



MIXITÉ AU SEIN DES CONSEILS D'ADMINISTRATION ET DE SURVEILLANCE : ÉTAT DES RÈGLES APPLICABLES EN 2017

Par : Sandra Esquiva-Hesse, *avocate associée*,
et Sylvain Clérambourg, *avocat associé*

La loi du 27 janvier 2011, dite loi « Copé Zimmermann »¹, a instauré une obligation de représentation équilibrée entre hommes et femmes au sein des organes de gouvernance ou de contrôle de certaines sociétés.

Outre la création d'un principe général selon lequel le conseil d'une société anonyme (SA) ou en commandite par actions (SCA) doit être composé en recherchant une représentation équilibrée entre hommes et femmes², la loi a mis en place un régime dit « permanent » de mixité qui est entré en vigueur le 1er janvier 2017.

Il consiste à porter la proportion de membres du conseil d'administration ou de surveillance de chaque sexe à au moins 40 %³ :

- dans les SA et les SCA dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, à l'issue de la 1^{ère} assemblée générale ordinaire suivant le 1^{er} janvier 2017⁴ ;
- dans les SA et les SCA qui, pendant 3 exercices consécutifs, emploient en moyenne au moins 250 salariés permanents et présentent un chiffre d'affaires net ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros, à l'issue de la prochaine assemblée statuant sur des nominations.

Dans ce dernier cas, si l'obligation est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017 pour les sociétés employant plus de 500 salariés (en considérant les exercices 2014 à 2016), elle ne sera applicable que le 1er janvier 2020 pour celles dont le nombre de salariés est compris entre 250 et 499 (en considérant les exercices 2017 à 2019)⁵.

La loi précise que si le conseil est composé au plus de 8 membres, l'écart entre le nombre d'administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieur à 2. Bien que cela ne ressorte pas du texte, il semble qu'il faille concevoir cette règle comme une dérogation au ratio de 40 % susvisé puisque, dans ces « petits » conseils, l'écart ne peut mathématiquement pas être supérieur à 2 si l'on respecte ledit ratio⁶.

Il faut rappeler que le décompte doit être effectué en tenant compte des représentants permanents des personnes morales membres du conseil, mais en excluant les administrateurs élus par les salariés⁷.

Il faut aussi préciser que lorsque la composition du conseil devient irrégulière à raison d'une vacance, il doit être procédé à des cooptations dans un délai de 6 mois⁸.

Les sanctions encourues en cas de violation de l'obligation de mixité sont les suivantes :

- La nomination qui intervient en violation des dispositions légales est nulle. Pour autant, cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur concerné⁹. La question est alors de savoir si les délibérations demeurent valables lorsque la nullité des nominations entraîne le franchissement à la baisse du nombre de membres minimum du conseil ou aboutit à un défaut de quorum ou de majorité, parce que les administrateurs concernés ne sont pas comptabilisés. La réponse est incertaine¹⁰.
- Le versement des jetons de présence est suspendu jusqu'à ce que la composition du conseil devienne régulière. Cette sanction, qui incite les conseils à proposer des nominations conformes à l'objectif de mixité, peut apparaître injuste puisque l'irrégularité est imputable à l'assemblée. Pour autant, son effet n'est pas définitif dans la mesure où dès que la composition du conseil devient régulière, les jetons de présence sont rétablis rétroactivement en incluant l'arriéré.
- Enfin, s'agissant des sociétés cotées, le manquement fait l'objet d'une certaine publicité puisque le rapport aux actionnaires sur le contrôle interne doit faire état de l'application du principe de mixité tandis que le rapport annuel doit mentionner toute suspension et/ou rétablissement des jetons de présence¹¹.

¹ 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, modifiée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

² L. 225-17, L. 225-69 et L. 226-4 C.Com., applicables dès 2011, mais ne prévoyant aucune sanction.

³ Art. L. 225-18-1, L. 225-69-1 et L. 226-4-1 C.Com.

⁴ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, art. 5, I.

⁵ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, art. 5, I modifié.

⁶ En ce sens par exemple : ANSA, avis n° 11-050, septembre 2011. Cf. aussi H. Le Nabasque, Rev. sociétés 2011, p. 454, qui envisageait aussi une lecture de l'article selon laquelle la règle de « l'écart maximum » s'appliquerait aux conseils « de plus » (et non « au plus ») de 8 membres, dès lors de manière cumulative avec le ratio de 40 %.

⁷ Art. L. 225-20 et L. 225-27 C.Com., étant précisé toutefois que les listes de représentants des salariés doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe (art. L. 225-28 C.Com.).

⁸ La question est de savoir si la société bénéficie de ce délai pour coopter alors même qu'une assemblée se tiendrait avant son terme. L'ANSA répond par l'affirmative (avis n° 16-038, 5 octobre 2016) mais la doctrine est partagée.

⁹ Art. L. 225-18-1 C.Com.

¹⁰ L'ANSA répond par l'affirmative (avis n° 11-050, septembre 2011).

¹¹ Art. L. 225-37 et L. 225-102-1 C.Com.