

CONSEIL SUPERIEUR DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'ETAT

Commission statutaire du 9 juillet 2014

Rapport de présentation du projet d'ordonnance relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique et de son décret d'application

Ce projet d'ordonnance a été élaboré en application de 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 autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnance, avant le 2 septembre 2014, 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.

Ce projet vise 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 cotées soumises à des principes spécifiques de gouvernement d'entreprises, tout en rendant plus efficace la gestion de ses participations. Il vise 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.

Si les missions de tutelle ou de régulation de l'Etat sont souvent mieux connues que son rôle d'actionnaire, il convient d'y porter la plus grande attention compte tenu de son poids économique et social. En effet, l'Etat doit non seulement investir l'argent des Français de manière avisée, afin que le patrimoine ne se déprécie pas au fil du temps et assure un rendement suffisant, mais il doit également poursuivre, au travers de ces participations, la protection de ses intérêts stratégiques fondamentaux, la garantie des services essentiels ou le renforcement du tissu d'entreprises.

Or, les dividendes perçus par l'Etat représentent un montant significatif – 4,4 Md€ en 2013. Ce montant contribue ainsi au financement des dépenses du budget général et correspond, à titre d'illustration, à près de 40% des crédits ouverts dans le budget 2014 au titre de la mission « Travail et emploi » ou 5,4 % de la masse salariale de l'Etat. Quant aux opérations de cession d'une partie de ce portefeuille, elles peuvent être soit affectées à des opérations de réinvestissements (en dernier lieu, PSA Peugeot Citroën pour 800 M€) soit au désendettement de l'Etat (1,5 Md€ prévu en LFI 2014).

L'impact des dispositions de ce projet d'ordonnance sur la situation des agents publics de l'Etat justifie la consultation du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat sur le fondement des dispositions de l'article 2 du décret n° 2012-225 du 16 février 2012 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat.

En effet, le renforcement du rôle de l'Etat dans les entreprises dont il est actionnaire nécessite qu'il puisse :

- i) continuer à nommer des agents publics comme administrateurs, les agents publics siégeant à l'heure actuelle sous le vocable de « représentant de l'Etat »,
- ii) accorder aux agents publics et agents du secteur privé qui accepteraient de servir les intérêts de l'Etat de bénéficier d'une protection de l'Etat dans le cadre de leurs fonctions.

PRÉSENTATION PAR ARTICLES

Le titre Ier définit le champ d'application de l'ordonnance.

L'article 1^{er} circonscrit ce champ aux sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou les établissements publics nationaux détiennent, seuls ou conjointement, directement ou indirectement une participation en capital. Les entreprises ayant le statut d'établissement public de l'Etat n'entrent pas dans le champ de l'ordonnance 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 de démocratisation du secteur public dont la rigidité a pu nuire au rôle premier du conseil qui est d'être un organe de décision.

L'article 2 précise les modalités de calcul des niveaux de participation. 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 ou indirectement, 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 proposer la désignation d'un tel représentant dans les autres sociétés où il détient une participation. 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 est désigné parmi les agents publics de l'Etat, par lettre adressée à la société. **L'article 6** précise qu'il 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 7 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. Dans les sociétés dans lesquelles il détient directement plus de 10 % du capital, deux 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.

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.

Les membres qui ne relèvent pas des dispositions de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 relatif à la protection fonctionnelle ou de lois et règlements prévoyant une protection équivalente, bénéficient, dans l'exercice de leur mandat d'administrateur, d'une protection de l'Etat assurée dans des conditions similaires à celles prévues à l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983.

La section 4 est relative aux représentants des salariés et reprend en grande partie les dispositions de la loi de démocratisation du secteur public, en les actualisant seulement pour combler des lacunes issues tant des modifications du code de commerce intervenues depuis 1983 que du nouveau cadre légal issu de l'ordonnance.

L'article 8 confirme la règle du tiers de représentants des salariés au sein des conseils des entreprises du secteur public et précise qu'elle s'applique aux organes délibérants de toutes les sociétés détenues majoritairement par l'Etat comportant plus de cinquante salariés, et ce quelque soit leur forme sociale (société anonyme, société par action simplifiée, SARL, SNC, SCA...). Dans les sociétés ne relevant pas de la loi de démocratisation du secteur public, et notamment les sociétés privatisées, les dispositions du code de commerce relatives aux représentants des salariés s'appliqueront.

L'article 9 précise le mode d'élection et le statut des représentants des salariés en renvoyant à la loi de démocratisation du secteur public.

L'article 10 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 12 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 la nullité de la désignation de représentants des salariés n'entraîne pas celle des délibérations en conseil auxquelles il aurait pu prendre part.

L'article 13 prévoit 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 14 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 15** dispose que l'assemblée générale peut révoquer, à tout moment, les membres des conseils. **L'article 16** précise que la rémunération des membres de conseils qui sont par ailleurs dirigeants mandataires sociaux est approuvée par l'organe compétent de la société dans le respect d'un plafond fixé par voie réglementaire.

Les articles 12 à 14 sont applicables sauf disposition statutaire les excluant explicitement.

La section 6 porte sur les dispositions spécifiques aux sociétés chargées d'une mission de service public ou d'intérêt général.

L'article 17 prévoit qu'un ou plusieurs commissaires du Gouvernement peuvent être institués auprès des sociétés chargées d'une mission de service public ou dont les activités revêtent un caractère d'intérêt général ou intéressant les intérêts essentiels de l'Etat et précise que les modalités de leur nomination sont fixées par voie réglementaire. L'article précise les pouvoirs du commissaire du Gouvernement, sans préjudice des dispositions particulières régissant éventuellement ses fonctions. 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 18 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 et les contrats d'entreprise de la loi du 15 mai 2001.

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

L'article 19 ouvre la faculté de choisir parmi les agents publics de l'Etat le président et 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 20 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 21 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 22 prévoit que la rémunération des dirigeants est approuvée par l'organe compétent de la société dans le respect d'un plafond fixé par voie réglementaire, et ce afin de simplifier le process en supprimant l'approbation administrative tout en inscrivant durablement le principe de modération salariale des dirigeants d'entreprise publique.

L'article 23 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 et précise que la perte par le président de son mandat

d'administrateur emporte de plein droit la cessation de ses fonctions de président du conseil d'administration.

L'article 24 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 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 25 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 et chiffre d'affaires, appréciés au niveau consolidé des groupes, sont respectivement supérieurs à 1 000 personnes ou 150 M€ et ii) qui sont entrées dans le secteur public en vertu d'une disposition législative. Ces principes et seuils reprennent les dispositions en vigueur. Les autorisations législatives déjà octroyées, telles que figurant sur la liste annexée à la loi n°93-923 du 19 juillet 1993, demeurent valables.

Le II de l'article 25 prévoit que les autres opérations de privatisation par l'Etat sont décidées par décret, de même que les opérations de cession à des personnes du secteur privé, 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 des participations].

Le III de l'article 25 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 des participations] lorsque leurs effectifs ou chiffre d'affaires, appréciés au niveau consolidé des groupes, sont respectivement supérieurs à 1 000 personnes et 150 M€.

Le IV de l'article 25 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 26 reprend pour l'essentiel les exceptions actuelles aux règles d'autorisation, en les clarifiant.

La section 2 du chapitre I 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 27 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 privé et par le [ministre en charge des participations] 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 I est consacrée à la commission des participations et des transferts.

L'article 28 fixe les règles de composition de la commission. Il prévoit les règles d'incompatibilité afférentes aux fonctions de membre de la commission et celles relatives à la prévention des conflits d'intérêt.

La section 2 concerne les procédures d'évaluation.

L'article 29 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 1 000 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 1 000 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. La commission peut enfin être saisie à titre facultatif par le [ministre chargé des participations] 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.

L'article 30 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 31 fixe un cadre minimal pour l'évaluation des opérations qui n'ont pas été soumises à une procédure d'évaluation par la CPT.

L'article 32 prévoit que la commission rend au [ministre chargé des participations de l'Etat] un rapport annuel d'activité.

Le chapitre III porte sur la réalisation des opérations.

L'article 33 prévoit que le prix des opérations décidées ou autorisées par l'Etat est fixé par arrêté du [ministre en charge des participations]. 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 34 prévoit que la réalisation des cessions ou acquisitions peut intervenir à compter de la date de la signature de l'acte qui en fixe les conditions. Les décrets et arrêtés mentionnés au titre III peuvent être publiés à l'issue de l'opération et que toute opération de transfert au secteur privé réalisée sans avoir fait l'objet de l'autorisation prévue à l'article 25 est réputée nulle.

L'article 35 reprend les dispositions en vigueur relatives à la désignation par décret du dirigeant d'une société à la suite du décret par lequel est décidé le transfert au secteur privé de cette société.

L'article 36 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.

L'article 37 reprend les dispositions relatives à l'institution d'une action spécifique au capital des sociétés transférées au secteur privé lorsque la protection des intérêts nationaux l'exige telles que prévues par l'article 10 de la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

Le titre IV de l'ordonnance rassemble, **aux articles 38 à 46** des dispositions diverses, en particulier des dispositions d'entrée en vigueur et transitoires.

Le projet de décret d'application précise les modalités de désignation des administrateurs, des commissaires du gouvernement et du dirigeant intérimaire dans **ses articles 2 à 6**.

L'article 7 prévoit les modalités de saisine de l'Etat par une société souhaitant privatiser l'une de ses filiales et **les articles 8 et 9** comportent les dispositions d'application relatives à l'action spécifique.

Les articles 10 à 15 rassemble des dispositions diverses, notamment les mesures d'abrogation ou de modification des textes antérieurs.