

Projet de loi (n° 2041), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole

Document faisant état de l'avancement des travaux de
M. Ludovic Mendes, rapporteur

13 mars 2024

EXAMEN DES ARTICLES

Article 4

(articles L. 225-124, L. 236-20, L. 236-21, L. 236-22, L. 236-28 à L. 236-31, L. 236-35, L. 236-36, L. 236-38, L. 236-40, L. 236-48, L. 236-50, L. 236-52 et L. 950-1 du code de commerce, et L. 2371-1 et L. 2372-1 du code du travail)

Ratification de l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales et diverses améliorations de ce même régime

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article ratifie l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales et diverses améliorations de ce même régime. Il complète cette ordonnance par des modifications formelles du code de commerce.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

La directive 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux (codifiée ensuite par la directive 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés) a institué la procédure de fusions transfrontalières. Ces fusions permettent aux sociétés de capitaux de l'Union européenne de fusionner avec une ou plusieurs sociétés constituées dans un autre État membre. Cette directive a été transposée dans le code de commerce par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire.

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 sociétés de capitaux a ensuite introduit deux nouvelles procédures aux côtés de celle existante des fusions transfrontalières : l'une permet aux sociétés de transférer leur siège social dans un autre État membre tout en conservant leur personnalité juridique ; l'autre leur permet de se scinder en deux ou plusieurs sociétés immatriculées dans des États membres différents. La directive 2019/2121 harmonise également les procédures applicables avec celle prévue pour les fusions transfrontalières.

L'article 13 de la loi n° 2023-171 du 29 mars 2023 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 a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de trois mois à compter de la promulgation de cette loi, les mesures nécessaires à la transposition de la directive (UE) 2019/2121 précitée, et à harmoniser avec ces mesures certaines des dispositions encadrant les opérations transfrontalières, ainsi qu'à simplifier, compléter et moderniser les régimes des fusions, des scissions, des apports partiels et des transferts de siège des sociétés commerciales prévus au chapitre VI du titre III du livre II du code de commerce.

L'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales est intervenue sur le fondement de cette habilitation. Elle a transposé la directive.

➤ Modifications apportées par le Sénat

La commission spéciale du Sénat a adopté un amendement rédactionnel.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. LE DROIT EUROPÉEN

La directive 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux a été codifiée par la **directive 2017/1132 du 14 juin 2017** relative à certains aspects du droit des sociétés. Elle **réglemente 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.

Cette directive a été **complétée par la directive 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019** en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières de sociétés de capitaux, qui **crée deux nouvelles procédures d'opérations transfrontalières**. La première est la procédure de **transformation transfrontalière**, 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. La seconde est la

procédure de **scission transfrontalière**, qui permet aux sociétés de l'Union européenne de **se scinder en plusieurs sociétés localisées dans d'autres États membres**, la société scindée transmettant son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles), **ou d'effectuer des apports partiels d'actifs transfrontaliers** (la société fait apport d'une partie de son actif et de son passif, à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires).

Ces opérations s'inscrivent **dans le cadre de la liberté d'établissement**, principe fondamental du droit de l'Union européenne, prévu à l'article 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). La directive 2019/2121 institue donc un cadre harmonisé et simplifié pour ces opérations, **tout en conciliant la liberté d'établissement avec la protection des parties prenantes : travailleurs, créanciers et associés**.

La directive 2019/2121 a ainsi prévu un **mécanisme protecteur des créanciers** en maintenant un contrôle de légalité de l'opération avant sa prise d'effet qui vise à s'assurer que l'opération transfrontalière n'est pas réalisée à des fins abusives ou frauduleuses, voire criminelles. Elle renforce également la **protection des travailleurs** en prévoyant leur information et leur consultation, et en garantissant leur droit à participer à l'organe de direction dans le respect des droits et pratiques nationaux. **Les associés** (au moins ceux qui ont voté contre le projet) doivent pouvoir **se retirer de la société**. **Les travailleurs et les associés doivent être informés par un rapport** qui explique et justifie les aspects juridiques et économiques de l'opération transfrontalière envisagée et les implications de celle-ci pour les travailleurs ainsi que pour les activités futures pour la société et ses filiales.

Le délai de transposition de la directive 2019/2121 avait été fixé au 31 janvier 2023.

B. LE DROIT INTERNE

L'article 13 de la loi du 9 mars 2023 ⁽¹⁾ a habilité le Gouvernement à procéder, par ordonnance, à la transposition de la directive 2019/2121. Cette transposition est intervenue avec l'ordonnance du 24 mai 2023 ⁽²⁾ (avec donc quelques mois de retard par rapport au délai fixé par la directive).

1. L'ordonnance du 24 mai 2023 a transposé les opérations transfrontalières en droit interne

Dans leur rédaction issue de cette ordonnance, les dispositions relatives aux opérations transfrontalières sont prévues à la section 4 du chapitre VI du titre III du

(1) *Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 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*

(2) *Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales*

livre II du code de commerce. Cette section distingue la fusion transfrontalière, la scission transfrontalière, l'apport partiel d'actifs transfrontaliers et la transformation transfrontalière. L'ordonnance a aussi institué une procédure commune pour ces opérations transfrontalières, afin de faciliter la réalisation de ces opérations au sein de l'espace européen. Cette procédure prévoit notamment une étape de préparation (rédaction d'un projet commun d'opération, rapport des dirigeants, vérification par une expertise indépendante, etc.). Elle confie aux greffiers des tribunaux de commerce un rôle de contrôle des éventuelles fraudes. Ils délivrent un certificat de conformité lorsqu'il conclut que la fusion transfrontalière respecte toutes les conditions et les procédures vérifiées. Ils pourront s'appuyer sur les autorités fiscales ou sociales.

2. L'ordonnance du 24 mai 2023 a également procédé à certaines modifications des opérations relatives aux sociétés en droit français

Cette ordonnance a aussi visé à simplifier, compléter et moderniser les règles applicables aux fusions, scissions et apports partiels d'actifs en droit national. Elle introduit notamment la « scission partielle » en droit interne. Il s'agit d'un apport partiel d'actif volontairement placé sous le régime de la scission, et qui permet d'attribuer directement les actions perçues en rémunération de l'apport aux associés de la société apporteuse (au lieu de procéder en deux temps, un apport partiel d'actif suivi d'une distribution en nature par la société apporteuse à ses actionnaires). Ce mécanisme est prévu à l'article L. 236-27 du code de commerce. Pour l'application du régime des scissions à cette opération, cet article fait référence à la section comprenant les articles L. 236-18 à L. 236-26. Cependant, il n'est pas renvoyé à l'article L. 225-124, situé dans une autre partie du code de commerce, et qui porte sur le sort des droits de vote doubles ⁽¹⁾ en cas de scission. Cet article dispose qu'une scission est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la société bénéficiaire de la scission. Comme le mentionne l'étude d'impact, l'absence de référence explicite à l'article L. 225-124 s'agissant d'une scission partielle entraîne un doute parmi les praticiens ou la doctrine sur le maintien du droit de vote double dans ce cas, malgré l'application du régime de la scission.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le I du présent article ratifie l'ordonnance précitée.

Le II procède à des modifications essentiellement rédactionnelles dans le code de commerce. Antérieurement à l'ordonnance du 24 mai 2023, le régime applicable aux apports partiels d'actifs était celui des scissions. L'ordonnance a créé des dispositions propres aux apports partiels d'actifs, qui doivent être complétées

(1) En principe, le nombre de voix attachées aux actions ordinaires est obligatoirement proportionnel à la quotité du capital que les actionnaires détiennent. Cependant, ce nombre de voix peut être soit limité, par les statuts, soit augmenté, en attachant aux actions un droit de vote double. Ce droit de vote double peut être attaché à toutes les actions nominatives entièrement libérées et inscrites au nom d'un titulaire depuis au moins 2 ans (article L.225-123) ; il est de droit dans les sociétés cotées.

par certaines précisions pour clarifier ce nouveau régime et maintenir le droit antérieur sur certains points dont l'application a été rendue incertaine par l'ordonnance. Plus précisément, ces modifications sont les suivantes.

Le **1° du II** clarifie la règle selon laquelle l'apport partiel d'actif volontairement placé sous le régime de la scission n'interrompt pas le délai qui permet d'attribuer un droit de vote double (deux ans d'inscription nominative comme actionnaire) et ne fait pas perdre ce droit (article L. 225-124 du code de commerce). Selon l'étude d'impact, *« les entreprises ne seront plus dans le doute et elles n'auront plus besoin de consulter une doctrine mitigée sur la question dès lors qu'une disposition législative le prévoit expressément. Ainsi, les opérations d'apport partiel d'actifs seront sans impact sur les équilibres en matière de droits de vote [...] les actionnaires des sociétés auront la certitude du maintien de leur droit de vote suite aux opérations d'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions. »*

Le **2°** précise que les scissions comportant la participation uniquement de sociétés à responsabilité limitée (SARL) sont soumises aux mêmes règles que celles applicables aux scissions comportant la participation de SARL et de SA (hybrides) et, pour celles qui ne leur sont pas contraires, aux règles applicables aux scissions de sociétés commerciales.

Le **3°** prévoit que l'ensemble de l'article L. 236-9 du code de commerce (qui fixe les modalités de décision de fusion pour les SA ou SARL) est aussi applicable aux scissions réalisées uniquement entre SA.

Le **4°** clarifie que, lors des opérations prévues par l'article L. 236-22, ce sont les deux rapports mentionnés à l'article L. 236-10 qui ne sont pas requis (rapports des commissaires à la fusion ou des commissaires aux apports).

Le **5° du II** supprime l'exigence, lors des opérations mentionnées à l'article L. 236-28, des deux rapports mentionnés à l'article L. 236-10, et non seulement celui prévu au I de cet article (rapport des commissaires à la fusion sur les modalités de la fusion). En outre, il rétablit explicitement la faculté de soumettre au régime simplifié les apports partiels d'actifs entre deux sociétés sœurs détenues en totalité par une même société ⁽¹⁾ (**b du 5°**). Le présent article permet ainsi d'intégrer dans la même procédure d'apport partiel d'actif simplifié les opérations « par le haut » (société mère qui procède à l'apport), « par le bas » (société fille qui procède à l'apport) et « entre sœurs » (apport entre deux filiales détenues en totalité par une société mère), et ceci pour l'ensemble des formes sociales concernées (SA, SARL et opérations hybrides entre les deux formes) ⁽²⁾.

(1) Régime caractérisé par l'absence d'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération et l'absence d'exigence des rapports des commissaires à la fusion ou aux apports.

(2) Cette disposition complète l'unification du régime simplifié des apports partiels d'actifs opérée par l'ordonnance du 24 mai 2023 (auparavant, il existait un régime simplifié applicable aux SA issu de la loi n° 2019-744 du 10 juillet 2019 dite « loi Soilihi », et un régime simplifié applicable aux SARL et opérations hybrides défini par un jeu de renvoi à celui applicable aux fusions simplifiées).

Le **6° du II** complète l'ordonnance du 24 mai 2023 en adaptant par coordination la rédaction de l'article L. 236-29 du code de commerce à l'apport partiel d'actifs ⁽¹⁾.

Le **7°** clarifie le fait que la solidarité peut être écartée entre la société apporteuse et la ou les sociétés bénéficiaires de l'apport ⁽²⁾.

Le **8°** corrige une erreur de référence dans la mention d'un article de la directive 2019/2121 (article 119 qui définit les sociétés de capitaux dans le champ de la directive).

Lors d'une fusion transfrontalière, chacune des sociétés participant à la fusion établit un avis informant les parties prenantes (associés, créanciers, délégués du personnel, salariés) qu'elles peuvent présenter des observations sur le projet de fusion jusqu'à cinq jours ouvrables avant la date de l'Assemblée générale (article L. 236-35 du code de commerce). Le **9° du II** précise que dans les cas où l'approbation de la fusion par l'assemblée générale n'est pas requise ⁽³⁾, l'avis doit être présenté jusqu'à 5 jours ouvrables avant la date de la décision de l'organe compétent approuvant la fusion.

En cas de fusion transfrontalière, un rapport écrit est établi par les dirigeants et mis à la disposition des associés (article L. 236-36 du code de commerce). Le **10° du II** corrige une erreur rédactionnelle (référence à la publication du rapport des dirigeants alors que seule une mise à disposition de ce rapport est requise.).

Le **11°** corrige une erreur rédactionnelle (référence aux « associés » plutôt qu'aux « actionnaires » dans une disposition relative aux SARL) ⁽⁴⁾.

Le **12°** corrige également une erreur rédactionnelle en ajoutant la mention des « parts sociales » à celle des « actions » dans une disposition qui s'applique tant aux SA qu'aux SARL (article L. 236-40 du code de commerce relatif à certains cas de cession de titres lors d'une fusion transfrontalière).

L'ordonnance du 24 mai 2023 a défini l'apport partiel d'actifs transfrontaliers à l'**article L. 236-48** du code de commerce. Cette définition vise un apport d'actif et, le cas échéant, de passif. Or, la directive n'envisage que le transfert d'éléments d'actifs et de passif (donc une définition plus restrictive qui n'inclut pas dans l'apport partiel d'actif les opérations dans lesquelles seuls des éléments d'actif seraient transférés). Dès lors, le **13° du II** modifie cet article pour indiquer que les

(1) L'ordonnance du 24 mai 2023 a créé une nouvelle section consacrée aux apports partiels d'actifs mais a repris cet article du régime des scissions (auquel il était auparavant renvoyé pour les apports partiels d'actifs) sans adapter sa rédaction.

(2) La rédaction du nouvel article L. 236-30 consacré aux apports partiels d'actifs, reprise du régime des scissions, est ambiguë et pourrait laisser entendre que la solidarité ne pouvait être écartée qu'entre sociétés bénéficiaires de l'apport (et pas avec la société apporteuse).

(3) Ces cas sont prévus aux articles L. 236-9, L. 236-11 et L. 236-12 du code de commerce.

(4) Les actionnaires détiennent des actions dans les sociétés de capitaux (comme les SA), tandis que les associés détiennent des parts sociales dans les sociétés de personnes (comme les SARL).

opérations d'apport d'éléments d'actifs et de passifs seront obligatoirement soumises aux dispositions issues de la directive 2019/2121, tandis que les opérations d'apport d'actif (« *plus courantes, et moins structurantes économiquement* », selon l'étude d'impact) pourront se soumettre à cette procédure volontairement.

Le **14° du II** complète la définition de la transformation transfrontalière en droit français (article L. 236-50 du code de commerce), définie comme l'opération par laquelle une SA ou SARL française se transforme en société de forme juridique relevant d'un autre État membre et y transfère au moins son siège statutaire, en ajoutant l'hypothèse inverse où une société d'un autre État membre se transforme en société relevant du droit français.

Le **15° du II** corrige une erreur de référence à l'article L. 236-52.

Le **16° du II** prévoit l'application des dispositions du projet de loi à Wallis et Futuna.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

La commission spéciale a adopté un amendement portant plusieurs modifications rédactionnelles ⁽¹⁾. Cet article a été examiné selon la procédure de législation en commission ⁽²⁾. Le Sénat a donc ensuite adopté cet article sans modification en séance publique).

Les modifications rédactionnelles sont les suivantes :

– à l'article L. 225-124 du code de commerce, l'amendement précise que ce sont les actions qui bénéficient du droit de vote double et non les sociétés bénéficiaires ;

– au même article, l'amendement précise que les seules actions qui peuvent être concernées par un maintien de droit de vote double en cas d'apports partiels d'actifs sont celles qui sont incluses dans l'actif transféré ;

– à l'article L. 236-28, qui prévoit le cas d'un apport partiel d'actif simplifié, l'amendement précise qu'il n'y a pas lieu à augmentation de capital de la société bénéficiaire de l'apport ;

– ensuite, l'amendement corrige la modification opérée par le présent article à l'article L. 236-35 : pour le délai de présentation de l'avis informant les parties prenantes, dans les cas où l'approbation de la fusion par l'assemblée générale n'est

(1) Amendement n° COM-45 de M. Daniel Fargeot, rapporteur.

https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-45.html

(2) Le droit d'amendement des sénateurs et du Gouvernement sur les articles concernés s'exerce alors uniquement en commission, tandis que la séance plénière est centrée sur les explications de vote et le vote (articles 47 ter à 47 quinquies du règlement du Sénat).

pas requise, il convient de se référer à la date de décision de la fusion ou de la constatation de sa réalisation par l'organe compétent ⁽¹⁾ ;

– enfin, il procède à une coordination dans le code du travail pour prévoir que les apports partiels d'actifs transfrontaliers sont soumis aux règles sur le groupe spécial de négociation ⁽²⁾ (l'ordonnance du 24 mai 2023 n'y ayant soumis que les fusions, scissions et transformations transfrontalières alors que la directive 2019/2121 prévoit que les apports partiels d'actifs transfrontaliers sont également soumis aux règles sur le groupe spécial de négociation).

*

* *

Article 5

Demande d'habilitation à prendre par ordonnance des mesures pour transposer la directive (UE) 2022/2381 du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées et à des mesures connexes et à des mesures connexes et pour harmoniser les différents dispositifs nationaux préexistants relatifs à la représentation équilibrée entre les femmes et les hommes au sein des organes des sociétés commerciales

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Cet article habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai de six mois, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la transposition de la directive (UE) 2022/2381 du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées, et des mesures pour harmoniser les différents dispositifs nationaux préexistants en la matière pour les sociétés commerciales.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

- La loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, dite loi « Copé-Zimmermann », a imposé un quota de 40 % dans les conseils d'administration et de surveillance pour le sexe le moins représenté (en pratique, les femmes).

(1) L'exposé des motifs de l'amendement précise que la fusion n'est pas approuvée : en cas de délégation, elle est décidée par l'organe délégué ; en cas de fusion simplifiée, sa réalisation est constatée par l'organe compétent compte tenu des termes du traité.

(2) Aux termes de l'article L. 2373-2 du code de travail, « le groupe spécial de négociation détermine avec les dirigeants des sociétés participant à l'opération transfrontalière ou leurs représentants, par un accord écrit, les modalités de la participation des salariés au sein de la société issue de l'opération. »

- La loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle, dite loi « Rixain », a prévu, pour les entreprises employant au moins 1 000 salariés pour le troisième exercice consécutif, l'obligation de calculer et publier avant le 1^{er} mars leurs écarts éventuels de représentation entre les femmes et les hommes parmi leurs cadres dirigeants et les membres de leurs instances dirigeantes. Cette loi institue aussi une obligation de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans les postes de direction des grandes entreprises. Elles devront atteindre un objectif minimal de 30 % de femmes et d'hommes cadres dirigeants et de 30 % de femmes et d'hommes membres d'instances dirigeantes à partir du 1^{er} mars 2026. Cet objectif sera porté à 40 % à compter du 1^{er} mars 2029.
- La directive (UE) 2022/2381 du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées et à des mesures connexes fixe, à horizon 2026, un objectif alternatif de 40 % de membres du sexe sous-représenté parmi les administrateurs non exécutifs des conseils des sociétés cotées (globalement, au sens du droit français, les administrateurs) ou de 33 % de membres du sexe sous-représenté parmi les administrateurs non-exécutifs et exécutifs de ces conseils (globalement, au sens du droit français, les dirigeants).
- La directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises dite « CSRD » (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) prévoit, depuis le 1^{er} janvier 2024 et de manière progressive, de nouvelles règles de *reporting* applicable aux grandes entreprises en matière de publication extra-financière, notamment en matière d'équilibre entre les hommes et les femmes au sein des organes d'administration et de direction.
- L'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprises des sociétés commerciales, et le décret n° 2023-1394 du 30 décembre 2023 pris en application de cette ordonnance ont transposé la directive 2022/2464 précitée.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

La commission spéciale du Sénat a adopté un amendement ⁽¹⁾ pour encadrer l'habilitation consentie au Gouvernement par le présent article. Cet amendement prévoit :

(1) Amendement n° COM-46 rectifié de M. Daniel Fargeot.

- le maintien du quota prévu par le droit interne d’au moins 40 % de membres des organes de gouvernance des grandes entreprises ;
- l’absence de nouvelles sanctions en cas de non-respect de l’objectif de parité ;
- le choix d’un organisme disposant des moyens nécessaires pour veiller au respect des objectifs de parité ;
- l’extension des mesures aux administrateurs salariés ;
- et l’harmonisation des règles applicables aux structures économiques publiques.

I. L’ÉTAT DU DROIT

A. LE DROIT EUROPÉEN

1. La directive 2022/2381 du 23 novembre 2022 prévoit une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les sociétés cotées

La directive (UE) 2022/2381 du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées et à des mesures connexes, « *visée à parvenir à une **représentation plus équilibrée des femmes et des hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées*** » (article 1^{er}).

L’article 2 de la directive **limite son champ aux sociétés cotées** (sociétés ayant leur siège social dans un État membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé dans un ou plusieurs États membres). Sont exclues les micro, petites et moyennes entreprises (PME).

L’article 5 de la directive prévoit les **objectifs applicables aux États membres**.

Ils doivent veiller, à ce que les sociétés cotées respectent, **au plus tard le 30 juin 2026, l’un ou l’autre de ces objectifs** :

- les membres du sexe sous-représenté occupent **au moins 40 % des postes d’administrateurs non exécutifs** ;
- les membres du sexe sous-représenté occupent **au moins 33 % de tous les postes d’administrateurs, tant exécutifs que non exécutifs**.

L'article 3 précise les **notions d'administrateurs exécutifs et non exécutifs**. Comme le relève le rapport de nos collègues rapporteur du Sénat ⁽¹⁾, la notion d'administrateur recouvre celle de mandataire social en droit français. Globalement, les administrateurs non exécutifs sont les membres des conseils d'administration ou de surveillance ⁽²⁾ (et le président du conseil d'administration si cette fonction est dissociée avec celle de directeur général), tandis que les administrateurs exécutifs correspondent aux dirigeants (président directeur général, directeur général, président ou membres du directoire).

MANDATAIRES SOCIAUX DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES ET LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS

		Sociétés anonymes à conseil d'administration	Sociétés anonymes à directoire / conseil de surveillance	Sociétés en commandite par actions
Mandataires sociaux exécutifs	Dirigeants mandataires sociaux exécutifs	<ul style="list-style-type: none"> Président directeur général (unicité des fonctions) Directeur général Directeur(s) général (aux) délégué(s) 	<ul style="list-style-type: none"> Président du directoire Membres du directoire 	Gérant(s)
Mandataires sociaux non exécutifs	Dirigeants mandataires sociaux non exécutifs	Président du conseil d'administration (dissociation des fonctions de Président et de Directeur général)	Président du conseil de surveillance	Président du conseil de surveillance
	Administrateurs / membres du conseil de surveillance	Administrateurs	Membres du conseil de surveillance	Membres du conseil de surveillance

Source : code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de l'Afep-Medef.

L'article 7 prévoit que les États membres doivent exiger des **sociétés cotées** qu'elles **fournissent** annuellement aux autorités compétentes et **publient** sur leur site internet **des informations relatives à la représentation des hommes et des femmes dans leurs conseils**, en distinguant entre administrateurs exécutifs et non exécutifs, et les mesures mises en œuvre pour parvenir aux objectifs de la directive.

Les États membres devront prévoir des **sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives »** qui permettent d'obtenir l'exécution de la directive (article 8), comme la possibilité d'invalidier ou de déclarer nulle et non avenue une décision concernant la sélection d'administrateurs effectuée en violation des dispositions nationales transposant l'article 6.

(1) Rapport n° 213 (2023-2024), déposé le 13 décembre 2023 de MM. Daniel Fargeot et Cyril Pellevat, sénateurs, sur le présent projet de loi, fait au nom de la commission spéciale.

(2) La société anonyme (SA) à directoire et conseil de surveillance a été créée par la loi du 24 juillet 1966, pour offrir une alternative à la structure classique bâtie autour d'un conseil d'administration, un président et un éventuel directeur général. Elle repose sur une structure dualiste, où la gestion incombe au directoire, tandis que le contrôle de cette gestion est assumé par le conseil de surveillance.

L'article 9 précise que **la directive pose des exigences « minimales »** et que les États membres peuvent introduire ou maintenir des dispositions plus favorables à une représentation équilibrée des femmes et des hommes.

L'article 10 de la directive prévoit que les États membres désignent « **un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, d'analyser, de surveiller et de soutenir l'équilibre entre les femmes et les hommes dans les conseils.** » Sur ce point, l'arbitrage du Gouvernement n'est pas arrêté. **Votre rapporteur estime que le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCE) pourrait utilement remplir cette mission**, sous réserve que ses moyens humains et financiers le lui permettent.

La transposition doit intervenir au plus tard le 28 décembre 2024 (article 11).

2. La directive « CSRD » 2022/2464 du 14 décembre 2022 imposera aux grandes entreprises de publier des informations en matière de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes

Cette directive prévoit des normes de rapport sur la durabilité, dites normes « ESRS » pour (*European Sustainability Reporting Standards*). Elle a pour objectif d'harmoniser le *reporting* de durabilité des entreprises et d'améliorer la disponibilité et la qualité des données ESG (environnementales, sociales et de gouvernance) publiées. Les normes ESRS intègrent notamment des informations sur la représentation des hommes et des femmes au sein des organes d'administration, de direction et de surveillance de l'entreprise, avec par exemple un pourcentage par genre.

L'application de cette directive est échelonnée, mais est déjà effective pour certaines entreprises pour l'exercice 2024 :

Entrée en vigueur de la directive CSRD	Premier reporting	Entreprises concernées
1 ^{er} janvier 2024	2025 (pour l'année 2024)	Entreprises déjà soumises à la directive sur la publication d'informations non financières en vigueur depuis 2018. C'est-à-dire les entreprises remplissant deux des critères suivants : plus de 500 salariés , plus de 40 millions € de chiffres d'affaires, plus de 20 millions € de total de bilan
1 ^{er} janvier 2025	2026 (pour l'année 2025)	Entreprises remplissant deux des critères suivants : plus de 250 salariés , plus de 40 millions € de chiffres d'affaires, plus de 20 millions € de total de bilan
1 ^{er} janvier 2026	2027 (pour l'année 2026)	PME cotées en bourse (sauf micro-entreprises : entreprises de moins de 10 salariés dont le total du bilan ne dépasse pas 350 000 € ou dont le montant net du chiffre d'affaires ne dépasse pas 700 000 €)

Source : entreprendre.service-public.fr.

Cette directive a été transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprises des sociétés commerciales, complétée par le décret n° 2023-1394 du 30 décembre 2023.

Ces textes ont aussi harmonisé et mis en cohérence le cadre des obligations en matière de RSE, notamment au sein du code de commerce. Il est ainsi prévu que les entreprises publient ces informations de durabilité dans le rapport de gestion inclus dans le rapport financier annuel.

Le détail des informations de durabilité à publier est précisé par le règlement délégué (UE) 2023/2772 de la Commission européenne du 31 juillet 2023, auquel renvoie le décret n°2023-1394 précité. Ce règlement délégué introduit 12 normes « ESRS ».

Le détail des normes et les démarches à engager pour anticiper leur mise en œuvre, notamment s'agissant des sociétés cotées, sont présentés sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers (AMF) ⁽¹⁾. Ces obligations larges de *reporting* se cumulent avec les obligations spécifiques de publication (article 7 de la directive 2022/2381) des efforts accomplis en matière d'équilibre entre les hommes et les femmes dans la gouvernance.

B. LE DROIT INTERNE

1. Le conseil d'administration a un rôle stratégique à la tête de la société

Le **conseil d'administration** est un organe de direction qui a comme mission, à la tête d'une société, de définir sa stratégie. Il est aussi chargé de contrôler l'action du directeur général et d'informer les actionnaires et les marchés. Il est **composé d'administrateurs** (au nombre de trois minimum et de 18 maximum) et d'un président. Le président du conseil d'administration peut aussi être directeur général de l'entreprise : il a alors le statut de président-directeur général (PDG). Le président-directeur général (PDG) fait donc partie du conseil d'administration de l'entreprise. Les **sociétés anonymes** (SA) doivent recourir à un conseil d'administration. Les **sociétés par actions simplifiée** (SAS) peuvent elles aussi être administrées par un conseil d'administration. Les administrateurs peuvent être nommés dans les statuts de la société, au moment de sa création (article L. 225-16

(1) Conséquences dès 2024 de la transposition de la directive CSRD pour les grandes sociétés cotées (7 février 2024) :

<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/consequences-des-2024-de-la-transposition-de-la-directive-csrd-pour-les-grandes-societes-cotees>

Le reporting de durabilité CSRD : se préparer aux nouvelles obligations (7 février 2024) :

<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/dossiers-thematiques/le-reporting-de-durabilite-csrd-0>

du code de commerce). Par la suite, ils sont nommés par l'assemblée des actionnaires (article L. 225-18 du même code). Les administrateurs ne sont pas nécessairement actionnaires de la société. Les sociétés en commandite par actions (SCA) sont administrées par un conseil de surveillance. Les SA « à directoire » sont aussi administrées par un conseil de surveillance. Si les attributions du conseil de surveillance sont moins larges que celles du conseil d'administration, dans la pratique, leurs fonctions convergent, dans la mesure où ces deux organes adoptent des orientations pour l'activité de la société.

2. Le droit national prévoit différentes obligations de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes pour les conseils d'administration des grandes sociétés commerciales

La loi du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle (**loi « Copé-Zimmerman »**) a prévu que **la proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 %** dans les conseils d'administration et de surveillance des **grandes sociétés commerciales**, à savoir :

– les **SA** qui emploient, pour le troisième exercice consécutif, au moins 250 salariés permanents et ont un chiffre d'affaire ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros ⁽¹⁾ ;

– les **SCA** ⁽²⁾ .

La loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle, dite « **loi Rixain** », a étendu les exigences de la loi Copé-Zimmermann aux sociétés d'assurances mutuelles à compter du 1^{er} janvier 2027 ⁽³⁾ .

Les sociétés par actions simplifiées (**SAS**) **n'ont pas été incluses** dans la mesure où le législateur voulait maintenir la liberté d'organisation qui caractérise l'organisation de la SAS.

Dans l'ensemble des sociétés administrées par un conseil d'administration, y compris celles qui ne sont pas dans le champ de la loi « Copé-Zimmerman », « *le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes* » (articles L. 225-17 et L. 226-4 du code de commerce).

Il n'y a pas de données disponibles sur le nombre précis de sociétés incluses dans le champ d'application de ces règles.

Une nomination intervenue en méconnaissance de cette règle est nulle. La rémunération des membres du conseil d'administration (ou de surveillance) dont la

(1) Article L. 225-18-1 du code de commerce.

(2) Article L. 226-4-1 du code de commerce.

(3) Article L. 322-26-2-5 du code des assurances.

composition est irrégulière est temporairement suspendue, jusqu'à ce qu'elle devienne régulière. Les délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé sont aussi nulles ⁽¹⁾. Ni l'administration ni les représentants des entreprises ne disposent de statistiques précises, mais il ressort des auditions menées par votre rapporteur que **ces sanctions sont efficaces et dissuasives**. Pour une société cotée, il paraît même « *inenvisable* », pour des motifs d'image vis-à-vis du public et de ses investisseurs, d'être sanctionnée pour une méconnaissance des obligations en matière de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes.

3. Des objectifs ambitieux pour les instances dirigeantes ont été institués pour les années à venir

La loi « **Rixain** » du 24 décembre 2021, précitée, a en outre **fixé un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes** (30 % d'ici 2026 et 40 % d'ici 2029) **parmi les cadres dirigeants** et les membres des instances dirigeantes ⁽²⁾ des sociétés comptant au moins 1 000 salariés pour le troisième exercice consécutif.

Si, au 1^{er} mars 2026, l'objectif de 30 % n'est pas atteint, l'entreprise concernée devra définir les mesures de correction nécessaires. À compter du 1^{er} mars 2029, si l'objectif de 40 % n'est pas respecté, l'entreprise dispose d'un délai de deux ans pour se mettre en conformité, soit au 1^{er} mars 2031. À l'expiration de ce délai, l'employeur encourt alors une sanction financière d'un montant maximum de 1 % de la masse salariale.

4. Le secteur public est également soumis à certaines règles spécifiques en la matière

Les entreprises publiques qui ont la forme de sociétés couvertes par les obligations légales (SA cotées ou SCA dont l'État est actionnaire) sont **concernées par les dispositions de droit commun** évoquées ci-dessus.

Au sein des administrations publiques, la loi dite « Sauvadet » du 12 mars 2012 ⁽³⁾ a renforcé progressivement la présence des femmes dans la haute fonction publique. Elle avait fixé un objectif de 40 % de femmes en 2018 pour les **primo-nominations féminines aux emplois supérieurs et de direction** ⁽⁴⁾, **porté à 50 %, à compter de 2026**, par la loi du 19 juillet 2023 visant à renforcer l'accès des femmes aux responsabilités dans la fonction publique, cette loi ayant par ailleurs

(1) Articles L. 225-45, 225-83 et 226-4 du code de commerce.

(2) Aux termes de l'article L. 23-12-1 du code de commerce, il s'agit de « toute instance mise en place au sein de la société, par tout acte ou toute pratique sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions »

(3) Loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

(4) Article L. 132-5 du code général de la fonction publique.

instauré un index de l'égalité professionnelle dans la fonction publique. La loi (article 7) ajoute à ce quota de « flux » un **quota de « stock » : à partir de 2027, les administrations devront respecter un taux minimal de 40 %** de personnes de chaque sexe dans les emplois supérieurs et de direction. Une pénalité financière est prévue en cas de non-conformité à l'issue d'un délai de trois ans.

Dans les établissements publics de l'État, l'écart entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes **membres du conseil d'administration** ou de surveillance **ne peut être supérieur à un**. La méconnaissance de cette obligation entraîne la nullité de la nomination (mais pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur, contrairement au droit des sociétés). Cette règle ne s'applique cependant qu'aux aux personnalités qualifiées. Les représentants de l'État et du personnel ne sont pas concernés ⁽¹⁾.

Les groupements d'intérêt public (GIP) et groupements d'intérêt économique (GIE) ou les régies (qui ne disposent pas d'un conseil d'administration) **ne sont pas inclus** dans le champ de ces dispositions.

(1) Article 52 de la loi « Sauvadet » précitée.

SYNTHÈSE DES RÈGLES APPLICABLES EN DROIT INTERNE

	SCA, et SA de 250 salariés et CA ou bilan de 50 millions d'euros	SA et SCA dont l'État est actionnaire	Établissements publics de l'État	GIP et GIE
Règles	Quota de 40 % du sexe le moins représenté dans le conseil d'administration ou de surveillance		Écart entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes membres du conseil d'administration ou de surveillance ne peut être supérieur à un (personnalités qualifiées) Règles spécifiques pour certains administrateurs salariés	-
Sanction	Nullité de la nomination Nullité des délibérations Suspension de la rémunération		Nullité de la nomination	-

	Sociétés de 1 000 salariés ou plus pour le troisième exercice consécutif
Règle	Objectif de 30 % (2026) et 40 % (2029) parmi les cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes
Sanction	Délai de deux ans pour se mettre en conformité À l'issue du délai, sanction financière d'un montant maximum de 1 % de la masse salariale

L'ensemble de ces règles ne recoupe pas entièrement le champ de la directive 2022/2381, qui vise les sociétés cotées. Toutefois, le droit français apparaît « en avance » en matière de représentation dans l'Union européenne, du fait de l'application de la loi « Copé-Zimmerman » depuis 2011, et paraît avoir inspiré la législation européenne.

Selon le baromètre du 7 mars 2024 de l'Institut français des administrateurs (IFA), transmis à votre rapporteur, en 2024, la représentation des femmes dans les conseils d'administration du CAC 40 et du SBF 120 ⁽¹⁾ atteint ainsi, respectivement, 46,7 % et 46,4 % (au-delà donc des seuils prévus par la loi). La carte de la page suivante montre une comparaison entre nations occidentales, et indique pour chaque pays la progression entre 2023 et 2024 :

(1) Le CAC 40 et le SBF 120 sont deux indices boursiers de référence qui sont composés des 40 ou 120 plus grandes capitalisations sur Euronext Paris.

■ **≥ 40 %**

France, CAC 40 : 46,7 % (+0,3 pts)*
France, SBF 120 : 46,4 % (+0,1 pts)
Italie, MIB : 43,9 % (+2,5 pts)
Danemark, OMXC20 : 43,3 % (+2,6 pts)
UK, FTSE 100 : 42,3 % (+2,1 pts)
Pays-Bas, AEX-Index : 41,3 % (-0,8 pts)
Norvège, OBX 25 : 40,7 % (+2 pts)

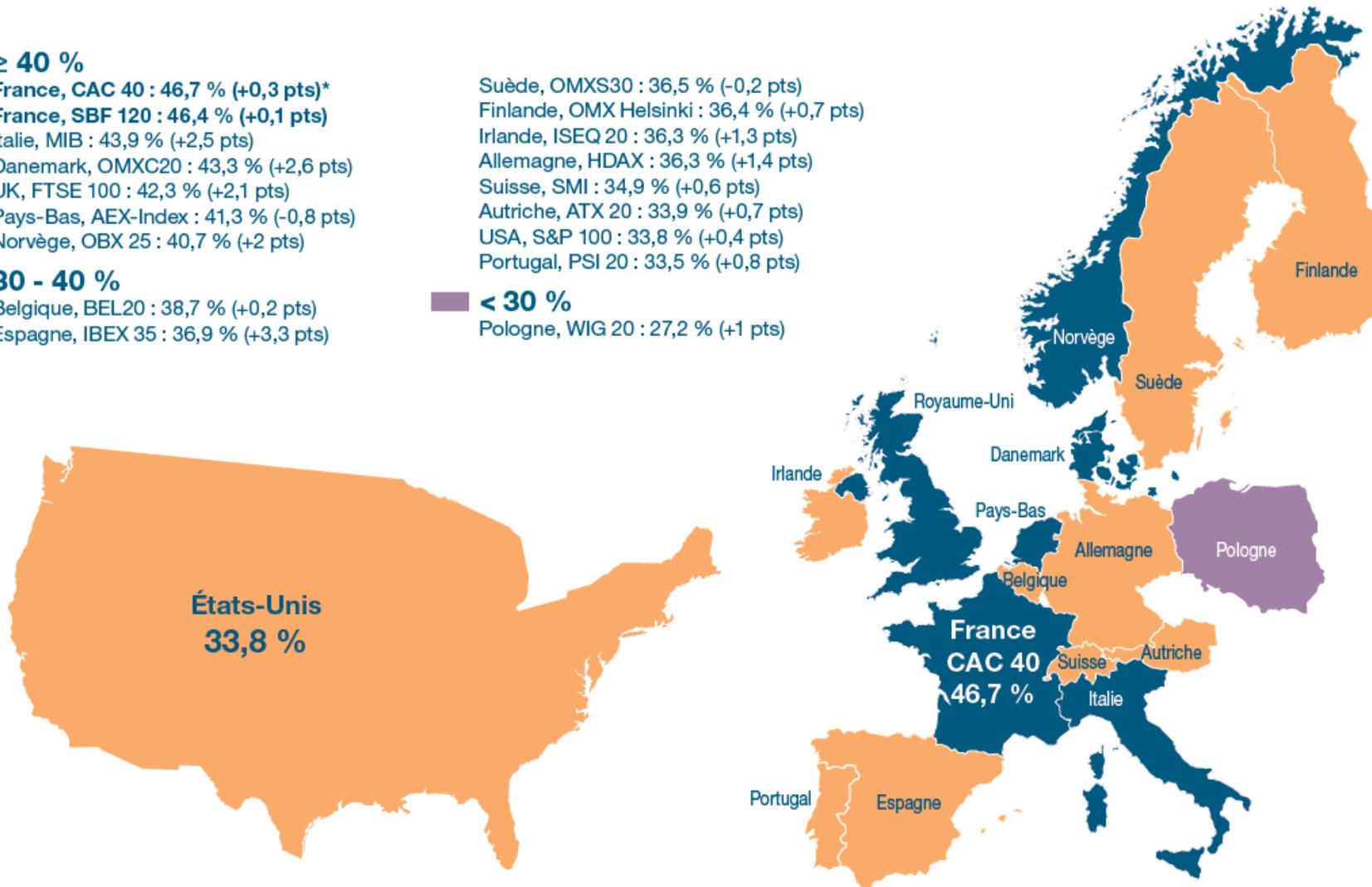
■ **30 - 40 %**

Belgique, BEL20 : 38,7 % (+0,2 pts)
Espagne, IBEX 35 : 36,9 % (+3,3 pts)

■ **< 30 %**

Suède, OMXS30 : 36,5 % (-0,2 pts)
Finlande, OMX Helsinki : 36,4 % (+0,7 pts)
Irlande, ISEQ 20 : 36,3 % (+1,3 pts)
Allemagne, HDAX : 36,3 % (+1,4 pts)
Suisse, SMI : 34,9 % (+0,6 pts)
Autriche, ATX 20 : 33,9 % (+0,7 pts)
USA, S&P 100 : 33,8 % (+0,4 pts)
Portugal, PSI 20 : 33,5 % (+0,8 pts)

Pologne, WIG 20 : 27,2 % (+1 pts)



Source : baromètre IFA – Ethics & Boards « Où en est la mixité des instances dirigeantes ? » 7 février 2024.

Au sein des instances dirigeantes, visées par la loi « Rixain », « *l'évolution est plus lente mais néanmoins constante* » selon le baromètre de l'IFA (27,4 % de femmes pour le CAC 40 et 27,3 % dans le SBF 120). Ces niveaux apparaissent proches du seuil de 30 % fixé par la loi pour 2026. Par ailleurs, le SBF 120 compte 21 femmes présidentes ou « CEO » (le *Chief Executive Officer* désigne le président-directeur général ou le directeur général).

5. Le cas des administrateurs salariés

Dans les entreprises employant au moins 1 000 salariés en France ou au moins 5 000 salariés au niveau international ⁽¹⁾, les salariés nomment un à deux administrateurs chargés de les représenter ⁽²⁾. Le plus souvent, le conseil d'administration comprend donc un ou deux administrateurs salariés. Ces derniers disposent des mêmes obligations et responsabilités que les autres administrateurs. Toutefois, **ils ne sont pas pris en compte pour l'application du quota de 40 %.** **Ils peuvent être désignés selon plusieurs modalités :**

– élection par les salariés de la société et de ses filiales dont le siège est situé en France ;

– désignation par le comité de groupe, le comité central d'entreprise ou le comité d'entreprise de la société ;

– désignation par l'organisation syndicale qui a obtenu le plus de suffrages (les deux en ayant obtenu le plus si deux administrateurs sont à désigner) ;

Si deux administrateurs sont à désigner, le second est désigné selon l'une des trois modalités précédentes ou, si le comité d'entreprise européen existe, par ce dernier.

En cas d'élection (modalité n°1), chaque liste doit comporter un nombre de candidats double de celui des sièges à pourvoir et être composée alternativement d'un candidat de chaque sexe. Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un (application des modalités prévues à l'article L. 225-28 du code de commerce).

Si deux administrateurs doivent être désignés par le comité de groupe, le comité central d'entreprise ou le comité d'entreprise (modalité n°2), ce comité doit désigner un homme et une femme.

(1) Article L. 225-27-1 du code de commerce.

(2) Au moins un administrateur salarié dans les sociétés dont le conseil d'administration comprend 8 administrateurs « classiques » et au moins deux pour celles dont le conseil en comprend plus de 8.

Les administrateurs salariés sont mentionnés par la directive 2022/2381 qui les inclut dans le champ d'application des obligations qu'elle pose en matière d'équilibre entre les hommes et les femmes. L'application de dispositions particulières en droit interne (plutôt que le quota général de 40 %) résulte de leurs modalités de désignation, en particulier lorsqu'ils sont désignés par les organisations syndicales. Votre rapporteur observe que si l'application des règles de nomination en cas d'élection par les salariés et de désignation par un comité favorisent une représentation équilibrée de chaque sexe, elle ne garantit pas nécessairement le respect de la directive (conseil d'administration dans son ensemble, y compris administrateurs salariés, composé d'au moins 40 % d'administratrices). La désignation d'une partie des administrateurs salariés résulte en effet du libre choix des organisations syndicales. **Votre rapporteur attire donc l'attention du Gouvernement sur cette difficulté à résoudre dans la transposition, car il paraît difficile de sanctionner une société pour méconnaissance de la règle de quota si cette méconnaissance résulte de la désignation de certains administrateurs salariés.**

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article prévoit une habilitation à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour transposer la directive du 23 novembre 2022 et prévoir les dispositions de coordination et d'adaptation de la législation liées à cette transposition.

Le Gouvernement est également habilité à prévoir les dispositions de coordination et d'adaptation de la législation liées à cette transposition, adapter aux modifications opérées par la transposition les différentes obligations relatives à la représentation équilibrée entre les femmes et les hommes au sein des organes des sociétés commerciales, et rendre applicable les mesures transposées à Wallis et Futuna, avec les adaptations nécessaires, et procéder, le cas échéant, aux adaptations nécessaires de ces dispositions en ce qui concerne Saint Barthélemy, Saint Martin et Saint Pierre et Miquelon.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

La commission spéciale a adopté un amendement du rapporteur Daniel Fargeot ⁽¹⁾, pour **encadrer les choix de transposition ouverts aux États membres.**

Il tend ainsi à prévoir que, lors de la transposition, le Gouvernement devra :

– **veiller à ce que la transposition** corresponde, *a minima*, au champ d'application des articles L. 225-18-1 et L. 226-4-1 du code de commerce (c'est-à-dire, qu'il **ne se borne pas aux sociétés cotées** mais inclut toutes les SCA et SA de

(1) Amendement n° COM-46 rectifié.

https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-46.html

250 salariés ou plus et présentant un chiffre d'affaires ou total de bilan d'au moins 50 millions d'euros) ;

– **fixer un objectif à atteindre au sein des organes de gouvernance des sociétés commerciales d'au moins 40 % des postes d'administrateurs non exécutifs** (alors que la directive prévoit deux objectifs alternatifs dont l'un n'exige des États membres qu'un quota de 33 % si l'on inclut les mandataires sociaux exécutifs) ;

– **s'abstenir d'instituer de nouvelles sanctions** (le droit national prévoyant déjà des sanctions suffisantes selon l'auteur de l'amendement) ;

– s'assurer que **l'organisme** chargé de veiller au respect de la parité femmes-hommes au sein des organes de gouvernance des sociétés commerciales soit **doté des moyens nécessaires pour l'exercice de ses missions** ;

– **harmoniser les règles applicables à l'ensemble des entreprises, établissements et autres structures publics (GIP et GIE compris)** avec celles prévues pour les entreprises privées s'agissant de l'objectif de parité femmes-hommes des organes de gouvernance et les sanctions prévues en cas de méconnaissance de cet objectif (comme on l'a vu plus haut, les règles applicables en matière de parité sont distinctes du droit commun des sociétés pour ces organismes) ;

– et prévoir que les modalités de désignation des administrateurs représentant les salariés soient conformes à l'objectif de parité femmes-hommes (comme on l'a vu, seules certaines procédures de désignation sont soumises à des règles de parité spécifiques).

Le Sénat a ensuite adopté cet article sans modification.

*

* *

TITRE II DISPOSITIONS D'ADAPTATION AU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE RÉPRESSIVE

CHAPITRE I^{ER} DIVERSES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE RÉPRESSIVE

Article 21

(Intitulé de la section 6 du chapitre II du titre X du livre IV du code de procédure pénale)

Modification de l'intitulé de la section 6 du chapitre II du titre X du livre IV du code de procédure pénale relative à l'échange simplifié d'informations entre services

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Cet article modifie l'intitulé de la section du code de procédure pénale relative à l'échange simplifié d'informations entre services.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

Aucune modification.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

1. La décision-cadre 2006/960/JAI dite « décision-cadre suédoise »

Depuis le début des années 1990, l'approfondissement du pilier dit « Justice et affaires intérieures » (JAI) de l'Union européenne vise à lutter contre des phénomènes criminels transfrontaliers de plus en plus fréquents, en renforçant le niveau de coopération entre les services répressifs des États membres.

La décision-cadre 2006/960/JAI a remplacé le chapitre sur la coopération policière de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990. Elle entend « *simplifier l'échange d'informations en prévoyant le recours à des*

formulaires standardisés, en encadrant les délais de réponse et en limitant les refus de réponse »⁽¹⁾.

D'après la directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 relative à l'échange d'informations entre les services répressifs des États membres et abrogeant la décision-cadre 2006/960/JAI, « *il ressort des évaluations (...) que la décision-cadre 2006/960/JAI n'est pas suffisamment claire et ne garantit pas l'échange adéquat et rapide d'informations pertinentes entre les États membres. Les évaluations ont également montré que ladite décision-cadre était en fait peu utilisée, en partie en raison du manque de clarté constaté en pratique entre le champ d'application de la convention d'application de l'accord de Schengen et celui de la décision-cadre* ».

Il est donc apparu utile d'actualiser le cadre juridique européen pour éliminer ces divergences et établir des règles harmonisées garantissant l'échange adéquat et rapide d'informations entre les services répressifs des États membres, dans un contexte d'internationalisation des organisations criminelles : 65 % des réseaux criminels dans l'Union européenne sont constitués de plusieurs nationalités et 80 % des organisations criminelles sont impliquées dans des activités transfrontières⁽²⁾.

En 2023, la directive (UE) 2023/977 a, en conséquence, abrogé cette décision-cadre.

2. La directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023

La directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 relative à l'échange d'informations entre les services répressifs des États membres et abrogeant la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil a été prise sur le fondement de l'article 87 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en application duquel l'Union développe une coopération policière qui associe toutes les autorités compétentes des États membres, y compris les services de police, les services des douanes et autres services répressifs spécialisés dans les domaines de la prévention ou de la détection des infractions pénales et des enquêtes en la matière.

Elle rénove le cadre juridique relatif aux échanges d'informations entre les services répressifs des États membres.

B. DROIT INTERNE

Les dispositions relatives à l'échange d'informations entre services répressifs sont inscrites à la section 6 du chapitre II du titre X du livre IV de la partie législative du code de procédure pénale (CPP), intitulée « *de l'échange simplifié*

(1) *Étude d'impact du projet de loi.*

(2) *Exposé des motifs du projet de loi.*

d'informations entre services en application de la décision cadre-du Conseil de l'Union européenne du 18 décembre 2006 ». Ces dispositions ont été créées par l'ordonnance n° 2011-1069 du 8 septembre 2011 transposant la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne.

Cette section contient quatre paragraphes :

- un paragraphe consacré aux **dispositions générales** ;
- un paragraphe consacré aux dispositions applicables aux demandes d'informations **émises** par les services français ;
- un paragraphe consacré aux dispositions applicables aux demandes d'informations **reçues** par les services français ;
- un paragraphe consacré à l'application des **dispositions à certains États non membres de l'Union européenne**.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'article 21 du projet de loi tend à modifier l'intitulé de la section 6 du chapitre II du titre X du livre IV du CPP (« *De l'échange simplifié d'informations entre services en application de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 18 décembre 2006* ») pour lui substituer l'intitulé : « *De l'échange simplifié d'informations entre services en application de la directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023* ».

Il vise exclusivement à tirer les conséquences, dans l'intitulé de cette section, du remplacement de la décision-cadre de 2006 par la directive de 2003, en modifiant la référence.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté cet article sans y apporter de modification.

*

* *

CHAPITRE II

DISPOSITIONS APPLICABLES AUX DEMANDES D'INFORMATIONS ÉMISES PAR LES SERVICES FRANÇAIS

Article 22

(art. 695-9-31 et art. 695-9-31-1 [nouveau] du code de procédure pénale)

Désignation des services ou unités pouvant saisir directement les points de contacts uniques des autres États membres et disposition relative à l'instauration d'un point de contact unique en France

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Cet article tend à inscrire dans le code de procédure pénale (CPP) que certains services ou unités sont spécialement désignés aux fins de saisir directement les points de contact uniques des autres États membres et crée un nouvel article, au sein du même code, prévoyant la désignation par arrêté d'un point de contact unique en France.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article 695-9-31 du CPP a été modifié par l'article 2 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, qui a étendu le périmètre des services ou unités concernés par les dispositions relatives aux échanges d'informations à la direction générale des finances publiques.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a fusionné les deux articles en une seule disposition, qui redéfinit les attributions des services enquêteurs compétents, ainsi que celles des services spécialement désignés et du point de contact unique.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

1. Définitions

La directive du 10 mai 2023 précitée comporte plusieurs notions ainsi définies :

— une **information** est un contenu concernant une ou plusieurs personnes physiques ou morales, des faits ou des circonstances qui revêtent un intérêt pour les services répressifs compétents aux fins de l'accomplissement des missions de

prévention ou de détection des infractions pénales, ou d'enquête en la matière, qui leur incombent en application du droit national, y compris le renseignement en matière pénale ;

— un **service répressif compétent** désigne tout service de police, de douanes ou autre des États membres, compétent en vertu du droit national pour exercer son autorité et prendre des mesures coercitives aux fins de la prévention ou de la détection des infractions pénales, ou des enquêtes en la matière, ou toute autorité qui participe à des entités conjointes créées entre deux États membres ou plus aux fins de la prévention ou de la détection des infractions pénales ou des enquêtes en la matière ⁽¹⁾. Ces services peuvent échanger directement avec leurs homologues des autres États membres ;

— un **service répressif désigné** est un service répressif compétent autorisé à soumettre des demandes d'informations aux points de contact uniques d'autres États membres. La prérogative de pouvoir saisir directement les points de contact uniques des autres États membres est la seule supplémentaire à celles dont disposent les services répressifs compétents. Il est à noter qu'en application de l'article 4 de la directive du 10 mai 2023, la désignation de ces services est facultative (« *lorsque leur droit national le prévoit* »).

2. Les demandes d'informations aux points de contact uniques

Afin de réaliser l'objectif visant à faciliter et à garantir l'échange adéquat et rapide d'informations entre États membres, la directive du 10 mai 2023 prévoit la **possibilité pour les États membre d'obtenir des informations en adressant une demande d'informations au point de contact unique d'autres États membres**. Elle dispose également que si le point de contact unique de chaque État membre devrait, en tout état de cause, pouvoir soumettre des demandes d'informations au point de contact unique d'un autre État membre, pour plus de souplesse, les États membres devraient être autorisés, en outre, à **désigner** certains de leurs services répressifs compétents, qui pourraient participer à la coopération européenne, en tant que **services répressifs désignés pour soumettre de telles demandes aux points de contact uniques d'autres États membres**.

L'article 4 de la directive du 10 mai 2023 porte spécifiquement sur les demandes d'informations adressées aux points de contact uniques. Il énonce un certain nombre **d'exigences** auxquelles les États membres doivent veiller, s'agissant des demandes d'informations que leur point de contact unique ou leurs services répressifs désignés soumettent au point de contact unique d'un autre État membre, notamment : les États membres veillent à ce que les demandes d'informations ne soient soumises au point de contact unique d'un autre État membre que lorsqu'il existe des raisons objectives de penser que les informations demandées sont

(1) À l'exclusion des agences ou unités traitant particulièrement des questions de sécurité nationale et des fonctionnaires de liaison détachés en vertu de l'article 47 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

nécessaires et proportionnées et que cet autre État membre dispose des informations demandées ; les États membres veillent notamment à ce que toute demande d'informations soumise au point de contact unique d'un autre État membre précise si elle revêt un caractère urgent et, le cas échéant, indique les raisons de cette urgence.

3. L'établissement ou la désignation et les tâches et capacités des points de contact unique

L'article 14 de la directive du 10 mai 2023 concerne spécifiquement l'établissement ou la désignation et les tâches et capacités des points de contact uniques. Il prévoit que chaque État membre établit ou désigne un point de contact unique, « *entité centrale chargée de coordonner et de faciliter l'échange d'informations au titre de la présente directive* ».

Il appartient aux États membres de veiller à ce que leur point de contact unique dispose du pouvoir d'action et des moyens nécessaires pour accomplir au moins un ensemble de tâches définies, notamment :

— **transmettre** les demandes d'informations aux services répressifs compétents et, si nécessaire, **coordonner** entre ces derniers le traitement de ces demandes et la communication d'informations en réponse à ces demandes ;

— **coordonner l'analyse et structurer les informations** en vue de les communiquer aux points de contact uniques et, le cas échéant, aux services répressifs compétents d'autres États membres ;

— **communiquer**, sur demande ou de sa propre initiative, des informations à d'autres États membres, conformément aux articles 5 et 7 de la même directive.

4. Les échanges directs d'informations entre les services d'enquêtes des États membres

L'article 8 de la directive du 10 mai 2023 autorise l'échange direct d'informations entre les services d'enquêtes des États membres, sans passer par les points de contact uniques. Il prévoit que les États membres veillent à ce que, lorsqu'un de leurs services répressifs compétents soumet une demande d'informations ou communique des informations en réponse à une telle demande directement à un service répressif compétent d'un autre État membre, il envoie en même temps **une copie de cette demande ou de ces informations au point de contact unique de son État membre et au point de contact unique de cet autre État membre** ⁽¹⁾.

(1) Sauf dans certaines circonstances, précisée au 3. du même article.

B. DROIT INTERNE

1. Dispositions générales en matière d'échanges d'informations

L'article 695-9-31 du CPP prévoit que pour l'application de la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006, et sans qu'il soit nécessaire de prendre ou solliciter une réquisition ou toute autre mesure coercitive, **les services ou unités de la police nationale, de la gendarmerie nationale, de la direction générale des douanes et droits indirects et de la direction générale des finances publiques désignés par arrêté** du ministre de la justice ⁽¹⁾ peuvent **échanger avec les services compétents d'un autre État membre de l'Union européenne des informations qui sont à leur disposition** (soit qu'ils les détiennent, soit qu'ils puissent y accéder, notamment par consultation d'un traitement automatisé de données). Cet échange doit viser à prévenir une infraction, à en rassembler les preuves ou à en rechercher les auteurs, dans les conditions prévues à la section 6 du chapitre II du titre X du livre IV de la partie législative du CPP.

La partie réglementaire du CPP précise que la demande de transmission établie par ces services ou unités indique notamment le délai attendu pour la transmission des informations, les circonstances de la commission de l'infraction, la nature de l'infraction, les fins auxquelles les informations sont demandées, ainsi que les restrictions concernant l'utilisation des informations. ⁽²⁾

2. Points de contact auxquels les demandes de transmission d'informations peuvent être adressées par les services compétents des États membres

L'article 695-9-47 du CPP dispose qu'un arrêté du ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre chargé du budget désigne les points de contact auxquels les demandes de transmission d'informations peuvent être adressées par les services compétents des États membres.

L'arrêté du 27 septembre 2012 désignant les points de contact habilités à recevoir les demandes d'informations provenant de services d'enquête des États membres de l'Union européenne a précisé que les points de contact habilités étaient :

— la **section centrale de coopération opérationnelle de police (SCCOPOL)**, gérée par la division des relations internationales de la direction centrale de la police judiciaire ;

— le **bureau de la communication et des relations extérieures (BCRE)** de la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières.

(1) Et, selon le cas, du ministre de l'intérieur ou du ministre chargé du budget.

(2) Article R. 49-35 du code de procédure pénale.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'article 22 du projet de loi comporte deux dispositions.

A. LES SERVICES SPÉCIALEMENT DÉSIGNÉS AUX FINS DE SAISIR DIRECTEMENT LES POINTS DE CONTACT UNIQUES DES AUTRES ÉTATS MEMBRES

D'une part, il modifie l'article 695-9-31 du CPP, pour remplacer la mention de la décision-cadre 2006/960/JAI par celle de la directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023 et y apporter une modification rédactionnelle ⁽¹⁾.

Surtout, il ajoute à cet article qu'au sein des services et unités dont la liste est dressée, **certains sont spécialement désignés** au sens de l'article 695-9-31-1 (article créé au II du même article) **pour saisir directement les points de contact uniques des autres États membres.**

B. L'INSTAURATION D'UN POINT DE CONTACT UNIQUE

D'autre part et en conséquence, il crée un nouvel article 695-9-31-1 dans le CPP, disposant **que le point de contact unique** mentionné à l'article 14 de la directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023, désigné par arrêté du ministre de la Justice, du ministre de l'Intérieur et du ministre chargé du budget :

— **transmet directement les demandes d'informations sollicitées** par les services ou unités compétents ;

— **reçoit les demandes de transmission d'informations adressées par les points de contact uniques des États membres et les services que ces derniers ont spécialement désignés** pour transmettre directement les demandes d'informations aux autres États membres.

Ce nouvel article 695-9-31-1 dispose également que, lorsqu'une liste des services ou unités spécialement désignés par arrêté pour transmettre directement les demandes d'informations aux points de contact uniques des États membres est établie dans les conditions prévues aux points 1 et 2 de l'article 4 de la directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023 (cf. *supra*), **le point de contact unique la transmet à la Commission européenne.**

L'article 22 du projet de loi transpose ainsi dans le droit interne les principaux apports de la directive du 10 mai 2023, c'est-à-dire l'instauration d'un point de contact unique et la désignation de services et d'unités compétents pour saisir directement les points de contact uniques des autres États membres.

(1) La rédaction actuelle de l'article prévoit que les services ou unités concernés par la disposition sont « désignés » par arrêté. L'article 22 du projet de loi souhaite substituer à la mention de « désignés » celle de « listés ».

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté sur cet article un amendement en Commission ⁽¹⁾. Cet amendement, déposé par le rapporteur et présenté comme un « amendement rédactionnel et de clarification », réécrit entièrement l'article 22 du projet de loi.

Dans sa nouvelle rédaction issue de l'adoption de cet amendement, l'article 22 du projet de loi réécrit 695-9-31 du CPP pour y prévoir trois éléments.

D'abord, il prévoit que **le point de contact unique** est désigné par arrêté du ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre chargé du budget et qu'il est transmis les demandes d'informations sollicitées par les services ou unités mentionnés à l'alinéa suivant. Il reçoit également les demandes de transmission d'informations adressées par les points de contact uniques des États membres et les services que ces derniers ont désigné pour transmettre directement les demandes d'informations aux autres États membres. **Ces dispositions reprennent la rédaction du projet de loi initial.**

Ensuite, il reprend les dispositions de l'actuel article 695-9-31, en y ajoutant que les « *échanges se font par l'intermédiaire du point de contact unique* ». En conséquence, cette rédaction **supprime toute possibilité d'échanges directs entre les services répressifs compétents.**

Enfin, l'article maintient les dispositions relatives à la désignation de services ou unités pour saisir directement les points de contact uniques ou les services spécialement désignés des autres États membres, ainsi que celles qui concernent la transmission de cette liste à la Commission européenne.

*

* *

Article 23

(art. 695-9-33 du code de procédure pénale)

Dispositions relatives aux demandes d'informations émises par les services français

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Cet article intègre les dispositions de la directive du 10 mai 2023 relatives au point de contact unique dans les articles du code de procédure pénale (CPP) portant sur les demandes d'informations émises par les services français. Il précise également les conditions dans lesquelles les copies des demandes de transmissions d'informations peuvent ne pas être envoyées aux points de contact uniques.

(1) Amendement COM-28 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-28.html.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

Aucune.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté deux amendements tendant à supprimer les possibilités d'échanges directs entre services compétents, à mentionner que la sollicitation des informations se fait dans le strict respect des principes de nécessité et de proportionnalité, et à préciser les motifs permettant de ne pas transmettre une copie des demandes de transmissions d'informations au point de contact unique français et à ceux des États membres.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

L'état du droit européen a été précédemment présenté dans le commentaire de l'article 22 du projet de loi sur les échanges directs d'informations entre les services d'enquête des États membres.

En application de l'**article 4** de la directive du 10 mai 2023, les États membres peuvent autoriser leurs services répressifs désignés à ne pas envoyer, au cas par cas, **une copie d'une demande d'informations à leur point de contact unique en même temps qu'ils la soumettent au point de contact unique d'un autre État membre**, lorsque cela compromettrait un ou plusieurs des éléments suivants :

a) une enquête en cours hautement sensible, pour laquelle le traitement de l'information requiert un niveau de confidentialité approprié ;

b) les affaires de terrorisme n'impliquant pas la gestion de situations d'urgence ou de crise ;

c) la sécurité d'une personne.

L'**article 5** de la directive, relatif à la « *Communication d'informations en réponse à des demandes soumises aux points de contact uniques* », précise que les États membres peuvent autoriser **leur point de contact unique à ne pas envoyer, en même temps qu'il communique les informations aux services répressifs désignés d'un autre État membre, une copie de ces informations au point de contact unique de cet autre État membre** lorsque cela compromettrait un ou plusieurs des éléments précédemment mentionnés.

B. DROIT INTERNE

Les articles 695-9-33 et suivants du CPP concernent les dispositions applicables aux demandes d'informations **émises** par les services français.

L'article 696-9-33 dispose que, s'il existe des raisons de supposer qu'un État membre détient des informations entrant dans les prévisions de l'article 695-9-31 du même code, qui seraient utiles à la prévention d'une infraction ou aux investigations tendant à en établir la preuve ou à en rechercher les auteurs, **les services et unités mentionnés au même article peuvent en solliciter la transmission auprès des services compétents de cet État.**

Il prévoit également que la demande de transmission **expose les raisons laissant supposer que les informations sont détenues par ces services**, et qu'elle précise à **quelles fins** les informations sont demandées et, lorsque les informations sont relatives à une personne déterminée, le lien entre cette personne et les fins de la demande.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. L'INTRODUCTION DES DISPOSITIONS RELATIVES AU POINT DE CONTACT UNIQUE

L'article 23 du projet de loi réécrit l'article 695-9-33 du CPP pour y intégrer les dispositions de la directive du 10 mai 2023 relatives au point de contact unique.

L'article 695-9-33 tel que réécrit dispose que, s'il existe des raisons de supposer qu'un État membre détient des informations entrant dans les prévisions de l'article 695-9-31 du même code, qui seraient utiles à la prévention d'une infraction ou aux investigations tendant à en établir la preuve ou à en rechercher les auteurs, le **point de contact unique** mentionné à l'article 695-9-31-1 (créé par l'article 22 du projet de loi) ainsi que les **services et unités spécialement désignés** au second alinéa de l'article 695-9-31 (tel que réécrit par l'article 22 du projet de loi) **peuvent en solliciter la transmission auprès du point de contact unique de cet État, dans le strict respect des principes de nécessité et de proportionnalité.**

Il prévoit que ces services et unités peuvent également solliciter la **transmission directe de ces informations auprès des services compétents de cet État**, maintenant ainsi la possibilité ouverte par la rédaction actuelle de l'article 695-9-33.

Le second alinéa de l'article 696-9-33, relatif à la présentation des raisons de la demande de transmission, est modifié, pour que ses dispositions intègrent le point de contact unique.

B. DEMANDES D'INFORMATIONS ÉMISES PAR UN SERVICE OU UNE UNITÉ SPÉCIALEMENT DÉSIGNÉ

1. Transmission au point de contact unique français

Dans le cas où la demande est adressée **par un service ou une unité spécialement désigné** (et non par le point de contact unique), une copie de la demande doit être envoyée en même temps au point de contact unique, sauf s'il existe des motifs laissant supposer que cet envoi compromettrait un ou plusieurs des éléments suivants :

— une enquête en **cours hautement sensible**, pour laquelle le traitement de l'information requiert un niveau de confidentialité approprié ;

— les **affaires de terrorisme** n'impliquant pas la gestion de situations d'urgence ou de crise ;

— la **sécurité des personnes**.

2. Demande de transmission d'informations adressée directement à un service compétent d'un État membre

Lorsque la demande de transmission d'informations est adressée directement à un service compétent d'un État membre, une copie de cette demande est envoyée en même temps au point de contact unique de cet État, sauf s'il existe des motifs laissant supposer que cet envoi compromettrait un ou plusieurs des éléments mentionnés au 1. du présent B.

3. Transmission à Europol

Une copie de la demande de transmission d'informations peut être transmise à Europol, dans la mesure où elle porte sur une infraction relevant des objectifs mentionnés à l'article 3 du règlement (UE) 2016/794.

Les objectifs d’Europol tels que fixés par l’article 3 du règlement (UE) 2016/794

En application de l’article 3 du règlement (UE) 2016/794, Europol appuie et renforce l’action des autorités compétentes des États membres et leur collaboration mutuelle notamment en ce qui concerne la prévention de la **criminalité grave affectant deux ou plusieurs États membres**, ainsi que celle du **terrorisme** et des formes de criminalité qui portent atteinte à un intérêt commun faisant l’objet d’une politique de l’Union européenne.

Ses objectifs s’étendent également aux infractions pénales connexes (celles commises pour se procurer les moyens de perpétrer des actes relevant de la compétence d’Europol, les infractions pénales commises pour faciliter l’exécution d’actes relevant de la compétence d’Europol, ou les infractions pénales commises dans le but d’assurer l’impunité de ceux qui commettent des actes relevant de la compétence d’Europol).

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté en commission spéciale deux amendements du rapporteur ⁽¹⁾, qui ont pour effet de **supprimer la possibilité d’échanges directs** entre services compétents n’ayant pas été « désignés », et de rendre systématiquement obligatoire le passage par le point de contact unique.

Cette rédaction ajoute également à l’article 695-9-33 du CPP le principe selon lequel la sollicitation des informations se fait dans le **strict respect des principes de nécessité et de proportionnalité** ⁽²⁾.

Enfin, il précise, dans les motifs permettant de ne pas transmettre une copie de la demande d’information au point de contact unique de la France et aux points de contact unique de l’État membre, que le motif de l’enquête en cours hautement sensible concerne « *notamment* » les « *enquêtes relatives aux infractions prévues au livre IV du titre Ier du code pénal* ⁽³⁾ et à l’article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure ⁽⁴⁾ ».

(1) Amendement COM-29 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-29.html et amendement COM-30 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-30.html

(2) Amendement COM-29.

(3) « Des crimes et délits contre la Nation, l’État et la paix publique ».

(4) Il peut s’agir par exemple de la prévention du terrorisme ou de violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique.

*

* *

CHAPITRE III

DISPOSITIONS APPLICABLES AUX DEMANDES D'INFORMATIONS REÇUES PAR LES SERVICES FRANÇAIS

Article 24

(art. 695-9-37 et art. 695-9-38 du code de procédure pénale)

Dispositions relatives aux transmissions d'informations sur demande ou spontanées émises par les services français

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 24 du projet de loi transpose les dispositions de la directive du 10 mai 2023 relatives aux émissions d'informations, sur demande ou spontanées, des services français aux points de contact uniques et aux services compétents des États membres.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

Aucune.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté trois amendements qui modifient la rédaction initiale, afin de tirer les conséquences des modifications apportées aux précédents articles et d'ajouter à l'article 695-9-37 du code de procédure pénale (CPP) les délais de réponse aux demandes d'information reçues par des services répressifs français.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

La directive du 10 mai 2023 prévoit qu'afin de permettre la souplesse nécessaire pour les besoins opérationnels, deux moyens d'échanges d'informations doivent exister en plus des demandes d'informations soumises aux points de contact uniques :

— la communication non sollicitée d'informations par un point de contact unique ou un service répressif compétent au point de contact unique ou au service répressif compétent d'un autre État membre **sans demande préalable**, c'est-à-dire la communication d'informations de sa propre initiative ;

— la communication d'informations **à la suite d'une demande** d'informations soumise soit par un point de contact unique, soit par un service

répressif compétent, directement au service répressif compétent d'un autre État membre.

L'article 7 de la directive du 10 mai 2023 concerne spécifiquement la communication d'informations sur propre initiative. Il dispose que les États membres peuvent communiquer, de leur propre initiative, par l'intermédiaire de leur point de contact unique ou de leurs services répressifs compétents, les informations dont ils disposent aux points de contact uniques ou aux services répressifs compétents d'autres États membres, lorsqu'il existe des raisons objectives de penser que ces informations pourraient présenter un intérêt pour ces autres États membres dans le cadre de la prévention ou de la détection des infractions pénales, ou des enquêtes en la matière. Les États membres **peuvent autoriser leurs services répressifs compétents à ne pas envoyer**, en même temps qu'ils communiquent des informations au point de contact unique ou aux services répressifs compétents d'un autre État membre, **une copie de ces informations au point de contact unique de leur État membre ou au point de contact unique de cet autre État membre**, lorsque cela compromettrait un ou plusieurs des éléments suivants : une enquête en cours hautement sensible, pour laquelle le traitement de l'information requiert un niveau de confidentialité approprié, les affaires de terrorisme n'impliquant pas la gestion de situations d'urgence ou de crise, ou encore la sécurité d'une personne.

L'article 8 de la même directive concerne les échanges d'informations à la suite de demandes soumises directement aux services répressifs compétents. Lorsque leur point de contact unique soumet une demande d'informations directement à un service répressif compétent d'un autre État membre, les États membres veillent à ce qu'il envoie en même temps une copie de cette demande au point de contact unique de cet autre État membre. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un de leurs services répressifs compétents communique des informations en réponse à une telle demande, il envoie en même temps une copie de ces informations au point de contact unique de son État membre. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un de leurs services répressifs compétents soumet une demande d'informations ou communique des informations en réponse à une telle demande directement à un service répressif compétent d'un autre État membre, il envoie en même temps une copie de cette demande ou de ces informations au point de contact unique de son État membre et au point de contact unique de cet autre État membre. Les **États membres peuvent autoriser leur point de contact unique ou leurs services répressifs compétents à ne pas envoyer de copies** des demandes ou des informations lorsque cela compromettrait un ou plusieurs des éléments mentionnés au paragraphe précédent.

B. DROIT INTERNE

Les dispositions applicables aux **demandes d'informations reçues par les services français** sont codifiées aux articles 695-9-37 et suivants du CPP.

1. Les transmissions d'informations sur demande

L'article 695-9-37 du CPP dispose que les services et unités mentionnés à l'article 695-9-31 (voir précédemment) transmettent, **à leur demande**, aux services compétents des États membres les informations utiles à la prévention d'une infraction ou aux investigations tendant à en établir la preuve ou à en rechercher les auteurs.

2. Les transmissions spontanées d'informations

L'article 695-9-38 du même code prévoit que, si des faits permettent de penser que des informations mentionnées à l'article 695-9-31 pourraient être utiles à un autre État membre, soit pour prévenir une infraction entrant dans l'une des catégories énumérées à l'article 694-32 et punie en France d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, soit pour conduire les investigations tendant à établir la preuve ou à rechercher les auteurs d'une telle infraction, le service ou l'unité qui détient ces informations les transmet, **sans demande préalable**, aux services compétents de cet État.

3. Les délais de transmission des informations

L'article R. 49-36 du CPP dispose que :

— lorsque la demande d'information se rapporte à une infraction entrant dans l'une des catégories énumérées à l'article 695-23 de ce code (article relatif au refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen) et punie en France d'une peine d'au moins trois ans de prison, et que les informations sollicitées sont directement accessibles dans un traitement automatisé de données, les services et unités mentionnés à l'article 685-9-31 du même code peuvent demander au service compétent de l'État requis qu'elles leur soient transmises, en cas d'urgence, dans un délai maximum de **huit heures** et, en l'absence d'urgence, dans un délai maximum de **sept jours** ;

— dans les autres cas, les services compétents de l'État requis peuvent être invités à transmettre les informations demandées dans un délai maximum de **quatorze jours**.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. MODIFICATIONS APPORTÉES À L'ARTICLE 695-9-37 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE RELATIF AUX TRANSMISSIONS D'INFORMATIONS SUR DEMANDE

L'article 24 du projet de loi réécrit l'article 695-9-37 du CPP pour disposer que le **point de contact unique** créé par l'article 22 du projet de loi transmet, **à leur demande, aux points de contact uniques spécialement désignés des États**

membres les informations mentionnées à l'article 695-9-31 du même code, qui sont utiles à la prévention d'une infraction ou aux investigations tendant à en établir la preuve ou à en rechercher les auteurs, dans le strict respect des principes de nécessité et de proportionnalité.

Lorsqu'une demande d'informations a été adressée directement à l'un des services et unités mentionnés au premier alinéa de l'article 695-9-31, celui-ci **envoie en même temps une copie de sa transmission d'informations au point de contact unique**, sauf s'il existe des motifs laissant supposer que cet envoi compromettrait un ou des éléments identiques à ceux mentionnés dans le dispositif de l'article 23 pour la non transmission des copies aux points de contacts unique : sécurité des personnes, affaires de terrorisme n'impliquant pas la gestion de situation d'urgence ou de crises et enquêtes en cours et hautement sensibles.

Lorsque les informations sont transmises à un service compétent d'un État membre, **une copie de cette transmission est envoyée en même temps au point de contact unique de cet État**, sauf s'il existe des motifs laissant supposer que cet envoi compromettrait un ou plusieurs des éléments dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves qu'à l'alinéa précédent.

B. MODIFICATIONS APPORTÉES À L'ARTICLE 695-9-38 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE RELATIF AUX TRANSMISSIONS SPONTANÉES D'INFORMATIONS

L'article 24 du projet de loi réécrit l'article 695-9-38 du CPP pour y disposer que, si des faits permettent de penser que des informations mentionnées à l'article 695-9-31 du même code pourraient être utiles à un autre État membre ⁽¹⁾, soit pour prévenir une infraction entrant dans l'une des catégories énumérées à l'article 694-32 de ce code et punie en France d'une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement ⁽²⁾, ou une infraction entrant dans le champ de compétence d'Europol visée à l'article 3, paragraphe 1 ou 2, du règlement (UE) 2016/794 du 11 mai 2016 ⁽³⁾, soit pour conduire les investigations tendant à établir la preuve ou à rechercher les auteurs d'une telle infraction, le service ou l'unité qui détient ces informations ou **le point de contact unique mentionné à l'article 695-9-31-1 les transmet spontanément** aux services compétents ou **au point de contact unique** de cet État.

(1) *Sous réserve des dispositions de l'article 695-9-40 du CPP (transmission des informations qu'avec l'autorisation préalable d'un magistrat chaque fois que cette autorisation est requise en France pour accéder à ces mêmes informations ou les transmettre à un service ou à une unité de police judiciaire) et du 1° de l'article 695-9-41 du même code (si des motifs laissent penser que leur communication porterait atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État en matière de sécurité nationale).*

(2) *Cette disposition est identique à l'actuelle rédaction de l'article 695-9-38 du CPP.*

(3) *Il s'agit ici d'une extension du périmètre des infractions concernées, notamment, aux faits de criminalité grave affectant deux ou plusieurs États membres, aux infractions pénales commises pour se procurer les moyens de perpétrer des actes relevant de la compétence d'Europol, ou encore à celle qui sont commises pour faciliter l'exécution d'actes relevant de la compétence d'Europol, ou pour les perpétrer.*

Lorsque les informations utiles à un autre État membre concernent une infraction qui n'entre pas dans les prévisions de l'alinéa précédent, le service ou l'unité mentionné au premier alinéa de l'article 695-9-31 du CPP qui détient ces informations, ou le **point de contact unique** mentionné à l'article 695-9-31-1 du même code, peut **prendre l'initiative de les transmettre aux services compétents ou au point de contact unique de cet État.**

Lorsque les informations sont transmises par un des services et unités mentionnés au premier alinéa de l'article 695-9-31, celui-ci **envoie concomitamment une copie de sa transmission d'informations au point de contact unique**, dans les conditions et sous les réserves prévues à l'article 695-9-33. Dans les conditions et sous les réserves prévues à ce même article, lorsque les informations sont transmises à un service compétent d'un État membre, une copie de cette transmission est envoyée concomitamment au point de contact unique de cet État.

L'article précise enfin que la transmission d'informations est traduite dans l'une des langues acceptées par l'État membre destinataire ⁽¹⁾.

L'article 25 du projet de loi transpose ainsi les dispositions de la directive du 10 mai 2023 relatives à l'instauration des points de contact uniques aux articles du CPP portant sur les transmissions d'informations émises par les services français, et élargit le champ des infractions permettant une transmission spontanée d'informations.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Le Sénat a adopté en commission trois amendements du rapporteur ⁽²⁾.

Ces amendements tirent les conséquences des modifications rédactionnelles apportées à l'article 22 du projet de loi. Ils ajoutent une précision à la liste des exceptions prévues à l'envoi d'une copie de la transmission d'informations au point de contact unique en lien avec une enquête en cours hautement sensible, pour laquelle le traitement de l'information requiert un niveau de confidentialité approprié. Il serait ainsi que précisé que ces exceptions s'appliquent « *notamment s'agissant des enquêtes relatives aux infractions prévues au livre IV du titre I^{er} du code pénal et à l'article L. 911-3 du code de la sécurité intérieure* ». Ils précisent

(1) Conformément à l'article 11 de la directive (UE) 2023/977 du 10 mai 2023.

(2) Amendement COM-31 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-31.html ;
Amendement COM-32 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-32.html ;
Amendement COM-33 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-33.html

que la notion de crise est celle « *au sens de l'article L. 742-2-1 du code de sécurité intérieure* » ⁽¹⁾.

La rédaction adoptée **inscrit également dans la loi les délais de réponse aux demandes d'information reçues par des services répressifs français** (huit heures pour les demandes urgentes portant sur des informations directement accessibles, trois jours civils pour les demandes urgentes portant sur des informations indirectement accessibles, sept jours civils pour toutes les autres demandes). Ces délais sont prévus à l'article 5 de la directive du 10 mai 2023. L'article 24 ainsi réécrit dispose également que, lorsque les informations demandées ne peuvent être transmises qu'avec l'autorisation préalable d'un magistrat, il peut être dérogé à ces délais. Dans ce cas, le point de contact unique mentionné au premier alinéa de l'article 695-9-31 du CPP en informe sans délai le point de contact unique ou le service spécialement désigné qui est demandeur, en précisant la durée et les motifs du retard de transmission ; il tient celui-ci informé dès que possible de la suite accordée à la demande par le magistrat compétent.

*

* *

Article 25

(art. 695-9-39 du code de procédure pénale)

Transmission, à un État membre, des informations détenues par les services et unités et leur ayant été préalablement transmises par un autre État membre

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Cet article étend les dispositions de l'article 695-9-39 du code de procédure pénale (CPP), relatif à la transmission, à un État membre, des informations détenues par les services et unités et leur ayant été préalablement transmises par un autre État membre, aux informations détenues par le point de contact unique prévu par la directive du 10 mai 2023. Il prévoit également dans quelles conditions ces informations peuvent être transmises à Europol.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

Aucune modification législative intervenue.

(1) *Des événements de nature à entraîner un danger grave et imminent pour la sécurité, l'ordre ou la santé publics, la préservation de l'environnement, l'approvisionnement en biens de première nécessité ou la satisfaction des besoins prioritaires de la population.*

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a apporté, en commission spéciale et à l'initiative du rapporteur, des modifications de coordination avec les amendements adoptés aux précédents articles.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

Le *d*) de l'article 3 de la directive du 10 mai 2023 dispose que chaque État membre veille à ce que, lorsque les informations demandées ont été initialement obtenues auprès d'un autre État membre ou d'un pays tiers, il ne communique ces informations **à un autre État membre ou à Europol** qu'avec le consentement de l'État membre ou du pays tiers qui a initialement communiqué les informations, et conformément aux conditions imposées par ceux-ci à leur utilisation.

B. DROIT INTERNE

L'article 695-9-39 du CPP dispose que :

— lorsque les informations détenues par les services et unités mentionnés à l'article 695-9-31 du même code leur ont été transmises par un État membre **sur le fondement des dispositions de la décision-cadre 2006/960/JAI**, ces informations ne peuvent être transmises à un autre État membre qu'avec l'accord de l'État qui les avait transmises et dans les conditions fixées par lui ;

— lorsque les informations détenues par ces mêmes services ou unités avaient été transmises à la France par un État membre **sur un autre fondement que la décision-cadre 2006/960/JAI ou par un État tiers**, elles ne peuvent être transmises à un autre État membre qu'avec l'accord de l'État qui les avait transmises à la France, et dans les conditions fixées par lui chaque fois que la France y est tenue par ses engagements internationaux.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Conformément à la directive du 10 mai 2023, qui prévoit l'instauration de points de contact uniques pour les échanges d'informations en matière répressive, l'article 25 du projet de loi modifie l'article 695-9-39 du CPP afin d'**étendre ses dispositions aux informations détenues par le point de contact unique**.

Il prévoit également la possibilité que les **informations puissent être transmises à Europol**, en plus d'un autre État membre et dans les mêmes conditions.

Enfin, il modifie la rédaction du même article en remplaçant la mention de la décision-cadre 2006/960/JAI par celle de la directive (UE) 2023-977 du 10 mai 2023.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

La commission spéciale du Sénat a adopté un amendement du rapporteur ⁽¹⁾, qui est un simple amendement de coordination tirant les conséquences des modifications apportées par la Commission aux précédents articles.

*

* *

Article 26

(art. 695-9-40, art. 695-9-41, art. 695-9-42, art. 695-9-43, art. 695-9-44, art. 695-9-45, art. 695-9-45-1 [nouveau], art. 695-9-46, et art. 695-9-47 du code de procédure pénale)

Dispositions relatives à l'intervention de l'autorité judiciaire en matière d'échanges d'informations, aux refus de communication des informations demandées et à l'utilisation des informations transmises

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 26 du projet de loi tire les conséquences des dispositions de la directive du 10 mai 2023 relatives au point de contact unique dans les articles du code de procédure pénale relatifs à l'autorisation préalable d'un magistrat dans certaines situations de transmissions d'informations au point de contact unique de l'État membre qui les a demandées, aux refus de communication des informations et aux conditions d'utilisation des informations transmises.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article 52 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a modifié l'article 695-9-46 du code de procédure pénale, en remplaçant la mention d'Europol par celle d'« unité Europol ».

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a précisé que le point de contact unique ne pouvait refuser de communiquer les informations demandées par un État que lorsque le magistrat compétent en a refusé la communication, et non en l'absence d'autorisation préalable. Il a

(1) Amendement COM-34 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-34.html

également adopté des mesures de coordination tirant les conséquences des modifications apportées aux précédents articles.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. LE DROIT EUROPÉEN

1. L'exigence d'une autorisation judiciaire préalable à la communication d'informations

La directive du 10 mai 2023 dispose que « *l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable pour la communication d'informations, lorsque le droit national la prévoit, constitue une garantie importante qu'il convient de respecter* ». Cependant, les systèmes juridiques des États membres diffèrent et la directive, d'après ses propres termes « *ne devrait pas être comprise comme portant atteinte aux règles et aux conditions concernant les autorisations judiciaires préalables prévues par le droit national* ».

L'article 9 de la directive prévoit donc deux hypothèses :

— l'État membre n'exige pas d'autorisation judiciaire pour la communication d'informations au point de contact unique ou aux services répressifs compétents d'autres États membres **lorsque son droit national n'exige pas une telle autorisation judiciaire pour une communication d'informations similaires au sein de cet État membre** ;

— lorsque le **droit national exige une autorisation judiciaire pour la communication d'informations au point de contact unique ou aux services répressifs compétents d'autres États membres**, les États membres veillent à ce qu'ils prennent immédiatement toutes les mesures nécessaires pour obtenir cette autorisation judiciaire dès que possible.

2. Les refus de communication des informations

L'article 6 de la directive du 10 mai 2023 prévoit que les États membres veillent à ce que leur point de contact unique ne **refuse** de communiquer les informations demandées **que dans la mesure où l'un des motifs suivants s'applique** :

a) le point de contact unique et les services répressifs compétents de l'État membre qui a reçu la demande **ne disposent pas des informations demandées** ;

b) la demande d'informations **ne satisfait pas aux exigences** énoncées à l'article 4 de la directive [relatif aux demandes d'informations aux points de contact uniques] ;

c) l'**autorisation judiciaire** exigée en vertu du droit national de l'État membre qui a reçu la demande conformément à l'article 9 **a été refusée** ;

d) les informations demandées constituent des **données à caractère personnel** autres que celles relevant des catégories de données à caractère personnel visées à l'article 10, point b) ;

e) les informations demandées se sont révélées **inexactes, incomplètes** ou ne **sont plus à jour** et ne peuvent être communiquées conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive (UE) 2016/680 ;

f) il existe des raisons objectives de penser que la communication des informations demandées serait **contraire ou porterait atteinte aux intérêts essentiels de la sécurité nationale** de l'État membre qui a reçu la demande, compromettrait **le bon déroulement d'une enquête en cours** en matière pénale ou la **sécurité d'une personne physique** ou porterait indûment atteinte aux **intérêts importants protégés d'une personne morale** ;

g) la demande concerne une infraction pénale punissable d'une peine d'emprisonnement **maximale d'un an ou moins** en vertu du droit de l'État membre qui a reçu la demande, une affaire qui ne constitue **pas une infraction pénale** en vertu du droit de l'État membre qui a reçu la demande, ou les informations demandées ont été initialement obtenues d'un autre État membre ou d'un pays tiers, et l'État membre ou le pays tiers en question n'a pas consenti à la communication des informations.

B. LE DROIT INTERNE

1. L'intervention d'un magistrat dans certaines situations de transmissions d'informations

L'article 695-9-40 du code de procédure pénale **prévoit la nécessité de l'intervention d'un magistrat dans certaines situations de transmissions d'informations**. En effet, les informations ne peuvent être transmises aux services compétents de l'État membre qui les a demandées qu'avec l'autorisation préalable d'un magistrat chaque fois que cette autorisation est requise pour accéder à ces mêmes informations ou les transmettre à un service ou à une unité de police judiciaire. Lorsque cette autorisation est nécessaire, **le service ou l'unité à laquelle les informations sont demandées la sollicite auprès du magistrat compétent**. Enfin, les pièces d'une procédure pénale en cours ne peuvent être transmises, selon le cas, qu'avec l'accord de la juridiction d'instruction ou, lorsqu'une enquête est en cours ou que la juridiction de jugement est saisie, du ministère public.

2. Le refus de communiquer des informations demandées par un État membre

L'article 695-9-41 dispose que les services et unités mentionnés à l'article 695-9-31 **ne peuvent refuser de communiquer les informations demandées par un État membre** que s'il existe des motifs laissant supposer que leur communication :

— **porterait atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État** en matière de **sécurité nationale** ;

— nuirait au déroulement **d'investigations** en matière **pénale** ou compromettrait la **sécurité des personnes** ;

— ou serait **manifestement disproportionnée** ou **sans objet** au regard des finalités pour lesquelles elle a été demandée.

L'article 695-9-42 prévoit que les services et unités mentionnés à l'article 695-9-31 **peuvent refuser de transmettre les informations demandées lorsqu'elles se rapportent à une infraction punie en France d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à un an** et qu'elles ne leur **paraissent pas présenter un intérêt suffisant** pour justifier les contraintes attachées à leur transmission.

3. Les conditions d'utilisation des informations transmises

L'article 695-9-43 prévoit que lors de la transmission de l'information, le service ou l'unité mentionnée à l'article 695-9-31 **indique au service destinataire les conditions d'utilisation** de celle-ci. Lorsqu'il l'estime utile, il peut également demander au service destinataire de **l'informer de l'utilisation qui a été faite** de l'information transmise.

L'article 695-9-44 précise que lorsqu'une information a été transmise par l'un de ces services ou l'une de ces unités au service compétent d'un État membre et que celui-ci envisage de la communiquer à un autre État ou d'en faire une **utilisation différente** de celle pour laquelle la transmission avait été décidée, le service ou l'unité qui avait procédé à la transmission initiale est compétent pour **apprécier s'il y a lieu d'autoriser**, à la demande de l'État destinataire, le **retransmission** ou la nouvelle utilisation de l'information et, le cas échéant, pour fixer les conditions de celle-ci.

L'article 695-9-45 dispose que les informations transmises par les services et unités concernés peuvent être utilisés par le service destinataire **à titre de preuve**, sauf mention contraire lors de leur transmission.

L'article 695-9-46 prévoit que les informations transmises par les services ou unités concernés aux services compétents d'un État membre sont également

transmises à l'Agence Eurojust et à l'unité d'Europol dans la mesure où elles portent sur une infraction relevant de leur mandat.

4. Point de contact auquel les demandes de transmission d'informations peuvent être adressées par les services compétents des États membres

Enfin, aux termes de l'article 695-9-47 du même code, un arrêté du ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre chargé du **budget désigne les points de contacts auxquels les demandes de transmission d'informations peuvent être adressées par les services compétents des États membres.**

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

L'article 26 du projet de loi transpose les dispositions de la directive du 10 mai 2023 au sein des articles 695-9-40 et suivants du code de procédure pénale.

1. L'intervention d'un magistrat dans certaines situations de transmissions d'informations

L'article 26 du projet de loi étend les dispositions de l'article 695-9-40 du code de procédure pénale, relatives à l'autorisation préalable d'un magistrat dans certaines situations de transmissions d'informations, **aux informations transmises au point de contact unique de l'État membre qui les a demandées**, pour tirer les conséquences de la directive du 10 mai 2023 en matière d'instauration de points de contact uniques.

Il s'agit d'une inscription dans le code de procédure pénale des dispositions de l'article 9 de la directive du 10 mai 2023.

2. Le refus de communiquer des informations demandées par un État membre

Ce même article réécrit l'article 695-9-41 du même code, relatif aux refus de communication des informations demandées par un État membre, pour y prévoir que le point de contact unique ne peut refuser de communiquer les informations demandées par un État membre qu'en présence d'un des motifs suivants :

— des raisons objectives laissant penser que la communication des informations demandées porterait **atteinte aux intérêts fondamentaux** de l'État en matière de sécurité nationale, **nuirait au déroulement d'investigations** en matière pénale ou **compromettrait la sécurité des personnes**, serait manifestement **disproportionnée** ou sans objet au regard des **finalités** pour lesquelles elle a été demandée ⁽¹⁾, ou porterait atteinte aux intérêts importants protégés d'une personne morale ;

(1) Ces raisons sont reprises de l'actuelle rédaction de l'article 695-9-41 du code de procédure pénale.

— les informations demandées ne sont **pas disponibles**, se sont révélées **inexactes, incomplètes**, ou ne sont **plus à jour** ou **constituent des données autres que celles relevant des catégories de données à caractère personnel** énumérées à l'annexe II, section B du règlement (UE) 2016/794 du 11 mai 2016, se rapportent à une infraction punie en France d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à un an ou à des faits qui ne constituent pas une infraction pénale, l'État mentionné à l'article 695-9-39 n'a pas consenti à la communication, ou le magistrat compétent ou la juridiction compétente n'a pas donné son autorisation préalable ou son accord à la communication, conformément à l'article 695-9-40 du même code.

Il abroge en conséquence l'article 695-9-42 relatif aux refus de transmission des informations lorsqu'elles se rapportent à certaines infractions ou qu'elles ne paraissent pas présenter un intérêt suffisant.

Il s'agit d'une inscription dans le code de procédure pénale des dispositions de l'article 6 de la directive du 10 mai 2023.

3. Les conditions d'utilisation des informations transmises

L'article 26 réécrit l'article 695-9-44, relatif à la transmission d'information par un service ou unité qui envisage de la communiquer à un autre État ou d'en faire une utilisation différente de celle pour laquelle transmission avait été décidée. Il étend en effet ses dispositions aux informations transmises par le point de contact unique et à celles transmises aux points de contact uniques.

Il étend également l'article 695-9-45 du même code, relatif à la valeur **probatoire des informations transmises, aux informations transmises par le point de contact unique**. Il complète néanmoins ces dispositions d'un nouvel article, l'article 695-9-45-1, prévoyant que si des données à caractère personnel transmises par le point de contact unique ou par le service ou l'unité mentionné à l'article 695-9-31 se révèlent inexactes, incomplètes ou ne sont plus à jour, ceux-ci informent sans tarder leur destinataire de l'effacement, de la rectification ou de la limitation du traitement de ces données.

L'article 26 du projet de loi réécrit enfin l'article 695-9-46 du même code, relatif aux transmissions parallèles à l'Agence Eurojust et à l'unité Europol. Ainsi réécrit, l'article 695-9-46 dispose que sous réserve des dispositions des articles 695-9-39, 695-9-43 et 695-9-44, les informations transmises par le point de contact unique ou par les services ou unités mentionnés à l'article 695-9-31 au point de contact unique ou aux services compétents d'un État membre peuvent être également transmises à l'Agence Eurojust et à Europol lorsqu'elles portent sur une infraction relevant des objectifs énoncés à l'article 3 du règlement (UE) 2016-794.

4. Point de contact auquel les demandes de transmission d'informations peuvent être adressées par les services compétents des États membres

L'article 26 supprime, enfin, l'article 695-9-47 du code de procédure pénale relatif à l'arrêté désignant les points de contact auxquels les demandes de transmission d'informations peuvent être adressées par les services compétents des États membres. Cette disposition n'a en effet plus lieu d'être avec la création d'un nouvel article 695-9-31 dans le code de procédure pénale, tel que prévu par l'article 22 du projet de loi.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

La commission spéciale du Sénat a adopté deux amendements.

Le premier ⁽¹⁾ prévoit que le point de contact unique ne peut refuser de communiquer les informations demandées par un État membre que lorsque le magistrat compétent ou la juridiction compétente **a refusé la communication** (au lieu de « *n'a pas donné son autorisation préalable ou son accord à la communication, conformément à l'article 695-9-40* » dans la rédaction du projet de loi initial). Le second ⁽²⁾ est un amendement de **coordination** qui tire les conséquences des modifications que le Sénat a apporté aux articles précédents.

*

* *

(1) Amendement COM-35 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-35.html

(2) Amendement COM-36 du rapporteur M. Fargeot, accessible ici : https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-36.html

Article 27

(article 695-8-2 du code de procédure pénale)

**Adaptation du code de procédure pénale au règlement (UE) 2023/2131
du Parlement européen et du Conseil du 4 octobre 2023
relatif aux échanges d'informations numériques
dans les affaires de terrorisme**

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 27 apporte au code de procédure pénale des adaptations limitées afin de tenir compte de l'entrée en vigueur du règlement (UE) 2023/2131 du Parlement européen et du Conseil du 4 octobre 2023 qui vise à fluidifier les échanges d'informations numériques dans les affaires de terrorisme.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

- La décision du Conseil n° 2002/187/JAI du 28 février 2002 a institué l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust).
- La décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 septembre impose aux États membres de recueillir et de communiquer à Eurojust toutes les informations pertinentes concernant les poursuites et les condamnations pénales liées à des infractions terroristes, qui intéressent ou sont susceptibles d'intéresser deux États membres ou plus.
- Le règlement (UE) 2018/1727 a abrogé la décision du Conseil du 28 février 2002 et constitue désormais le texte de référence pour Eurojust.
- Le règlement 2023/2131 du Parlement européen et du Conseil du 4 octobre 2023 a précisé les obligations à la charge des États membres en matière d'échange d'informations dans les affaires de terrorisme, afin de remédier aux insuffisances constatées (informations non transmises ou transmission d'informations obsolètes).

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

La commission spéciale du Sénat a adopté un amendement faisant du parquet national antiterroriste l'autorité compétente auprès d'Eurojust.

1. L'état du droit

Le règlement (UE) 2023/2131 du Parlement européen et du Conseil du 4 octobre 2023 modifiant le règlement (UE) 2018/1727 du Parlement européen et du Conseil et la décision 2005/671/JAI du Conseil a rénové le cadre applicable aux échanges d'informations en matière de terrorisme entre les autorités nationales

compétentes et l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) ⁽¹⁾.

Ce règlement précise les obligations mises à la charge des États membres en la matière. Notamment, ces derniers doivent informer Eurojust de toute enquête pénale, poursuite ou procédure judiciaire concernant une infraction terroriste dès que les autorités judiciaires sont saisies de l'affaire, qu'il existe ou non un lien connu avec un autre État membre ou un pays tiers, à moins que l'enquête pénale, en raison des circonstances particulières qui s'y rapportent, ne concerne manifestement qu'un seul État membre ou que le partage d'information risque de compromettre une enquête en cours ou la sécurité d'une personne ou serait contraire aux intérêts essentiels de l'État membre concerné en matière de sécurité.

S'agissant d'un règlement, les dispositions qu'il comporte sont d'application directe en droit interne. Il convient cependant d'adapter le code de procédure pénale à l'entrée en vigueur de ce règlement sur deux points. En effet, l'article 695-8-2 du code de procédure pénale prévoit qu'Eurojust est informé ⁽²⁾ par le procureur général, le procureur de la République ou le juge d'instruction des investigations, procédures et condamnations relatives aux infractions terroristes « *qui intéressent, ou sont susceptibles d'intéresser, au moins un autre État membre* » (alors que le règlement prévoit qu'Eurojust est informé qu'il existe ou non un lien connu avec un autre État membre). En outre, les seules dérogations prévues par cet article à l'obligation de transmission sont liées à un risque « *d'atteinte à la sécurité de la Nation ou à compromettre la sécurité d'une personne* », alors que le règlement prévoit aussi l'hypothèse où la transmission pourrait compromettre une enquête en cours.

2. Le dispositif proposé

Le présent article modifie donc sur deux points l'article 695-8-2 du code de procédure pénale.

En premier lieu, il prévoit que le membre national d'Eurojust est informé des investigations, procédures et condamnations relatives aux infractions terroristes, « *à l'exception de celles qui ne concernent manifestement pas les autres États* ». La transmission pourra donc intervenir même en l'absence de lien connu. Cette formulation reprend celle de l'article 1^{er} du règlement 2023/2131.

(1) *Eurojust a « pour but de promouvoir et améliorer la coordination et la coopération entre les autorités judiciaires compétentes des États membres, en particulier en ce qui concerne la grande criminalité transfrontière (terrorisme, cybercriminalité, blanchiment d'argent, trafic d'armes ou de stupéfiants, etc.) » (étude d'impact). Eurojust est composée de procureurs, de magistrats et d'officiers de police de chaque État membre.*

(2) *Eurojust est informé par l'intermédiaire d'un « membre national », un magistrat hors hiérarchie mis à disposition de cette agence (article 695-8 du code de procédure pénale).*

En second lieu, il permet de déroger à l'obligation de transmission pour l'hypothèse des infractions terroristes de nature à compromettre une enquête en cours.

3. Les modifications apportées par le Sénat

La commission spéciale a adopté un amendement du rapporteur Daniel Fargeot pour préciser que l'autorité nationale compétente en tant que correspondant national pour Eurojust pour les questions de terrorisme est le parquet national antiterroriste (PNAT) ⁽¹⁾.

En effet, l'article 1^{er} du règlement 2023/2131 modifie l'article 20 du règlement 2018/1727 et insère un paragraphe qui prévoit que chaque État membre désigne *« une autorité nationale compétente en tant que correspondant national pour Eurojust pour les questions de terrorisme. Ce correspondant national pour les questions de terrorisme est une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente. Lorsque l'ordre juridique national l'exige, un État membre doit pouvoir désigner plusieurs autorités nationales compétentes en tant que correspondant national pour Eurojust pour les questions de terrorisme. Le correspondant national pour les questions de terrorisme a accès à toutes les informations pertinentes conformément à l'article 21 bis, paragraphe 1. Il est compétent pour recueillir ces informations et les transmettre à Eurojust, conformément au droit national et au droit de l'Union, en particulier le droit de la procédure pénale national et les règles applicables en matière de protection des données. »*

Selon l'exposé des motifs, cet amendement tend à remédier à l'absence de disposition relative à l'identité ou aux modalités de désignation de ce correspondant national. L'objectif est de permettre au PNAT de maîtriser le partage de données judiciaires produites en France en matière de terrorisme, dans la mesure où il est la seule entité productrice de telles données et afin *« d'écartier le risque d'une dispersion qui porterait atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou qui nuirait à une enquête en cours. »*

Le rapport de nos collègues sénateurs sur le présent projet de loi fait état de *« vives inquiétudes »* émises par le PNAT, qui n'a pas été consulté lors des négociations sur la procédure instituée par le règlement 2023/2131. Ces inquiétudes portent sur l'identité de l'autorité nationale compétente en tant que correspondant national pour Eurojust en matière de terrorisme, sur les conséquences opérationnelles de la réforme (risque de dispersion de données sensibles), et sur la nécessité d'assurer un degré adapté de sécurisation informatique pour les informations les plus sensibles.

(1) Amendement n° COM-40.

https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-40.html

Toutefois, il ressort des auditions menées par votre rapporteur que les échanges d'information avec Eurojust en matière de terrorisme reposent sur deux autorités distinctes.

En premier lieu, les autorités nationales compétentes (mentionnées à l'article 21 *bis* du règlement 2018/1727 modifié par le règlement 2023/2131), qui ont pour mission de transmettre à Eurojust les informations nécessaires en matière de terrorisme, sont les procureurs de la République, les procureurs généraux et les juges d'instruction mentionnés à l'article 695-8-2 du code de procédure pénale précité. En pratique, la direction des affaires criminelles et des grâces a indiqué à votre rapporteur **qu'il s'agissait du PNAT**, qui dispose d'une compétence nationale quasi-exclusive en matière de terrorisme. *« Du fait de cette mission, le PNAT dispose d'une maîtrise totale sur la diffusion des informations qu'il transmet à Eurojust, dont il est un interlocuteur direct et habituel depuis de nombreuses années. »*

En second lieu, « l'autorité nationale compétente en tant que correspondant national pour Eurojust pour les questions de terrorisme », mentionné à l'article 20 modifié du règlement 2018/1727, veille plus généralement à ce qu'Eurojust soit informé de manière fiable et efficace et s'assure de la bonne articulation du système national de coordination Eurojust avec le réseau judiciaire européen. Ce correspondant national a jusqu'à présent été **désigné par circulaire** ⁽¹⁾. **Il s'agit du directeur des affaires criminelles et des grâces (DACG)**, ce qui s'explique par son rôle de coordination et de contrôle de l'application des instructions générales d'action publique par les parquets généraux et les parquets locaux.

Selon les informations transmises à votre rapporteur, cette répartition des tâches, qui devrait être reconduite, a été fixée en bonne entente avec le PNAT, et *« la Chancellerie réfléchit actuellement, en concertation avec le PNAT, à la meilleure manière d'associer le PNAT à ce rôle de coordination nationale, sans entraîner un surcroît d'activité préjudiciable à ce dernier. »*

*

* *

(1) Circulaire du 18 février 2014 relative aux fonctions et prérogatives de l'unité Eurojust, telles qu'issues de l'entrée en vigueur de la décision 2009/426/JAI et des dispositions de transposition de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013

<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=38022>

Article 28

Mise en conformité des dispositions du code de procédure pénale relatives au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales avec la directive 2013/48/UE

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 28 met en conformité le code de procédure pénale avec la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales sur trois points.

En premier lieu, il permet à la personne placée en garde à vue de prévenir un tiers et de communiquer avec ce dernier, quel que soit ce tiers.

En second lieu, il supprime le « délai de carence » de deux heures, à l'issue duquel l'audition peut commencer sans avocat.

En troisième lieu, il supprime la possibilité ouverte au procureur d'autoriser que l'audition débute sans attendre, lorsque les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate.

Le présent article prévoit cependant que l'audition sur les faits reste possible lorsque la personne renonce expressément à la présence de l'avocat. En outre, pour conserver un caractère opérant à la procédure, dans le cas où la personne gardée à vue désignerait un avocat choisi qui s'avèrerait injoignable, ou qui ne pourrait se présenter rapidement (dans un délai de deux heures) après avoir été avisé, le présent article dispose que l'enquêteur saisit le bâtonnier afin qu'il lui en soit commis un d'office.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

- Dans la décision QPC n° 14/22 du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a jugé le régime de la garde à vue contraire à la Constitution, notamment en ce qu'il ne garantissait pas l'assistance effective d'un avocat.
- La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 sur la garde à vue a réformé ce régime pour renforcer les droits de la défense des personnes gardées à vue.
- Dans sa décision 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 63-4-2 du code de procédure pénale (CPP) conforme aux exigences constitutionnelles, considérant que ces dispositions ne méconnaissaient ni les droits de la défense, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.
- La directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales définit des règles minimales concernant le droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales.
- La Commission européenne a émis le 28 septembre 2023 un avis motivé, qui indique que l'article 63-4-2 du CPP méconnaît la directive 2013/48/UE sur

trois points : limitation du choix pour la personne gardée à vue du tiers à informer de la privation de liberté et avec lequel communiquer, existence d'un « délai de carence » de deux heures au terme duquel la personne peut être interrogée sans avocat, et possibilité de procéder à l'audition immédiate de la personne gardée à vue sans la présence de son avocat « *pour les nécessités de l'enquête* ».

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

La commission spéciale du Sénat a adopté cinq amendements présentés par son rapporteur, M. Daniel Fargeot :

– un amendement pour inclure le tiers prévenu du placement en garde à vue dans la liste des personnes pouvant demander un examen médical du gardé à vue ;

– deux amendements identiques qui disposent, en premier lieu, qu'il appartiendra à l'avocat désigné ou commis d'office de se présenter « *sans retard indu* », en deuxième lieu, qu'il pourra être fait appel à un avocat commis d'office si l'avocat choisi ne s'est pas présenté dans un délai de deux heures et, en troisième lieu, que la renonciation à l'assistance d'un avocat au cours de la garde à vue sera consignée en procédure ;

– et deux amendements identiques qui autorisent audition immédiate du gardé à vue en cas de « *situation susceptible de compromettre sérieusement une procédure pénale* », « *pour prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* » ou « *lorsqu'il est impossible, en raison de l'éloignement géographique du lieu où se déroule la garde à vue, d'assurer le droit d'accès à un avocat sans retard indu* ».

En séance publique, le Sénat a adopté un amendement du rapporteur de sa commission spéciale pour prévoir que l'avocat, s'il se présente après le début des auditions et confrontations, pourra prendre connaissance des procès-verbaux des auditions et confrontations ayant eu lieu en son absence, et pour préciser l'intégration de l'éventuelle renonciation à l'avocat au procès-verbal.

IV. L'ÉTAT DU DROIT

La garde à vue consiste à retenir une personne suspectée d'avoir commis un crime ou un délit dans les locaux de la police ou de la gendarmerie, en principe pour une durée de 24 heures.

Dans le cadre d'une procédure précontentieuse en manquement, la Commission européenne a estimé, dans un avis motivé du 28 septembre 2023, que, sur trois points relatifs au régime de la garde à vue, la France n'avait pas

correctement transposé la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du conseil du 22 octobre 2013 ⁽¹⁾.

1. L'absence de libre choix du tiers que la personne gardée à vue peut prévenir et avec qui elle peut communiquer

L'article 5 de la directive 2013/48/UE prévoit que les États membres veillent à ce que « *les suspects ou les personnes poursuivies qui sont privés de liberté aient le droit, s'ils le souhaitent, d'en informer sans retard indu au moins une personne qu'ils désignent, telle qu'un membre de leur famille ou un employeur.* » Son article 6 dispose que les États membres veillent à ce que les suspects ou personnes poursuivies aient « *le droit de communiquer sans retard indu avec au moins un tiers, par exemple un membre de leur famille, qu'ils désignent.* » La Commission européenne indique que ces dispositions donnent au suspect ou à la personne poursuivie le **libre choix de la personne à informer** de la privation de liberté.

Or, aux termes des articles 63-1 et 63-2 du code de procédure pénale, la personne placée en garde à vue peut prévenir « *une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe ou l'un de ses frères et sœurs* » et « *son employeur* » et, le cas échéant, communiquer avec ces personnes.

La Commission européenne estime, dans son avis motivé, qu'en prévoyant une **liste limitative de tiers** qui peuvent être informés par la personne gardée à vue et avec qui cette dernière peut communiquer, le droit national n'a pas transposé correctement la directive.

2. L'existence d'un « délai de carence » de deux heures à l'issue duquel l'audition peut commencer sans avocat

L'article 3 de la directive 2013/48/UE précitée dispose que les suspects ou personnes poursuivies « *ont accès à un avocat à partir de la survenance du premier en date des événements suivants :*

– *avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire ;*

– *lorsque des autorités chargées des enquêtes ou d'autres autorités compétentes procèdent à une mesure d'enquête ou à une autre mesure de collecte de preuves ;*

– *sans retard indu après la privation de liberté. »*

(1) Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de libertés de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires.

La Commission européenne a estimé, dans son avis motivé, qu'il résulte de ces dispositions un **droit pour le suspect ou la personne poursuivie à ce que son avocat soit physiquement présent lors de l'audition.**

Or, l'article 63-4-2 du CPP dispose que, lorsque la personne gardée à vue a sollicité l'assistance d'un avocat, la première audition, sur le fond, ne peut débuter hors la présence de ce dernier avant l'expiration d'un délai de deux heures à compter de l'avis adressé à l'avocat choisi par la personne gardée à vue (**délai « de carence »**) ou, en l'absence d'un tel choix ou en cas d'indisponibilité de l'avocat choisi, au bâtonnier ou à l'avocat de permanence. L'avocat peut, par la suite, prendre part à l'audition ou à la confrontation en cours, qui peut être interrompue à la demande de la personne gardée à vue afin de lui permettre de s'entretenir avec son conseil.

La Commission européenne estime qu'**en prévoyant un délai de carence de deux heures** à l'issue duquel la personne peut être interrogée sans avocat, le droit interne méconnaît le droit à un avocat physiquement présent posé par la directive.

3. La possibilité de procéder à l'audition immédiate de la personne gardée à vue sans la présence de son avocat « pour les nécessités de l'enquête »

L'article 3 de la directive précise que les seules dérogations au droit à la présence physique de l'avocat lors de l'audition concernent :

– le cas où les suspects ou personnes poursuivies privés de liberté ont **renoncé** de plein gré et sans équivoque à ce droit ;

– et, « *dans des circonstances exceptionnelles* », et « *dans la mesure où cela est justifié, compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, sur la base d'un des motifs impérieux suivants* : »

- lorsqu'il existe une « *nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* » ;
- ou « *lorsqu'il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale.* »

Or, l'alinéa 3 de l'article 63-4-2 du CPP prévoit que **l'audition de la personne gardée à vue peut avoir lieu immédiatement** « *lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent* », à la demande de l'officier de police judiciaire et sur décision écrite et motivée du procureur de la République. Cette formulation large renvoyait concrètement au risque de déperdition des preuves, d'atteinte à des personnes, etc.

La Commission européenne estime que les termes de cette dérogation prévue par le droit interne **méconnaissent la directive**.

Les alinéas 4 à 6 de l'article 63-4-2 du CPP **prévoient en outre**, « *à titre exceptionnel* », **une seconde possibilité de dérogation à la présence physique de l'avocat**. Sur demande de l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention (JLD) peut autoriser, par décision écrite et motivée, le **report de présence de l'avocat lors des auditions** ou confrontations, « *si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête* » :

– « *soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves* » (formulation différente du cadre posé par la directive) ;

– « *soit pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* » (formulation très proche de la directive).

Dans ce cas, le report est possible pour une **durée maximale de douze heures**, et jusqu'à vingt-quatre heures si la personne est gardée à vue pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans.

V. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article corrige le code de procédure pénale pour le mettre en conformité avec la directive 2013/48/UE sur les trois points soulevés par la Commission européenne dans son avis motivé.

1. Permettre à la personne gardée à vue de choisir librement le tiers informé de la privation de liberté et avec lequel communiquer

Les **I et II du présent article** modifient les articles 63-1 et 63-2 du CPP pour permettre à la personne placée en garde à vue de **prévenir** « *toute personne qu'elle désigne* » et de communiquer avec cette dernière, afin de corriger la transposition de la directive.

Le **III** de cet article permet à cette personne de **désigner elle-même l'avocat**, cette désignation devant être confirmée par la personne gardée à vue (disposition introduite à l'article 63-3-1 du même code).

2. La suppression du délai de carence au terme duquel l'audition peut commencer sans avocat

Ensuite, le **IV du présent article supprime le délai de deux heures** au terme duquel l'audition peut commencer sans l'avocat.

Il est donc prévu que, si la personne gardée à vue demande que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations, « *elle ne peut être entendue sur les faits sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office, sauf renonciation expresse de sa part.* »

Cette disposition correspond à l'une des dérogations prévues par l'article 3 de la directive.

Dans l'hypothèse où la personne gardée à vue désignerait un avocat qui s'avèrerait injoignable, ou qui ne pourrait se présenter dans un délai de deux heures après avoir été avisé, le **III du présent article** prévoit à l'article 63-3-1 du CPP que l'enquêteur (agent de police judiciaire ou assistant d'enquête) « *saisit sans délai le bâtonnier aux fins de désignation d'un avocat commis d'office. Il en informe la personne gardée à vue.* »

Selon l'étude d'impact, « *la suppression du délai de carence est susceptible d'avoir un impact sur le déroulement des enquêtes, dont les auditions réalisées en garde à vue constituent des actes essentiels, dès lors que ces auditions ne pourront débiter hors la présence de l'avocat, sauf exceptions ou renonciation expresse de la personne gardée à vue.*

Il semble cependant que les impacts liés à l'impossibilité de procéder à l'audition en cas de carence de l'avocat initialement contacté pourront être limités par la désignation d'un avocat commis d'office, laquelle sera susceptible d'augmenter la charge administrative et procédurale reposant sur les services enquêteurs. »

3. La suppression du motif d'audition immédiate « pour les nécessités de l'enquête »

Le **IV du présent article** supprime également, à l'article 63-4-2 du CPP, **la possibilité de commencer immédiatement** (sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République) **l'audition lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent**, là encore afin de respecter la directive.

Le présent article ne modifie en revanche pas la possibilité de report à titre exceptionnel de la présence de l'avocat pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves ou pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne.

VI. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

1. Les amendements adoptés par la commission spéciale

La commission spéciale du Sénat a adopté plusieurs amendements.

En premier lieu, elle a adopté un amendement de son rapporteur, M. Daniel Fargeot ⁽¹⁾ pour :

– supprimer la mention du droit de prévenir toute personne que la personne gardée à vue désigne à l'article 63-1 du CPP, qui prévoit les modalités d'information du gardé à vue de ses droits. Selon l'exposé des motifs, cette mention à cet article serait « inutile, la notion de "proche" figurant à l'article 63-1 du code de procédure pénale étant suffisamment large ». En tout état de cause, la faculté pour le gardé à vue de prévenir toute personne de son choix resterait ajoutée à l'article 63-2 du même code ;

– inclure, dans la liste des personnes ayant la possibilité de demander un examen médical du gardé à vue, le tiers qui a été prévenu du placement en garde à vue en application de l'article 63-2 du CPP. En l'état actuel du droit, en l'absence de demande de la personne gardée à vue, un examen médical est de droit si un membre de sa famille le demande (article 63-3 du même code). Aux termes de l'exposé sommaire, l'auteur de l'amendement estime que « la limitation de la possibilité de demander un tel examen aux seuls "membres de la famille" apparaît de nature à constituer une limitation générale contraire à la directive » ;

– procéder à des coordinations liées à la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (LOPJ).

Ensuite, la commission spéciale a adopté deux amendements identiques de son rapporteur M. Daniel Fargeot et du président de la commission des lois M. François-Noël Buffet (LR) ⁽²⁾, qui modifient certaines modalités de recours à un avocat au cours de la garde à vue, estimant, selon les exposés sommaires, que la rédaction du projet de loi est imprécise et « source d'insécurité juridique » :

– en premier lieu, ces amendements prévoient qu'il appartiendra à l'avocat désigné ou commis d'office de se présenter « sans retard indu » ;

– en deuxième lieu, ils prévoient qu'il pourra être fait appel à un avocat commis d'office si l'avocat choisi ne s'est pas présenté dans un délai de deux heures ;

(1) Amendement n° COM-37

https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-37.html

(2) Amendements n° COM-38 et COM-62

https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-38.html

– ensuite, ces amendements incluent dans le procès-verbal établi par l’officier de police judiciaire (dont le champ est actuellement prévu à l’article 64 du CPP) le choix éventuel de la personne gardée à vue de renoncer à son avocat, afin d’écarter « *le risque de nullités de procédures à chaque fois qu’une telle renonciation est exprimée* » (selon l’exposé sommaire des amendements).

Enfin, la commission spéciale a adopté deux amendements identiques de son rapporteur M. Daniel Fargeot et de M. François-Noël Buffet ⁽¹⁾, qui modifient la faculté, prévue à l’article 63-4-2 du CPP pour le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention, de reporter la présence de l’avocat en cas de « *situation susceptible de compromettre sérieusement une procédure pénale* » (tandis que l’alinéa 4 de l’article 63-4-2 du même code vise actuellement le motif de « *permettre le bon déroulement d’investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves* »).

Surtout, cet amendement crée au sein du CPP un nouvel article 63-4-2-1, qui institue une **faculté**, pour le procureur de la République, à la demande de l’officier de police judiciaire et sur décision écrite et motivée, de **décider de faire procéder immédiatement à l’audition de la personne gardée à vue**. Les auteurs souhaitent ainsi « *éviter de priver indûment les officiers de police judiciaire et les parquets de la possibilité de procéder à l’audition immédiate d’un gardé à vue tout en respectant strictement les contraintes posées par la directive* » (exposé sommaire). Cette proposition tend ainsi à s’inscrire dans le cadre posé par la directive, et l’ouvre en cas de « *situation susceptible de compromettre sérieusement une procédure pénale* », « *pour prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l’intégrité physique d’une personne* » ou « *lorsqu’il est impossible, en raison de l’éloignement géographique du lieu où se déroule la garde à vue, d’assurer le droit d’accès à un avocat sans retard indu* ».

Cette rédaction reprend en effet en partie les termes mêmes de la directive. Celle-ci ouvre la possibilité de dérogation, « *pour prévenir une atteinte grave, à la vie, à la liberté ou à l’intégrité physique d’une personne* », et en cas de « *situation susceptible de compromettre sérieusement une procédure pénale* ». Le considérant 32 de la directive cite, en particulier, l’objectif d’éviter « *la destruction ou l’altération de preuves essentielles [et d’]éviter toute interférence avec les témoins* ».

Cependant, le motif inclus par la commission spéciale pour la faculté de report de la présence de l’avocat « *lorsqu’il est impossible, en raison de l’éloignement géographique du lieu où se déroule la garde à vue, d’assurer le droit d’accès à un avocat sans retard indu* », s’il reprend les termes du paragraphe 5 de l’article 3 de la directive, **néglige la portée restrictive conférée par le considérant 30 à cette hypothèse**. Ce dernier évoque en effet l’éloignement constaté « *par exemple dans les territoires d’outre-mer ou lorsqu’un État membre*

(1) Amendements n° COM-39 et COM-63

https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-39.html

se livre ou participe à des opérations militaires en dehors de son territoire ». En outre, la rédaction retenue par le Sénat **ne précise pas, comme le fait la directive, que cette dérogation s'exerce « dans des circonstances exceptionnelles »**.

Il est prévu qu'en cas de mise en œuvre de cette procédure, la personne gardée à vue est immédiatement informée lorsque son avocat se présente. Lorsque cette présentation intervient alors qu'une audition ou une confrontation est en cours, celle-ci est interrompue à la demande de la personne gardée à vue, afin de lui permettre de s'entretenir avec son avocat et que celui-ci prenne connaissance des documents prévus à l'article 63-4-1 du CPP (procès-verbal, certificat médical). Si la personne gardée à vue ne demande pas à s'entretenir avec son avocat, celui-ci peut assister à l'audition en cours dès son arrivée dans les locaux du service de police judiciaire ou à la confrontation.

2. L'amendement adopté par le Sénat en séance publique

En séance publique, malgré la demande de retrait du Gouvernement, le Sénat a adopté un amendement du rapporteur Daniel Fargeot au nom de la commission spéciale ⁽¹⁾, pour prévoir que l'avocat, s'il se présente après le début des auditions et confrontations, pourra **prendre connaissance des procès-verbaux des auditions et confrontations ayant eu lieu en son absence**, et pour préciser **l'intégration au procès-verbal de l'éventuelle renonciation à l'avocat** par la personne gardée à vue.

*

* *

(1) Amendement n° 28

https://www.senat.fr/amendements/2023-2024/214/Amdt_28.html

Article 29

(art. 695-43 et 695-45 du code de procédure pénale)

Mise en conformité du droit français avec la décision-cadre du Conseil 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 29 met en conformité le code de procédure pénale avec la décision cadre du Conseil 2002/584/JAI du 13 juin 2002 sur deux points. En premier lieu, il restreint les exceptions au délai pour l'intervention d'une décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt en cas de saisine de la Cour de cassation. En second lieu, il supprime la condition de consentement de la personne recherchée pour son transfèrement temporaire.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

- La décision-cadre du Conseil 2002/584/JAI du 13 juin 2002 modifiée par la décision cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 définit les modalités de mise en œuvre du mandat d'arrêt européen.
- Elle a été transposée en droit français par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

1. L'état du droit

Le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté. Il remplace l'extradition par un système simplifié de remise des personnes recherchées (condamnées ou soupçonnées) entre autorités judiciaires, aux fins d'exécution des jugements ou de l'exercice de poursuites en matière pénale. Il repose sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et est opérationnel dans tous les pays de l'UE.

La commission européenne a estimé que la décision-cadre n'a pas été correctement et intégralement transposée dans le droit national et a adressé une mise en demeure au Gouvernement français le 2 décembre 2021 sur deux points.

En premier lieu, l'article 17 de la décision-cadre fixe un délai de 60 jours à compter de l'arrestation de la personne recherchée pour une décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen. Ce délai peut être porté à 90 jours « *dans des cas spécifiques* ». Cet article prévoit aussi le cas où « *dans des circonstances exceptionnelles* », un État membre ne peut respecter les délais. Il doit dans ce cas informer Eurojust en précisant les raisons du retard. En droit interne, le code de procédure pénale prévoit un délai de 27 jours pour la décision de la chambre de l'instruction sur l'exécution du mandat d'arrêt, auquel s'ajoute un délai de 43 jours au cours duquel peut encore intervenir un arrêt de la Cour de cassation. Mais si la Cour de cassation ne parvient pas à vider sa saisine dans un délai de 60 jours à compter de l'arrestation, les raisons de ce retard sont notifiées à l'État membre d'émission et s'ouvre alors un délai supplémentaire de 30 jours ⁽¹⁾. Le délai peut donc être porté à 90 jours en cas de pourvoi en cassation. La commission européenne considère que cette dérogation ne s'inscrit pas dans les « *cas spécifiques* » évoqués par la décision-cadre. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait déjà estimé qu'un éventuel recours à l'encontre de la décision d'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait intervenir en méconnaissance des délais prévus par la décision cadre pour l'adoption d'une décision définitive ⁽²⁾.

En second lieu, l'autorité judiciaire d'exécution peut accepter l'audition de la personne recherchée ou son transfèrement temporaire. Le code de procédure pénale ⁽³⁾ subordonne cette seconde possibilité au consentement de la personne recherchée. La commission estime que cette condition, n'étant pas prévue par la décision-cadre, constitue une transposition inexacte de celle-ci.

2. Le dispositif proposé

Le présent article modifie le code de procédure pénale pour :

– ne permettre une dérogation au délai de 60 jours « *qu'à titre exceptionnel* » (à l'article 695-43 du code). Cette formulation est plus proche de celle, restrictive, de la décision-cadre s'agissant du non-respect des délais (les « *circonstances exceptionnelles* ») que de celle prévue pour l'allongement de 30 jours du délai (« *cas spécifiques* ») ;

– supprime la condition de consentement de la personne recherchée pour son transfèrement temporaire (à l'article 695-45 du code).

3. Les modifications apportées par le Sénat

Le Sénat a adopté cet article sans modification.

(1) Article 695-43 du code de procédure pénale.

(2) Réponse à une question préjudicielle du Conseil constitutionnel, dans l'arrêt du 30 mai 2013.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0168>

(3) Article 695-45.

*

* *

Article 30

(art. 804 du code de procédure pénale)

Application outre-mer et entrée en vigueur différée des dispositions relatives à la garde à vue

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Cet article prévoit l'application des nouvelles rédactions du code de procédure pénale issues des articles 28 et 29 en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

La commission spéciale du Sénat a adopté un amendement du Gouvernement ⁽¹⁾ qui reporte de trois mois (le premier jour du troisième mois suivant la promulgation de la loi) l'application de l'article 28 aux mesures de garde à vue. Aux termes de l'exposé sommaire, le Gouvernement souhaite permettre d'anticiper au mieux les conséquences de la suppression du délai de carence de deux heures (voir commentaire de l'article 28) et le renforcement de l'intervention de l'avocat en garde à vue.

Le Sénat a ensuite adopté cet article sans modification supplémentaire.

*

* *

Article 32

(art. L. 515-8, art. L. 631-9, art. L. 632-2, art. L. 633-2 et art. L. 634-4 du code général de la fonction publique)

Maintien pour les fonctionnaires de droits acquis avant le début de certains congés

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article a pour objet de transposer l'article 10 de la directive (UE) 2019-1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil. Il modifie pour ce faire le code général de la fonction publique pour prévoir un maintien des droits acquis

(1) Amendement n° COM-60.

https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-60.html

avant le début des congés, pour les congés suivants : le congé de paternité et d'accueil de l'enfant, le congé parental, le congé de présence parentale, le congé de solidarité familiale et le congé de proche aidant.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

Aucune.

➤ **Modifications apportées par le Sénat**

Le Sénat a adopté ces dispositions et a ajouté à la liste des congés concernés par le principe du maintien des droits acquis les congés de maternité, de naissance, d'adoption et ceux liés à l'arrivée d'un enfant en vue de son adoption.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. DROIT EUROPÉEN

L'Union européenne a élaboré une série d'actes législatifs conférant aux citoyens européens des **droits minimaux facilitant l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle**.

La directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/2018/UE du Conseil a pour objet de fixer de nouvelles normes minimales en matière de congé de paternité, de congé parental et de congé d'aidant. Elle s'applique à l'ensemble des travailleurs de l'Union européenne, y compris aux agents publics relevant du code général de la fonction publique (CGFP).

Elle s'inscrit dans le cadre du « plan d'action sur le socle européen des droits sociaux », et plus singulièrement dans celui de l'objectif d'encourager « *des politiques adéquates favorisant un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie privée permettant de concilier plus adéquatement l'une et l'autre* » ⁽¹⁾.

Le premier alinéa de l'article 10 de cette directive prévoit que : « ***Les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date de début du congé prévu aux articles 4 [congé de paternité], 5 [congé parental] et 6 [congé d'aidant] ou de l'absence du travail prévue à l'article 7 [pour raisons de force majeure] sont maintenus jusqu'à la fin dudit congé ou de ladite absence du travail. À l'issue de ce congé ou de cette absence du travail, ces droits, y compris les changements découlant de la législation, des conventions collectives ou de la pratique nationales, s'appliquent*** ».

(1) Plaquette de présentation du plan d'action sur le socle européen des droits sociaux, disponible ici : <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/fr/index.html#chapter2>

Cette directive a fixé un délai limite de transposition au 2 août 2022. Une procédure d'infraction a été ouverte contre la France le 20 septembre de la même année. Le 19 avril 2023, la Commission a adopté un avis motivé invitant la France à prendre les mesures nécessaires dans un délai de deux mois.

Le code du travail a été mis en conformité avec la directive par la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 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 ⁽¹⁾.

La mise en conformité du code général de la fonction publique avec le premier alinéa de l'article 10 de la directive nécessite cependant une disposition législative. Tel est l'objet de l'article 32 du projet de loi.

B. LE DROIT INTERNE

1. Le congé parental

Le droit interne définit le congé parental comme la « *position du fonctionnaire placé hors de son administration d'origine pour élever son enfant* » ⁽²⁾. Il est accordé de droit, sur simple demande du fonctionnaire après la naissance ou l'adoption d'un enfant survenue à son foyer. Il débute au terme, le cas échéant, du congé de maternité, du congé de paternité et d'accueil de l'enfant ou du congé d'adoption ⁽³⁾. La période de congé parental est assimilée à des services effectifs dans le corps ou le cadre d'emplois ⁽⁴⁾.

L'article L. 515-8 du CGFP dispose que le fonctionnaire en position de congé parental :

1° n'acquiert pas de droit à la retraite, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires relatives aux pensions prévoyant la prise en compte de périodes d'interruption d'activité liées à l'enfant ;

2° conserve ses droits à l'avancement, dans la limite de cinq ans pour l'ensemble de sa carrière.

2. Les autres formes de congés familiaux et les congés pour les aidants

En application de l'article L. 631-9 du CGFP, le fonctionnaire en activité a droit au **congé de paternité et d'accueil de l'enfant** pour une durée de 25 jours calendaires ou de 32 jours calendaires en cas de naissances multiples. Ce congé bénéficie au père fonctionnaire ainsi que, le cas échéant, au fonctionnaire conjoint

(1) Article 18.

(2) Article L. 515-1 du CGFP.

(3) Article L. 515-2 du CGFP.

(4) Article L. 515-7 du CGFP.

de la mère, ou à l'agent public lié à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle.

Le **congé de présence parentale** est prévu à l'article L. 632-1 du code général de la fonction publique. Il est accordé de droit au fonctionnaire, sur sa demande écrite, lorsque la maladie, l'accident ou le handicap d'un enfant à charge présente une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue de sa mère ou de son père et des soins contraignants.

L'article L. 633-1 du CGFP porte sur le **congé de solidarité familiale**, auquel le fonctionnaire en activité a droit lorsqu'un ascendant, un descendant, un frère, une sœur ou une personne partageant le même domicile ou l'ayant désigné comme sa personne de confiance souffre d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital ou est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, qu'elle en soit la cause.

Enfin, l'article L. 634-1 du même code dispose que le fonctionnaire en activité a droit à un **congé de proche aidant** d'une durée maximale de trois mois renouvelable et dans la limite d'un an sur l'ensemble de sa carrière lorsque l'une des personnes mentionnées à l'article L. 3142-16 du code du travail (par exemple : son conjoint, son concubin, un ascendant, un descendant, ou un collatéral jusqu'au quatrième degré) présente un handicap ou une perte d'autonomie définis par décret. Ce congé peut être fractionné ou pris sous la forme d'un temps partiel ⁽¹⁾ et le fonctionnaire n'est pas rémunéré mais perçoit dans certaines conditions l'allocation journalière du proche aidant ⁽²⁾.

3. La notion de « droits acquis »

La notion de « droits acquis » **n'a pas de définition en droit de la fonction publique**. La direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), entendue par votre rapporteur, considère que pourraient notamment relever de cette notion le droit à l'évaluation annuelle et à un entretien annuel, le droit aux congés annuels et le droit à la formation.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le dispositif tend à compléter cinq articles du CGFP.

L'article 32 du présent projet de loi précise que le fonctionnaire « *conserve le bénéfice des droits acquis avant le début du congé qu'il n'a pas été en mesure d'exercer en raison de ce congé* », dans le cadre de plusieurs congés :

— à l'article L. 515-8 du CGFP, s'agissant du congé parental ;

(1) Article L. 634-2 du CGFP.

(2) Article L. 634-3 du CGFP.

— à l'article L. 631-9 du même code, s'agissant du congé de paternité et d'accueil de l'enfant ;

— à l'article L. 632-2 du même code, s'agissant du congé de présence parentale ;

— à l'article L. 633-2 du même code, s'agissant du congé de solidarité familiale ;

— enfin, à l'article L. 634-4 du même code, s'agissant du congé de proche aidant.

Ces dispositions ont pour objet de transposer l'article 10.1 de la directive précitée. En effet, ce droit n'est aujourd'hui pas inscrit dans le CGFP, qui se borne à poser le principe d'un droit à ces congés.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Conformément à l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi ⁽¹⁾, la commission spéciale du Sénat a adopté l'amendement COM-41 du rapporteur M. Fargeot ⁽²⁾. Cet amendement a pour objet de **compléter la liste des congés** pour lesquels l'article prévoit le maintien du bénéfice des droits acquis avant le début du congé, en intégrant : le congé de maternité, le congé de naissance, le congé pour l'arrivée d'un enfant en vue de son adoption et le congé d'adoption.

*

* *

(1) Dans son avis n° 407629 issus des séances des 9 et 14 novembre 2023 sur le projet de loi, le Conseil d'État a en effet estimé que « qu'il [était] souhaitable d'étudier rapidement les modalités selon lesquelles la garantie ainsi offerte aux fonctionnaires bénéficiant de l'un des congés relevant de la directive 2019/1158 pourrait être étendue aux fonctionnaires placés en congé de maternité ou d'adoption ».

(2) https://www.senat.fr/amendements/commissions/2023-2024/112/Amdt_COM-41.html