



...le projet de loi

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

Comportant trente et un articles répartis en quatre titres, le **projet de loi n°140 (2022-2023)** portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne vise à transposer et à mettre en œuvre des textes adoptés par l'Union européenne ces trois dernières années.

La commission des affaires sociales a délégué au fond à la commission des lois l'examen de six articles, qui ont pour objet de transposer en droit interne deux directives relatives au droit des sociétés ainsi qu'une directive relative à la protection des travailleurs, de mettre en œuvre un règlement en matière de protection de l'enfance, et de compléter la transposition de deux directives de 2014 relatives au droit de la commande publique.

De nature inévitablement composite, les dispositions concernées portent, plus précisément, sur les opérations transfrontalières de fusion, scission et transformation des sociétés, sur les sanctions applicables en cas de diminution importante du capital social d'une société, sur les peines d'exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession, sur le droit à l'information des agents publics et sur la coopération internationale en matière de responsabilité parentale.

La **transposition des directives dans les délais impartis** constitue un objectif important, non seulement pour assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne, mais également pour limiter le risque de recours en manquement introduits contre la France¹.

Pour autant, la nécessité, voire l'urgence à légiférer pour adapter le droit interne au droit de l'Union européenne **ne saurait justifier les délais particulièrement courts laissés par le Gouvernement au Parlement, et en premier lieu au Sénat, pour mener à bien l'examen du projet de loi, pour lequel la procédure accélérée a été engagée**. Le texte a en effet été adopté en conseil des ministres moins de deux semaines avant l'examen en commission.

La commission a néanmoins proposé à la commission des affaires sociales d'adopter le projet de loi, modifié par plusieurs amendements du rapporteur.

1. TRANSPOSER LA DIRECTIVE RELATIVE AUX OPÉRATIONS TRANSFRONTALIÈRES DE FUSION, SCISSION ET TRANSFORMATION DES SOCIÉTÉS ET METTRE FIN À UNE SITUATION DE « SURTRANSPOSITION »

A. ENCADRER LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « FUSIONS- SCISSIONS » DANS UN DÉLAI PLUS CONTRAINT ET SELON DES MODALITÉS PLUS PRÉCISES

L'article 9 du projet de loi vise à **habiliter le Gouvernement à transposer par ordonnance la directive (UE) 2019/2121** du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 2017/1132 concernant les transformations, fusions et scissions

¹ Dans sa communication du 5 janvier 2022 relative au bilan de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, le Gouvernement a rappelé que, entre 2017 et 2021, la France a divisé par quatre le nombre de défauts de transposition et a accentué ses efforts pour clore rapidement les procédures ouvertes à son encontre (en décembre 2021, la France était concernée par 27 procédures d'infraction sur les 872 procédures en cours).

transfrontalières. **La directive doit être transposée avant le 31 janvier 2023.** Elle complète le corpus juridique déjà existant concernant les fusions transfrontalières et crée deux nouveaux régimes : la transformation¹ (transfert de siège social dans un autre État membre) et la scission transfrontalière. **L'objectif poursuivi par le législateur européen est de garantir la liberté d'établissement des sociétés au sein du marché intérieur de l'Union européenne² en harmonisant les règles relatives à leur mobilité.**

Si la directive 2019/2121 du 27 novembre 2019 vise principalement à étendre les règles applicables à la fusion transfrontalière aux opérations de scission et de transformation transfrontalières, **elle renforce aussi la protection des actionnaires, créanciers et salariés des sociétés concernées de manière à ce que ces opérations ne lèsent pas leurs intérêts.** En particulier, **la directive crée un droit de retrait des actionnaires qui s'opposent à l'opération transfrontalière.** Ceux-ci ont alors la possibilité d'obtenir une soulte en espèces en échange de leurs actions ; s'ils sont en désaccord avec le montant de cette compensation, ils peuvent le contester pour en obtenir, éventuellement, la révision. Tout au long du processus de l'opération transfrontalière, **la directive s'assure également de l'information et de la consultation des salariés ainsi que du maintien de la participation de ces derniers au sein de l'organe de direction.**

En contrepartie de la mobilité offerte aux sociétés des États membres, la directive instaure également un contrôle de légalité renforcé. L'opération transfrontalière n'est possible que si la société obtient un **certificat préalable délivré par une autorité compétente dans l'État membre de départ.** Le certificat permet de vérifier, outre le respect de certaines formalités, que l'opération n'est pas « *réalisée à des fins abusives, frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles* »³. L'autorité en charge de ce contrôle dispose de pouvoirs d'investigation. Au surplus, avant l'immatriculation de la société dans l'État membre d'arrivée, un second contrôle de légalité doit être effectué par une autorité compétente.

Compte tenu du délai imposé pour transposer la directive et de l'existence d'un avant-projet d'ordonnance en cours de finalisation, comme le Gouvernement l'a indiqué au rapporteur, **la commission a souhaité restreindre le délai de transposition de la directive à trois mois au lieu de six.** En outre, la directive prévoit une option permettant aux États membres de réduire la proportion des représentants de salariés au sein de l'organe de direction de la société issue de l'opération transfrontalière. Estimant que cette option risquait d'être défavorable aux salariés, la commission a, sur proposition du rapporteur, décidé de la supprimer. Enfin, **la spécificité du contrôle de légalité préalable à l'opération transfrontalière justifie que cette mission soit confiée à un seul opérateur, le greffier du tribunal de commerce,** comme c'est d'ailleurs le cas en droit interne pour les fusions transfrontalières⁴.

B. METTRE FIN À UNE SITUATION DE « SURTRANSPOSITION » QUI RISQUE DE PORTER PRÉJUDICE AUX SOCIÉTÉS FRANÇAISES FRAGILISÉES PAR LES CONSÉQUENCES DES CRISES RÉCENTES

L'article 10 du projet de loi vise à modifier les articles L. 223-42 et L. 225-248 du code de commerce. Ces dispositions prévoient, pour les sociétés par actions (société anonyme, société à responsabilité limitée, société en commandite par actions et société par actions simplifiée), que **dans le cas où les capitaux propres d'une société deviennent inférieurs à la moitié de son capital social, l'assemblée générale des actionnaires ou**

¹ La transformation est définie par le paragraphe 2 de l'article 86 *ter* de la directive comme étant « *une opération par laquelle une société, sans être dissoute ou liquidée ou mise en liquidation, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée dans un État membre de départ en une des formes juridiques de l'État membre de destination, figurant à l'annexe II, et transfère au moins son siège statutaire dans l'État membre de destination, tout en conservant sa personnalité juridique* ».

² La liberté d'établissement des personnes morales est prévue aux articles 49 et 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³ Paragraphes 8 à 12 des articles 86 *quaterdecies*, 127 et 160 *quaterdecies* de la directive 2019/2121 du 27 novembre 2019.

⁴ Article L. 236-30 du code de commerce.

les associés se réunissent dans un délai de quatre mois pour décider de dissoudre ou non la société. En cas de non dissolution, la société dispose alors de deux exercices comptables pour remédier à la situation, **faute de quoi toute personne intéressée est en droit de demander sa dissolution.**

Le Gouvernement fait valoir que le droit en vigueur est bien plus sévère que la règle prévue à l'article 58 de la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017¹. **Il s'agit d'une situation de « surtransposition »².** Cette directive a en effet laissé une marge de manœuvre plus souple aux États membres, la dissolution n'étant pas imposée. **Il y aurait donc un risque de dissolution excessif et accru comparativement aux autres entreprises de l'Union européenne.**

Le Gouvernement propose donc de modifier la nature de la sanction à laquelle s'expose l'entreprise dont les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié de son capital social, **en remplaçant la dissolution par l'obligation d'apurer les pertes** au moyen d'une réduction du capital social, jusqu'à un minimum qui serait fixé par décret en Conseil d'État.

Cette **modification**, qui maintient une double sanction (la réduction du capital social et, à défaut, la dissolution judiciaire), mais dans un délai plus long (quatre exercices comptables), a été **jugée justifiée par la commission**, à l'aune des conséquences économiques des crises récentes (covid-19, guerre en Ukraine) ainsi que des nouvelles modalités de financement des sociétés.

2. PRÉSERVER L'EFFET DISSUASIF DES PEINES D'EXCLUSION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

A. LA TRANSPOSITION PARTIELLE DES DIRECTIVES 2014/23/UE ET 2014/24/UE RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS ET AUX CONTRATS DE CONCESSION NÉCESSITE UNE MODIFICATION DE LA LÉGISLATION

La directive 2014/23/UE, relative aux contrats de concession, et la directive 2014/24/UE, relative aux marchés publics, prévoient **des motifs d'exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession** à la suite d'infractions pénales, de non-respect du droit du travail, de faute professionnelle grave ou encore de manquements aux obligations fiscales. **Les opérateurs économiques sanctionnés en ce sens ont néanmoins la possibilité de démontrer leur « fiabilité »**, et ainsi de continuer à candidater à des marchés publics, notamment en prouvant qu'ils ont pris des « *mesures concrètes* » de nature à prévenir toute nouvelle infraction.

Si ces motifs d'exclusion de plein droit ont bien été transposés en droit interne par le biais des ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, **ces ordonnances n'ont transposé que partiellement le mécanisme de régularisation qu'imposent ces directives.**

En effet, les infractions pénales les plus graves, mentionnées aux articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique, telles que la traite des êtres humains, le trafic de stupéfiants, la corruption ou encore l'escroquerie, ont été exclues de ce mécanisme de régularisation. Or, celui-ci est censé s'appliquer indifféremment à l'ensemble des cas d'exclusion mentionnés par lesdites directives.

¹ Le paragraphe 1 de l'article 58 de la directive prévoit qu' « *en cas de perte grave du capital souscrit, l'assemblée générale doit être convoquée dans un délai fixé par les législations des États membres afin d'examiner s'il y a lieu de dissoudre la société ou d'adopter toute autre mesure* ».

² La « surtransposition » peut être définie comme « *l'adoption ou le maintien de mesures législatives ou réglementaires allant au-delà des exigences minimales d'une directive* ». Cela peut concrètement se traduire par « *le fait d'exercer un choix entre plusieurs options ouvertes par la directive ou de décider d'utiliser ou non les possibilités de dérogation qu'elle autorise peut également conduire à une surtransposition, dans la mesure où ces choix peuvent créer des obligations plus strictes pour les destinataires de la norme* » (rapport d'information n°532 sur les moyens de lutter contre la transposition des directives européennes dans le droit français, fait par Alice Thourot et Jean-Luc Warsmann au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, décembre 2017, p. 5).

Le caractère incomplet de la transposition de ces directives ayant été reconnu par le Conseil d'État¹ et, à la suite d'une question préjudicielle, par la Cour de justice de l'Union européenne², la commission a pris acte de la nécessité d'étendre, comme le propose l'article 11 du projet de loi, le mécanisme de régularisation aux infractions pénales précitées.

B. PRÉVOIR EXPLICITEMENT L'ÉVALUATION DES MESURES DE RÉGULARISATION MAINTIENDRAIT LE CARACTÈRE DISSUASIF DES PEINES D'EXCLUSION DES MARCHÉS PUBLICS ET AMÉLIORERAIT LA LISIBILITÉ DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Bien que reposant sur le volontarisme des opérateurs économiques condamnés à une peine entraînant l'exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession, **le mécanisme de régularisation prévu par les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE précitées doit faire l'objet d'une évaluation prenant en compte la gravité des infractions ou des fautes commises.**

Selon les termes desdites directives, cette évaluation porte sur les « mesures concrètes » de nature à « *prévenir* » toute nouvelle infraction ou faute, prises par l'opérateur économique souhaitant candidater à un marché public ou à un contrat de concession malgré sa condamnation. Cette évaluation peut aboutir au constat de « *l'insuffisan[ce]* » de ces mesures. Or, en droit interne, le contour de cette évaluation est lacunaire et, dans les faits, sa systématisation par les acheteurs publics n'est pas garantie, faute de lisibilité au sein du code de la commande publique.

Compte tenu de la particulière gravité des infractions mentionnées aux articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique que l'article 11 du projet de loi complète, incluant notamment la traite d'êtres humains, **la commission a souhaité**, sur proposition du rapporteur, **préserver le caractère pleinement dissuasif des peines d'exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession** en inscrivant, au sein des articles du code de la commande publique concernés, l'existence de ces évaluations propres au mécanisme de régularisation prévu par les directives européennes. Cette évaluation ne serait exigée que pour les candidats auxquels il serait envisagé d'attribuer le marché public ou la concession.

3. GARANTIR POUR LES AGENTS PUBLICS LE DROIT À L'INFORMATION INTRODUIT PAR LA DIRECTIVE DU 20 JUIN 2019 RELATIVE À DES CONDITIONS DE TRAVAIL TRANSPARENTES ET PRÉVISIBLES DANS L'UNION EUROPÉENNE

A. LA DIRECTIVE (UE) 2019/1152 RELATIVE À DES CONDITIONS DE TRAVAIL TRANSPARENTES ET PRÉVISIBLES DANS L'UNION EUROPÉENNE DEVAIT ÊTRE TRANSPOSÉE AVANT LE 1^{ER} AOÛT 2022 PAR LES ÉTATS MEMBRES

Ayant pour objectif d'améliorer la protection des travailleurs, la directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne (UE) est entrée en vigueur le 31 juillet 2019 ; les États membres devaient adopter les mesures de transposition en droit interne au plus tard le 1^{er} août 2022.

Visant l'ensemble des travailleurs de l'UE, cette directive s'applique également aux agents publics travaillant dans les trois versants de la fonction publique, soit **5,66 millions** de personnes au 31 décembre 2020³.

¹ Décision n° 419146 du Conseil d'État du 12 octobre 2020, dite « Société Vert Marine ».

² CJUE, 11 juin 2020, Vert Marine SAS, C-472/19.

³ Source : *Les chiffres clés de la fonction publique*, édition 2022, direction générale de l'administration et de la fonction publique, novembre 2022.

Sur les vingt-six articles de la directive, un seul nécessite une **transposition par la voie législative** : l'**article 4**, qui introduit l'obligation pour les employeurs « *d'informer les travailleurs des éléments essentiels de la relation de travail* ». Afin de transposer cette obligation d'information dans le droit interne, l'**article 17 du projet de loi vise à consacrer, au sein d'un nouvel article du code général de la fonction publique¹, un droit pour tout agent public à « recevoir de son employeur communication des informations et règles essentielles relatives à l'exercice de ses fonctions ».**

La liste des éléments précis qui seraient communiqués aux agents publics ainsi que les modalités de cette communication seraient déterminées par un **décret en Conseil d'État²**, qui renverrait lui-même à un **arrêté établissant les modèles des documents** que les employeurs remettraient aux agents publics afin de se conformer à l'obligation d'information posée. Les éléments communiqués devraient notamment porter sur l'identité et l'adresse de l'employeur ; la situation administrative de l'agent ; les droits de l'agent à formation, à rémunération, à congés payés ; le temps de travail de l'agent ; ainsi que sur les modalités de cessation de fonctions pour les fonctionnaires ou modalités de fin de contrat pour les agents contractuels³.

Ainsi, l'ensemble des agents soumis au code de la fonction publique, qu'ils aient la qualité de fonctionnaires ou de contractuels, bénéficieraient du nouveau droit à l'information. Le projet de loi tend également à rendre applicable ce droit aux catégories de personnels des établissements publics de santé qui ne relèvent pas du code général de la fonction publique. Sont ainsi visés les praticiens hospitaliers titulaires, les praticiens recrutés par contrat et les assistants des hôpitaux, ainsi que les praticiens associés.

B. SOULIGNANT LE RETARD PRIS PAR LA FRANCE DANS LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE (UE) 2019/1152, LA COMMISSION A APPROUVÉ LES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI VISANT À CONSACRER LE DROIT À L'INFORMATION POUR LES AGENTS PUBLICS

Alors que la France a déjà **dépassé de quatre mois le délai** laissé aux États membres par le Parlement européen et le Conseil pour transposer en droit interne la directive (UE) 2019/1152, la commission juge les articles 17 et 18 du projet de loi bienvenus pour éviter les **risques de recours en manquement** introduit par la Commission européenne auprès de la Cour de justice de l'Union européenne.

Cependant, la commission souligne que la **valeur ajoutée** du nouveau droit à l'information résidera probablement davantage dans la **simplification** qu'il opère pour les agents publics, en leur donnant un **accès plus facile et direct à des informations individualisées**, que dans la nature des informations transmises en elles-mêmes, auxquelles les agents publics ont, dans l'ensemble, déjà accès en l'état du droit – au travers, certes, d'un ensemble composite de moyens d'information⁴.

Alors que le Gouvernement a évalué que la mise en œuvre du droit à l'information « *ne devrait pas nécessiter d'équivalents temps plein supplémentaires* »⁵, la commission n'en juge pas moins utile d'évaluer précisément le coût et la surcharge de travail induits par cette disposition pour les employeurs publics des trois versants de la fonction publique, une fois que les décrets d'application auront été publiés et que la mesure aura été mise en œuvre.

À l'initiative du rapporteur, la commission a par ailleurs souhaité procéder à des **actualisations complémentaires** dans le code de la santé publique afin de remplacer les références aux lois statutaires de la fonction publique, abrogées par l'ordonnance n°2021-1574 du 24 novembre 2021, par les références correspondant aux dispositions du code général de la fonction publique, dans un **objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**.

¹ L'article L. 115-7, qui compléterait le chapitre V du titre I^{er} du livre I^{er} du code général de la fonction publique.

² En application de l'article L. 9 du code général de la fonction publique.

³ Conformément à la liste dressée au deuxième paragraphe de l'article 4 de la directive (UE) 2019/1152.

⁴ Publications au Journal officiel de la République française et dans des bulletins officiels ministériels ; notifications écrites ; contrats de droit public ; articles réglementaires des codes ; décrets et arrêtés.

⁵ Étude d'impact du projet de loi.

4. ASSURER UNE COORDINATION AVEC L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU RÈGLEMENT DIT « BRUXELLES II BIS REFONTE »

L'article 25 du projet de loi vise à modifier le dernier alinéa de l'article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles qui prévoit la **coopération entre les services d'aide sociale à l'enfance des États membres de l'Union européenne**. Le Gouvernement propose d'intégrer un renvoi au règlement (UE) n°2019/1111 du 25 juin 2019 dit « Bruxelles II *bis* refonte »¹, entré en vigueur le 1^{er} août 2022 en remplacement du règlement (CE) 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II *bis* »². La commission a jugé adéquate cette mise à jour du droit national.

Réunie le 6 décembre 2022, la commission a proposé à la commission des affaires sociales d'adopter les articles délégués ainsi modifiés.

Le texte sera examiné en séance publique le mardi 13 décembre 2022.

POUR EN SAVOIR +

- Étude d'impact du projet de loi ;
- Avis du Conseil d'État sur le projet de loi ;
- Rapport du Haut comité juridique de la place financière de Paris sur la transposition de la directive « fusions-scissions » ;
- Décision n° 419146 du Conseil d'État du 12 octobre 2020, dite « Société Vert Marine » ;
- Étude d'impact de la directive (UE) 2019/1152 du 20 juin 2019 ;
- Rapport de Pascale Gruny fait au nom de la commission des affaires sociales.



François-Noël Buffet

Président de la commission

Sénateur
(Les Républicains)
du Rhône



Didier Marie

Rapporteur pour avis

Sénateur
(Socialiste,
Écologiste et
Républicain)
de la Seine-
Maritime

Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale

<http://www.senat.fr/commission/loi/index.html>

Téléphone : 01.42.34.23.37

Consulter le dossier législatif :

<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl22-140.html>

¹ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants dit « Bruxelles II *bis* refonte ».

² Règlement (CE) 2201/2003 du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale dit « Bruxelles II *bis* ».