFPL ainsi que les personnes exerçant l'une quelconque des professions libérales de santé, juridiques et judiciaires ou techniques, dans la mesure où l'exercice de l'une de ces trois grandes professions constitue l'objet social de la SEL.

5 - En vertu de l'article 31-1 de la loi du 31 décembre 1990, le capital des SPFPL est ouvert aux personnes exerçant la même profession que celle exercée par les sociétés faisant l'objet de la détention des parts ou actions, les personnes physiques qui, ayant cessé toute activité professionnelle, ont exercé cette ou ces professions au sein de la SEL, les ayants droit de ces personnes ainsi que les personnes exerçant l'une quelconque des professions libérales de santé, juridiques et judiciaires ou techniques, dans la mesure où l'exercice de l'une de ces trois grandes professions constitue l'objet social de la SEL.

6 - Il convient désormais d'ajouter à cette liste les professionnels européens, c'est-à-dire « *toute personne physique ou morale légalement établie dans un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans la Confédération suisse qui exerce, dans l'un de ces États, une activité soumise à un statut législatif ou réglementaire ou subordonnée à la possession d'une qualification nationale ou internationale reconnue et dont l'exercice constitue l'objet social de la société et, s'il s'agit d'une personne morale, qui répond, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une autre personne morale, aux exigences de détention du capital et des droits de vote prévues* » par la loi du 31 décembre 1990, à savoir aux conditions prévues aux articles 6, II, 1°, et 31-1, III modifiés.

7 - L'ouverture du capital des SEL et des SPFPL aux professionnels européens permettra sans nul doute de rendre les structures d'exercice plus compétitives au sein mais aussi au-delà de nos frontières hexagonales, et constitue ce faisant une réponse habile à la concurrence que les structures de droit étranger sont à même d'exercer sur le territoire français. Il ne restera plus qu'aux professionnels libéraux à saisir cette opportunité pour, à l'avenir, proposer des services sans frontières.

## 2. Les aménagements au principe du contrôle de la SEL par des professionnels en exercice au sein de celle-ci

8 - Avant la réforme opérée par la loi du 6 août 2015, en vertu de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1990, plus de la moitié du capital social et des droits de vote des SEL devait être détenue, directement ou par l'intermédiaire d'une SPFPL, par des professionnels en exercice au sein de la société. L'article 5-1 de la loi n° 90-1258 *(abrogé par L. n° 2015-990, art. 67, I, 3°)* admettait toutefois que la majorité du capital – et non pas des droits de vote – de la SEL soit détenue par des professionnels exerçant leur activité en dehors de celle-ci ou par des SPFPL dont la majorité du capital et des droits de vote est détenue par ces mêmes professionnels. Il résultait de l'articulation de ces deux textes que le contrôle de la SEL devait être exercé par des professionnels en exercice au sein de celle-ci, quoique la majorité du capital fût détenue par des personnes exerçant cette même profession en dehors d'elle. La règle n'était pas propre à favoriser l'apport de capitaux « extérieurs » si l'investisseur était assuré de ne jamais pouvoir détenir le contrôle.

9 - Désormais, l'article 6, I, 1°, de la loi du 31 décembre 1990, qui n'est pas applicable aux professions de santé, prévoit que, par dérogation à l'article 5, plus de la moitié du capital et des droits de vote des SEL peut être détenue par des personnes qui n'exercent pas la profession constituant l'objet social de la SEL au sein de celle-ci. Lorsque le contrôle de la SEL est exercé par l'intermédiaire d'une SPFPL, la majorité du capital et des droits de vote de celle-ci doit, par symétrie, être détenue par des personnes exerçant la même profession que celle exercée par la ou les sociétés contrôlées *(L. n° 90-1258, art. 6, II, 1° mod.)*. Le choix opéré en faveur de cette dérogation aura pour conséquence la mise à l'écart des dispositions qui régissent la direction de la SEL, de même que l'attribution du droit de vote double et le mécanisme de l'agrément. C'est ainsi que sera

2 Société d'exercice libéral à responsabilité limitée.

3 Société d'exercice libéral par actions simplifiée.

4 Société d'exercice libéral à forme anonyme.

5 Société d'exercice libéral en commandite par actions.

écartée la règle de l'article 12 modifié de la loi n° 90-1258, qui oblige à choisir les dirigeants ainsi que les deux-tiers au moins des membres du conseil d'administration ou de surveillance parmi les professionnels en exercice au sein de la SEL. Sera également écartée, si la SEL a pris la forme d'une commandite, la disposition de l'article 13 modifié, obligeant les commandités à exercer leur profession au sein de la SEL. De même, l'article 8 modifié de la loi du 31 décembre 1990, réservant l'attribution du droit de vote double aux seules actions détenues par des professionnels en exercice au sein de la société deviendra sans objet. Quant à la règle de l'article 10 modifié, qui prévoit que les cessions de parts ou d'actions de SEL sont agréées par une majorité d'associés exerçant leur profession au sein de la société, aux conditions impératives prévues par le texte, elle laissera place aux conditions d'agrément légales ou statutaires issues de la forme sociale à laquelle la SEL aura emprunté son régime juridique.

10 - La loi du 6 août 2015 va plus loin encore dans la dérogation au principe du contrôle majoritaire des SEL par des professionnels en exercice au sein de celle-ci, au sujet spécifiquement des professions juridiques et judiciaires et uniquement de celles-là.

11 - En effet, l'article 6, I, 3°, de la loi n° 90-1258 prévoit désormais que plus de la moitié du capital ou des droits de vote de la SEL peut être détenue par des personnes exerçant l'une de ces quelconques professions. Le texte subordonne toutefois la mise en œuvre de cette faculté à la condition que la SEL comprenne, parmi ses associés, au moins une personne exerçant la profession constituant l'objet de la société, sans qu'il soit exigé qu'elle y exerce son activité ; plus spécifiquement, si la société comprend un conseil d'administration ou un conseil de surveillance, celui-ci devra comprendre au moins un membre de la profession constituant l'objet social de la société, exerçant sa profession au sein de celle-ci. Au surplus si la société est une commandite, l'un des associés commandités doit être une personne physique exerçant sa profession au sein de la société. Ces aménagements étaient rendus d'autant plus nécessaires que la loi du 6 août 2015 a ouvert aux professions juridiques et judiciaires le droit de recourir aux formes sociales de droit commun, avec pour seule exigence que l'un au moins des associés de la société exerce l'activité statutaire de la société, les autres associés, sans considération de niveau de participation, pouvant être des personnes physiques exerçant une des quelconques professions juridiques et judiciaires ou des personnes morales qui satisfont aux exigences de détention du capital ou des droits de vote applicables aux SEL et aux SPFPL.

12 - Lorsque le contrôle de la SEL est exercé par une SPFPL monoprofessionnelle, le capital et les droits de vote de celle-ci peuvent être détenus par toute personne exerçant une profession juridique ou judiciaire, les organes de contrôle de la SPFPL devant comprendre au moins une personne exerçant la même profession que celle exercée par la ou les sociétés contrôlées (*L. n° 90-1258, art. 31-1, III*, sur renvoi de *L. n° 90-1258, art. 6, II, 1°*).

13 - Le principe du contrôle de la SEL par des professionnels en exercice au sein de celle-ci est également aménagé au profit des SPFPL interprofessionnelles, lesquelles sont définies, par l'article 31-2 modifié, comme ayant pour objet la détention des parts ou d'actions de SEL ayant pour objet l'exercice de deux ou plusieurs des professions d'avocat, de notaire, d'huissier de justice, de commissaire-priseur judiciaire, d'expert-comptable, de commissaire aux comptes ou de conseil en propriété industrielle ainsi que la participation à tout groupement de droit étranger ayant pour objet l'exercice de l'une ou de plusieurs de ces professions. Alors que jusqu'ici, l'article 31-2 de la loi du 31 décembre 1990 prévoyait que la majorité du capital et des droits de vote des SPFPL interprofessionnelles devait être détenue par des personnes exerçant leur profession au sein des SEL dans lesquelles les participations étaient détenues ; désormais, la majorité du capital et des droits de vote de ces SPFPL interprofessionnelles doit être détenue par des personnes exerçant la ou les mêmes professions que celles exercées par les SEL, ce qui suppose toutefois, en guise de limite, que toutes les professions exercées au sein de ces SEL soient représentées au sein des associés majoritaires de la SPFPL, de la même manière qu'hier, toutes les professions exercées au sein des SEL devaient l'être par les professionnels associés de la SPFPL[6]. Ce que démontre en creux le sort réservé par la loi aux SPFPL interprofessionnelles dont l'une au moins des filiales exerce une profession juridique et judiciaire et celles dont toutes les filiales exercent une profession juridique et judiciaire. Dans chacune de ces deux hypothèses, la majorité du capital et des droits de vote de la SPFPL peut être détenue par des personnes exerçant l'une quelconque des professions juridiques et judiciaires, indépendamment de la nature précise de la profession exercée par la SEL.

14 - L'on comprend que l'interprofessionnalité capitalistique promue par la loi du 6 août 2005 est apte à préparer l'interprofessionnalité d'exercice, que nous promet l'article 65 de la loi, lequel autorise le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance afin de « *faciliter la création de sociétés ayant pour objet l'exercice en commun de plusieurs des professions d'avocat, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable* ». Cette dernière étape risque très certainement d'être la plus difficile à franchir. ■

6 V. *D. Gallois-Cochet, SEL et SPFPL : Dr. sociétés 2015, comm. 167.*

L'article 229 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, aboutissement provisoire d'une évolution mouvementée, introduit de nouvelles obligations concernant les engagements de retraite à prestations définies, qui doivent être assortis de conditions de performance, faire l'objet chaque année d'une décision du conseil d'administration ou de surveillance ainsi que d'une communication renforcée.

# Encadrement des **retraites chapeau**

Par
PASCAL DURAND-BARTHEZ

Pascal Durand-Barthez est avocat à la cour, secrétaire général du Haut comité de gouvernement d'entreprise (Afep-Medef)

1 - « Aspect peu critiqué car assez peu connu du grand public, les retraites supplémentaires à prestations définies constituent un élément différé très substantiel des rémunérations consenties aux mandataires sociaux », lisait-on en 2009 dans le rapport *Houillon* sur les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux[1]. Cette lacune, si l'on peut dire, a été comblée entretemps, puisque certaines affaires récentes ont suscité autant d'émoi que d'autres éléments de la rémunération des dirigeants, source d'irritation récurrente pour l'opinion publique.

À vrai dire, dès 2008, l'actualité judiciaire[2] avait déjà mis en lumière les « retraites chapeau » avec l'annulation de l'engagement pris en faveur de l'ancien président de *Carrefour*, au motif principal qu'il paraissait disproportionné par rapport aux services rendus et constituait une charge excessive pour la société. Depuis, la publication des chiffres relatifs aux provisions passées par les sociétés au titre de ces engagements et aux montants des compléments de revenus estimés correspondants suscite régulièrement des polémiques. C'est le cas notamment quand les sociétés traversent des périodes difficiles ou opèrent des réductions d'effectifs. Plus précisément, la pratique de la « reprise d'ancienneté » qui consiste à accorder à un bénéficiaire un certain nombre d'années d'ancienneté lorsqu'il rejoint le régime, par exemple s'il vient de l'extérieur, a été très critiquée.

1 *AN, Rapp. n° 1798 sur les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux et des opérateurs de marchés, Ph. Houillon, 7 juill. 2009.*

2 *CA Paris, 3e ch., sect. A, 7 oct. 2008, n° 07/09681* confirmée par *Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-70.302 : Bull. civ. 2009, IV, n° 143.*

## 1. Aboutissement provisoire d'un parcours mouvementé

2 - Le législateur s'est pourtant préoccupé plusieurs fois de la question. Les retraites supplémentaires ont fait partie des éléments de rémunération dus postérieurement à la cessation des fonctions des dirigeants des sociétés cotées, que la loi *Breton* de 2005 a soumis à la procédure des conventions réglementées[3]. Mais la loi *TEPA* de 2007 ne les a pas comprises dans les éléments qu'elle obligeait à subordonner à des conditions de performance[4].
Par la suite, le législateur semble avoir souhaité « tester » l'efficacité de l'autorégulation professionnelle, tout en durcissant progressivement le traitement social et fiscal de ces modes de rémunération. Le code de gouvernement d'entreprise Afep[5]-Medef comporte depuis 2008 des recommandations pour contenir les abus, proscrivant notamment « les systèmes donnant droit immédiatement ou au terme d'un petit nombre d'années à un pourcentage élevé de la rémunération totale de fin de carrière »[6]. Or, les abus que l'opinion réprouve concernent essentiellement les grandes sociétés cotées, celles qui font référence au code Afep-Medef en application des articles L. 225-37 ou L. 225-68 du Code de commerce. Le rapport *Houillon* précité avait donc conclu placidement : « il convient peut-être d'attendre un peu pour leur laisser le temps de produire leurs effets, avant d'envisager d'intervenir formellement sur la question ». Parallèlement, le législateur a sérieusement alourdi au fil des années les charges fiscales et sociales pesant tant sur les entreprises que sur les bénéficiaires.

3 - La pression s'est accrue en 2013. Un nouveau rapport parlementaire déposé par MM. Clément et Houillon comportait une proposition n° 19, due à la députée Mme Narassiguin, dont l'intitulé était sans ambages : « interdire les rémunérations sous forme de " retraites chapeau " »[7]. Les organisations professionnelles ont réagi en renforçant significativement les dispositions d'encadrement de ces régimes lors de la révision du code Afep-Medef en juin 2013. Ces dispositions, qui figurent maintenant au § 23.2.6, prévoient que les bénéficiaires doivent constituer un groupe sensiblement plus large que les seuls mandataires sociaux et satisfaire à des conditions d'ancienneté dans l'entreprise d'au minimum deux ans, et que l'augmentation annuelle des droits potentiels (ce qu'on appelle couramment la « vitesse d'acquisition ») ne doit représenter chaque année qu'un pourcentage limité à 5 % de la rémunération du bénéficiaire, laquelle doit être évaluée sur une période de plusieurs années. Enfin, le pourcentage maximum du revenu de référence auquel donne droit le régime de retraite supplémentaire ne peut dépasser 45 % des rémunérations fixes et variables dues au titre de la période de référence.

4 - La dernière étape précédant l'introduction dans la loi *Macron* d'un article sur les retraites supplémentaires a été un nouveau rapport, commandé aux Inspections générales des finances et des affaires sociales par le Gouvernement et connu sous le nom de rapport *Charpin*[8]. Les principales recommandations portaient sur l'établissement d'un lien entre les droits accumulés et la performance du bénéficiaire, l'amélioration de la transparence des informations communiquées au marché et le renforcement de l'encadrement par les codes de gouvernement d'entreprise, jugé trop peu rigoureux.

## 2. Rappel de quelques données

5 - Quoique mieux connues maintenant, les questions de retraite méritent qu'on rappelle quelques données de base. Les retraites supplémentaires ont été réorganisées par la loi du 21 août 2003[9] dans une optique d'encouragement aux régimes d'entreprise. Ceux-ci correspondent à une préoccupation des dirigeants et des cadres supérieurs, et ils présentent certains avantages pour les sociétés elles-mêmes. Les limites des régimes complémentaires obligatoires font que les pensions auxquels ils donnent droit ne représentent qu'un « taux de remplacement » (c'est-à-dire le rapport entre la pension et la dernière rémunération) relativement faible[10]. Par ailleurs, les contributions des sociétés se traduisent en grande partie par la reconnaissance de provisions et non de charges immédiates. Enfin, on les trouve fréquemment dans les « paquets » de rémunération des dirigeants internationaux car dans beaucoup de pays les régimes de retraite reposent sur l'adhésion à des fonds de pension d'entreprise.

6 - Tout d'abord, rappelons la distinction avec les régimes de retraites à cotisations définies, dits « article 83 » par référence à cet article du Code général des impôts. Ouverts aux salariés (ou à certaines catégories d'entre eux) et éventuellement aux dirigeants mandataires sociaux, ils sont alimentés par des cotisations généralement versées partie par l'entreprise et partie par le bénéficiaire, et bénéficient de conditions fiscales et sociales avantageuses pour les deux parties. Ils sont souvent accordés

3 *L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 8 ; C. com., art. L. 225-42-1 créé.*

4 *L. n° 2007-1223, 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, art. 17.*

5 Association française des entreprises privées.

6 *Afep-Medef, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, déc. 2008, § 20.2.5*

7 *AN, Rapp. d'information n° 737 sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises, J. -M. Clément et Ph. Houillon, 20 févr. 2013.*

8 *IGF, IGAS, L'encadrement des Retraites chapeau, déc. 2014.*

9 *L. n° 2003-775, 21 août 2003 portant réforme des retraites.*

10 Par exemple, moins de 15 % pour un dirigeant de 55 ans avec une rémunération annuelle de 700 k€ (*Towers Watson*).

aux dirigeants mandataires sociaux en complément ou non de régimes à prestations définies. Leur coût pour l'entreprise et les montants des rentes qu'ils génèrent sont la plupart du temps bien inférieurs à ceux qui caractérisent ces derniers.

7 - Ceux qui posent vraiment question sont les régimes à prestations définies, dits « article 39 » par référence à l'article du Code général des impôts qui définit les charges déductibles en général. Ils sont aussi visés, plus précisément, par l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale. Ce sont des régimes de retraite par capitalisation ouverts à certaines catégories de salariés (plus rarement à tous) et aux mandataires sociaux. Financés par l'entreprise seule, ils génèrent une rente à condition que le bénéficiaire soit présent dans l'entreprise au moment de la liquidation de sa retraite, condition qui peut paraître « atypique et datée »[11]. Ils assurent soit une rente équivalente à un pourcentage d'une rémunération de référence (régimes « additionnels ») soit plus souvent des versements tels que le niveau global de retraite perçu par le bénéficiaire atteigne un niveau prédéterminé de cette rémunération (régimes « différentiels »). Ils bénéficient d'avantages fiscaux et sociaux pour l'entreprise (déduction du résultat imposable si la gestion est externalisée, dispense de cotisations de sécurité sociale, CSG et CRDS). Ces avantages se sont considérablement réduits au fil de cinq réformes législatives, avec l'instauration de plafonds pour la déduction fiscale, l'obligation pour les entreprises concernées de mettre en place un régime à cotisations définies ou un plan d'épargne collectif (PERCO) pour tous leurs salariés, et l'alourdissement des charges sociales, surtout depuis 2010. Pour le bénéficiaire, les contributions de l'entreprise ne sont pas considérées comme un élément de rémunération en raison du caractère « aléatoire » apporté par la condition de présence au moment de la liquidation, et ne sont donc pas assujetties à l'impôt sur le revenu en phase de constitution. Mais lors du versement de la rente, celle-ci subit un prélèvement social de 14 %.

8 - La détérioration de ces avantages a entraîné un moindre recours à ces régimes et la fermeture à de nouveaux bénéficiaires de certains d'entre eux. Néanmoins, 51,4 % des sociétés du SBF 120 et 75,7 % de celles du CAC 40 ont un engagement de retraite supplémentaire à prestations définies[12]. Au demeurant, les dirigeants mandataires sociaux sont loin d'être les seuls bénéficiaires de ces régimes : il y en aurait environ 200 000, dont les 2/3 perçoivent une rente annuelle inférieure à 2 000 €[13].

## 3. Les dispositions de la loi *Macron*

9 - Le législateur a décidé de traiter à nouveau cette question, et elle a eu sa place dans l'inventaire à la Prévert de la loi du 6 août 2015[14]. **Les réformes introduites par l'article 229 de la loi rejoignent en partie les recommandations du code Afep-Medef, mais s'appliquent aux dirigeants (présidents, directeurs généraux et directeurs généraux délégués des sociétés à conseil d'administration, et membres de directoires) de toutes les sociétés cotées.** Elles sont applicables aux engagements pris à compter de la publication de la loi, ou bénéficiant aux dirigeants nommés ou renouvelés à compter de cette publication.

10 - Tout d'abord, l'article 229, I, 1° et 2°, de la loi n° 2015-990 précise en tant que de besoin que les engagements de retraite à prestations définies font partie des « *éléments de rémunération, indemnités ou avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci* » soumis par les articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 du Code de commerce à la procédure des conventions réglementées. Mais alors que jusqu'ici ces engagements étaient soustraits par le dernier alinéa des articles précités à l'obligation de les assortir de conditions de performance, cette exception est supprimée : elle ne joue plus que pour les indemnités de non-concurrence. Une modification de l'article L. 225-22-1 spécifie en outre que ces dispositions s'appliquent aux mandataires sociaux qui continuent de bénéficier d'un contrat de travail antérieur à leur nomination.

**Alors que jusqu'ici ces engagements de retraite à prestations définies étaient soustraits à l'obligation de les assortir de conditions de performance, cette exception est supprimée : elle ne joue plus que pour les indemnités de non-concurrence.**

11 - En deuxième lieu, la loi spécifie que le conseil d'administration (ou de surveillance) « *vérifie annuellement (…) le respect des conditions* » et « *détermine l'accroissement (…) des droits conditionnels* » (*C. com., art. L. 225-42-1 et art. L. 225-90-1, mod. ; L. n° 2015-990, art. 229, I, 3° et 4°*). Telle était la pratique recommandée par le code Afep-Medef, puisqu'il s'agit d'éléments de rémunération que le conseil doit pleinement prendre en compte au titre du principe d'exhaustivité. Mais la loi ajoute une limitation plus stricte que celle du code professionnel, en

11 *Rapp. Charpin, préc. note (8), p. 2.*

12 *Haut Comité de gouvernement d'entreprise, Rapp. 2015, p. 98.*

13 *Rapp. Charpin, préc. note (8), p. 8*

14 La note de présentation au public de la loi du 6 août 2015 par le ministère de l'Industrie la classe faute de mieux parmi les mesures de « simplification » (*p. 47*).

stipulant que la « *vitesse d'acquisition* » ne peut dépasser 3 % et non 5 %. Le Code devra donc être ajusté sur ce point. Surtout, la sanction du non-respect de ces conditions n'est plus la simple obligation « d'expliquer », mais la nullité. En outre, en interdisant d'octroyer des « *droits conditionnels* » au titre de l'activité des dirigeants mandataires sociaux en dehors des conditions de la loi, le texte a pour effet de prohiber le rachat d'années d'ancienneté au bénéfice de nouveaux dirigeants lors de leur nomination.

12 - Enfin, la loi nouvelle complète l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, relatif au rapport annuel du conseil d'administration ou du directoire, en précisant qu'il doit indiquer « *les modalités précises de détermination de ces engagements et contenir, pour chaque mandataire social, une estimation du montant des rentes qui seraient potentiellement versées au titre de ces engagements et des charges afférentes* ». Là encore, cela renforce les dispositions du code Afep-Medef, qui préconise une description des régimes de retraite et de leurs « *modalités de calcul* » (*§ 24.2*). La nouvelle exigence va amener les sociétés à présenter des calculs plus précis, complexes et vulnérables à la contestation.

13 - Bien entendu, on peut douter que cette réforme soit l'épilogue de l'évolution législative des retraites supplémentaires. La principale raison en est l'obligation de présence au moment de la liquidation des droits, qui leur ôte toute « portabilité ». Or, la directive 2014/50/UE[15], qui vise à améliorer la mobilité des travailleurs dans le marché unique, interdit de conditionner l'acquisition de droits au titre de régimes complémentaires à une durée excédant trois ans. Certes, cette disposition ne s'appliquera qu'aux titulaires d'un contrat de travail (ce qui n'est pas le cas de la majorité des dirigeants de grandes entreprises cotées) qui se déplacent à l'intérieur de l'Union, après la transposition de la directive (au plus tard en 2018). Néanmoins, c'est un signe de plus de l'inadaptation du régime encadré par l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale, et une incitation de plus à une réforme d'ensemble. ■

15 *PE et Cons. UE, dir. 2014/50/UE, 16 avr. 2014 relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire.*

La volonté du législateur, qui s'exprime dans le chapitre V du Titre II de la loi du 6 août 2015, est tout entière ordonnée à l'amélioration de certains outils forgés au soutien du redressement des entreprises en difficulté. Outil institutionnel, d'abord, la loi spécialisant certaines juridictions consulaires auxquelles sera réservée la connaissance des dossiers les plus importants ; outils professionnels, ensuite, le texte redéfinissant la place et le statut des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires ; outils substantiels, enfin, le dispositif accentuant le sacrifice des droits des actionnaires de la société débitrice en vue de favoriser le redressement de cette dernière.

# Assurer la **continuité** de la vie des entreprises

Par
HERVÉ LÉCUYER

Hervé Lécuyer est professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

1 - Le chapitre V, intitulé « *Assurer la continuité de la vie des entreprises* », du Titre II « *Investir* », de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, comprend les articles 231 à 240 répartis en trois sections. L'article 240, qui clôt le chapitre, est à part. Il a pour objet d'autoriser le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures destinées à corriger le régime du gage des stocks. L'objectif immédiat est de clarifier ce régime et le compléter, en rendant possible le pacte commissoire et le gage avec ou sans dépossession. La perspective est de « rapprocher » le gage sur stocks du Code de commerce du gage de meubles corporels du Code civil.

2 - Beaucoup[1] regretteront l'occasion manquée de rayer du Code de commerce le gage sur stocks, malheureux doublon du gage de droit commun[2].

1 V. *P. Crocq, Chronique de droit des sûretés, juill. 2014 – juin 2015 : D. 2015, p. 1810.*

2 V. encore, *Cass. com., 17 févr. 2015, n° 13-27.080 : JurisData n° 2015-003017 ; JCP G 2015, doctr. 604, n° 16, obs. Ph. Delebecque ; D. 2015, p. 787, note N. Borga. - CA Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840 : JurisData n° 2014-005859 ; JCP G 2014, doctr. 635, n° 19, obs. Ph. Delebecque ; D. 2014, p. 924, obs. C. Gijsbers ; D. 2014, p. 1610, obs. P. Crocq ; D. 2014, p. 2136, obs. D. R. Martin ; Dr. et patr. nov. 2014, p. 108, obs. A. Aynès ; RLDC juill.-août 2014, p. 38, obs. J. Clavel-Thoraval ; Gaz. Pal. 4-5 juin 2014, p. 20, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Banque et Droit mai-juin 2014, p. 58, obs. N. Rontchevsky.*

L'ordonnance annoncée aura aussi pour objet de reprendre le régime du gage de meubles corporels et du gage de stocks dans le droit des entreprises en difficulté, en vue de favoriser les finalités assignées à ces procédures depuis 1985 : la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

3 - Le reste du chapitre V se résume en une série d'opérations arithmétiques : division, addition, multiplication, soustraction.
Division : la loi compartimente les tribunaux de commerce, distinguant certains parmi eux afin de leur conférer des prérogatives exclusives.
Addition : la loi impose la désignation de deux ou plusieurs administrateurs et mandataires judiciaires dans certaines procédures collectives.
Multiplication : le texte nouveau autorise l'exercice des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires en qualité de salarié, accroissant ainsi, potentiellement, les forces de ces professions.
Soustraction : la loi retire encore un peu de leurs prérogatives aux associés ou actionnaires des sociétés sous procédure.

4 - L'analyse des apports du chapitre V peut être envisagée en suivant le plan interne du chapitre, découpé en trois sections, qui traitent successivement des juridictions consulaires, des auxiliaires de justice et des procédures.

## 1. Les tribunaux de commerce

5 - La loi installerait-elle une justice consulaire à deux vitesses ? La division réalisée au sein des tribunaux de commerce passe, formellement, par une nouvelle articulation des dispositions composant le chapitre 1 du Titre II (« *Du tribunal de commerce* » c'est, aujourd'hui, un singulier pluriel) du Livre VII du Code de commerce, désormais scindé en deux sections. La première comprend les règles de compétence commune à tous les tribunaux de commerce ; la seconde, créée par la loi de 2015, définit « *la compétence particulière à certains tribunaux de commerce* ». L'unité des juridictions consulaires est atteinte pour réserver à certains tribunaux élus la connaissance de certaines procédures collectives.

### A. - Quelles juridictions ?

6 - Le nouvel article L. 721-8 du Code de commerce (*L. n° 2015-990, art. 231*) prévoit la désignation de certains tribunaux auxquels sera réservée la connaissance d'affaires définies au texte. Les critères d'identification de ces affaires sont multiples, mais renvoient à l'idée que ce sont les affaires importantes qui seront réservées à des tribunaux légalement sélectionnés.
Du moins la loi retient-elle le principe d'une sélection. Elle ne fournit pas, en revanche, la liste des sélectionnés, renvoyant au pouvoir réglementaire, après consultation du Conseil national des tribunaux de commerce, le soin de choisir, donc de fâcher. Il appartiendra aussi au décret d'application de déterminer le ressort des juridictions consulaires spécialisées, « *en tenant compte des bassins d'emplois et des bassins d'activité économique* » (*C. com., art. L 721-8, avt dern. al.*).
La liste des juridictions retenues devrait être vite connue, la nouvelle attribution *ratione materiae* et *ratione loci* étant prévue pour s'appliquer aux procédures ouvertes à compter du 1er mars 2016 (*L. 6 août 2015, art. 231, II*)[3].

### B. - Quelles affaires ?

#### 1° Nature

7 - Les affaires réservées à la compétence spéciale de certains tribunaux de commerce sont certaines procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires ainsi que des procédures de conciliation.
Il n'est pas étonnant que ne figurent pas, dans la liste des affaires réservées, les procédures de rétablissement professionnel, instituées par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014. Le rétablissement professionnel est réservé à des petits débiteurs et ne remplit en conséquence pas, par essence, le critère d'importance requis pour qu'un dossier soit confié aux juridictions consulaires spécialisées[4].

8 - On peut, en revanche, être plus surpris de ne pas trouver dans la liste des procédures réservées, le mandat *ad hoc*, qui partage, avec la conciliation, le Titre 1er du Livre VI.
Le fait que le mandat *ad hoc* soit à l'initiative du président du tribunal de commerce ne suffit pas à justifier qu'il soit, par principe, exclu, de la compétence réservée. La procédure de conciliation peut, elle aussi, être à l'initiative du président.
L'omission du mandat *ad hoc* surprend encore, compte tenu des termes de l'article L. 662-2 du Code de commerce, modifiés par l'article 232 de la loi du 6 août 2015. L'article dispose que « *lorsque les intérêts en présence le justifient, la cour d'appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction compétente dans le ressort de la cour, ou devant une juridiction mentionnée à l'article L. 721-8* [les nouvelles juridictions spécialisées] *pour connaître du mandat* ad hoc*, de la procédure de conciliation ou des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire* ». Le mandat *ad hoc* semble, ici, participer des compétences des juridictions spécialisées.
Le choix qui serait fait de ne pas comprendre le mandat *ad hoc* dans la redistribution des affaires, s'il a bien été fait par le législateur, pourrait s'expliquer. Le président prend l'initiative de la

3 Des considérations géographiques bien compréhensibles ont conduit le législateur à exclure les départements et régions d'outre-mer du domaine de l'article L. 721-8.

4 V. *C. com., art. L. 645-1.*

convocation du débiteur en considération d'éléments (actes, documents, procédures) qui sont autant de clignotants, pour reprendre l'heureuse formule du rapport *Sudreau*[5], pouvant révéler des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation[6].
Ces clignotants sont accessibles au président de la juridiction normalement compétente pour connaître des affaires du débiteur concerné. Le mandat *ad hoc*, qui peut s'inscrire dans leur prolongement, paraît devoir demeurer entre les mains du juge présumé le mieux connaître le débiteur.

9 - La juridiction spécialisée, saisie d'une affaire relevant de sa compétence, ne sera au demeurant pas nécessairement privée de cette connaissance du débiteur propre au président du tribunal normalement compétent (dès lors, bien sûr, qu'il ne s'agira pas de la même juridiction). L'article 231, I, *in fine* de la loi nouvelle prévoit, en effet, que « *le président du tribunal de commerce dans le ressort duquel l'entreprise a des intérêts ou un juge délégué par lui siège de droit au sein du tribunal de commerce spécialisé compétent* ».
La formulation de cette disposition n'est pas très heureuse, quand elle désigne le président concerné en considération du lieu où l'entreprise « *a des intérêts* ». Sans doute le texte puise-t-il son inspiration dans l'expression « *intérêts principaux* ». Seulement, autant les intérêts principaux identifient un lieu unique, autant ceux qui ne présentent pas ce caractère peuvent être très nombreux, divers et dispersés, renvoyant à des lieux eux aussi nombreux et dispersés relevant de plusieurs ressorts.

**Seules certaines procédures sont confiées à la compétence exclusive des juridictions consulaires spécialisées. C'est l'importance de l'affaire qui justifie son attribution à ces dernières.**

## 2° Importance

10 - Seules certaines procédures sont confiées à la compétence exclusive des juridictions consulaires spécialisées. C'est l'importance de l'affaire qui justifie son attribution à ces dernières.
Une affaire peut être importante par son sujet. La confiscation des affaires concerne ici les entreprises de taille significative, définies soit à l'aide d'un double critère tenant compte du nombre de salariés (250 au moins) et du montant net du chiffre d'affaires (plancher de 20 millions d'euros)[7], soit à l'aide du seul critère du chiffre d'affaires (minimum de 40 millions d'euros) (*C. com., art. L.721-8-1°, a) et b) créé*).
Le réalisme a aussi commandé d'appréhender le groupe pour soumettre à la compétence spéciale les sociétés contrôlant ou contrôlées participant d'un ensemble dépassant ces chiffres (*C. com., art. L 721-8, 1°, c) et d) créé*).

11 - Le nouvel article L. 662-8 du Code de commerce (dont la version originaire datait de l'ordonnance du 12 mars 2014) (*L. n° 2015-990, art. 233*) prévoit enfin que, lorsqu'une procédure est en cours devant le tribunal spécial, ce dernier connaît de toute procédure concernant une société contrôlant la première ou contrôlée par elle.

12 - Une affaire peut aussi être importante par sa nature. Le nouvel article L. 721-8 retient, à titre d'indice d'importance de l'affaire, le critère de l'internationalité de la procédure, critère alternatif qui suffit pour retenir la compétence de la juridiction spéciale.
Sont visées, d'une part, les « *procédures pour l'ouverture desquelles la compétence internationale du tribunal est déterminée en application des actes pris par l'Union européenne relatifs aux procédures d'insolvabilité* »[8], d'autre part « *les procédures pour l'ouverture desquelles la compétence internationale du tribunal résulte de la présence dans son ressort du centre principal des intérêts du débiteur* ». Encore que la deuxième expression, vaste et vague, se laisse mal saisir, on peut penser que ce sont toutes les faillites internationales qui sont concernées.

13 - Ce n'est pas la première fois que le législateur procède à la spécialisation des juridictions. Les tribunaux de grande instance se partagent, eux aussi, depuis 2006, entre ceux qui demeurent simple juridiction de droit commun et ceux qui ont reçu des compétences particulières, notamment dans le domaine des droits de propriété intellectuelle[9].
La distribution ne s'effectue cependant pas pour la même cause. Pour les tribunaux de grande instance, c'est la spécificité de la matière qui commande sa réservation à certains d'entre eux ; pour les tribunaux de commerce, c'est l'importance de l'enjeu.
Cette spécialisation des juridictions consulaires contribue à l'évolution, aujourd'hui inachevée[10] - de l'organisation judiciaire en France.

5 *J.-M. Verdier, Le rapport Sudreau : RID comp. 1976, p. 771.*

6 *C. com., art. L. 611-2.*

7 Le législateur a ici considéré qu'il relevait de sa compétence de définir, en chiffres, les planchers déclenchant la compétence des juridictions spécialisées. Fréquemment, une telle quantification est renvoyée par la loi au règlement d'application. Une illustration, parmi tant d'autres, de la tangibilité contemporaine de la frontière entre loi et règlement.

8 Aujourd'hui, règlement (CE) n° 346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité adopté par le Conseil de l'Union européenne le 4 décembre 2014.

9 *COJ, art. L. 211-10 et s.*

10 *D. Marshall, Présentation du rapport « Les juridictions du XXIe siècle » : Gaz. Pal. 27 mai 2014, , p. 10.*

## 2. Les auxiliaires de justice

14 - Administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires voient leur place dans les procédures collectives et leur statut modifiés par la loi du 6 août 2015.

### A. - La place des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires dans les procédures collectives

15 - Disposition applicable à la sauvegarde, l'article L. 621-4, alinéas 3 et 4 du Code de commerce détaille les modalités de désignation des administrateurs et mandataires judiciaires (*L. n° 2015-990, art. 237*). Un principe et deux exceptions s'en dégagent.
Le principe est que le tribunal « *désigne deux mandataires de justice qui sont le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire* ». Les deux exceptions sont autant de libertés offertes au juge, liberté de ne pas désigner ou de désigner plus de deux auxiliaires.
Liberté de ne pas désigner. L'alinéa 4 de l'article L. 621-4 offre au tribunal une dispense de désignation d'un administrateur judiciaire en présence d'un « petit » débiteur.
Liberté de désigner plus de deux professionnels : exceptionnellement, le juge peut désigner plusieurs mandataires judiciaires ou plusieurs administrateurs judiciaires. Le texte n'impose pas les motifs d'une telle désignation et ne développe que la question de son initiative. Avant la loi du 6 août cette faculté de désigner plus de deux auxiliaires était subordonnée à la demande du ministère public. Le texte offre, aujourd'hui, concurremment, l'initiative d'une désignation plurale au juge lui-même, qui peut le décider d'office, ou au débiteur.
En toutes circonstances, c'est une simple faculté qui est offerte au juge de désigner plus de deux mandataires.

16 - La loi du 6 août 2015 ajoute au dispositif un article L. 621-4-1 qui atteint la liberté du juge en le contraignant à désigner « *au moins* » un deuxième administrateur judiciaire et[11] un deuxième mandataire judiciaire dans le jugement d'ouverture (*L. n° 2015-990, art. 235*).
L'obligation de désignation est toujours conditionnée par un même critère, tenant au chiffre d'affaires[12] auquel on ajoute un second critère, variable : soit le débiteur possède un certain nombre d'établissements secondaires[13] situés dans le ressort d'un tribunal où il n'est pas immatriculé ; soit il contrôle au moins deux sociétés déjà sous procédure, soit il est contrôlé par une société sous procédure si une autre filiale l'est aussi[14].
La disposition livre sa raison d'être, quand elle précise que « *les conditions d'expérience et moyens que doivent remplir le deuxième administrateur et le deuxième mandataire au regard de la complexité de la procédure ou de la taille des entreprises concernées sont précisés par décret en Conseil d'État* ».
La multiplication des auxiliaires est ainsi justifiée par l'importance du dossier, que caractérise la complexité de l'affaire ou la dimension des entreprises concernées.

17 - La loi bouleverse aussi les pratiques en prévoyant que le décret encadrera la deuxième désignation par l'exigence de conditions d'expérience et de moyens. L'exigence se comprend. Les conditions mises à la deuxième désignation, pour chaque catégorie d'auxiliaires, supposent que le dossier est complexe et d'ampleur, justifiant la désignation de cabinets suffisamment importants pour mener à bien la tâche.
Il n'était pas habituel que le pouvoir de choisir le professionnel soit, par la loi, ainsi encadré. En outre, il est étonnant que la loi dessine les contours du bon administrateur ou mandataire en second, mais pas du premier.
Le nouvel article L. 621-4-1 du Code de commerce est applicable au redressement judiciaire, par renvoi de l'article L. 631-9. Quant à l'article L. 641-1-2 du Code de commerce, propre à la liquidation judiciaire, il impose (« *le tribunal désigne* »), lorsque les conditions de l'article L. 621-4-1 sont réunies, la désignation en qualité de liquidateur d'au moins deux mandataires judiciaires[15].

### B. - Le statut des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires

18 - Le Livre VIII du Code de commerce (« *De quelques professions réglementées* »), en son Titre 1er consacré aux administrateurs et mandataires judiciaires, est également retouché par la loi du 6 août 2015 (*L. n° 2015-990, art. 236*).
L'innovation majeure a consisté à reconnaître la possibilité pour l'administrateur judiciaire (C. *com., art. L. 811-7-1 créé)* comme pour le mandataire judiciaire (*C. com., art. L. 812-5-1 créé*) d'exercer sa profession en qualité de salarié[16].
En écho, les articles L. 811-1 et L. 812-1 modifiés, s'ils disposent que l'exécution du mandat incombe personnellement aux administrateurs ou aux mandataires judiciaires désignés par le tribunal, retiennent néanmoins la possibilité pour le professionnel

11 « et », non « ou ». On passe nécessairement de deux à quatre professionnels.

12 Le plancher sera défini par voie réglementaire.

13 Nombre à définir dans le décret d'application.

14 Dans les deux dernières hypothèses, les deuxièmes administrateur et mandataire sont communs au débiteur et à la société le contrôlant ou aux sociétés par lui contrôlées.

15 En présence d'un groupe de sociétés, l'un des deux mandataires est commun au débiteur et aux sociétés contrôlant ou contrôlées.

16 Sur l'enjeu de cette réforme, V. *M. Sénéchal, Projet de loi Macron : quels enjeux pour les mandataires judiciaires : D. 2014, p. 2568.*

de déléguer tout ou partie de ses tâches à un administrateur ou un mandataire judiciaire salarié. Ce dernier, en revanche, ne peut avoir de mandat à titre personnel (*C. com., art. L. 811-7-1, al. 4 créé*)

Les mandataires de justice salariés bénéficient, dans la loi nouvelle, d'un embryon de statut. La publicité de ce dernier est assurée par une information de leur qualité de salarié portée sur la liste nationale (*C. com., art. L. 811-3 et L. 812-2*).

Le nombre de mandataires de justice salariés par étude est limité. Un mandataire de justice (administrateur ou mandataire judiciaires) inscrit sur la liste nationale ne peut employer plus de deux administrateurs ou mandataires salariés, s'il est personne physique ; lorsqu'une personne morale est inscrite, elle ne peut employer un nombre de mandataires de justice salariés supérieur au double de celui des administrateurs ou mandataires judiciaires y exerçant la profession (*C. com., art. L. 811-7-1 et L. 812-5-1 créés*).

Le salarié doit, naturellement, se conformer aux règles déontologiques de la profession qu'il embrasse et la loi lui reconnaît le bénéfice d'une clause de conscience. Elle interdit toute clause de non-concurrence.

Cet embryon de statut spécial est complété par le statut général de la profession réglementée exercée (*C. com., art. L. 811-7-1 in fine*). Enfin, un décret est annoncé qui fixera le cadre du règlement des litiges nés à l'occasion de l'exécution d'un contrat de travail, après médiation du président du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires et les règles relatives au licenciement du salarié (*C. com., art. L. 814-14 créé*).

**Cette section amplifie les marques d'impérialisme du droit des entreprises en difficulté, qui plie les obstacles que d'autres branches pourraient déployer devant son objectif de redressement.**

## 3. Les procédures

19 - La section 3 du chapitre 5 annonce, par son intitulé, le programme : « *Efficacité renforcée des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire* ».

Cette section marque l'accroissement des pouvoirs d'office du tribunal, déjà constaté (V. *supra*). Elle amplifie, également, les marques d'impérialisme du droit des entreprises en difficulté, qui plie les obstacles que d'autres branches pourraient déployer devant son objectif de redressement. Le Conseil constitutionnel ne trouve, *a priori*, rien à redire[17].

L'article L. 631-19 du Code de commerce se joue déjà du droit des sociétés, lorsqu'il s'attache à garantir l'exécution du plan de redressement en favorisant, si tel est leur souhait, la participation au capital des créanciers s'étant engagés à l'exécuter, en paralysant le jeu des clauses d'agrément.

L'article L. 631-19-1 n'a pas plus d'égard pour le droit des sociétés, autorisant le tribunal, dans la perspective d'organiser le remplacement des dirigeants de l'entreprise, à prononcer l'incessibilité des parts ou titres donnant accès au capital détenus par les dirigeants et confier le droit de vote attaché aux titres gelés à un mandataire. Le tribunal peut encore ordonner la cession des titres sociaux.

La loi du 6 août 2015 amplifie le mouvement, convaincue, sans doute, que la fin justifie les moyens[18]. Elle prend soin, au nouvel article L. 631-19-2 du Code de commerce (*L. n° 2015-990, art. 238*), d'exclure du dispositif qu'elle retient les hypothèses dans lesquelles le débiteur exerce une activité libérale réglementée ainsi que d'enfermer la mesure adoptée dans un cadre étroit pouvant justifier le caractère exorbitant des dispositions qui suivent[19]. Ces dernières sont concevables si et seulement si existe une menace de trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi. Cette menace se caractérise par la taille de l'entreprise en redressement et le nombre de ses salariés.

S'il est saisi d'une demande émanant du ministère public ou de l'administrateur, au terme d'un délai de trois mois après le jugement d'ouverture et tandis que le projet de plan de redressement n'aura pas été approuvé par les assemblées, dans sa partie modifiant le capital en faveur de personnes s'étant engagées à exécuter le plan, le tribunal jouit alors de pouvoirs exorbitants[20]. Il peut désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés s'y étant opposé. Voici un procédé efficace pour museler une opposition, consistant purement et simplement à voter en lieu et place des opposants[21]. Le mandataire, au demeurant, ne porte pas la volonté de ceux qu'il est censé représenter, puisqu'il est

17 V. *Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC. - E. Haroche, L'éviction des actionnaires validée par le Conseil constitutionnel au nom du droit à l'emploi : Option Finance, 14 sept. 2015. - A. Cerati-Gauthier, Les mécanismes de dilution forcée et de cession forcée ne sont pas contraires à la Constitution : JCP E 2015, étude 1461.*

18 Rappr. *M. Mekki, Quand la fin ne justifie pas les moyens : JCP N 2015, étude 1148.*

19 Le Conseil constitutionnel, pour sauver la disposition, en a bien souligné le domaine étroit. - V. sur ce point *A. Cerati-Gauthier, préc. note (17), n° 7.* - V. *Ph. Roussel Galle, Brèves observations sur la loi « Macron » et le droit des entreprises en difficulté : Rev. sociétés 2015, p. 541.*

20 Le dispositif est voulu subsidiaire. Le juge ne peut y avoir recours que s'il apparaît comme la seule solution sérieuse. V. *Ph. Roussel Galle, préc. note (19).*

21 La mesure peut être vue plus favorablement qu'au texte, en considérant que « les associés qui sont susceptibles d'être atteints par une dilution forcée de leur capital sont les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital » et que, en adoptant une telle disposition, « la

désigné et investi du pouvoir de voter pour contrarier le vote de ceux-là. Le mandat visé à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce n'a pas le sens qu'on donne au mot en droit civil. Il faut y voir un synonyme de mission confiée par le tribunal.

L'augmentation de capital doit être réalisée dans le délai maximal de trente jours à compter de la délibération. Les personnes qui se sont engagées à exécuter le plan peuvent libérer leur apport par compensation à raison des créances qu'elles ont sur la société.

Cette faveur pour le soulagement du passif, dans le plan de redressement, par la technique de la compensation (concrètement on convertit une créance en une participation d'associé) constitue une solution préconisée de longue date par la Banque mondiale.

Le tribunal dispose d'une alternative[22], consistant à ordonner au profit des personnes s'étant engagées à exécuter le projet de plan la cession de tout ou partie de la participation des associés ayant refusé la modification de capital et qui sont majoritaires (ou au moins détiennent une minorité de blocage) en capital ou en vote.

Les autres associés ou actionnaires, peu important la nature de la structure sociétaire en cause, disposent par la grâce de l'article L. 631-19-2, d'un droit de retrait s'accompagnant du droit de demander le rachat de leurs droits sociaux par les cessionnaires.

Le tribunal subordonne l'adoption du plan à l'engagement du souscripteur (ou cessionnaire) de conserver ses droits pendant une durée qui ne peut excéder celle du plan ; il peut aussi subordonner l'adoption du plan à la présentation par les souscripteurs ou cessionnaires d'une garantie.

20 - Tout faire pour favoriser le redressement des entreprises en difficulté. Telle est, au fond, l'ambition du chapitre ici analysé. En réservant à certains tribunaux de commerce spécialisés la connaissance des dossiers les plus importants, le législateur mise sur la compétence des juges saisis[23] ; cette compétence est aussi attendue des mandataires de justice, fût-il nécessaire d'en nommer plusieurs, et tandis que les professions s'ouvrent au salariat. Enfin, on donne au juge des pouvoirs exorbitants pour imposer les termes d'un plan de redressement, éventuellement, contre le gré des associés ou actionnaires en place, lui permettant de lever les obstacles à une conversion des créances en participation au capital du débiteur. ■

France s'est enfin rapprochée des législations américaines, anglaises ou allemandes »... : *A. Cerati-Gauthier, préc. note (17), n° 20.*

22 L'une ou l'autre décisions sont susceptibles d'appel (*C. com., art. L. 661-1, 6° créé*).

23 *A. Cerati-Gauthier, Favoriser le redressement des grandes entreprises (articles 231 à 240) : JCP E 2015, étude 1419, spéc. n° 3 et 4.*

Si l'éparpillement des domaines visés peine à convaincre de la cohérence des mesures, il n'en demeure pas moins que le dispositif apporte des correctifs divers, des modifications dont l'ambition est de rendre la justice prud'homale plus efficace, fer de lance des dispositions que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 consacre au « *Droit du travail* ». De l'admission de la convention de procédure participative à la « *réduction* » du reclassement à l'international, l'efficacité sera-t-elle au rendez-vous ?

# Le droit du travail « éparpillé »

Par
FRANÇOIS DUMONT

François Dumont est professeur à l'université de Lille 2

1 - **Présentation.** - Avec près de 300 articles a été publiée la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques[1]. Dotée de 4 titres dans l'ordonnancement de ses dispositions, le Titre III revêt une formule péremptoire : « *Travailler* ». Cette activité humaine, manuelle et/ou intellectuelle que l'on exerce en vue d'un résultat utile[2] aura également été labeur législatif. Le projet de loi, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 décembre 2014, sera définitivement adopté le 10 juillet 2015, malgré le recours à l'article 49, alinéa 3, de la Constitution. 7 mois se sont écoulés, sans compter la saisine du Conseil constitutionnel[3] qui allonge encore le délai, et la promesse de nombreux décrets à venir[4].
Présenté par le ministre de l'Économie, le Titre III est relatif au « *Développement de l'emploi* ». Il vise à « améliorer au profit des salariés et des commerçants les dérogations exceptionnelles à l'interdiction du travail le dimanche et en soirée et rendre efficace le fonctionnement des conseils de prud'hommes »[5]. Le titre se décompose en 2 chapitres. Le premier, sans subdivision, se rapporte aux « *Exceptions au repos dominical et en soirée* » avec 17 articles. Le second, dont l'intitulé apparaît plus général,

1 *JO 7 août 2015.*

2 *G. Cornu, Vocabulaire juridique : PUF.*

3 *Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC : JO 7 août 2015.*

4 *Légifrance, Dossiers législatifs, L. n° 2015-990, 6 août 2015, échéancier de mise en application de la loi.*

5 *Projet de loi AN n° 2447, 11 déc. 2014, spéc. p. 5.*

« *Droit du travail* », comporte pas moins de 6 sections et 36 articles. Faut-il en déduire que les dérogations au travail dominical ne concernent pas à proprement parler le droit du travail ? Le Code du travail applicable à Mayotte est traité dans le Titre IV consacré aux dispositions finales. Que penser des mesures touchant l'épargne salariale édictées aux articles 150 et suivants, au sein du Titre II : « *Investir* » ? Si la structure du texte législatif apparaît bien peu rigoureuse, rappelant le côté un peu « fourre-tout » des lois « DMOS »[6], les dispositions de la loi *Macron* portent-elles réellement sur le fond une « grande réforme » visant à développer la croissance et l'emploi[7] ? L'initiateur du projet met en avant, comme cela a été souligné, l'amélioration du fonctionnement de la justice prud'homale dont la caractéristique paritaire marque l'identité et symbolise l'union des partenaires sociaux au service de la justice du travail. Est-ce le seul point qui mérite de retenir l'attention au sein du chapitre 2, objet de l'étude ?

2 - **Plan. -** 6 sections sont présentes :
*Section 1 : Justice prud'homale* (3 articles) ;
*Section 2 : Dispositif de contrôle de l'application du droit du travail* (3 articles) ;
*Section 3 : Le dialogue social au sein de l'entreprise* (5 articles) ;
*Section 4 : Mesures relatives au développement de l'emploi des personnes handicapées et aux contrats d'insertion* (7 articles) ;
*Section 5 : Lutte contre la prestation de services internationale illégale* (8 articles) ;
*Section 6 : Amélioration du dispositif de sécurisation de l'emploi* (10 articles) ;

## 1. Les innovations de la justice prud'homale

3 - **Objectifs poursuivis. -** De nombreux dysfonctionnements ont été constatés dans la justice prud'homale : des délais de traitement particulièrement longs[8], une conciliation obligatoire préalable qui s'est muée au fil du temps en une simple phase formelle, des situations de blocage fréquentes qui nécessitent le recours au juge départiteur, ou encore un taux d'appel des décisions rendues au fond et un taux d'infirmation de ces décisions particulièrement élevés[9]. La loi du 6 août de 2015 se présente comme une réforme en profondeur, tant dans l'organisation que dans le fonctionnement des conseils de prud'hommes. Elle vise à raccourcir les délais et à obtenir un rapprochement facilité des points de vue des parties avant le recours à une autre phase que celle de la conciliation[10] .
Les dernières réformes d'une certaine ampleur datent des années 1970[11]. Plus récemment, deux rapports ont été remis au garde des Sceaux, en 2013 et 2014, impliquant les juridictions du travail[12]. La nouvelle loi s'inspire de certaines propositions émises par le dernier rapport. Dans l'économie du texte de 2015, l'essentiel des mesures tient en un seul article.

4 - **Révision du statut des conseillers prud'hommes. -** L'article L. 1421-2 créé du Code du travail vient préciser les obligations des conseillers prud'hommes. Ils doivent exercer leur fonction « *en toute indépendance, impartialité, dignité et probité* » et se comporter « *de façon à exclure tout doute légitime à cet égard* ». La formule n'est pas sans rappeler les principes déontologiques qui s'appliquent aux magistrats professionnels [13]. La volonté d'une intégration plus facile dans le corps judiciaire ne peut toutefois faire oublier que les conseillers prud'hommes n'exercent leurs fonctions qu'à temps partiel dans le cadre d'un mandat à durée déterminée. Interdiction leur est faite de compromettre le fonctionnement des juridictions « *lorsque le renvoi de l'examen d'un dossier risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie* » au moyen d'une « *action concertée* ». La disposition n'est pas d'une clarté exemplaire mais elle a le mérite de viser à l'exclusion de toute entrave convenue qui porterait un lourd préjudice à l'impartialité.
Les sanctions de l'acceptation d'un mandat impératif par le conseiller sont envisagées à l'article L. 1442-11 créé du Code du travail. Si le fait est reconnu par le juge des opérations électorales, il entraîne de plein droit l'annulation de l'élection et « *l'interdiction d'exercer les fonctions de conseiller prud'homme pour une durée maximale de dix ans* ».

5 - **Amélioration de la formation. -** Les articles L. 1442-1 et L. 1442-2 sont complétés ou réécrits. Un découpage apparaît entre la formation initiale et la formation continue. Seule cette dernière existait avant la loi du 6 août 2015, elle pouvait aller jusqu'à 6 semaines, avec des autorisations d'absence fractionnables. Ont été ajoutés 5 jours de formation initiale par mandat. Cette formation préalable à l'exercice des fonctions est obligatoire sous peine d'être considéré comme démissionnaire[14].

6 Lois portant diverses mesures d'ordre social.

7 *Projet de loi AN, préc. note (5).*

8 16 mois en moyenne en 2013 : *SDSE-RGC* - V. *Projet de loi AN n° 2447, Étude d'impact, t. 3, 10 déc. 2014, spéc. p. 20.*

9 Sur l'année 2013, taux d'appel des deux tiers, taux d'infirmation en appel des décisions rendues avoisinant les 60 % : *ibid. note (8), spéc. p. 21.*

10 *Projet de loi AN, préc. note (5), spéc. p. 48.*

11 *D. n° 74-783, 12 sept. 1974 : JO 15 sept. 1974, p. 9551,* en particulier sur la procédure prud'homale. - *L. n° 79-44, 18 janv. 1979 : JO 19 janv. 1979, p. 163,* notamment sur la généralisation des conseils de prud'hommes.

12 *Rapp. Marshall, Les juridictions du XXIe siècle, déc. 2013. - Rapp. Lacabarats , L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIe siècle, juill. 2014 : JCP G 2014, act. 941, Aperçu rapide N. Gerbay.*

13 *Rapp. Lacabarats, ibid. note (12), prop. n° 13* . - En ce sens *M. Grévy et F. Guiomard, « Réforme » de la juridiction prud'homale : du rapport Lacabarats au projet de loi Macron : RDT 2015, p. 58.*

14 Décret à paraître en octobre 2015 pour les modalités.

Il s'agit d'un enseignement organisé par l'État, commun aux conseillers prud'hommes employeurs et salariés. Cette nouvelle obligation pose le problème de son contenu et de son contrôle. Au-delà des règles à déterminer quant au programme des connaissances théoriques et/ou pratiques à dispenser, les structures délivrant la formation demeurent à identifier avec rigueur dans le sens où le partenariat devrait conduire à un enseignement pertinent et uniforme sur l'ensemble du territoire. Quel sera le rôle des organisations syndicales, de l'École nationale de la magistrature ou des universités ? Pour quel contrôle ?

6 - **Réforme du droit disciplinaire. -** L'un des premiers aspects de la réforme se traduit par l'identification du fait déclencheur pouvant entraîner le prononcé d'une sanction disciplinaire à l'encontre du conseiller prud'homme. Alors que l'ancien article L. 1442-13 du Code du travail envisageait le manquement grave, le texte actuel est plus large en édictant « *tout manquement* » à ses devoirs dans l'exercice de ses fonctions. Un tel comportement est susceptible de constituer une faute disciplinaire. Le champ d'application de la responsabilité est ainsi étendu, de même l'éventail des sanctions s'accroît. La censure disparaît au profit du blâme, la suspension pour une durée ne pouvant excéder 6 mois est maintenue, la déchéance fait l'objet d'une subdivision, celle assortie d'une interdiction d'exercer les fonctions de conseiller prud'homme pour une durée maximale de dix ans et celle assortie d'une interdiction définitive.

**En dehors de toute action disciplinaire, le premier président de la cour d'appel peut rappeler aux conseillers prud'hommes d'une juridiction du ressort de la cour leurs obligations.**

Un nouvel article L. 1442-13-1 du Code du travail vient préciser qu'en dehors de toute action disciplinaire, le premier président de la cour d'appel peut rappeler aux conseillers prud'hommes d'une juridiction du ressort de la cour leurs obligations. Cette prérogative qui traduit la volonté législative de renforcer le rôle des premiers présidents des cours d'appel s'accompagne de la création d'un « pouvoir pré-disciplinaire »[15], semblable à celui existant sur les magistrats du siège de l'ordre judiciaire[16]. Si cette faculté est décrite comme constituant un avertissement[17], le terme pourrait susciter la controverse au regard du régime juridique qui s'applique en entreprise. Tout sera question de méthode. Le conseiller prud'homme sera-t-il convoqué pour le rappel à l'ordre ? Ce dernier prendra-t-il une forme écrite ou orale ?

Au-delà de ces évolutions, l'un des points fondamentaux du nouveau droit disciplinaire est aussi la création d'une Commission nationale de discipline (CND). Face à leur qualité de magistrats du siège non professionnels, s'inspirant de la structure mise en place pour les juges des tribunaux de commerce, le législateur crée une commission *ad hoc* pour exercer le pouvoir disciplinaire (*C. trav., art. L. 1442-13-2 créé*). Présidée par un président de chambre à la Cour de cassation, la commission comprend un membre du Conseil d'État, deux magistrats du siège des cours d'appel et quatre représentants des conseillers prud'hommes (deux salariés et deux employeurs) en exercice ou anciens conseillers prud'hommes[18]. Le mandat dure 3 ans.

La saisine de la CND appartient au ministre de la Justice ou au premier président de la cour d'appel, après audition du conseiller prud'homme par ce dernier (*C. trav., art. L. 1442-13-3 créé)*. La mise en œuvre de la procédure disciplinaire n'est pas systématique. L'audition peut servir de rappel de ses obligations au conseiller prud'homme. Si la procédure disciplinaire est engagée, quatre au moins des membres de la commission doivent être présents, y compris le président. À cette technique du *quorum* s'ajoute la précision qu'en cas de partage des voix, celle du président est prépondérante (*C. trav., art. L. 1442-16-1 créé)*. Toutes les décisions rendues doivent être motivées (*C. trav., art. L. 1442-16-2 créé*).

Lorsqu'il existe contre le conseiller prud'homme des faits de nature à entraîner une sanction disciplinaire, le président de la CND peut suspendre l'intéressé pour une durée maximale de 6 mois, sur proposition du ministre de la Justice ou du premier président de la cour d'appel, après audition par ce dernier (*C. trav., art. L. 1442-16 créé.* - La suspension peut être prolongée de 6 mois par la CND).

7 - **Avènement du statut de défenseur syndical.** - Le chapitre du Code du travail sur l'assistance et la représentation des parties devant le conseil de prud'hommes (*C. trav., art. L. 1453-1 et s.*) est profondément remanié et voit l'arrivée du défenseur syndical. La loi du 6 août 2015 le dote d'un véritable statut et le considère comme un salarié protégé (*C. trav., art. L. 1453-9*), l'exercice de sa mission ne peut donner lieu à sanction ou rupture du contrat. Tenu au secret professionnel pour les questions relevant aux procédés de fabrication, et à une obligation de discrétion (*C. trav., art. L. 1453-8, al. 1 et 2*), la violation de ces obligations peut entraîner la radiation de l'intéressé de la liste des défenseurs syndicaux par l'autorité administrative (*C. trav.,*

15 *Etude d'impact préc. note (8), spéc. p. 35.*

16 *Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 44.*

17 V. *note (15).*

18 Si la date de cessation des fonctions est trop éloignée, l'ancien conseiller prud'homme pourrait être « déconnecté » de l'institution. En ce sens V. *D. Boulmier, Le volet prud'homal du projet de loi Macron : en « coup de force » mais sans « coup de jeune » : Dr. soc. 2015, p. 430, spéc. p. 433.*

*art. L. 1453-8, al. 3)*. C'est cette dernière qui en arrête la liste sur proposition des organisations syndicales représentatives[19].
Dans les établissements d'au moins 11 salariés, le défenseur syndical dispose d'un temps qui ne peut excéder 10 heures par mois pour exercer sa mission (*C. trav., art. L. 1453-4, al. 2)*[20]. Les absences ainsi rémunérées par l'employeur seront remboursées par l'État (*C. trav., art. L. 1453-5 et art. L. 1453-6)*. Il acquiert un droit à formation de deux semaines par période de quatre ans (*C. trav., art. L. 1453-7)*.
Son rôle est distinctement précisé à l'article L. 1453-4, alinéa 1, du Code du travail : il « *exerce des fonctions d'assistance ou de représentation devant les conseils de prud'hommes et les cours d'appel en matière prud'homale* ». Certaines questions pourront se poser. En appel par exemple, les « défenseurs syndicaux » habilités et issus d'organisations syndicales non représentatives au niveau national auront-ils encore la capacité à assister et à représenter ? Quel sort sera réservé aux délégués permanents et non permanents des organisations d'employeurs et de salariés ?

8 - **Le bureau de conciliation et d'orientation. -** La nouvelle rédaction de l'article L. 1454-1 du Code du travail adopte un changement de terminologie : le bureau de conciliation devient le bureau de conciliation et d'orientation (BCO). Il est explicitement chargé de concilier les parties. Sur ce point, peu de nouveauté au regard de l'article R. 1454-10 du code qui souligne que le bureau de conciliation « *s'efforce de les concilier* ». Il est précisé que le BCO peut entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité, mais sans indication quant à l'initiative de l'audition.
Dans l'hypothèse où la conciliation échoue, une palette de voies procédurales s'offre aujourd'hui aux conseillers prud'hommes. La loi de 2015 ouvre deux nouvelles portes. D'abord si le litige concerne un licenciement ou une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, le BCO peut renvoyer les parties, sous réserve de leur accord, devant le bureau de jugement en formation restreinte (*C. trav., art. L. 1423-13 :* deux conseillers prud'hommes, un salarié et un employeur). Cette dernière statue dans les 3 mois (*C. trav., art. L. 1454-1-1, 1° créé)*. Il faut alors souhaiter que l'encombrement des juridictions n'occulte pas le respect de la loi. Ensuite, à la demande des parties ou si la nature du litige le justifie, donc par décision du BCO, l'affaire peut être renvoyée devant le bureau de jugement présidée par le juge départiteur (*C. trav., art. L. 1454-1-1, 2° créé)*. Cette option est particulièrement innovante face au régime antérieur où le juge départiteur intervenait, comme son nom l'indique, en cas de partage des voix des membres de la juridiction. Il est vrai que quelques statistiques pouvaient plaider en faveur de la création d'une telle voie, certains conseils de prud'hommes présentant des taux de départage de l'ordre de 40 à 50 %[21]. Mais ici l'esprit de la procédure a changé, le juge départiteur connaît une amplification de son rôle. Il peut être sollicité de manière volontaire et anticipée. La technique s'apparente à celle de l'échevinage. En tout état de cause, dans l'une ou l'autre des deux hypothèses, la décision prise par le BCO est une « *simple mesure d'administration judiciaire* » (*C. trav., art. L. 1454-1-1, al. 1 créé)*, donc sans recours possible. À défaut d'utiliser l'une de ces voies, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement dans sa formation classique (*C. trav., art. L. 1423-12 mod.)*. Au titre de la règle de l'unicité de l'instance, la formation saisie connaît de l'entier litige, y compris les demandes additionnelles et reconventionnelles (*C . trav., art. L. 1454-1-1, dern. al. créé)*.
L'article L. 1454-1-2 du Code du travail reprend de manière générale les dispositions réglementaires déjà existantes sur la mise en état. Pour la comparution des parties, il est à noter que sauf motif légitime, si une partie ne comparaît pas, personnellement ou représentée, le BCO peut juger l'affaire en l'état des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués (*C. trav., art. L. 1454-1-3 créé)*. Le législateur s'est focalisé sur le défaut de comparution, sans précision sur l'étendue de la communication des pièces avant l'audience, point cependant important pour l'administration d'une justice efficace.

9 - **Le nouveau juge départiteur. -** Si l'actuel juge départiteur est un magistrat du tribunal d'instance, la loi du 6 août 2015 (*art. 258, I, 23°*) modifie l'article L. 1454-2 du Code du travail. Il s'agit maintenant d'un juge du tribunal de grande instance. Il est désigné par le président du TGI et choisi notamment en raison de ses aptitudes et connaissances particulières. À sa demande, il assiste à l'assemblée générale du conseil de prud'hommes au moins une fois par an. C'est probablement la volonté d'établir une relation moins distante entre les conseillers et ce magistrat qui a inspiré le législateur. Il ne dispose toutefois d'aucune prérogative particulière lors de cette assemblée.

10 - **Le transfert des affaires. -** L'article L. 1423-8 du Code du travail revêt un sens nouveau dans la mesure où il ne concerne plus que les difficultés de constitution du conseil de prud'hommes. Dans ce cas, le premier président de la cour d'appel désigne sur requête du procureur général, un autre conseil ou, à défaut, un ou plusieurs juges du ressort de la cour d'appel.
Un article L. 1423-10-1 est inséré dans le code pour apporter des précisions sur le transfert des affaires en cas d'interruption du fonctionnement ou de difficultés rendant le fonctionnement de la juridiction impossible dans des conditions normales. Il appartient au premier président de la cour d'appel de désigner un ou plusieurs juges du ressort de la cour d'appel pour qu'ils se saisissent de manière provisoire des litiges jusqu'à ce que le conseil initial soit à nouveau en mesure d'exercer sa mission. Le

19 V. Décret à paraître en octobre 2015.

20 Dispositions calquées sur l'ancienne rédaction de l'article L. 1453-4, alinéa 1, du Code du travail concernant les salariés exerçant des fonctions d'assistance ou de représentation.

21 *Étude d'impact, préc. note (8), spéc. p. 37.*

magistrat détermine les dates des transitions. Cette mécanique doit naturellement conserver un caractère exceptionnel face à l'éviction, même temporaire, des conseils de prud'hommes pour ce qui touche à leur domaine de compétences en droit du travail.

11 - **Possibilité d'une convention de procédure participative. -** En abrogeant le second alinéa de l'article 2064 du Code civil, le législateur ouvre la voie de la convention de procédure participative aux différends qui s'élèvent à l'occasion du contrat de travail. Faut-il s'en réjouir ? La Cour de cassation condamne depuis longtemps les clauses contractuelles ou conventionnelles qui imposent aux parties de suivre exclusivement une procédure de conciliation ou médiation extrajudiciaires dans le cadre d'un litige touchant le contrat de travail[22]. En 2012, elle est venue rappeler « qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend »[23]. La décision n'occulte donc pas la possibilité pour les parties de soumettre leur différend à un organe de conciliation extrajudiciaire. Une telle clause est valide, elle a simplement un effet relatif, c'est-à-dire facultatif. Au regard de la nouvelle rédaction de l'article 2064 du Code civil, l'entorse à la jurisprudence est présente, mais ce n'est finalement pas une « révolution ». D'abord parce que les parties cherchent fréquemment une solution amiable malgré la saisine du conseil de prud'hommes. Ensuite, si la convention est nécessairement conclue pour une durée déterminée[24], si le recours juridictionnel est irrecevable pendant cette période, les parties qui parviennent à s'entendre pourront soumettre leur accord à l'homologation du juge[25]. Enfin, le législateur a pris la précaution d'exclure l'application de l'alinéa 2 de l'article 2066 du Code civil au litige prud'homal. La disposition permet aux parties, faute d'accord au terme de la convention, d'être dispensées de conciliation ou médiation préalable quand elles soumettent leur litige à la justice. En conséquence, il n'y a pas d'exemption de conciliation.

**Le législateur introduit dans le Code du travail la possibilité pour le juge de prendre en compte un référentiel indicatif visant à l'indemnisation des licenciements injustifiés.**

12 - **L'avis de la Cour de cassation pour interprétation d'une norme collective. -** Certains organismes peuvent être sollicités pour donner leur avis sur une difficulté d'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif de travail. Il en est ainsi de la Commission nationale de la négociation collective[26]. Cette procédure est apparue insuffisante aux yeux du législateur qui, s'inspirant des avis que peut rendre la Cour de cassation quant à l'interprétation de dispositions légales ou réglementaires, civiles ou pénales, a souhaité étendre l'hypothèse à certaines normes collectives du travail. L'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire est modifié de sorte que toutes les juridictions de l'ordre judiciaire ont la faculté de demander à la Haute juridiction son avis sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif. Deux conditions sont avancées : l'interprétation doit présenter une difficulté sérieuse, et se poser pour de nombreux litiges. Si les critères requis peuvent rendre la saisine pour avis relativement rare, la question n'est pas réglée de la divergence d'interprétation possible, par exemple entre une commission paritaire d'interprétation et la Cour de cassation, dont il est cependant difficile d'imaginer, au regard de son autorité morale, que sa vision ne l'emporte pour une jurisprudence homogène de l'ensemble des juridictions.

13 - **Le recours à un référentiel indicatif. -** Le législateur introduit dans le Code du travail la possibilité pour le juge de prendre en compte un référentiel indicatif visant à l'indemnisation des licenciements injustifiés. Il sera établi, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, par décret en Conseil d'État (*C. trav., art. L. 1235-1, al. 5 créé*). Le projet de loi avait aussi retenu un référentiel impératif d'indemnisation comportant des sommes planchers et plafonds. Sa mise en place a été censurée par le Conseil constitutionnel qui s'est fondé sur la rupture d'égalité entre les salariés, le texte ayant institué une différence de traitement injustifiée en fonction de la taille de l'entreprise (effectifs)[27].

Le référentiel indicatif autorise l'accès à des repères sur le montant de la somme à allouer au salarié, en se servant notamment de son ancienneté, de son âge et de sa situation par rapport à l'emploi (*C. trav., art. L. 1235-1, al. 6 créé)*. La liste n'est pas exhaustive et permet d'anticiper une certaine souplesse dans le choix des critères pour personnaliser au mieux l'indemnisation. Sur ce point, l'article L. 1235-1, alinéa 7, du Code du travail précise que si les parties en font la demande conjointe, seul le référentiel s'appliquera pour fixer le montant des dommages et intérêts. Ce qui n'est pas sans soulever quelques questions.

22 *Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-45.004 : JurisData n° 1988-002147 ; Bull. civ. 1988, V, n° 475.*

23 *Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004 : JurisData n° 2012-028265 ; Bull. civ. 2012, V, n° 326 ; JCP G 2013, 272, O. Cuperlier ; JCP S 2013, 1075, G. François.*

24 *C. civ., art. 2062, al. 2.*

25 *C. civ., art. 2066, al. 1.*

26 *C. trav., art. L. 2271-1, 4°.*

27 *Cons. const., 5 août 2015, préc. note (3), spéc. consid. 152.*

Que devient en pratique le rôle du juge prud'homal quant à l'évaluation de l'indemnité : suspicion ou simple mise en avant du choix des parties ? Quelles seront les conséquences en cas d'appel ? L'appelant renonce-t-il *de facto* à l'utilisation du référentiel ? En tout état de cause, le montant de l'indemnité déterminé au moyen de ce dernier n'exclut pas les indemnités légales et conventionnelles de licenciement (*C. trav., art. L. 1235-1, al. 6 créé*).

Une autre difficulté pourrait surgir face au contenu de l'article L. 1235-5 du Code du travail. Utilisant les effectifs de l'entreprise comme fait déclencheur de l'application de plusieurs dispositions, il semble difficile d'exclure pour l'avenir une QPC qui se fonderait sur la rupture d'égalité des salariés notamment au regard des effectifs. Un argument déjà retenu par le Conseil constitutionnel.

## 2. Des mesures pour l'inspection du travail et le délit d'entrave

14 - **L'inspection du travail. -** Faisant suite à un décret n° 2014-359 du 20 mars 2014 relatif à l'organisation du système d'inspection du travail[28], la loi du 6 août 2015 se fixe pour objet de renforcer le rôle de surveillance et les prérogatives de l'inspection du travail. À ce titre, sont visées essentiellement la lutte contre le travail illégal et la concurrence déloyale[29]. L'aspect organisationnel est mis en avant par un plan de transformation d'emplois de contrôleurs en emplois d'inspecteurs du travail. Sur ce point, le Gouvernement est habilité à procéder par ordonnance, de même que sur la révision de l'échelle des peines en matière de santé et sécurité au travail (*L. n° 2015-990, art. 261)*.

15 - **Révision des sanctions du délit d'entrave. -** Le toilettage des dispositions existantes se concentre sur la suppression des peines d'emprisonnement qui accompagnent le délit d'entrave au fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel. Il s'agira, par exemple, de l'absence de consultation du comité d'entreprise dans un domaine précis (*C. trav., art. L. 2328-1 mod.)*. En parallèle, le *quantum* de la peine d'amende est doublé et passe de 3 750 à 7 500 euros. Ces modifications n'affectent pas les sanctions de l'entrave à la constitution des instances représentatives du personnel ou l'atteinte à leur statut protecteur.

## 3. Des mesures pour l'amélioration du dialogue social

16 - **Unification du contentieux électoral. -** Face à un éclatement des compétences et du contentieux électoral, le nouveau texte de loi édicte une compétence unique en matière de droit électoral en faveur du juge judiciaire. Les apports concernent par exemple les décisions de l'autorité administrative en l'absence d'accord avec les organisations syndicales, la répartition du personnel dans les collèges électoraux… *(L. n° 2015-990, art. 267)*. À noter également concernant les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, qu'après la proclamation des résultats, l'employeur doit transmettre par tout moyen et dans les meilleurs délais, une copie des procès-verbaux aux organisations syndicales de salariés ayant présenté des listes de candidats aux scrutins concernés et à celles ayant participé à la négociation du protocole d'accord préélectoral (*C. trav., art. L. 2314-24 et L. 2324-22)*. Le calcul de l'audience électorale par les partenaires sociaux en sort renforcé.

17 - **Ordre du jour du CHSCT. -** À l'image des dispositions du Code du travail qui prévoient de mettre à l'ordre du jour des réunions du comité d'entreprise l'ensemble des consultations rendues obligatoires, les nouvelles mesures législatives copient le procédé pour le CHSCT à l'article L. 4614-8 du Code du travail. L'inscription de plein droit de la consultation s'effectue par le président ou le secrétaire.

## 4. Des mesures pour l'emploi

18 - **Un ensemble de mesures hétérogènes. -** Les sections 4 et 5, objet de l'étude, revêtent un caractère assez disparate au regard des domaines concernés. Des personnes handicapées à l'adaptation du contrat initiative-emploi à Saint-Barthélemy, du contrat emploi-jeune aux organismes collecteurs paritaires agréés (…), les lois « DMOS » reviennent à l'esprit [30].

Des personnes handicapées accueillies dans l'entreprise pour des périodes de mise en situation en milieu professionnel permettent à l'employeur de s'acquitter pour partie de son obligation d'emploi de travailleurs handicapés. Les modalités et limites de cette possibilité seront déterminées par voie réglementaire (*C. trav., art. L. 5212-7-1 créé)*. Il en est de même pour les stages découverte des élèves de l'enseignement général dans la mesure où leur sont versées certaines prestations ou allocations relatives au handicap. Dans ce cas, la prise en compte s'effectue à hauteur de 2 % de l'effectif total des salariés de l'entreprise (*C. trav., art. L. 5212-7 mod.)*.

Certaines dispositions obsolètes du Code du travail relatives au contrat d'accès à l'emploi, au contrat d'insertion par l'activité… seront supprimées par voie d'ordonnance *(L. n° 2015-990, art. 275)*.

Les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) sont autorisés à prendre en charge la rémunération des salariés en formation dans les entreprises de moins de 10 salariés. Il doit s'agir d'une action dans le cadre du plan de formation (*C. trav., art.*

28 *JO 21 mars 2014.*

29 *Étude d'impact préc. note (8), spéc. p. 43.*

30 V. *note (6)*. - Les commentaires qui suivent s'attachent aux deux sections.

*L. 6332-6, 10° mod.)*. Cette prérogative était énoncée à l'article 37 de l'ANI du 14 décembre 2013 relatif à la formation professionnelle, dans le cadre d'un accord de branche et dans la limite du coût horaire du SMIC par heure de formation.

19 - **Le détachement transnational de travailleurs salariés. -** Face à la multiplication des détachements transnationaux de salariés, dans des conditions de travail aléatoires, selon des rémunérations souvent difficilement comparables à celles édictées par le droit français, les dispositions de la loi nouvelle mettent l'accent sur les moyens de contrôle et les sanctions pour ceux qui ne respectent pas la législation. Les mesures s'inscrivent dans la ligne de la directive du 15 mai 2014 relative au détachement des travailleurs [31] et dans le canevas de la lutte contre la concurrence sociale déloyale[32].

Est créée une nouvelle procédure administrative pouvant engendrer la suspension temporaire de l'activité d'un prestataire de services étranger en cas d'infraction grave à des règles fondamentales du droit du travail. Les articles L. 1263-3 et suivants créés du Code du travail précisent la mécanique. Lors de la première phase, un agent de la DIRECCTE constate un manquement grave commis par l'employeur qui a détaché des salariés sur notre territoire, relatif essentiellement au salaire minimum de croissance, au repos quotidien ou hebdomadaire, à la durée quotidienne ou hebdomadaire maximale de travail, ou constate des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine. Il invite alors par écrit l'employeur à régulariser la situation [33]. Dans un second temps, faute de régularisation dans le délai imparti fixé par voie réglementaire, et après avoir pris connaissance d'un rapport de l'agent de contrôle[34], l'autorité administrative prononce pour l'employeur la suspension de la réalisation de la prestation de service, pour une durée maximale d'un mois. Dès que l'employeur aura mis fin à la situation de manquement, la mesure de suspension prendra fin.

Si l'employeur passe outre la décision de suspension de l'autorité administrative, il peut être tenu de verser une amende administrative dont le montant, prenant en compte les circonstances et la gravité du manquement, pourra aller jusque 10 000 euros par salarié concerné. La volonté d'adopter un régime répressif dissuasif est claire, avec des sanctions adaptées à l'ampleur de la fraude.

À noter également : tout employeur qui détache temporairement des salariés sur le territoire national doit présenter à l'inspection du travail des documents traduits en français qui permettent de vérifier le respect des dispositions les concernant (*C. trav., art. L. 1263-7 créé)*.

La loi du 6 août 2015 modifie les critères du détachement à l'article L. 1262-3 du Code du travail. Un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsqu'il exerce seulement des activités relevant de la gestion interne ou administrative dans l'État dans lequel il est établi, ou lorsque son activité en France est réalisée de façon habituelle, stable et continue.

Le législateur a également souhaité responsabiliser davantage le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage vis-à-vis du cocontractant qui met en œuvre le détachement de salariés. Si le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'a pas reçu copie de la déclaration de détachement par son cocontractant, il doit lui-même adresser une déclaration à l'inspection du travail du lieu où commence la prestation, dans les 48 heures qui suivent le début du détachement. Le contenu de la déclaration sera précisé par décret (*C. trav., art. L. 1262-4-1 mod.)*. S'il est informé par un agent de contrôle du non-paiement partiel ou total du salaire minimal dû au salarié détaché, il doit enjoindre sans délai et par écrit le cocontractant à régulariser la situation. Faute de régularisation dans un délai qui sera fixé par voie réglementaire, le donneur d'ordre ou maître d'ouvrage sera tenu solidairement du paiement de la rémunération (*C. trav., art. L. 1262-4-3 créé)*.

**Tout employeur qui détache temporairement des salariés sur le territoire national doit présenter à l'inspection du travail des documents traduits en français qui permettent de vérifier le respect des dispositions les concernant.**

Le nouveau texte de 2015 s'inscrit aussi dans le fil de la loi de juillet 2014[35] qui avait consacré pour les entreprises non établies en France et qui souhaitaient délivrer des prestations de services sur le territoire national par le détachement de ses salariés, l'obligation de déposer une déclaration préalable de détachement et désigner un représentant de l'entreprise en France[36]. Le plafond de l'amende administrative pour non-respect de ces règles était de 10 000 euros, il passe à 500 000 euros (*C. trav., art. L. 1264-3 mod.)*.

20 - **Dispositions ciblées aux domaines des transports et du BTP -** Le Code des transports est modifié dans le sens de la lutte contre la concurrence sociale déloyale. Les mesures sont assez nombreuses (*L. n° 2015-990, art. 281, art. 284 à 286)*. À titre

31 *PE et Cons. UE, dir. 2014/67/UE, 15 mai 2014 : JOUE n° L. 159, 28 mai 2014.*

32 V. *L. n° 2014-790, 10 juill. 2014 : JO 11 juill. 2014 ; JCP G 2014, act. 847.*

33 Décret en Conseil d'État prévu pour décembre 2015.

34 Le rapport expose le manquement en tenant compte de la répétition ou de la gravité des faits observés.

35 V. *note (32).*

36 *C. trav., art. L. 1262-2-1.*

d'exemples, en ce qui concerne la responsabilité solidaire liée au versement de la rémunération des salariés du prestataire transnational, en ce qui concerne les conditions d'hébergement collectif incompatibles avec la dignité humaine, en encore pour ce qui touche de manière générale une palette de droits et libertés du salarié (protection de la maternité, exercice du droit de grève, salaire minimum…), le destinataire du contrat de transport est assimilé au donneur d'ordre (*C. transports, art. L. 1331-2 créé)*.
En vue de s'assurer de l'identification de chaque salarié présent sur un chantier de BTP et de faciliter les contrôles de l'autorité administrative, la carte d'identité professionnelle du bâtiment est généralisée et obligatoire. Tous les salariés qui effectuent des travaux de bâtiment ou des travaux publics pour le compte d'une entreprise établie en France, ou en dehors en cas de détachement, devront être « identifiés ». Les mesures d'application feront l'objet d'un décret en Conseil d'État après avis de la CNIL (*L. n° 2015-990, art. 282)*. Sera notamment précisé le contenu des informations inscrites sur la carte dont sera porteur chaque travailleur concerné. Les dispositions visent aussi à lutter contre le travail illégal. L'amende infligée en cas de non-respect de la déclaration aux fins de la délivrance de la carte se veut dissuasive : jusqu'à 2 000 euros par salarié concerné, 4 000 euros en cas de récidive dans le délai d'un an, pour un montant total qui ne peut dépasser 500 000 euros (*C. trav., art. L. 8291-2 créé)*.

## 5. Les aménagements du licenciement pour motif économique et de la sécurisation de l'emploi

21 - **Les accords de maintien de l'emploi. -** Issu de la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi [37] et reprenant les clauses de l'ANI du 11 janvier 2013, l'accord de maintien de l'emploi est un accord d'entreprise qui pouvait être conclu pour une durée ne pouvant excéder deux ans. Au 15 mars 2015, le ministère du Travail ne recensait que 10 accords sur tout le territoire, dont 9 touchaient des PME. La loi nouvelle porte la durée maximale à 5 ans. Cette mesure s'accompagne d'un bilan que réaliseront les partenaires sociaux signataires au bout de deux ans. Fondé sur de « graves difficultés économiques conjoncturelles », l'accord peut anticiper les modalités de sa suspension, pour une durée égale au plus à la durée restant à courir à partir de la date de suspension. S'agissant de difficultés conjoncturelles et non structurelles, l'accord de maintien de l'emploi qui symbolise une flexibilité « thérapeutique » peut avoir pour effet d'améliorer la situation économique de l'entreprise (ou la dégrader). Sans préjudice de la suspension pouvant être prononcée par voie judiciaire à la demande d'une partie signataire (*C. trav., art. L. 5125-5 mod.)*, les partenaires sociaux ont la faculté de déterminer à l'avance les causes et critères d'une suspension de l'accord. Ils doivent aussi prévoir les incidences de la suspension sur la situation des salariés et sur les engagements relatifs au maintien de l'emploi (*C. trav., art. L. 5125-1 mod.)*.
L'accord a vocation à encadrer les modalités d'information du salarié quant à son droit d'accepter ou de refuser « *l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail* » (*C. trav., art. L. 5125-2, al. 1 créé)*. Si ce n'est pas la voie choisie, la procédure applicable sera celle utilisée pour la modification du contrat de travail pour motif économique et inscrite actuellement à l'article L. 1222-6 du Code du travail. La loi du 6 août 2015 en détermine explicitement les modalités : l'employeur doit informer par LRAR le salarié et préciser que ce dernier dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Faute de réponse dans le délai imparti, son silence vaut acceptation de l'application de l'accord à son contrat.
« *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique* (…) ». Cette formule issue de l'ancienne rédaction de l'article L. 5125-2 du Code du travail a suscité de nombreux débats quant à l'existence du motif économique, voire à sa réalité [38]. Certes la loi qualifie elle-même le motif d'« économique » et il est vraisemblablement exprimé par de « graves difficultés économiques conjoncturelles », fait déclencheur de la possible négociation débouchant sur un accord. Mais la disposition législative semble elliptique, faisant croire que le motif économique repose sur le refus du salarié de se voir appliquer l'accord. Auquel cas, il est bon de rappeler que le seul refus d'une modification du contrat de travail ne peut servir de cause justificative du licenciement. La jurisprudence est constante sur ce point[39]. Au-delà, c'est la compatibilité des dispositions de l'article L. 5125-2 du Code du travail avec la directive du 20 juillet 1998 sur les licenciements collectifs qui pourraient être mise en cause. Cette dernière souligne que le motif économique repose sur une cause non inhérente à la personne du travailleur [40].
Sans entrer dans d'autres discussions, la loi nouvelle ajoute que le licenciement repose sur « *une cause réelle et sérieuse* » *(C. trav., art. L. 5125-2, al. 3 mod.)*, sans doute pour sécuriser le postulat de reconnaissance du motif économique. La boucle est-elle parfaite ? Pas nécessairement, car une telle affirmation semble exclure toute possibilité de recours visant à contester le bien-fondé de la rupture. La piste mène alors à la Convention OIT n° 158 sur le licenciement (*art. 8, § 1*) qui assure au salarié

37 *L. n° 2013-504, 14 juin 2013 : JO 16 juin 2013 ; JCP G 2013, doctr. 854, Étude B. Teyssié.*

38 *F. Favennec-Héry, Les accords de maintien de l'emploi : JCP S 2014, 1186, spéc. n° 30. - J. Daniel, L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité : JCP S 2014, 1187, spéc. n° 74 et s.*

39 *Cass. soc., 7 oct. 1997, n° 95-42.196 : JurisData n° 1997-003962 ; Dr. soc. 1997, p. 1097, obs. G. Couturier. - Cass. soc., 12 oct. 2004, n° 02-42.980, inédit : RJS 2004, n° 1248.*

40 *Cons. (CE), dir. 98/59/CE, 20 juill. 1988 : JOCE n° L. 225, 12 août 1998, p. 16, spéc. art. 1er, 1°.*

une protection quant au licenciement injustifié en lui autorisant un recours devant un organe impartial. La convention est d'application directe en droit français.
Enfin, le législateur de 2015 exonère ici l'employeur de ses obligations d'adaptation et de reclassement prévues en cas de licenciement, une exclusion plus que discutable.

22 - **Le périmètre d'application des critères de l'ordre des licenciements. -** Avant la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, la Cour de cassation avait posé pour principe que l'ordre des licenciements devait être établi au niveau de l'entreprise[41]. Elle avait admis toutefois qu'un « accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé » pouvait fixer un périmètre différent[42]. L'article L. 1233-24-2 du Code du travail issu de la loi de 2013 permet à un accord collectif majoritaire portant sur le PSE de fixer « le périmètre d'application des critères de l'ordre des licenciements ». Par un jeu de renvoi, dans l'hypothèse où le PSE est élaboré par un document unilatéral de l'employeur, l'article L. 1233-24-4 du Code du travail l'autorise à déterminer également le périmètre de l'ordre des licenciements. Cette possibilité a toutefois fait l'objet d'une jurisprudence peu homogène émanant des juridictions administratives[43], malgré une rédaction apparemment claire du texte. L'employeur peut-il déterminer un périmètre d'application inférieur à l'entreprise ? L'article L. 1233-5 du Code du travail apporte aujourd'hui une réponse explicite en trois temps. D'abord la situation concerne les entreprises soumises à l'obligation d'établir un PSE, l'accord collectif majoritaire ou le document unilatéral de l'employeur peut définir le périmètre d'application de l'ordre des licenciements. Ensuite, une limite est apportée à la prérogative de l'employeur, le périmètre arrêté dans le document unilatéral ne peut être inférieur à celui de chaque « zone d'emploi » dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi. Qu'en est-il de la zone d'emploi ? Ce sera le troisième temps, les conditions d'application de cette disposition seront définies par décret à paraître en décembre 2015.

23 - **Mise à jour de dispositions sur les « petits » licenciements collectifs. -** L'article L. 1233-53 du Code du travail inséré dans une section visant le licenciement de 10 salariés ou plus dans une même période de 30 jours contenait une erreur matérielle. Il édictait, à l'occasion d'un projet de licenciement de moins de 10 salariés, un contrôle de l'autorité administrative sur l'information/consultation des représentants du personnel. Or, pour ce type de licenciement, il est fait application de l'article L. 1233-19 du Code du travail imposant une information *a posteriori* de l'autorité administrative lorsque les licenciements sont prononcés. La loi nouvelle met fin à cette contradiction en supprimant les termes inappropriés de l'article L. 1233-53 du code.

24 - **Le reclassement à l'international -** Alors qu'il était de jurisprudence constante que l'effort de reclassement de l'employeur, préalable au licenciement pour motif économique, devait se situer à l'intérieur de l'entreprise ou dans le cadre du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel[44], la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 avait comprimé la formule lors de l'introduction de l'obligation dans le Code du travail par « *dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise* »[45]. La mécanique n'excluait pas du périmètre de la recherche les entreprises situées à l'étranger[46]. Au regard de certaines offres de reclassement qui ont été jugées indécentes, notamment en termes de rémunération, le législateur de 2010[47] a mis en place une procédure d'invitation préalable du salarié, au moyen de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail, avant de recevoir une offre de reclassement située en dehors du territoire national. L'économie de ce processus est aujourd'hui remise en cause.

**Le salarié, « évidemment » informé que la structure dans laquelle il travaille comporte des établissements à l'étranger, peut demander à l'employeur de recevoir des offres de reclassement dans ces établissements.**

D'abord l'article L. 1233-4 du Code du travail est réécrit en ce sens que le principe devient l'effort de reclassement sur « *les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie* ». *Exit* le reclassement à l'international. Ensuite la procédure de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail qui visait à permettre ce type de reclassement, notamment par sollicitation préalable de l'employeur au salarié, disparaît sur le plan procédural et fait place à une demande expresse et facultative du salarié en ce sens. L'initiative a changé de camp. Le salarié, « évidemment » infor-

41 *Cass. soc., 24 mars 1993, n° 90-42.002 : JurisData n° 1993-000733 ; Bull. civ. 1993, V, n° 97.*

42 *Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-27.458 : Bull. civ. 2013, V, n° 121.*

43 *TA Cergy-Pontoise, 11 juill. 2014, n° 1404370*, permettant à l'employeur de fixer le périmètre. - *CAA Versailles, 22 oct. 2014, n° 14VE02408* : *JurisData n° 2014-030493*, ne permettant qu'à un accord collectif de fixer un périmètre d'application de l'ordre des licenciements inférieur à l'entreprise.

44 *Cass. soc., 19 nov. 1992, n° 91-45.774 : JurisData n° 1992-002619 ; Bull. civ. 1992, V, n° 562 ; RJS 1993, n° 19.*

45 *L. n° 2002-73, 17 janv. 2002, art. 108.*

46 *Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 96-42.812 : JurisData n° 1998-003723 ; TPS 1999, comm. 385* (à la condition que la législation du pays d'accueil n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers).

47 *L. n° 2010-499, 18 mai 2010 : JO 19 mai 2010.*

mé que la structure dans laquelle il travaille comporte des établissements à l'étranger, peut demander à l'employeur de recevoir des offres de reclassement dans ces établissements. Il précisera dans sa demande les restrictions éventuelles des postes potentiels, notamment en termes de rémunération et de localisation. S'en suivra une transmission des offres correspondantes par l'employeur. À nouveau un décret devrait être adopté, en décembre 2015, pour pallier le flou de la méthode. Quand et comment informer le salarié du dispositif législatif, jalonner avec précisions les étapes clés ? Voilà l'enjeu des futures mesures réglementaires.

25 - **Procédure collective et plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). -** Qu'il s'agisse d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, les difficultés de l'entreprise sont avérées et dans ce contexte, il est souvent bien difficile d'élaborer un PSE au regard des moyens financiers dont dispose l'administrateur ou le mandataire judiciaires. Si l'entreprise appartient à un groupe, ce dernier n'a aucune obligation sur ce point. Saisie d'une demande d'homologation du document unilatéral déterminant le PSE, la DIRECCTE devait pourtant s'assurer de l'adéquation du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi en fonction des moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe, conformément à l'article L. 1233-57-3 du Code du travail par renvoi de l'article L. 1233-58, II, du même code. Cet examen de la proportionnalité disparaît dans le cadre de l'homologation, au profit du seul examen « *des moyens dont dispose l'entreprise* ». D'une efficacité très limitée en pratique, l'ancienne mesure était susceptible de générer un contentieux devant le juge administratif et grever de surcroît les indemnisations à verser par l'AGS.

26 - **Annulation d'une décision d'homologation/validation et conséquences. -** La loi du 6 août 2015 aménage certains effets de l'annulation de la décision administrative d'homologation/validation lorsqu'elle est fondée sur une insuffisance de motivation. Deux articles du Code du travail sont concernés : L. 1233-58 pour les entreprises soumises à un redressement ou une liquidation judiciaires et L. 1235-16 pour les entreprises *in bonis*. Pour ce dernier, il est précisé que suite à l'annulation de la décision précitée, l'autorité administrative prend une nouvelle décision suffisamment motivée, dans un délai de 15 jours à compter de la notification du jugement à l'administration. L'employeur porte la décision à la connaissance des salariés licenciés, par tout moyen permettant de conférer date certaine à cette information. La même procédure est reproduite à l'article L. 1233-58 du Code du travail. Il est également précisé, en des termes identiques aux deux articles, que dès lors que l'autorité administrative a édicté la nouvelle décision, l'annulation pour le seul motif de l'insuffisance de motivation de la première décision administrative est sans incidence sur la validité du licenciement et ne donne pas lieu au versement d'une indemnité à la charge de l'employeur, pas davantage à une réintégration dans le cadre d'une entreprise *in bonis* (*C. trav., art. L. 1235-16 mod.)*. Sur ce point, l'indication de l'absence de réintégration ne s'impose pas au regard d'une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaires, la réintégration ne pouvant s'appliquer en pareille circonstance (*C. trav., art. L. 1233-58, II, al. 7)*.
Ces nouvelles dispositions permettent d'éviter à l'employeur de verser au salarié une indemnité minimale de 6 mois de salaire en conséquence d'une décision administrative insuffisamment motivée et donc annulée, d'autant plus que le vice affectant l'acte émane de la DIRECCTE.

27 - **Retouches au contrat de sécurisation professionnelle (CSP). -** Dans l'hypothèse où l'employeur avait le projet d'un licenciement pour motif économique, s'il ne relevait pas du congé de reclassement, il devait proposer un CSP à chaque salarié, selon les cas lors de l'entretien préalable ou à l'issue de la dernière réunion des instances représentatives du personnel, sans que l'obligation d'élaborer un PSE ne soit prise en compte. En acceptant le CSP, le contrat de travail du salarié pouvait être rompu, selon les circonstances, avant même la décision administrative de validation/homologation du PSE. L'article L. 1233-66 du Code du travail précise aujourd'hui que si la procédure de licenciement pour motif économique commande l'élaboration d'un PSE, la proposition d'adhésion au CSP sera faite après la notification de l'autorité administrative de sa décision de validation/homologation.
Dans le cadre de son adhésion au CSP, l'intéressé peut bénéficier de CDD ou de contrats de mission qui allongent la durée du dispositif. La loi de 2015 intègre ces possibilités en modifiant l'article L. 1233-67 du Code du travail. Les modalités de financement du CSP sont également révisées.

29 - **Bilan. -** Le parcours surmédiatisé de la loi *Macron* est-il à la hauteur du contenu de ses mesures ? Le lecteur appréciera le nombre de modifications apportées au Code du travail dont on ne cesse de répéter que sa lourdeur, son instabilité chronique, en font un instrument d'une particulière complexité. Inscrit dans un parcours de relance de la croissance et de l'activité, on peine « quelquefois » à voir le lien entre les mesures et les objectifs du texte. La réforme du marché du travail et de l'emploi, nécessaire, est une œuvre de longue haleine qu'il est difficile de concentrer en quelques lois. ■

# Revues LexisNexis, votre sélection en droit des affaires

Suivez l'actualité @JCPEntreprise

## La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires

Avocats d'affaires et juristes d'entreprises, cette revue **traite aussi bien du droit des affaires, du droit social que du droit fiscal**.

Vous disposez de jurisprudences commentées, de formules, de conseils et de chroniques qui font le point de la jurisprudence sur un thème précis comme le droit de l'énergie, la propriété littéraire et artistique, le droit de l'Internet, la protection sociale, le droit bancaire ou encore le droit des sociétés.

- *43 numéros par an*

**SUPPLÉMENT**

Inclus dans votre abonnement :
*Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*

PHOTO © PRESSMASTER - FOTOLIA.COM

## NOUVEAU !

### INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT PAPIER

Lexis Kiosque

- Consultez votre revue à tout moment sur tablette et smartphone
- Téléchargez gratuitement l'appli
- Plus d'info : www.lexisnexis.fr/lexiskiosque

## LES MENSUELS À DÉCOUVRIR...

### La trilogie au centre de l'activité des juristes d'affaires !

RESPONSABILITÉ DES RUBRIQUES :
- Contrats : L. Leveneur
- Concurrence :
  - Distribution et protection du concurrent : N. Mathey et M. Malaurie-Vignal
  - Protection du Marché : D. Bosco et G. Decocq
- Consommation : G. Raymond

@Ct_conc_conso

- 11 numéros par an

### Pour les spécialistes du droit financier et de la fiscalité d'entreprise

- Direction : D. Gallois-Cochet, H. Hovasse, J-P. Legros, R. Mortier, J-L. Pierre, M. Roussille, R. Salomon et S. Torck

@Dr_société

- 11 numéros par an

### Le mensuel dédié à la propriété intellectuelle, aux droits des réseaux et des médias

- Direction : C. Caron
- 11 numéros par an

@Comm_com_electr

552 029 431 RCS PARIS
14REVMD0334 - 01/2015

LexisNexis®

Pour s'abonner
http://boutique.lexisnexis.fr

# Lexis 360®

## Le portail juridique des avocats

### Enrichissez votre analyse juridique

Toute l'expertise JurisClasseur avec les fonds LexisNexis sur tous les thèmes du droit, la valeur ajoutée de la sélection et des analyses JurisData, les sources officielles… ainsi qu'un accès à une sélection de sites Internet de référence.

### → Cherchez plus vite, trouvez plus vite

Recherche simplifiée ou sur mesure, le portail s'adapte à vous.

### → Simplifiez votre quotidien

Des contenus pratiques et opérationnels exclusifs : des modèles d'actes, des synthèses, les fiches pratiques LexisNexis…

### → Choisissez votre pack

Une offre modulaire qui couvre les différents domaines d'activité.

Plus d'infos YouTube Lexis360 Avocat

0821 200 700 *(0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe)*

LexisNexis®

LexisNexis S.A. - 552 029 431 RCS Paris - 06/2014 - 14LASW040 - Crédit photo : Vif-argent