Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

MINISTÈRE DES FINANCES ET DES COMPTES PUBLICS

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique

NOR : FCPT1414784P

Monsieur le Président de la République,

L'article 10 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 relative à la simplification et à la sécurisation de la vie des entreprises autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance diverses mesures visant à moderniser les règles applicables aux sociétés dans lesquelles l'Etat ou ses établissements publics détiennent seuls ou conjointement, directement ou indirectement, une participation, majoritaire ou minoritaire.

Ces mesures visent à doter l'Etat actionnaire des outils qui lui permettront de rapprocher son cadre juridique de celui des actionnaires de droit commun, notamment dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé qui sont soumises à des principes spécifiques de gouvernement d'entreprises, tout en rendant plus efficace la gestion de ses participations. Elles visent aussi et surtout à simplifier et à moderniser tant les règles de gouvernance que les règles relatives aux opérations sur le capital des entreprises à participation publique, aujourd'hui trop complexes et parfois peu intelligibles.

Le titre I^{er} définit le champ d'application de l'ordonnance.

L'article 1^{er} circonscrit le champ de l'ordonnance aux sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou les établissements publics nationaux détiennent, seuls ou conjointement, directement ou indirectement, une participation au capital. Les entreprises ayant le statut d'établissement public de l'Etat n'entrent pas dans ce champ et les règles de gouvernance en vigueur leur demeurent applicables, en particulier la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

Cet article rappelle aussi l'application de principe aux sociétés relevant de la présente ordonnance des règles issues du code de commerce. Il est notamment mis fin aux règles spéciales concernant la taille des conseils et à la durée des mandats issus de la loi du 26 juillet 1983 précitée, dont la rigidité a pu nuire au rôle premier du conseil, qui est d'être un organe de décision.

L'article 2 précise les définitions. S'agissant de la détermination du caractère public d'une entreprise, il reprend le critère actuel de la chaîne ininterrompue de participations publiques majoritaires et est ainsi sans incidence sur le périmètre du secteur public.

Les dispositions particulières imposant un seuil minimum de détention de capital de certaines de ces sociétés par l'Etat ou ses établissements publics ne sont pas non plus affectées par la présente ordonnance.

Le titre II est relatif à la gouvernance.

Le chapitre I^{er} porte sur les conseils d'administration et de surveillance.

La section 1 fixe, à **l'article 3**, le cadre général de la composition de ces conseils en prévoyant que sont susceptibles d'en être membres l'Etat, des membres désignés par l'organe compétent de la société, le cas échéant proposés par l'Etat, ainsi que des représentants des salariés.

La section 2 est relative au représentant désigné par l'Etat.

L'article 4 prévoit que l'Etat désigne un représentant dans toutes les sociétés dans lesquelles il détient directement, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de 50 % du capital. Il s'agit d'une simple faculté pour l'Etat dans les autres sociétés dont il détient plus de 10 % du capital. Il peut en outre être nommé membre du conseil par les organes compétents des autres sociétés où il détient une participation, ce qui pourrait lui permettre, le cas échéant, d'être présent au sein des filiales de sociétés du secteur public jugées stratégiques. Lorsque les participations de l'Etat sont détenues par des sociétés *holding*, ces participations sont assimilées à des participations directes de l'Etat pour l'application de ces règles.

L'article 5 dispose que le représentant de l'Etat siège avec les mêmes droits et pouvoirs que les autres membres des conseils et que toute rémunération qu'il perçoit à raison de l'exercice de son mandat est versée au budget de l'Etat.

La section 3 porte sur les membres désignés par l'organe compétent de la société et vise notamment à élargir le vivier des administrateurs, afin de pouvoir bénéficier de l'expérience de personnes issues tant du secteur public que du secteur privé.

L'article 6 est relatif à ceux des membres désignés par l'organe compétent qui ont été proposés par l'Etat et renforce le rôle de l'assemblée générale des actionnaires. Il prévoit que l'Etat actionnaire peut faire une telle proposition dans les sociétés dans lesquelles lui-même ou ses établissements publics détiennent, directement ou indirectement, une participation. En outre, dans les sociétés dans lesquelles il détient directement de 10 % à 50 % du capital, un ou plusieurs sièges lui sont réservés, dans la limite d'un nombre proportionnel à sa participation.

Les membres proposés peuvent ou non avoir la qualité de d'agents publics de l'Etat, qu'ils soient dirigeants d'établissements publics, militaires, fonctionnaires ou agents non titulaires de l'Etat, en activité ou non. Ils sont soumis aux mêmes règles que les autres administrateurs, notamment aux dispositions des articles L. 225-18-1 et L. 225-69-1 du code de commerce.

La rémunération qu'ils perçoivent pour l'exercice de leur mandat dépassant un plafond fixé par voie réglementaire est versée au budget de l'Etat. Toutefois, cette rémunération est intégralement versée au budget général de l'Etat pour les membres ayant la qualité d'agent public.

La section 4 est relative aux représentants des salariés et reprend en grande partie les dispositions de la loi de démocratisation du secteur public.

L'article 7 confirme la règle du tiers de représentants des salariés au sein des conseils des entreprises du secteur public.

L'article 8 précise le mode d'élection et le statut des représentants des salariés en renvoyant à la loi de démocratisation du secteur public.

L'article 9 rappelle que les représentants des salariés ne sont pas soumis aux règles du code de commerce relatives à la parité dans les conseils, une disposition spécifique étant prévue par la loi de démocratisation du secteur public, et renvoi aux statuts pour déterminer la durée de leur mandat afin de bénéficier d'une règle harmonisée entre les différents membres des conseils.

La section 5 concerne le fonctionnement des conseils.

L'article 10 prévoit que les articles 11 à 13 sont applicables sauf disposition statutaire les excluant explicitement.

L'article 11 permet, comme dans la loi de démocratisation du secteur public, aux conseils de ces sociétés de siéger valablement alors que certains membres n'auraient pas été désignés et précise que l'irrégularité de la désignation de représentants des salariés n'entraîne pas celle des délibérations en conseil auxquelles ils auraient pu prendre part.

L'article 12 prévoit que le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou l'organe délibérant en tenant lieu se réunit en séance ordinaire sur convocation du président. Il examine toute question inscrite à l'ordre du jour par le président ou le conseil statuant à la majorité simple. Il prévoit également que le conseil se réunit sur convocation de plus d'un tiers de ses membres ou sur demande du directeur général au président sur un ordre du jour déterminé.

L'article 13 ajoute la faculté pour le conseil de coopter un de ses membres en cas de vacance, décès ou démission, comme cela est prévu par le code de commerce.

L'article 14 dispose que l'assemblée générale peut révoquer, à tout moment, les membres des conseils.

La section 6 porte sur les autres dispositions.

L'article 15 prévoit qu'un commissaire du Gouvernement peut être institué auprès des sociétés dont l'Etat est membre du conseil d'administration, de surveillance ou de l'organe en tenant lieu. L'article précise les pouvoirs du commissaire du Gouvernement, sans préjudice des dispositions particulières le régissant. Par la création légale d'un statut *ad hoc*, le Gouvernement entend mieux distinguer le rôle de l'Etat actionnaire de ses autres fonctions, telles que l'Etat client ou régulateur.

L'article 16 reprend les dispositions existantes relatives aux conditions dans lesquelles les institutions représentatives du personnel sont consultées sur les contrats de plan de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification et les contrats d'entreprise de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Le chapitre II porte sur la présidence et la direction générale.

L'article 17 ouvre la faculté de choisir parmi les agents publics de l'Etat le président en cas de vacance ou dans les sociétés dont l'Etat détient la totalité du capital. Il permet également de désigner l'Etat comme président ou dirigeant des sociétés ayant la forme de sociétés par actions simplifiées, comme le permet le code de commerce pour les personnes morales.

L'article 18 ouvre par ailleurs la faculté de dissocier les fonctions de président et de directeur général, dans les sociétés anonymes à conseil d'administration dont plus de la moitié du capital est détenu par l'Etat et ses établissements publics, comme en droit commun.

L'article 19 précise les règles de nomination des dirigeants des sociétés dont plus de 50 % du capital est détenu directement par l'Etat et tient compte de la faculté nouvelle de dissocier les fonctions de président et de directeur général et du cas des sociétés commerciales n'ayant pas la forme de société anonyme, notamment les sociétés par action simplifiées.

L'article 20 reprend les dispositions de la loi de démocratisation du secteur public qui prévoient que les dirigeants des sociétés dans lesquelles l'Etat détient directement plus de la moitié du capital sont révoqués par décret.

L'article 21 comble une lacune des règles existantes en termes d'intérim des dirigeants d'entreprises publiques en ouvrant la faculté pour l'Etat de désigner toute personne pour assurer la continuité de la direction de l'entreprise.

Le titre III de l'ordonnance porte sur les règles applicables aux opérations en capital.

Il simplifie, clarifie et modernise les règles applicables aux opérations en capital de l'Etat qui figurent à l'heure actuelle dans différents textes dont l'articulation est souvent malaisée : loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social ; loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations ; loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation.

Le chapitre I^{er} concerne les règles d'autorisation des opérations. La section 1 porte sur les opérations de cession et la section 2 sur les opérations d'acquisition.

Le I de l'article 22 prévoit que ne peuvent être décidées par décret qu'après avoir été autorisées par la loi les opérations par lesquelles l'Etat transfère au secteur privé la propriété des sociétés (i) dont il détient directement plus de la moitié du capital depuis plus de cinq ans et dont les effectifs ou le chiffre d'affaires, appréciés au niveau consolidé des groupes, sont respectivement supérieurs à mille personnes ou 150 M€ et (ii) qui sont entrées dans le secteur public en vertu d'une disposition législative.

Le II de l'article 22 prévoit que les autres opérations de privatisation par l'Etat sont décidées par décret, de même que les opérations de cession, lorsqu'elles ont pour effet de réduire la participation de l'Etat à moins de 66,67 % ou de 33,33 %. L'introduction de cette règle vise à renforcer les règles d'autorisation de cession pour le franchissement de seuils stratégiques de contrôle des entreprises. Les autres opérations de cession par l'Etat sont décidées par le ministre chargé de l'économie.

Le IV de l'article 22 concerne les opérations de transfert au secteur privé des sociétés « dites de second rang », c'est-à-dire les filiales d'établissements publics de l'Etat et de sociétés elles-mêmes détenues par l'Etat. Les cessions décidées par ces entreprises sont soumises à l'autorisation préalable du ministre en charge de l'économie lorsque leurs effectifs ou chiffre d'affaires, appréciés au niveau consolidé des groupes, sont respectivement supérieurs à mille personnes et 150 M€.

Le V de l'article 22 vise à donner une réponse et un cadre juridique précis à la question de la cession des actifs dits « essentiels ». Il dispose que la cession d'un actif susceptible d'une exploitation autonome représentant plus de 50 % de l'actif net comptable ou du chiffre d'affaires ou des effectifs d'une société est assimilée à la cession de cette société. De même, les participations détenues par toutes sociétés ayant pour objet principal la détention de titres et dont la totalité du capital appartient à l'Etat sont assimilées à des participations directes. Ces mesures visent à neutraliser l'effet de sociétés quasi transparentes.

L'article 23 reprend pour l'essentiel les exceptions actuelles aux règles d'autorisation, en les clarifiant.

La section 2 du chapitre I^{er} concerne les opérations d'acquisition effectuées par l'Etat (hors cas de nationalisations) et crée un cadre général qui n'est qu'esquissé par les textes actuels.

L'article 24 prévoit ainsi que de telles opérations sont décidées par décret lorsqu'elles entraînent le transfert de la majorité du capital d'une société au secteur public et par le ministre en charge de l'économie dans les autres cas.

Le chapitre II du titre III est relatif au contrôle patrimonial, entendu comme l'ensemble des règles d'évaluation de la valeur des sociétés concernées.

Sa section 1 est consacrée à la Commission des participations et des transferts (CPT).

L'article 25 rappelle les règles de composition de la commission. Il prévoit les règles d'incompatibilité afférentes aux fonctions de membre de la commission.

L'article 26 est relatif au champ de compétence de la commission. En ce qui concerne les opérations réalisées selon les procédures des marchés financiers, la commission est saisie lorsque l'opération entraîne le transfert au secteur privé de la majorité du capital des sociétés ainsi que des autres opérations de cession de participations directes représentant au moins 0,5 % du capital des sociétés dont l'effectif dépasse mille personnes ou le chiffre d'affaires consolidé 150 M€. Elle est également saisie des opérations entraînant le transfert au secteur privé des participations des sociétés de second rang dont l'effectif dépasse mille personnes ou le chiffre d'affaires consolidé 150 M€. En ce qui concerne les opérations réalisées hors marché, la commission est saisie de toutes les opérations de cession au secteur privé. La commission peut enfin être saisie à titre facultatif par le ministre chargé de l'économie de toute autre opération de cession ou d'acquisition.

Ces mesures visent à renforcer le contrôle des opérations de cession significative, inexistant aujourd'hui pour les participations minoritaires de l'Etat ou pour celles dans les entreprises dans lesquelles l'Etat détient aujourd'hui moins de 20 % du capital. Elles introduisent, dans le même esprit, la faculté de saisine de la commission pour les opérations d'acquisitions de l'Etat.

La section 2 concerne les procédures d'évaluation.

L'article 27 précise l'office et les prérogatives de la Commission des participations et des transferts dans chaque cas de figure. S'agissant des opérations réalisées en dehors des procédures des marchés financiers, la commission émet un avis conforme sur les modalités de la procédure puis sur le choix du ou des acquéreurs et enfin sur les conditions de la cession. Les évaluations et avis de la commission sont rendus publics à l'issue de l'opération.

L'article 28 fixe un cadre minimal pour l'évaluation des opérations qui n'ont pas été soumises à une procédure d'évaluation par la Commission des participations et des transferts.

Le chapitre III porte sur la réalisation des opérations.

L'article 29 prévoit que le prix des opérations décidées ou autorisées par l'Etat est fixé par arrêté du ministre en charge de l'économie. Il réaffirme le principe selon lequel la propriété des participations ne peut être cédée à des personnes du secteur privé pour des prix inférieurs à leur valeur. Lorsque la commission a été saisie, les prix ou parités fixés par l'autorité compétente ne peuvent être inférieurs à son évaluation.

L'article 30 prévoit que la réalisation des cessions ou acquisitions peut intervenir dès la date de la signature de l'acte qui en fixe les conditions. Toute opération de transfert au secteur privé réalisée sans avoir fait l'objet de l'autorisation prévue à l'article 22 est réputée nulle.

L'article 31 prévoit que les statuts de toute société dont le transfert au secteur privé ou au secteur public a été décidé sont modifiés par une assemblée générale extraordinaire tenue dans les six mois suivant le transfert afin de, le cas échéant, les rendre conformes au droit commun des sociétés ou à la présente ordonnance. A défaut, toute clause statutaire contraire est réputée non écrite.

Le titre IV de l'ordonnance rassemble, aux **articles 32 à 42** des dispositions diverses, en particulier des dispositions d'entrée en vigueur et transitoires. Les dispositions relatives aux opérations sur le capital et aux articles 17 et 21 entrent en vigueur immédiatement alors que les dispositions relatives à la gouvernance n'entrent en vigueur qu'à la date fixée par l'organe compétent de chaque société et, en tout état de cause, avant la date de la première assemblée générale ordinaire qui suit le 1^{er} janvier 2017. Les sociétés resteront donc soumises aux anciens textes relatifs à la gouvernance jusqu'à cette date au plus tard.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.