

Projet de loi (n° 619), adopté par le Sénat, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture.

Document faisant état de l'avancement des travaux de
Mme Émilie Chandler, rapporteure pour avis

12 janvier 2023

MESDAMES, MESSIEURS,

Le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture (DDADUE) - a été adopté en Conseil des ministres le 23 novembre 2022.

Il comprenait initialement **trente et un articles** regroupés en quatre titres :

- un titre I pour la « *matière économique et financière* » (articles 1 à 13) ;
- un titre II pour la « *matière sociale* » (articles 14 à 25) ;
- un titre III relatif au « *transports* » (articles 26 à 29) ;
- et un titre IV pour la matière « *agricole* » (articles 30 et 31).

Selon l'exposé des motifs, il vise à **transposer et à mettre en œuvre des textes adoptés par l'Union européenne ces trois dernières années**. Le projet de loi DDADUE procède également à la correction de diverses « *surtranspositions* » portant sur des textes européens plus anciens, c'est-à-dire à la correction de dispositions de la législation française plus contraignantes que celles imposées par le droit européen.

Dans son avis, **le Conseil d'État a mis en évidence plusieurs lacunes de l'étude d'impact**. « *Sous réserve que ces lacunes soient comblées* », il a toutefois considéré que l'étude d'impact était « *globalement conforme aux exigences posées par les articles 8 et 11 de la loi organique du 15 avril 2009* ».

*

* *

Le Gouvernement a saisi de ce projet de loi, en premier, le Sénat et a engagé la **procédure accélérée** conformément à l'article 45 de la Constitution permettant

la réunion d'une commission mixte paritaire après une seule lecture dans chaque assemblée.

Le projet de loi a été renvoyé à la commission des affaires sociales du Sénat. Cette dernière a délégué au fond de nombreux articles à plusieurs autres commissions permanentes en fonction de leur périmètre de compétence. **Les articles 9 à 11, 17, 18 et 25 ont ainsi été délégués à la commission des lois** du Sénat, qui a désigné, en qualité de rapporteur pour avis, Monsieur Didier Marie.

Le projet de loi a été **adopté en première lecture par le Sénat lors de sa séance du 13 décembre 2022**, soit moins de trois semaines après son adoption en conseil des ministres.

Le Sénat a ajouté trois articles (les articles 2 *bis*, 5 *bis* et 26 *bis*) et a supprimé un article (l'article 8).

*

* *

Le projet de loi DDADUE adopté par le Sénat a été transmis à l'Assemblée nationale et renvoyé à la **commission des affaires sociales**. Cette dernière a accordé à la commission des lois une délégation au fond portant sur le même périmètre que celui qui a été retenu au Sénat, c'est-à-dire pour l'examen de six articles : les **articles 9 à 11, 17, 18 et 25**.

Parmi ces six articles :

– un seul article prévoit une habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures relevant du domaine de la loi (article 9) ;

– les cinq autres articles procèdent directement aux adaptations du droit interne au droit européen par diverses modifications du code de **commerce** (article 10), du code de la **commande publique** (article 11), du code général de la **fonction publique** (article 17), du code de la **santé publique** (article 18) et du code de **l'action sociale et des familles** (article 25).

Ces différents articles visent à transposer des dispositions ou corriger des surtranspositions issues de cinq directives et un règlement européens, dont :

– deux directives relatives au **droit des sociétés** (articles 9 et 10) ;

– deux directives relatives au **droit de la commande publique** (article 11) ;

– une directive relative à la **protection des travailleurs** (articles 17 et 18) ;

– et un règlement en matière de **protection de l'enfance** (article 25).

ARTICLES DÉLÉGUÉS À LA COMMISSION DES LOIS

Articles	Dispositifs	Textes européens mis en œuvre
Article 9	Habilitation à légiférer	Directive 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières.
Article 10	Modifications du code de commerce	Directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.
Article 11	Modifications du code de la commande publique	Directives 2014/23/UE et 2014/24/UE du 26 février 2014 portant respectivement sur l'attribution de contrats de concession et la passation des marchés publics.
Article 17	Modifications du code général de la fonction publique	Directive (UE) 2019/1152 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.
Article 18	Modifications du code de la santé publique	
Article 25	Modifications du code de l'action sociale et des familles	Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (dit règlement « Bruxelles II bis refonte »).

*

* *

En première lecture, **le Sénat a adopté ces six articles**, dont trois sans modification (articles 10, 17 et 25) et trois modifiés par l'adoption de **cinq amendements** : quatre amendements ont été adoptés en commission (sur les articles 9, 11 et 18) et un amendement en séance (sur l'article 18).

ARTICLES ET AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LE SÉNAT EN PREMIÈRE LECTURE
(sur le périmètre délégué à la commission des Lois)

Articles	Sort de l'article	Amendements
Article 9	Adopté avec modifications	Réduction de la durée de l'habilitation à un délai de trois mois au lieu de six mois (amendement n° Com-32). Encadrement des choix de transposition : réserver aux greffiers des tribunaux de commerce le contrôle de légalité des opérations transfrontalières + préserver la représentation des salariés à l'issue des opérations transfrontalières (amendement n° Com-33).
Article 10	Adopté sans modification	NON
Article 11	Adopté avec modifications	Inscription dans la législation du principe d'une évaluation des mesures correctrices prises par les opérateurs économiques ayant commis une infraction entraînant l'exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession (amendement n° Com-30).
Article 17	Adopté sans modification	NON
Article 18	Adopté avec modifications	Coordinations avec les dispositions du code général de la fonction publique (amendement n° Com-31). Correction légistique (amendement n° 79).

Article 25	Adopté sans modification	NON
-------------------	-----------------------------	-----

Ces six articles sont commentés ci-après.

*

* *

EXAMEN DES ARTICLES

Article 9

Habilitation à légiférer par ordonnance pour transposer une directive relative aux opérations transfrontalières des sociétés commerciales

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article habilite le Gouvernement, durant un délai de six mois à compter de la publication de la loi, à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour réformer les régimes des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et transferts de siège des sociétés commerciales afin de transposer la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières.

Il fixe le délai de dépôt du projet de loi de ratification à trois mois à compter de la publication de l'ordonnance.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article 1^{er} de la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire a transposé en droit interne la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (aux articles L. 236-25 à L. 236-32 du code de commerce).

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a restreint le délai d'habilitation à trois mois au lieu de six mois.

Il a également encadré les choix de transposition du Gouvernement :

– en prévoyant que l’autorité compétente en charge du contrôle de légalité de l’opération de transformation, de fusion ou de scission transfrontalière est le greffier du tribunal de commerce ;

– et en excluant la possibilité de limiter la proportion de représentants des salariés au sein de l’organe de direction de la société issue de la transformation ou des sociétés bénéficiaires de la scission transfrontalière.

I. L’ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

La **liberté d’établissement** prévue à l’article 54 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE) implique le droit, pour une société régie par le droit d’un État membre, de se transformer en une société régie par le droit d’un autre État membre (voir par exemple : CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. C-81/87 ; ou plus récemment pour un transfert de siège social sans déplacement du siège réel : CJUE, arrêt du 25 octobre 2017, *Polbud*, C-106/16).

De telles opérations sont dites transfrontalières. Elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits des associés, des créanciers ou des salariés. L’objet de la législation européenne est de permettre la réalisation de ces opérations dans un cadre harmonisé, tout en assurant la protection des divers intérêts en présence.

C’est dans ce but qu’a été élaborée la **directive 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux**. Cette directive a été codifiée par la **directive 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés**.

Cette directive a ensuite été modifiée par la **directive 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières de société de capitaux**.

La directive 2019/221 précitée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020. Le délai de transposition a été fixé au **31 janvier 2023**.

Cette directive complète les dispositions européennes relatives aux fusions transfrontalières et introduit deux nouvelles procédures relatives aux transformations et scissions transfrontalières :

– la **procédure de transformation transfrontalière, d’une part**, qui permet aux sociétés constituées conformément au droit d’un État membre de se transformer en une société de forme juridique d’un autre État membre, en y transférant au moins leur siège statutaire, tout en conservant leur personnalité juridique ;

– et la **procédure de scission, d'autre part**, qui permet aux sociétés européennes de se scinder en plusieurs sociétés localisées dans d'autres États membres ou d'effectuer des apports partiels d'actifs transfrontaliers.

À côté de ces deux procédures demeure la **procédure de fusion transfrontalière**, qui permet aux sociétés européennes de fusionner avec une ou plusieurs sociétés d'autres États membres, par absorption ou création d'une société nouvelle. La directive simplifie les règles des fusions transfrontalières, avec par exemple, dans certaines situations, une dispense de rapport écrit des dirigeants aux associés.

La directive prévoit également un mécanisme protecteur des créanciers, en maintenant un **contrôle de légalité de l'opération** par un certificat préalable à l'opération. Aux termes de la directive, l'autorité en charge du contrôle préalable de légalité doit s'assurer que l'opération transfrontalière, conformément au droit national, n'est pas réalisée, « *à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles* ».

La directive vise aussi à protéger les travailleurs en prévoyant leur information et leur consultation. Elle garantit le droit à la participation des travailleurs au sein de l'organe de direction. Le principe est que la société issue de l'opération transfrontalière est soumise aux règles en vigueur dans l'État membre de destination. Toutefois, par exception, la directive laisse le choix aux États membres de limiter à un tiers la proportion de représentants des salariés au sein de l'organe de direction à l'issue de l'opération.

B. DROIT INTERNE

En droit des sociétés, les règles relatives à la fusion et à la scission de sociétés sont définies au chapitre VI du titre III du livre II du code de commerce, aux articles L. 236-1 à L. 236-32.

La section IV dudit chapitre contient les dispositions législatives particulières relatives aux fusions transfrontalières (articles L. 236-25 à L. 236-32). Sa rédaction résulte de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire qui a transposé en droit interne la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le I du présent article habilite le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour :

– transposer la directive UE 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières (**1° du I**) ;

– harmoniser avec certaines des dispositions encadrant les opérations transfrontalières et simplifier, compléter et moderniser les régimes des fusions, scissions, apports partiels et transferts de siège des sociétés commerciales prévus au chapitre VI du titre III du livre II du code de commerce (**2° du I**).

L’habilitation ne porte donc pas seulement sur la section du code de commerce contenant les dispositions législatives particulières relatives aux fusions transfrontalières (articles L. 236-25 à L. 236-32), mais sur l’ensemble du chapitre relatif à la fusion et à la scission (articles L. 236-1 à L. 236-32).

Le **3° du I** habilite le Gouvernement, dans les mêmes conditions, à rendre applicables en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, avec les adaptations nécessaires, les dispositions qui résulteront de l’ordonnance (pour celles qui relèvent de la compétence de l’État), d’une part, et à procéder, le cas échéant, aux adaptations de ces dispositions en ce qui concerne Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon, d’autre part.

Le **premier alinéa du I** du présent article fixe le **délai d’habilitation à six mois** à compter de la publication de la loi.

Le **II** du présent article fixe le **délai de dépôt du projet de loi de ratification à trois mois** à compter de la publication de l’ordonnance.

Selon l’étude d’impact, la demande d’habilitation du Gouvernement se justifie par le caractère « *particulièrement technique des dispositions à transposer et leur nombre conséquent* », l’« *impact modéré de la transposition de la directive sur les entreprises* », et « *la nécessité d’assurer un cadre juridique le plus uniforme possible en veillant tout particulièrement à résorber les décalages ou incohérences pouvant exister entre, d’une part, le régime applicable aux opérations transfrontalières et, d’autre part, le régime existant pour ces mêmes opérations réalisées au niveau national* ».

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté cet article **modifié par deux amendements**.

Les deux amendements ont été adoptés par la commission à l’initiative du rapporteur pour avis de la commission des lois.

Un premier amendement a **restreint le délai d’habilitation à trois mois** au lieu de six mois. Le rapporteur pour avis a justifié le raccourcissement de ce délai par le fait que la directive devait être transposée au plus tard le 31 janvier 2023 et qu’il convenait, par conséquent, d’accélérer le calendrier de publication de

l'ordonnance de transposition. Le raccourcissement du délai d'habilitation se justifie d'autant plus que le projet d'ordonnance est grande partie rédigé. Plusieurs fiches et projets de transposition ont d'ailleurs été transmis pour information à votre Rapporteure.

Un second amendement a encadré les choix de transposition du Gouvernement :

– en prévoyant que **l'autorité compétente en charge du contrôle de légalité** de l'opération de transformation, de fusion ou de scission transfrontalière serait le **greffier du tribunal de commerce** ;

– et en **excluant la possibilité de limiter la proportion de représentants des salariés** au sein de l'organe de direction de la société issue de la transformation ou des sociétés bénéficiaires de la scission transfrontalière.

Le Gouvernement n'a pas présenté en séance d'amendement pour revenir sur ces modifications, qui sont conformes au projet d'ordonnance qu'il est en train d'élaborer.

*

* *

Article 10

(articles L. 233-42, L. 225-248 et L. 950-1 du code de commerce)

Élimination d'une sur-transposition de la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article assouplit, à un double titre, le régime de sanction applicable aux sociétés à responsabilité limitée (SARL) et aux sociétés par actions en cas d'insuffisance des capitaux propres.

En premier lieu, il allonge le délai à quatre exercices comptables, au lieu de deux en l'état du droit, dans lequel la société doit régulariser sa situation et disposer de capitaux propres au moins égaux à la moitié du capital social.

En second lieu, il écarte la sanction de dissolution judiciaire lorsque la société, malgré la persistance de l'insuffisance de capitaux propres, réduit son capital social en deçà d'un seuil fixé par décret en Conseil d'État ou lorsque son capital social est déjà en deçà dudit seuil.

➤ **Dernières modifications intervenues**

L'article 1^{er} de la n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a adapté le régime de sanction applicable aux sociétés à responsabilité limitée (SARL) en cas d'insuffisance de capitaux propres, pour tenir compte de la suppression de l'exigence d'un capital social minimum de 7 500 euros.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT INTERNE

Le capital d'une société – le **capital social** – est constitué par les apports promis par les associés. Il a vocation, à ce titre, à constituer une garantie pour les créanciers. Le capital social représente la **valeur initiale** de la société. Ainsi que le rappelle l'étude d'impact, il est fait une large publicité auprès des tiers du montant du capital social puisque celui-ci « *doit figurer sur l'ensemble des papiers d'affaires de la société (article R. 123-238 du code de commerce), c'est-à-dire sur les lettres, factures, annonces et publications diverses, mais également sur son site internet* ».

Les **capitaux propres** sont constitués à la fois par le capital social apporté à la création mais également, pour l'essentiel, par l'ensemble des résultats non distribués aux associés. Les capitaux propres représentent une **valeur actualisée de** la société. Ils sont mentionnés au bilan et « *correspondent à la somme algébrique des apports, des écarts de réévaluation, des bénéfices autres que ceux pour lesquels une décision de distribution est intervenue, des pertes, des subventions d'investissement et des provisions réglementées* » (article R. 123-91 du code de commerce).

Il peut arriver que les capitaux propres d'une société soient inférieurs à son capital social, lorsque celle-ci a réalisé au cours des exercices successifs davantage de pertes que de profits et qu'elle n'a pas procédé à une diminution de son capital social.

Dans ce cas, le capital social peut donner une indication erronée aux tiers, et notamment aux créanciers, de la solvabilité d'une société. C'est pourquoi, en droit commercial, il existe un régime de sanctions lorsque le capital social d'une société à responsabilité limitée (SARL) ou d'une société par actions (société anonyme, société en commandite par actions et société par actions simplifiée) est durablement inférieur à une fraction des capitaux propres.

Ainsi que l'expose l'étude d'impact, ce dispositif se justifie « *par la nécessité de maintenir un gage suffisant aux créanciers et par la fourniture d'une information crédible aux tiers* ».

En l'état du droit, le régime de sanctions prévu en cas d'insuffisance de capitaux propres s'applique lorsque lesdits capitaux propres sont inférieurs **à la moitié** du capital social. Initialement, la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales avait fixé ce seuil à trois quarts. Celui-ci a été réduit à un quart par la loi n° 69-12 du 6 janvier 1969. Le seuil actuel est issu de la loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 et s'applique depuis le 1^{er} janvier 1982.

Le code de commerce prévoit ainsi que, pour les SARL et les sociétés par actions, **dans le cas où les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié de leur capital social**, l'assemblée générale doit se réunir dans un délai de quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, afin de décider de dissoudre ou non la société (article L. 233-42 pour les SARL et article L. 225-48 pour les sociétés par actions).

Conformément aux articles R. 223-36 (pour la SARL) et R. 225-166 (pour les sociétés par actions), la décision prise par l'assemblée générale (dissolution ou maintien de l'activité) doit être :

- publiée dans un support d'annonces légales ;
- inscrite au registre du commerce et des sociétés (RCS) et déposée au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social.

En cas de manquement à cette obligation, l'article L.123-3 du code de commerce permet au juge commis à la surveillance du RCS d'enjoindre sous astreinte une société à procéder aux formalités de publicité.

Si l'assemblée générale décide de ne pas dissoudre la société (cas le plus fréquent en pratique), la société dispose de deux exercices comptables pour remédier à la situation. La situation peut se rétablir d'elle-même grâce à la réalisation de bénéfices qui permettent de reconstituer le seuil minimal de capitaux propres exigé. À défaut, la société est, en théorie, tenue de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes.

En cas de non-respect de ces dispositions (absence de vote de l'assemblée générale pour la poursuite de l'activité ou absence de reconstitution des capitaux propres à hauteur de la moitié du capital social dans le délai imparti), toute personne intéressée est en droit de demander la dissolution de la société. Ce recours peut notamment être exercé par un concurrent. Toutefois, ce type de recours est rare en pratique.

L'intérêt d'engager une telle procédure est fortement réduit par le fait que le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser sa situation. Au surplus, le tribunal ne peut prononcer la dissolution, si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu.

Il faut encore ajouter que la dissolution judiciaire pour insuffisance de capitaux propres ne peut être prononcée à l'encontre des sociétés en procédure de

sauvegarde ou de redressement judiciaire ou de celles qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Le principal intérêt du régime de sanctions prévu en cas d'insuffisance de capitaux propres réside, en pratique, dans la publicité obligatoire de la résolution par laquelle l'assemblée générale constate les pertes et décide de poursuivre l'activité de la société. Cette publicité permet de renseigner les tiers sur les difficultés de la société.

B. DROIT EUROPÉEN

L'article 58 de la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés prévoit qu'en cas de perte grave du capital souscrit, l'assemblée générale de la société doit être convoquée **dans un délai fixé par les législations des États membres afin d'examiner s'il y a lieu, soit de dissoudre la société, soit d'adopter toute autre mesure**. Il précise que la législation d'un État membre ne peut pas fixer à plus de la moitié du capital souscrit le montant de la perte considérée comme grave.

La directive laisse donc une marge d'appréciation nationale importante aux États membres en matière de sanction judiciaire de perte grave du capital social.

Le droit commercial français (examiné *supra*) est conforme au droit européen, puisqu'il prévoit un seuil de 50 % pour caractériser une perte grave de capital social, un délai de convocation de l'assemblée générale (fixé à quatre mois) pour se prononcer sur la continuité de l'activité, et un régime de sanctions qui repose sur des formalités de publicité et une dissolution judiciaire à la demande de tout intéressé.

Toutefois, selon l'étude d'impact, certains États membres ont adopté des mesures plus souples que celles en vigueur en France. Elle expose que plusieurs États, comme l'Allemagne ou les Pays-Bas, « *ne mentionnent même pas le cas de dissolution anticipée* » et que, dans ces pays, « *la perte grave du capital souscrit ne débouche aucunement sur une dissolution forcée de la société en l'absence de reconstitution de ses capitaux propres* ».

Le Gouvernement en déduit que les dispositions françaises constituent une sur-transposition de la directive. Il indique, dans l'exposé des motifs du projet de loi DDADUE, que les entreprises françaises font « *face à un risque de dissolution excessif et considérablement accru comparativement aux entreprises d'autres États membres* ».

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article assouplit le régime des sanctions prévu pour les SARL et les sociétés par actions en cas de perte de la moitié du capital social.

Pour ce faire, le 1^o modifie l'article L. 223-42 du code de commerce applicable aux SARL et le 2^o modifie l'article L.225-248 du même code applicable aux sociétés par actions. Le 3^o complète l'article L. 950-1 du même code afin d'étendre l'application de ces dispositions aux îles Wallis et Futuna.

En premier lieu, le présent article allonge le délai de régularisation à quatre exercices comptables, au lieu de deux en l'état du droit.

En deuxième lieu, il permet à la société d'échapper définitivement à la sanction de la dissolution judiciaire même si ses capitaux propres demeurent inférieurs à la moitié du capital social. Pour cela, la société doit réduire son capital social en dessous d'un seuil fixé par un décret en Conseil d'État (sauf si son capital social est déjà en deçà de ce seuil). Dans l'étude d'impact, le Gouvernement précise que ce seuil doit « *dépendre de la taille de la société, et notamment celle de son bilan* ».

Dit plus simplement et autrement, le présent article n'autorise pas les SARL et sociétés par actions ayant des capitaux propres durablement inférieurs à la moitié du capital social à disposer d'un capital social supérieur à un montant fixé par un décret en Conseil d'État. Le dispositif proposé a donc pour effet de renforcer la crédibilité du capital social et la valeur de l'information qu'il représente.

Le présent article a aussi pour effet d'écarter, pour toutes les SARL et sociétés par actions disposant d'un capital social inférieur à un montant fixé par décret en Conseil d'État, la sanction de dissolution judiciaire pour insuffisance de capitaux propres. Pour ces dernières, il subsiste une simple incitation à reconstituer leurs fonds propres, puisque l'assemblée générale devra toujours se prononcer sur la dissolution ou la poursuite de l'activité.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

*

* *

Article 11

(articles L. 2141-1, L. 2651-1, L. 2661-1, L. 2671-1, L. 2681-1, L. 3123-1, L. 3351-1, L. 3361-1, L. 3371-1 et L. 3381-1 du code de commerce)

Extension du mécanisme d’auto-apurement pour les opérateurs économiques sujets à une exclusion des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article étend le mécanisme d’auto-apurement permettant à un opérateur économique qui prend des mesures correctrices de ne pas être exclu de la procédure de passation de marchés publics ou de contrats de concessions, malgré sa condamnation définitive pour certains faits. Il met ainsi le droit interne en conformité avec les dispositions des directives 2014/23/UE et 2014/24/UE du 26 février 2014, portant respectivement sur l’attribution de contrats de concession et la passation des marchés publics.

➤ **Dernières modifications intervenues**

Depuis le 1^{er} avril 2019 et l’entrée en vigueur du code de la commande publique (CCP), les motifs d’exclusion de la procédure de passation sont codifiés aux article L. 2141-1 et suivants pour les marchés publics et aux articles L. 3123-1 et suivants pour les contrats de concession.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a prévu que les mesures correctrices prises par l’opérateur économique devaient faire l’objet d’une évaluation par l’acheteur public ou l’autorité concédante, en tenant compte « *de la gravité de l’infraction commise* ».

I. L’ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

Deux directives européennes du 26 février 2014 régissent le cadre juridique que doivent appliquer les États membres en matière de **passation des marchés publics** et d’attribution des **contrats de concession** :

- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, désignée ci-après « *directive marchés publics* » ;
- et la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil sur l’attribution des contrats de concession, ci-après « *directive concessions* ».

Dans un but de moralisation de la vie des affaires, ces deux directives ont prévu différents **motifs d'exclusion** des opérateurs économiques des procédures d'attribution des marchés publics et des contrats de concession.

Parmi ces motifs, figure la **condamnation définitive de l'opérateur économique pour certains faits**, tels que la participation à une organisation criminelle, la corruption, le blanchiment de capitaux, le terrorisme, le travail des enfants, la traite d'êtres humains, ou la fraude fiscale (article 38 de la « *directive concessions* » et article 57 de la « *directive marchés publics* »).

L'obligation d'exclure un opérateur économique de la procédure de passation s'applique aussi lorsque la personne condamnée par un jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Les deux directives prévoient que ces motifs d'exclusion obligatoire peuvent être complétés par les États membres par d'autres motifs facultatifs comme les « *fautes professionnelles graves* » remettant en cause « *l'intégrité* » de l'opérateur économique.

Elles prévoient également un **mécanisme dit « d'auto-apurement »** (« *self-cleaning* » en anglais) qui permet à l'opérateur économique d'échapper au motif d'exclusion s'il a pris des **mesures correctrices**. Ce mécanisme d'auto-apurement n'est ouvert que si le jugement de condamnation n'a pas prononcé expressément une peine d'interdiction de soumissionner.

Sous cette réserve, il est prévu que l'opérateur économique « *peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion* » résultant d'une condamnation définitive. Si ces preuves sont jugées suffisantes, « *l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure* » (article 38, paragraphe 9, de la « *directive concessions* » et article 57, paragraphe 6, de la « *directive marchés publics* »).

Dans un **arrêt du 11 juin 2020**, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a dit pour droit qu'une réglementation nationale qui n'accorde pas à un opérateur économique la possibilité d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité n'était pas conforme à la « *directive concessions* ».

B. DROIT INTERNE

Les directives « *marchés publics* » et « *concessions* » précitées ont été **transposées en droit interne** par l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et par l'article 39 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

S'agissant des motifs d'exclusion, la transposition française **a distingué entre les faits graves et les faits moins graves**. Depuis le 1^{er} avril 2019 et l'entrée en vigueur du code de la commande publique (CCP), l'exclusion de la procédure de passation pour faits graves est codifiée à l'article L. 2141-1 pour les marchés publics et à l'article L. 3123-1 pour les contrats de concession (pour les faits les moins graves, l'exclusion est prévue aux articles L. 2141-4 et L. 3123-4 du CCP et visent essentiellement des infractions au droit du travail).

La principale différence de régime entre les faits graves et les faits moins graves en droit interne est l'absence de transposition du mécanisme d'auto-apurement pour les premiers, contrairement aux seconds. Par ailleurs, outre la mise en œuvre possible de l'auto-apurement, il est prévu, pour les faits les moins graves, que le motif d'exclusion ne s'applique pas « *en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale* » (articles L. 2141-4 et L. 3123-4 du CCP).

Le motif d'exclusion pour faits graves s'applique pour une **vingtaine d'infractions** (trafic de stupéfiants, traite des êtres humaines, escroquerie, abus de confiance, blanchiment, terrorisme, concussion, corruption, prise illégale d'intérêts par une personne exerçant une fonction publique, atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les concessions, soustraction et détournement de biens par une personne exerçant une fonction publique, trafic d'influence, entraves à l'exercice de la justice, faux et usage de faux, participation à une association de malfaiteurs, fraude fiscale, entrave aux agents de l'administration fiscale, organisation d'un refus collectif de l'impôt).

La condamnation définitive entraîne, sans que le jugement ait besoin de le mentionner, l'interdiction, pour l'opérateur économique concerné, de soumissionner à toute procédure de passation des marchés publics et des contrats de concession **pendant une durée de 5 ans**.

Il s'agit d'une **exclusion de plein droit**. L'acheteur ou l'autorité concédante ne fait que constater la cause d'exclusion et ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation.

En pratique, l'opérateur économique doit fournir une attestation sur l'honneur lorsqu'il candidate, ainsi qu'un extrait de casier judiciaire s'il a été retenu à l'issue de la procédure de passation (en application des articles R. 2144-1 et suivants du CCP).

En raison de l'absence de mécanisme d'auto-apurement, le Conseil d'État a jugé que l'article L. 3123-1 du CCP méconnaissait la « *directive concessions* » (**arrêt « Vert Marine » du 12 octobre 2020**).

Cette jurisprudence est transposable à l'article L. 2141-1 du CCP pour les marchés publics, sa rédaction étant identique à celle de l'article L. 3123-1 du même code pour les contrats de concession, et omettant de ce fait tout mécanisme d'auto-apurement.

Il s'ensuit, conformément au principe de primauté du droit européen, que les acheteurs publics et les autorités concédantes sont, en théorie, tenues d'examiner les mesures correctrices présentées par les opérateurs économiques dans le cadre du mécanisme d'auto-apurement, même si le CCP n'en prévoit pas.

Article L. 2141-1 du CCP

« Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne.

« La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

« Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation. »

Article L. 3123-1 du CCP

« Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne.

« La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

« L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation. »

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article **étend aux faits graves** (mentionnés aux articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du CCP) **les exceptions à l'exclusion automatique des marchés**

publics et contrats de concessions prévues pour les faits les moins graves (mentionnés aux articles L. 2141-4 et L. 3123-4 du CCP).

Dans son avis, le Conseil d'État a estimé que « *les dispositions proposées sont de nature à mettre le droit de la commande publique en conformité, sur cette question, avec les exigences des directives 2014/23/UE et 2014/24/UE du 26 février 2014 relatives respectivement à l'attribution de contrats de concession et à la passation des marchés publics* ». Il en a conclu que ces dispositions n'appelaient aucune observation de sa part.

L'étude d'impact mentionne également que le Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) s'est prononcé favorablement dans un avis du 3 novembre 2022.

A. UNE EXTENSION DU MÉCANISME D'AUTO-APUREMENT PRÉVU PAR LES DIRECTIVES MARCHÉS PUBLICS ET CONCESSIONS

Le présent article **étend aux faits graves le mécanisme d'auto-apurement** prévu pour les faits les moins graves. Il corrige ainsi un défaut de transposition des directives européennes précitées, en permettant à un opérateur économique qui a adopté des mesures correctrices d'échapper aux interdictions de soumissionner en cas de condamnation définitive.

Pour ce faire, il complète les articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du CCP par l'insertion d'un nouvel alinéa, dont la rédaction est identique à celle qui a été retenue aux articles L. 2141-4 et L. 3123-4 pour les faits les moins graves.

Ainsi, l'alinéa ajouté prévoit que :

« Cette exclusion n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ».

Autrement dit, et conformément aux deux directives précitées, l'auto-apurement est subordonné :

– à **l'absence de condamnation à la peine complémentaire d'exclusion des marchés publics** ; ce faisant, le dispositif proposé respecte le principe de séparation des pouvoirs, puisque le mécanisme d'auto-apurement demeure impossible à mettre en œuvre si le pouvoir judiciaire a prononcé une sanction pénale d'exclusion des marchés publics ;

– et à la mise en œuvre de **mesures correctrices cumulatives** (régularisation de la situation, règlement des amendes et indemnités dues, collaboration active avec les enquêteurs, et mesures concrètes de nature à éviter la réitération des faits).

Comme indiqué dans l'étude d'impact :

« Un acheteur ou une autorité concédante, qui constate qu'un opérateur économique présentant une candidature à une procédure d'attribution d'un marché public ou d'un contrat de concession a fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions mentionnées aux articles L. 2141-1 ou L. 3123-1 du CCP, devra, avant d'exclure cet opérateur économique de la procédure, lui permettre d'apporter des preuves permettant d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré cette condamnation ».

De ce fait, le dispositif proposé est susceptible d'avoir un **impact, en termes de charge administrative, sur les collectivités territoriales et les services de l'État**. Cependant, la contrainte devrait être modérée. Selon les indications de l'étude d'impact, la mesure ne concernerait que *« très peu de procédures »*, car elle est *« limitée aux rares cas dans lesquels un candidat aurait été condamné pour des faits graves »*.

En pratique, en cas de condamnation pour l'un des faits graves précités, l'autorité administrative devra prendre une décision pour apprécier si les mesures correctrices sont suffisantes. Au cours des auditions de votre Rapporteur, des précisions ont été apportées par la direction des affaires juridiques (DAJ) relevant du ministère de l'économie et des finances sur le régime juridique de cette décision. Dans certains cas, cette décision nécessitera une nouvelle réunion de la commission d'appel d'offre. Des recours seront possibles et seront ouverts tant à l'opérateur économique, si les mesures correctrices qu'il a présentées sont jugées insuffisantes, qu'aux tiers non retenus à l'issue de la procédure, si les mesures correctrices présentées par leurs concurrents ont été jugées, à l'inverse, suffisantes.

B. UNE EXTENSION DE LA DISPENSE D'EXCLUSION DES MARCHÉS PUBLICS ET CONTRATS DE CONCESSION EN CAS DE CONDAMNATION À DU SURSIS, D'AJOURNEMENT OU DE RELÈVEMENT DE LA PEINE

Le présent article étend aux faits graves la dispense d'exclusion prévue pour les faits les moins graves en cas de condamnation à du sursis, d'ajournement ou de relèvement de la peine.

Pour ce faire, il complète les articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du CCP par l'insertion d'un second alinéa, dont la rédaction est identique à celle qui a été retenue aux articles L. 2141-4 et L. 3123-4 pour les faits les moins graves.

Le second alinéa ajouté par le présent article prévoit que :

« Cette exclusion n'est pas non plus applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale ».

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté cet article **modifié par un amendement**, présenté par le rapporteur pour avis, qui a été adopté lors de l'examen du texte en commission. Le Gouvernement a tenté, lors de l'examen du texte en séance, de revenir sur cette modification en présentant un amendement concurrent, mais celui-ci a été rejeté.

La modification opérée par le Sénat a consisté à ajouter, dans les deux articles du CCP concernés, le principe selon lequel les mesures correctrices prises par l'opérateur économique **doivent faire l'objet d'une évaluation qui tient compte « de la gravité de l'infraction commise »**. Cette évaluation incombe à l'acheteur public ou l'autorité concédante.

Ce faisant, le Sénat a entendu encadrer davantage le mécanisme d'auto-apurement issu du dispositif proposé par le Gouvernement.

L'objectif recherché par le Sénat est de **maintenir le caractère dissuasif** du principe d'exclusion pour faits graves des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession.

Dans l'exposé sommaire de l'amendement adopté en commission, le rapporteur pour avis a fait valoir, au soutien de sa position, que **les directives conditionnaient le mécanisme d'auto-apurement à une évaluation** en fonction de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute commise. Selon le rapporteur pour avis, il résulte des termes des deux directives que cette évaluation, qui doit porter sur les « *mesures concrètes* » de nature à « *prévenir* » la réitération des faits, peut aboutir au constat de l'insuffisance de ces mesures, à condition que celui-ci soit motivé et que la décision afférente soit transmise à l'opérateur économique concerné.

Lors de l'examen du projet de loi en séance, le Gouvernement a présenté un amendement concurrent, dont l'exposé sommaire mentionnait que l'ajout du Sénat « *n'apparaît pas nécessaire et emporterait plusieurs difficultés juridiques* ».

En premier lieu, le Gouvernement a souligné, dans l'exposé sommaire de son amendement, que l'évaluation des mesures correctrices prises par l'opérateur économique était **implicite** dans le dispositif qu'il a proposé. Selon le Gouvernement, « *les acheteurs et les autorités concédantes, lorsqu'ils apprécient si les preuves apportées par le candidat se prévalant du dispositif de l'« auto-*

apurement » sont suffisantes, doivent le faire au regard tant de la gravité de l'infraction ou de la faute que des circonstances de leur commission ».

En second lieu, le Gouvernement a souligné, lors des débats en séance, le caractère **incomplet** du mécanisme d'évaluation voulu par le Sénat, en ce qu'il porte uniquement sur la gravité de l'infraction ou de la faute commise, **sans prendre en compte les circonstances particulières** de la commission des faits.

Or, l'article 38, paragraphe 9, alinéa 2 de la « *directive concessions* » et l'article 57, paragraphe 6, alinéa 3 de la « *directive marchés publics* » prévoient que les « *circonstances particulières* » d'une telle infraction ou faute commise par l'opérateur économique doivent aussi être examinées.

*

* *

Article 17

(Article L. 115-7 [nouveau] du code général de la fonction publique)

Information des agents publics sur les règles essentielles relatives à leurs fonctions

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article crée un droit à l'information en faveur des agents publics relevant du code général de la fonction publique qui porte sur les règles essentielles relatives à l'exercice des fonctions de ces agents. Il transpose ainsi en droit interne une disposition prévue par l'article 4 de la directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

La directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne est entrée en vigueur le 31 juillet 2019 et devait être transposée par les États membres avant le 1^{er} août 2022.

Elle est applicable à l'ensemble des travailleurs européens, y compris les agents publics.

Son article 4, paragraphe 1, prévoit que les « *États membres veillent à ce que les employeurs soient tenus d'informer les travailleurs des éléments essentiels de la relation de travail* ». Le paragraphe 2 détaille le contenu des informations qui doivent être délivrées. Il est ainsi prévu que les travailleurs doivent recevoir une quinzaine d'informations dans un délai de sept à trente jours à compter du début de la relation de travail ou de toute évolution, et portant sur :

- l'identité des parties à la relation de travail ;
- le lieu de travail (à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe selon lequel le travailleur est employé à divers endroits ou est libre de déterminer son lieu de travail, ainsi que le siège de l'entreprise ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur) ;
- le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi pour lesquels ils sont employés, ou bien la caractérisation ou la description sommaires de leur travail ;
- la date de début de la relation de travail ;
- dans le cas d'une relation de travail à durée déterminée, la date de fin ou la durée prévue de cette relation de travail ;
- dans le cas des travailleurs intérimaires, l'identité des entreprises utilisatrices, lorsqu'elle est connue et aussitôt qu'elle l'est ;
- la durée et les conditions de la période d'essai, le cas échéant ;
- le droit à la formation octroyé par l'employeur, le cas échéant ;
- la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé ;
- en cas de cessation de leur relation de travail, la procédure à observer par l'employeur et le travailleur, y compris les conditions de forme et les délais de préavis, ou, si la durée des délais de préavis ne peut être indiquée au moment de la délivrance de l'information, les modalités de détermination de ces délais de préavis ;
- la rémunération, y compris le montant de base initial, tous les autres éléments constitutifs, le cas échéant, indiqués séparément, ainsi que la périodicité et la méthode de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit ;
- si le rythme de travail est entièrement ou majoritairement prévisible, la durée de la journée ou semaine de travail normale du travailleur et toute modalité

concernant les heures supplémentaires et leur rémunération ainsi que, le cas échéant, toute modalité concernant les changements d'équipe ;

– si le rythme de travail est entièrement ou majoritairement imprévisible, le principe selon lequel l'horaire de travail est variable, nombre d'heures rémunérées garanties et la rémunération du travail effectué au-delà de ces heures garanties, heures et jours de référence durant lesquels le travailleur peut être appelé à travailler et délai de prévenance minimal auquel le travailleur a droit avant le début d'une tâche et, le cas échéant, le délai d'annulation de cette tâche ;

– toutes les conventions collectives régissant les conditions de travail du travailleur ou, s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, le nom de ces organes ou institutions au sein desquels elles ont été conclues ;

– et lorsque cela incombe à l'employeur, l'identité du ou des organismes de sécurité sociale percevant les cotisations sociales liées à la relation de travail et toute protection en matière de sécurité sociale fournie par l'employeur.

Le paragraphe 3 de l'article précité dispose que ces informations peuvent résulter d'une référence à des dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires.

B. DROIT INTERNE

Il n'existe **pas de droit général à l'information des agents publics relevant du code général de la fonction publique sur leurs conditions de travail**. Pour autant, de manière indirecte, les agents publics disposent d'ores et déjà d'un large accès à diverses sources d'informations en la matière.

Les agents publics sont informés sur leurs conditions de travail par des modalités différentes selon qu'ils ont la qualité de fonctionnaire ou qu'ils ont été recrutés par un contrat de droit public (agents contractuels).

La situation des fonctionnaires n'est pas régie par un contrat mais par un statut déterminé par la loi et le règlement. De ce fait, l'employeur public n'est pas tenu de leur délivrer une information individuelle sur les règles collectives générales qui régissent leurs conditions de travail. Ces règles font l'objet de divers types de publication selon le niveau de normes qui les définissent (publication au Journal officiel de la République française ou dans des bulletins officiels ministériels), voire par voie d'affichage, dans le respect des règles prévues par les articles L. 221-2 à L. 221-6 du code des relations entre le public et l'administration. Les actes individuels affectant la carrière des fonctionnaires c'est-à-dire, les actes de nomination, d'affectation et de prise en charge - sont quant à eux notifiés par écrit aux intéressés.

Les agents contractuels sont informés, pour l'essentiel, *via* le contrat qu'ils ont conclu avec l'employeur public. Ce contrat doit fixer notamment les conditions d'emploi, la rémunération, les droits et obligations des agents. Le contenu du contrat est régi par plusieurs décrets pour les agents de l'État (décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État), les agents de la fonction publique territoriale (décret n° 88-145 du 15 février 1988 relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale) et les agents de la fonction publique hospitalière (décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière).

Il s'ensuit que, pour l'essentiel, le droit interne est déjà conforme au droit européen.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article vise à créer, dans le code général de la fonction publique, un droit pour les agents publics d'être informés des informations essentielles relatives à l'exercice de leurs fonctions.

Pour ce faire, il ajoute dans le code général de la fonction publique un article L. 115-7 qui prévoit :

« L'agent public reçoit de son employeur communication des informations et règles essentielles relatives à l'exercice de ses fonctions ».

Il n'est pas prévu de renvoi à un acte réglementaire dans la mesure où l'article L. 9 du code général de la fonction publique dispose que *« sauf dispositions contraires, les modalités d'application du présent code sont déterminées par décret en Conseil d'État »*. Il s'ensuit que la mise en œuvre du droit à l'information devra faire l'objet de décrets en Conseil d'État sans qu'il soit nécessaire de le préciser.

Dans son avis, le Conseil d'État a souligné qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire *« de fixer la liste de ces informations et règles essentielles ainsi que les modalités de leur communication »*. Il a ajouté que s'agissant des agents déjà en fonction au 1^{er} août 2022, date d'entrée en vigueur de la directive, le décret *« pourra préciser, comme le permet l'article 21 de cette directive, qu'il leur faudra, pour faire valoir ce droit à l'information sur les conditions d'exercice de leurs fonctions, présenter une demande à leur employeur »*.

Votre Rapporteur a obtenu auprès de la Direction Générale de l'Administration et de la Fonction Publique (DGAPF) des informations sur le contenu du décret en Conseil d'État et de l'arrêté qui devraient être pris, étant précisé que ces textes pourraient être communs à la fonction publique et aux praticiens hospitaliers relevant du code de la santé publique. Le décret en Conseil d'État devrait prévoir que les informations seront communiquées sous la forme d'un

document écrit remis aux agents publics lors de leur recrutement, pour celles qui ne figurent pas dans les arrêtés individuels (fonctionnaires) ou les contrats de travail (contractuels). Il devrait également prévoir la possibilité pour l'agent public, en cas de non remise du document d'information, de formuler une demande auprès de son administration afin de l'obtenir. Un délai court de réponse devrait être imparti à l'administration pour répondre à la demande de l'agent. En cas de refus ou en l'absence de réponse de l'employeur dans le délai imparti (valant décision implicite de rejet), l'agent pourra contester cette décision devant la juridiction administrative.

En résumé, le droit à l'information permettra aux agents publics de mieux connaître les règles encadrant l'exercice de leurs fonctions. Ils recevront en effet une information individualisée et directe plus facile d'accès.

L'étude d'impact précise que les dispositions envisagées ont été soumises au Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) qui s'est prononcé favorablement le 3 novembre 2022.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

*

* *

Article 18

(article L. 6152-4 du code de la santé publique)

Information des praticiens hospitaliers sur les règles essentielles relatives à leurs fonctions

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article crée un droit à l'information en faveur des praticiens hospitaliers concernant les règles essentielles relatives à l'exercice de leurs fonctions. Il transpose ainsi en droit interne une disposition prévue par l'article 4 de la directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté cet article modifié par diverses corrections légistiques.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

Le présent article vise à la mise en œuvre de l'article 4 de la directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne. Cet article prévoit que les « *États membres veillent à ce que les employeurs soient tenus d'informer les travailleurs des éléments essentiels de la relation de travail* ».

Le droit général à l'information sur les conditions de travail prévu par le droit européen s'applique à l'ensemble des travailleurs, y compris les agents publics, ce qui inclut nécessairement les praticiens hospitaliers visés, en droit interne, dans le code de la santé publique.

Pour le détail du contenu du droit général à l'information, il est renvoyé au commentaire de l'article précédent (article 17).

B. DROIT INTERNE

Les praticiens hospitaliers (PH) des établissements publics de santé (EPS) et des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) sont des agents publics mais ne sont pas des fonctionnaires.

Leur statut se divise en deux grandes catégories, toutes deux régies par le code de la santé publique :

– les PH exerçant à titre permanent qui sont, pour l'essentiel, recrutés par la voie d'un concours national annuel et titularisés à l'issue d'une année de stage ; ils sont soumis à un statut *sui generis* ;

– et les PH exerçant à titre temporaire dont les PH contractuels (PHC), les assistants des hôpitaux, les assistants associés, et les praticiens attachés ou associés.

Selon l'étude d'impact, au 1^{er} janvier 2022, les PH exerçant à titre permanent (sous statut) étaient au nombre de 45 475. Le nombre de PH sous contrat est plus délicat à déterminer car il n'existe pas de remontées statistiques. Il est estimé dans l'étude d'impact à 33 500.

L'article L. 6152-4 du code de la santé publique rend applicable aux PH certaines dispositions du statut général des fonctionnaires (articles 11, 25 *septies* et 25 *octies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) et du statut de la fonction publique hospitalière (article 78-1 la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière).

Il s'agit de dispositions portant sur la protection fonctionnelle des fonctionnaires, les règles relatives à leur cumul d'activités, la déontologie et l'intéressement collectif. L'application de ces dispositions aux PH se justifie par le fait que ces derniers – qu'ils soient titulaires ou sous contrat - participent au service public hospitalier.

Il faut noter toutefois que les références législatives auxquelles renvoient l'article L. 6152-4 du code de la santé publique sont abrogées depuis le 1^{er} mars 2022 du fait de l'entrée en vigueur du code général de la fonction publique. La rédaction actuelle de l'article précité n'est donc pas à jour puisque les dispositions auxquelles il renvoie sont aujourd'hui codifiées.

L'article L. 6152-4 du code de la santé publique rend également applicable aux PH des dispositions du code de la recherche leur permettant de participer à la création d'entreprises ou à des entreprises existantes. Il leur permet aussi d'exercer une activité privée lucrative lorsque leur quotité de travail dans l'établissement est inférieure à 90 %, ou encore de participer à la réalisation d'expertises ordonnées par un magistrat.

Les PH bénéficiaires de ces dispositions sont visés aux 1^o, 2^o et 4^o de l'article L. 6152-1 du même code.

Il s'agit de personnels médicaux des établissements publics de santé (EPS) ou des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) qui ne sont pas régis par le code général de la fonction publique.

En d'autres termes, il s'agit :

– de médecins, odontologues et pharmaciens qui consacrent tout ou partie de leur activité à ces établissements ou qui sont recrutés par contrat dans des conditions déterminées par voie réglementaire ;

– ou encore de praticiens associés, exerçant sous la responsabilité directe d'un médecin, d'un odontologue ou d'un pharmacien et qui participent à l'activité de médecine, d'odontologie ou de pharmacie, et dont le statut est établi par voie réglementaire.

Article L. 6152-4 du code de la santé publique

« I. -Sont applicables aux personnels mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 6152-1 :

« 1° Les articles 11, 25 septies et 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

« 2° Les articles L. 531-1 à L. 531-16 du code de la recherche.

« Par dérogation au 1°, les personnels mentionnés au 1° et au 2° de l'article L. 6152-1 dont la quotité de travail est inférieure ou égale à 90 % des obligations de service d'un praticien exerçant à temps plein peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative. La dérogation fait l'objet d'une déclaration au directeur de l'établissement dont l'intéressé relève pour l'exercice de ses fonctions. Les conditions d'application du présent alinéa sont fixées par voie réglementaire.

« II. -Les dispositions portant application de l'article 25 septies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée aux personnels mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 6152-1 du présent code prévoient les conditions dans lesquelles ces personnels peuvent consacrer une partie de leur temps de service à la réalisation d'expertises ordonnées par un magistrat en application du code de procédure pénale.

« III. - Les personnels mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 6152-1 ont droit à un congé avec traitement pour accomplir une période d'activité dans la réserve opérationnelle pour une durée inférieure ou égale à trente jours cumulés par année civile.

« IV.- L'article 78-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière est applicable aux personnels mentionnés à l'article L. 6152-1 du présent code. »

L'information des PH sur leurs conditions de travail dépend de leur modalité de recrutement.

Pour les PH sous contrat, l'article R. 6152-343 du code de la santé publique énumère les éléments qui doivent figurer dans le contrat de travail.

Pour les PH sous statut, leur recrutement s'effectue par la publication d'un profil de poste prévu aux articles R. 6152-4 et R. 6152-6 du code de la santé publique. Ce dernier article renvoie la description du contenu de ce profil de poste à un arrêté (arrêté du 5 février 2022 fixant les modalités de publication des vacances de poste et les caractéristiques du profil de poste de praticien hospitalier).

Du fait de ces dispositions réglementaires, le droit interne répond d'ores et déjà, pour une large part, aux exigences de la directive précitée en matière de droit à l'information.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. CRÉATION D'UN DROIT GÉNÉRAL À L'INFORMATION SUR LEURS CONDITIONS DE TRAVAIL EN FAVEUR DES PRATICIENS HOSPITALIERS

Le présent article étend aux praticiens hospitaliers le droit général à l'information prévu à l'article 17 du présent projet de loi en faveur des agents publics relevant du code général de la fonction publique (CGFP).

Pour ce faire, il modifie l'article L. 6152-4 du code de la santé publique pour y ajouter une référence à l'article L. 115-7 du code général de la fonction publique (article créé par l'article 17 du présent projet de loi).

L'étude d'impact mentionne que le Conseil supérieur des personnels médicaux, odontologistes et pharmaceutiques a été saisi pour avis du dispositif proposé et s'est prononcé favorablement le 7 novembre 2022.

Dans son avis, le Conseil d'État a souligné qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire *« de fixer la liste de ces informations et règles essentielles ainsi que les modalités de leur communication »*. Il a ajouté que s'agissant des agents déjà en fonction au 1^{er} août 2022, date d'entrée en vigueur de la directive, le décret *« pourra préciser, comme le permet l'article 21 de cette directive, qu'il leur faudra, pour faire valoir ce droit à l'information sur les conditions d'exercice de leurs fonctions, présenter une demande à leur employeur »*.

Selon les renseignements recueillis par votre Rapporteuse au cours de ses travaux, le contenu et les modalités de ce droit à l'information seront précisés par un décret en Conseil d'État et un arrêté, qui pourraient être communs aux agents relevant du CGFP et aux praticiens hospitaliers.

B. MISE À JOUR DES RÉFÉRENCES LÉGISLATIVES APPLICABLES AUX PRATICIENS HOSPITALIERS

Le présent article actualise également les renvois aux lois statutaires de la fonction publique présents à l'article L. 6152-4 du code de la santé publique, en remplaçant les références à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et à la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière par les références aux dispositions codifiées dans le code général de la fonction publique, entré en vigueur le 1^{er} mars 2022.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES LE SÉNAT

Le Sénat a adopté cet article modifié par deux amendements ayant apporté des corrections légistiques.

Le premier amendement, adopté par la commission à l'initiative du rapporteur pour avis, a procédé à diverses actualisations dans plusieurs articles du code de la santé publique pour tenir compte de l'entrée en vigueur du code général de la fonction publique.

Le second amendement, adopté en séance avec un double avis favorable de la commission et du Gouvernement, a corrigé une mention légistique.

*

* *

Article 25

(article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles)

Actualisation des fondements juridiques européens des demandes de coopération des services de l'aide sociale à l'enfance

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article actualise les références au droit européen permettant la coopération internationale en matière de protection de l'enfance. Pour ce faire, il ajoute au dernier alinéa de l'article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles les références aux articles 79 à 82 du règlement dit « *Bruxelles II bis refonte* » (règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants).

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

Le règlement (CE) 2201/2003 du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit règlement « *Bruxelles II bis* ») a été élaboré principalement dans le but d'aider les couples internationaux à résoudre les litiges transnationaux liés au divorce et à la garde des enfants.

Il traite, à ce titre, des décisions en matière de « *responsabilité parentale* », ce qui inclut au sens du droit européen les dispositions relatives au placement d'un

enfant et à la protection de l'enfance. Il organise les modalités de coopération entre États membres en la matière.

L'article 55 du règlement « *Bruxelles II bis* » précise le rôle des autorités centrales désignées dans chaque État membre pour mettre en œuvre cette coopération. L'article 56 organise le régime de placement de l'enfant dans un autre État membre que celui dans lequel réside habituellement l'enfant. Il prévoit une consultation préalable de l'autorité centrale de l'État de destination si l'intervention d'une autorité publique y est prévue pour ce type de placement. La décision de placement ne peut alors être prise qu'avec l'accord de l'État requis.

Le règlement « *Bruxelles II bis* » a fait l'objet d'une refonte par le règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (dit règlement « *Bruxelles II bis refonte* »).

Le règlement « *Bruxelles II bis refonte* » est entré en application le 1^{er} août 2022. Toutefois, par application de l'article 100 du règlement précité, le règlement « *Bruxelles II bis* » continue de s'appliquer aux procédures antérieures au 1^{er} août 2022 et relevant du domaine de la responsabilité parentale.

Les règles nouvelles à la coopération en matière de responsabilité parentale sont définies par le chapitre V du règlement « *Bruxelles II bis refonte* », et en particulier les articles 79 à 82. Elles diffèrent très peu de celles qui résultaient du règlement « *Bruxelles II bis* ».

L'article 79 précise les missions qui incombent aux autorités centrales requises en y ajoutant notamment l'aide à la localisation d'un enfant situé dans l'État membre requis. L'article 80 précise les modalités de collecte et d'échange d'informations dans le cadre d'une demande de coopération. L'article 81 prévoit une assistance dans la mise en œuvre des décisions en matière de responsabilité parentale lorsqu'elles ont été rendues dans un autre État membre. L'article 82 traite du placement d'un enfant dans un autre État membre en prévoyant explicitement une approbation préalable de l'autorité compétente de l'autre État membre.

Le règlement prévoit enfin, à l'article 97, les modalités de coordination avec les dispositions de la convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

B. DROIT INTERNE

En droit interne, le principe de la transmission d'informations matière de protection de l'enfance est prévu par l'article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles.

Les quatre premiers alinéas permettent la transmission d'informations entre présidents de conseils départementaux, en particulier lorsque les familles et mineurs concernés ont changé de domicile.

Le dernier alinéa porte plus spécifiquement sur la transmission d'informations dans le cadre de la coopération internationale. Il a été introduit par l'article 8 de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

Outre la convention de la Haye du 19 octobre 1996, il vise explicitement les articles 55 et 56 du règlement (CE) 2201/2003 du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit « *Bruxelles II bis* »).

Il permet ainsi la coopération européenne et internationale des services de l'aide sociale à l'enfance départementaux par l'intermédiaire du ministère de la justice en sa qualité d'autorité centrale. Sur ce fondement, les services de l'aide sociale à l'enfance des conseils départementaux peuvent être sollicités aux fins d'établir des rapports sur la situation de mineurs se trouvant dans leur ressort, ou encore d'évaluer les capacités d'accueil et d'hébergement des personnes auprès desquelles le placement de mineurs est envisagé par une juridiction ou une autorité compétente étrangère.

Selon l'étude d'impact, en 2021, le département de l'entraide, du droit international privé et européen (service de la Direction des affaires civiles et du sceau) a été saisi de 239 demandes de coopération en matière de responsabilité parentale (sur un total de 442 demandes traitées en la matière).

Article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles

« Lorsqu'une famille bénéficiaire d'une prestation d'aide sociale à l'enfance, hors aide financière, ou d'une mesure judiciaire de protection de l'enfance change de département à l'occasion d'un changement de domicile, le président du conseil départemental du département d'origine en informe le président du conseil départemental du département d'accueil et lui transmet, pour l'accomplissement de ses missions, les informations relatives au mineur et à la famille concernés.

« Il en va de même lorsque la famille est concernée par une information préoccupante en cours de traitement ou d'évaluation.

« Pour l'accomplissement de sa mission de protection de l'enfance, le président du conseil départemental peut demander au président du conseil départemental d'un autre département des renseignements relatifs à un mineur et à sa famille quand ce mineur a fait l'objet par le passé, au titre de la protection de l'enfance, d'une information préoccupante, d'un signalement ou d'une prise en charge dans cet autre département. Le président du conseil départemental ainsi saisi transmet les informations demandées.

« Les modalités de cette transmission d'informations sont définies par décret en Conseil d'Etat, après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

« Le service de l'aide sociale à l'enfance répond dans les meilleurs délais aux demandes de coopération transmises par une autorité centrale ou une autre autorité compétente, fondées sur les articles 55 et 56 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 et les articles 31 à 37 de la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, signée à la Haye le 19 octobre 1996. »

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article ajoute au dernier alinéa de l'article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles les références aux articles 79 à 82 du règlement dit « *Bruxelles II bis refonte* » (règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants). Autrement dit, il vise à actualiser les références au droit européen dans la législation de droit interne.

Le présent article ne supprime pas, en revanche, les références au règlement « *Bruxelles II bis* ». Le maintien de ces références se justifie par le fait que le règlement « *Bruxelles II bis* » continue de s'appliquer aux décisions, actes et accords antérieurs au 1^{er} août 2022 et relevant du domaine de la responsabilité parentale.

Dans son avis, le Conseil d'État n'a formulé aucune observation particulière.

Les règles issues du règlement « *Bruxelles II bis refonte* » étant sensiblement les mêmes que celles prévues par le règlement « *Bruxelles II bis* » concernant la coopération en matière de responsabilité parentale, le dispositif proposé ne devrait avoir, selon l'étude d'impact, aucune incidence sur l'activité des services de l'aide sociale à l'enfance.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté cet article sans modification.