



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PREMIER MINISTRE

LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT

Paris, le 28 février 2011

à

N° 5517/SG

Monsieur le ministre d'Etat
Mesdames et Messieurs les ministres
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'Etat

Objet : Mise en œuvre de 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.

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 modifie les règles de composition des conseils d'administration et de surveillance de certaines formes d'entreprises selon des modalités précisées en annexe à la présente circulaire.

Elle emporte des obligations nouvelles pour l'Etat, notamment dans l'exercice de son pouvoir de nomination.

S'agissant d'abord des entreprises publiques relevant de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public « DSP », les quotas prévus par le législateur s'imposeront pour la désignation des membres nommés par décret et les listes des candidats aux élections des représentants des salariés devront être paritaires. Si l'entreprise est par ailleurs une société anonyme (SA) ou une société en commandite par actions (SCA) cotée ou dépassant les seuils prévus par la loi, il faudra en outre appliquer les règles introduites dans le code de commerce, notamment pour la nomination des administrateurs désignés par l'assemblée générale.

S'agissant ensuite des entreprises publiques hors loi « DSP » et des entreprises privées dans lesquelles l'Etat est représenté, les quotas prévus par le code de commerce pour les SA et SCA cotées ou dépassant les seuils s'appliqueront y compris aux représentants de l'Etat. Dans les autres SA et SCA, le code de commerce ne prévoit pas de quota précis mais un objectif de représentation équilibrée des femmes et des hommes, que l'Etat devra respecter dans le choix de ses représentants.

S'agissant enfin des établissements publics ne relevant pas du périmètre de la loi DSP, la loi ne comporte pas de disposition contraignante mais a prévu la remise d'un rapport d'ici la fin 2015 sur le rapprochement, dans les conseils concernés, d'une proportion de chaque sexe équivalente à celle prévue par ses dispositions obligatoires. Il convient ainsi dès à présent de veiller à ce que les efforts attendus par le législateur puissent se traduire dans les faits avant cette échéance.

Il convient de veiller au respect de ces obligations en tenant compte des modalités d'entrée en vigueur prévues par la loi.

Si le législateur a prévu une entrée en vigueur progressive des nouvelles règles, en particulier des quotas, il convient de garder à l'esprit que certaines d'entre elles sont susceptibles de s'imposer très rapidement.

Il en va ainsi lorsque l'un des deux sexes n'est pas représenté au sein du conseil à la date de publication de loi. Celle-ci oblige alors à désigner au moins un représentant de ce sexe, selon le cas, dès la première vacance ou dès la première assemblée générale ordinaire ayant à statuer sur des nominations, qui suit la publication de la loi.

Il en va de même des obligations, applicables dès le premier renouvellement suivant la publication de la loi, d'une part, de respecter le quota de 20% pour les membres désignés par décret dans les entreprises relevant des articles 5 et 6 de la loi DSP et, d'autre part, de présenter des listes paritaires aux élections des représentants des salariés dans les entreprises relevant de son article 4.

Un recensement précis des entreprises concernées doit ainsi être entrepris dès à présent afin de connaître, pour chacune d'entre elles, l'ensemble des règles ayant vocation à s'appliquer avec leur échéancier prévisible d'entrée en vigueur.



Serge LASVIGNES

ANNEXE

1. Règles applicables aux catégories de membres propres à la loi DSP.

L'article 6 de loi du 27 janvier 2011 s'appuie, pour les établissements et entreprises du périmètre DSP, sur les catégories particulières de membres que la loi du 26 juillet 1983 a instituées et n'entend régir que celles-ci : représentants de l'Etat, personnalités qualifiées, représentants des salariés. L'application de cet article, qui concerne toutes les entreprises de ce périmètre, emporte des contraintes variables pour celles-ci en fonction de la présence au sein de leurs conseils d'une ou plusieurs des catégories en cause.

1.1 Proportions minimales pour les membres désignés par décret : représentants de l'Etat et personnalités qualifiées.

Il est introduit un nouvel article 6-1 dans la loi DSP fixant une proportion minimale de membres du conseil de chaque sexe nommés par décret « en application des 1° et 2° de l'article 5 et du dernier alinéa de l'article 6 » de cette même loi, c'est-à-dire, pour les conseils des établissements et entreprises relevant de l'article 5, à la fois des représentants de l'Etat et des personnalités qualifiées et, pour ceux relevant de l'article 6, uniquement des représentants de l'Etat.

Les proportions en cause s'imposeront selon l'échéancier suivant :

- A compter de la publication de la loi, si à cette date l'un des deux sexes n'est pas représenté au sein du conseil, au moins un représentant de ce sexe doit être nommé lors de la plus prochaine vacance intervenant avant le premier renouvellement (art. 6 III de la loi du 27 janvier 2011);
- A compter du premier renouvellement suivant la publication de la loi, la proportion de membres de chaque sexe ne peut être inférieure à 20 % (même disposition) ;
- A compter du second renouvellement suivant la publication de la loi, la proportion de membres de chaque sexe ne peut être inférieure à 40%, étant précisé que lorsque sont nommés par décret au plus huit membres, l'écart entre le nombre des membres de chaque sexe ne peut être supérieur à deux (art. 6-1 de la loi DSP et art. 6 II de la loi du 27 janvier 2011).

La sanction d'une méconnaissance de ces obligations est la même quel que soit le stade auquel elle apparaît. La nomination est nulle si elle n'a pas « pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil », c'est-à-dire si elle n'a pas pour effet de réduire l'écart entre la composition du conseil et les proportions définies par la loi. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur ou le membre du conseil irrégulièrement nommé.

1.2 Parité des listes pour les élections des représentants des salariés.

Les représentants des salariés étant élus au scrutin de liste, le législateur a fait le choix de modifier l'article 17 de la loi DSP pour prévoir que ces listes devront être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe.

Cette insertion au sein du chapitre II du Titre II de la loi DSP conduit à rendre cette règle de composition des listes applicable non seulement aux établissements et entreprises des articles 5 et 6 mais aussi à ceux relevant de l'article 4 (sauf ceux figurant à son annexe III).

Les conditions d'entrée en vigueur de ces dispositions varient selon les catégories d'établissements et d'entreprises concernés. Si ceux relevant des articles 5 et 6 de la loi DSP ne devront appliquer cette règle qu'à l'issue du second renouvellement des conseils en vertu du I de l'article 6 de la loi du 27 janvier 2011, le silence de ce même I s'agissant de ceux relevant de l'article 4 de la loi DSP amène à considérer que, pour eux, la règle de parité des listes s'appliquera immédiatement, c'est-à-dire dès l'organisation des élections qui se tiendront en vue du premier renouvellement suivant la publication de la loi.

2. Règles applicables aux conseils de certaines sociétés commerciales.

Contrairement aux règles prévues à l'article 6 de la loi du 27 janvier 2011 pour les établissements et entreprises relevant de la loi « DSP », celles résultant des articles 1 à 5 de cette loi visent, pour les sociétés concernées, les conseils pris dans leur ensemble.

2.1 Proportions minimales pour les membres des conseils des SA et des SCA cotées ou dépassant certains seuils.

La composition équilibrée des conseils des sociétés, qui constitue l'objectif premier du législateur, concerne d'une part, les sociétés anonymes, qu'elles disposent d'un conseil d'administration (article 1^{er}) ou d'un conseil de surveillance (article 2) et, d'autre part, les sociétés en commandite par actions (article 4).

Les sociétés constituées sous ces formes ne sont toutefois soumises aux obligations particulières prévues par la loi que si elles remplissent l'un ou l'autre des critères suivants : leurs actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou, sur trois exercices consécutifs, le nombre moyen de leurs salariés permanents est d'au moins 500 et le montant net de leur chiffre d'affaires ou du total de leur bilan s'élève à au moins 50 millions d'euros.

Le régime applicable à ces entreprises peut, pour l'essentiel, être présenté ainsi, étant entendu que son respect s'apprécie à la première assemblée générale ordinaire (AGO) suivant chaque échéance, à condition, pour les sociétés non cotées, qu'elle ait à statuer sur la nomination de membres :

- A compter de la publication de la loi, si à cette date l'un des deux sexes n'est pas représenté au sein du conseil, au moins un représentant de ce sexe doit être nommé lors de la plus prochaine AGO ayant à statuer sur la nomination de membres du conseil (article 5 II de la loi du 27 janvier 2011);
- A compter du 1^{er} janvier 2014, la proportion de membres de chaque sexe ne peut être inférieure à 20% dans les sociétés cotées (même disposition) :

- A compter du 1^{er} janvier 2017, la proportion de membres de chaque sexe ne peut être inférieure à 40% dans les sociétés cotées et les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, dépassent les seuils prévus, étant précisé que lorsque le conseil est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre de membres de chaque sexe ne peut être supérieur à deux (L.225-18-1, L.225-69-1, L.226-4-1, et article 5 I de la loi) ; si par la suite, la composition du conseil vient à ne plus respecter ces exigences, celui-ci procède à des nominations provisoires dans les 6 mois (L.225-24 et L.225-78) ; lorsque le conseil comporte des représentants élus par les salariés, les listes doivent en outre être paritaires (L.225-28).

La sanction est la même à tous les stades d'application de la loi : nullité de la nomination si elle n'a pas pour effet de réduire l'écart avec les proportions définies par la loi ; nullité qui n'entraîne pas celle des délibérations. Pour les sociétés anonymes, la loi prévoit en outre une suspension collective du versement des jetons de présence tant que le conseil est irrégulièrement composé, avec toutefois reversement de l'arriéré en cas de rétablissement (L.225-45, L.225-83) ; le rapport annuel présenté à l'assemblée générale fait mention, s'il y a lieu, de la mise en œuvre de ces dispositions (L.225-102-1).

2.2. Autres obligations prévues pour les conseils de l'ensemble des SA et SCA.

Outre les dispositions précitées qui, bien que constituant le cœur de la loi du 27 janvier 2011, ne concernent que les principales SA et SCA, le législateur a introduit deux règles applicables à l'ensemble des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions, y compris donc celles non cotées et ne franchissant pas le seuils précités.

La première concerne la composition des conseils mais sous une forme moins contraignante que celle examinée précédemment : ces conseils devront être composés « en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes » (L.225-17, L.225-69 et L.226-4).

La seconde concerne les missions des conseils. L'article 8 de la loi prévoit en effet que ceux-ci devront délibérer annuellement sur la politique de la société en matière d'égalité professionnelle et salariale (L.225-37-1, L.225-82-1 et L.226-9-1), sur la base, dans les sociétés qui en établissent, du rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes (article L.2323-57 du code du travail) et du plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (article L. 1143-1 du même code).

3. Articulation des deux corps de règles.

Les nouvelles règles du code de commerce, qui s'adressent aux grandes sociétés commerciales, ont non seulement vocation à s'appliquer à des entreprises qui relèvent par ailleurs de la loi DSP mais aussi à des entreprises qui, sans en relever, peuvent néanmoins accueillir des représentants de l'Etat (tableau de synthèse ci-après).

3.1 Application aux entreprises entrant dans les deux champs.

Un certain nombre des sociétés entrant dans le champ des nouvelles dispositions du code de commerce relèveront par ailleurs du périmètre de la loi DSP. Lorsque ces sociétés comportent des administrateurs désignés par l'assemblée générale des actionnaires, ceux-ci devront être désignés dans le respect des règles prévues par les nouvelles dispositions du code de commerce aux côtés des membres désignés par décret et de ceux élus par les salariés dans les conditions prévues par la loi DSP.

Il ressort des travaux parlementaires que ce régime composite a été conçu pour assurer l'indépendance de chaque processus décisionnel¹. Le respect des exigences prévues par la loi devra donc s'apprécier au sein de chaque catégorie, de manière cloisonnée.

3.2 Application aux entreprises entrant dans l'un ou l'autre champ.

La situation dans laquelle une entreprise relève de la loi DSP mais non des nouvelles dispositions du code de commerce (établissements publics, sociétés non cotées ne dépassant pas les seuils) ne soulève pas de difficulté. Les dispositions introduites dans la loi DSP visant uniquement certaines catégories de membres, seules ces catégories devront respecter les règles qu'elle fixe, les autres membres pouvant, en droit, être désignés librement par l'autorité compétente (Etat ou assemblée générale des actionnaires).

La situation inverse peut soulever des questions plus délicates, notamment dans le cas où les règles du code de commerce s'appliquent à des sociétés qui, bien que ne relevant pas des articles 5 et 6 de la loi DSP, accueillent tout de même des représentants de l'Etat.

Il en va ainsi des sociétés du secteur public relevant de l'article 4 de la loi DSP (article 2 du décret-loi du 30 octobre 1935 organisant le contrôle de l'Etat sur les sociétés, syndicats et associations ou entreprises de toute nature ayant fait appel au concours financier de l'Etat), de certaines filiales d'entreprises publiques (article 51 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier et décret n° 96-1054 du 5 décembre 1996), ainsi que des sociétés du secteur privé dans lesquelles au moins 10% du capital sont détenus directement par l'Etat (article 2 du décret-loi du 30 octobre 1935) ou indirectement par l'Etat ou conjointement avec l'un de ses établissements publics (article 139 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 « NRE »).

Dans ces sociétés, les représentants de l'Etat sont désignés soit par décret ou par arrêté, en vertu de l'article 5 du décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics, des entreprises du secteur public et de certaines entreprises privées (nominations résultant du décret loi du 30 octobre 1935 ou de la loi du 12 avril 1996), soit par l'assemblée générale des actionnaires sur proposition des ministres (nominations résultant de la loi du 15 mai 2001).

¹ « Pour éviter tout effet de report d'une autorité de nomination sur l'autre de l'obligation de nommer des représentants appartenant au sexe sous-représenté, il est nécessaire de laisser le droit commun du code de commerce s'appliquer pour les membres désignés par l'assemblée générale, tandis qu'une règle particulière doit concerner les membres nommés par décret » (Rapport Sénat n°38, 2010-2011, M.H des Esgaulx, 13 octobre 2010).

Ces modes de désignation spécifiques des représentants de l'Etat peuvent faire hésiter quant au traitement à leur réserver au regard des dispositions de la loi du 27 janvier 2011. S'il est certain que, même pour ceux nommés par décret, les proportions prévues par la loi DSP ne trouveront pas à s'appliquer, celles-ci visant les seules catégories de membres nommés par décret « en application des 1° et 2° de l'article 5 et du dernier alinéa de l'article 6 » de cette loi, la question de l'application des proportions prévues par le code de commerce est plus incertaine.

Compte tenu néanmoins du fait que les règles de ce code s'adressent aux conseils pris dans leur ensemble, qu'elles ont été explicitement rendues applicables à tout représentant permanent de personne morale administrateur (L.225-20 et L.225-76), auquel les représentants de l'Etat sont généralement assimilés, et qu'elles ne sont pas incompatibles avec celles régissant la désignation et la situation particulières des représentants de l'Etat, il semble difficile de considérer que ces derniers y échapperaient par nature.

Dans un souci de sécurité juridique et bien que les éventuelles irrégularités en cause ne puissent, en vertu de la loi, emporter la nullité des délibérations des conseils, il semble nécessaire de veiller à ce que l'Etat exerce, en pareil cas, son pouvoir de nomination ou de proposition de manière compatible avec le respect des obligations prévues par le code de commerce, au fur et à mesure de leur entrée en vigueur dans les sociétés concernées.

		SOCIÉTÉS ANONYMES ET EN COMMANDITE PAR ACTIONS		AUTRES FORMES JURIDIQUES
		SA et SCA cotées ou dépassant les seuils	SA et SCA non cotées ne dépassant pas les seuils	Autres formes de sociétés, établissements publics, etc.
PERIMÈTRE DSP	Entreprises relevant de l'article 5	<p><u>Au titre du code de commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1) - Proportions pour les éventuels représentants de l'AG (L.225-18-1, L.225-69-1, L.226-4-1) <p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - proportions pour les RE et PQ (art. 6-1) - parité des listes des RS (art.17) 	<p><u>Au titre du code de commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1) <p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - proportions pour les RE et PQ (art. 6-1) - parité des listes des RS (art.17) 	<p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - proportions pour les RE et les PQ (art. 6-1) - parité des listes aux élections des RS (art. 17)
	Entreprises relevant de l'article 6	<p><u>Au titre du code commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1) - Proportions pour les représentants de l'AG (L.225-18-1, L.225-69-1, L.226-4-1) <p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - proportions pour les RE (art. 6-1) - parité des listes des RS (art.17) 	<p><u>Au titre du code de commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1). <p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - proportions pour les RE (art. 6-1) - parité des listes des RS (art.17) 	<p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - proportions prévues pour les RE (art. 6-1) - parité des listes aux élections des RS (art.17)
	Entreprises relevant de l'article 4	<p><u>Au titre du code commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1) - Proportions pour les représentants de l'AG (L.225-18-1, L.225-69-1, L.226-4-1) y compris RE <p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - parité des listes des RS (art.17) 	<p><u>Au titre du code de commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1) <p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - parité des listes des RS (art.17) 	<p><u>Au titre de la loi DSP :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - parité des listes aux élections des RS (art.17)
HORS DSP	Entreprises hors champ de l'article 1 ^{er}	<p><u>Au titre du code de commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1) - Proportions pour les représentants de l'AG (L.225-18-1, L.225-69-1, L.226-4-1) y compris RE 	<p><u>Au titre du code de commerce :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe de représentation équilibrée (L.225-17, L.225-9 et L.226-4) et délibération annuelle sur l'égalité professionnelle (L.225-37-1, L.225-82-1 et L. 226-9-1) 	<p>Aucune règle de parité</p> <p>[Rapport au Parlement avant le 31 déc. 2015 sur la place des femmes dans les EPIC hors DSP et les EPA (art.7 de la loi du 27 janv. 2011)]</p>