



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

**RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR LE GROUPE DE
RECHERCHE *REGINE* (Recherches et Etudes sur le
Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe)
ET TRANS EUROPE EXPERTS À LA CONSULTATION
PUBLIQUE SUR LE DÉSÉQUILIBRE ENTRE LES
HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DÉCISIONNELS DES ENTREPRISES
DANS L'UNION EUROPEENNE**

CONTRIBUTEURS

MME OLIVIA BUI XUAN

Maître de conférences en droit public, Université d'Evry Val d'Essonne, membre de REGINE

M. JEAN -CHRISTOPHE DUHAMEL

Ingénieur d'études, Université Lille 2, Faculté de droit (CRD&P), membre de REGINE

MME STEPHANIE HENNETTE VAUCHEZ

Professeure de droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense (CREDOF), responsable scientifique de REGINE

M. MATHIAS MÖSCHEL

Docteur en droit (Institut Universitaire Européen, Florence), post-doctorant attaché au projet REGINE

REGINE
♀

RECHERCHES ET ETUDES SUR LE GENRE ET LES INEGALITES DANS LES NORMES EN EUROPE -
<http://regine.u-paris10.fr/>



© Douglas Smith, 1986.

LE PLAFOND DE VERRE

Illustration de l'article qui a popularisé l'expression « plafond de verre » (« glass ceiling ») : C. Hymowitz, T.D. Schellhardt, 'The glass ceiling: Why women can't seem to break the invisible barrier that blocks them from the top jobs', *The Wall Street Journal*, 1986, March 24.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

Ci-après, figurent les réponses à la consultation publique lancée par la Commission européenne en mars 2012, relative au « déséquilibre entre les hommes et les femmes au sein des organes décisionnels des entreprises dans l'UE ».

- (1) Quelle est l'efficacité de l'autorégulation des entreprises pour résoudre le problème du déséquilibre entre hommes et femmes dans les organes décisionnels des entreprises au sein de l'UE?
- (2) Quelle action supplémentaire (autorégulation/réglementation) conviendrait-il d'entreprendre pour résoudre le problème du déséquilibre entre hommes et femmes dans les organes décisionnels des entreprises au sein de l'UE?
- (3) Pensez-vous que la présence accrue de femmes dans les organes décisionnels des entreprises apporterait des avantages économiques et si oui, lesquels?
- (4) Quels objectifs (p.ex. 20 %, 30 %, 40 %, 60 %) conviendrait-il de définir concernant la proportion du sexe sous-représenté dans les organes décisionnels des entreprises et pour quelle échéance? Ces objectifs devraient-ils prendre la forme d'une obligation ou d'une recommandation? Pourquoi?
- (5) Quelles sont les entreprises (p.ex. cotées en bourse / à partir d'une certaine taille) qui devraient être visées par une telle initiative?
- (6) Quels sont les organes décisionnels/membres de tels organes (exécutifs / non exécutifs) qui devraient être visés par une telle initiative?
- (7) Faudrait-il prévoir des sanctions pour les entreprises qui n'atteignent pas ces objectifs? Conviendrait-il d'autoriser des dérogations à ces objectifs?

Le rapport ayant servi de base à la consultation publique lancée par la Commission Européenne sera dénommé ci-après « rapport de suivi ».

¹ Les femmes dans les instances de décision économique au sein de l'UE : rapport de suivi, Mars 2012.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

1. Quelle est l'efficacité de l'autorégulation des entreprises pour résoudre le problème du déséquilibre entre hommes et femmes dans les organes décisionnels des entreprises au sein de l'UE?

Intuitivement, l'autorégulation des entreprises dans cette quête d'une meilleure représentation des femmes au sein des conseils pourrait être considérée comme inefficace, étant donné qu'on s'interroge encore sur les moyens d'atteindre un tel objectif. Après tout, à observer le taux de féminisation des conseils d'administration, le constat d'une sous-représentation est manifeste.

L'autorégulation peut s'inscrire dans une double dimension. D'abord elle peut correspondre à un comportement spontané, sans qu'il n'existe de consensus social autour d'un objectif prédéfini, formalisé dans une norme. Appliqué au domaine qui intéresse la présente consultation, il s'agirait d'initiatives isolées et singulières favorisant une plus grande intégration des femmes au sein des instances décisionnelles des entreprises. Ce type d'autorégulation mène à un grand relativisme et à une grande hétérogénéité sociale. Le rapport de suivi fournit, en Annexe 2 (p. 21), des exemples d'une telle autorégulation, émanant à la fois des quelques entreprises se fixant des objectifs singuliers en termes de féminisation mais également de réseaux professionnels, de partenaires sociaux ou encore d'écoles de commerce. S'interroger sur l'efficacité d'une telle autorégulation reviendrait à apprécier dans quelle mesure ces initiatives, et tout particulièrement celles des entreprises, aboutissent à faire siéger une proportion non négligeable de femmes dans les conseils d'administration. Cette approche amène cependant largement plus à un constat sociologique qu'à une analyse juridique, réduisant par là-même la pertinence d'un raisonnement en termes « d'efficacité » de la règle. En effet, le constat sociologique ne préjuge pas de l'adaptation ou encore de l'adéquation à une règle fixant un quelconque objectif. Il semble donc que s'interroger sur l'efficacité de l'autorégulation devient réellement pertinent lorsqu'il s'agit d'apprécier le degré de mise en œuvre d'une norme préétablie, fut-elle facultative et le résultat de simples recommandations.

L'autorégulation s'entend également de l'application volontaire d'objectifs de régulation prédéterminés au niveau collectif par des instances publiques ou encore des organisations patronales, des syndicats etc. Ces objectifs peuvent résulter d'un consensus autour d'une norme que chaque acteur est libre d'appliquer ou non. Dès lors qu'un comportement socialement souhaitable est inscrit dans une norme facultative, il devient possible de mener une véritable analyse de son efficacité.

Les recommandations relatives à la féminisation des conseils sont très récentes à l'échelle de l'histoire de la gouvernance d'entreprise. En France, les premières recommandations ont été émises par l'Institut Français des Administrateurs (IFA) en 2006². Selon les représentants de l'IFA eux-mêmes, elles n'ont

² En l'occurrence, 20% de femmes à horizon 2010 dans les sociétés cotées.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

quasiment pas été suivies³. Cet échec tend à démontrer la faible efficacité de l'autorégulation fondée sur des normes purement facultatives. Au-delà des recommandations relatives à la présence des femmes dans les conseils, un tel constat a pu être généralisé à toutes les recommandations de gouvernance d'entreprise, ce qui conduit les législateurs nationaux à ajouter à ces dernières une pression supplémentaire, celle de la transparence. Par l'introduction du mécanisme de *comply or explain* dans le régime d'information applicable aux sociétés cotées sur un marché réglementé, le législateur européen a témoigné sa faveur à l'égard d'une autorégulation davantage encadrée⁴.

Le *comply or explain* consiste à obliger les sociétés à déclarer un référentiel de rattachement en matière de gouvernance d'entreprise et à expliquer pourquoi elles n'appliquent pas certaines recommandations⁵. L'idée est de soumettre les sociétés à une pression d'ordre « réputationnel », de telle sorte qu'elles mettent en œuvre les recommandations de bonne pratique. En France, le mécanisme du *comply or explain* a été introduit par la loi du 3 juillet 2008, transposant la directive 2006/46/CE⁶. Pour autant, les premières recommandations de gouvernance concernant la féminisation des conseils d'administration des sociétés cotées sur un marché réglementé ne datent que d'avril 2010 ; elles ont été insérées dans le code AFEP-MEDEF, corpus de rattachement compatible avec le régime légal français du *comply or explain*. Etant donné la jeunesse du dispositif, on ne dispose pas d'un retour d'expérience sur son efficacité. En outre, l'adoption de recommandations visant à la féminisation des conseils, soumise au dispositif de *compliance*, précède de très peu l'adoption en France de la loi du 27 janvier 2011⁷. Ce texte d'ordre public, relevant de la loi « dure », instaure un régime de transition vers l'objectif de 40% de femmes au sein des conseils à horizon 2017. Cet objectif est le même que celui figurant dans les recommandations de gouvernance : le code AFEP-MEDEF préconise « un pourcentage d'au moins 20% de femmes » à l'horizon d'avril 2013, puis « d'au moins 40 % » à l'horizon d'avril 2016⁸. *Grosso modo*, les

³ ASSEMBLEE NATIONALE, DELEGATION AUX DROITS DES FEMMES ET A L'EGALITE DES CHANCES ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES, *L'accès des femmes aux responsabilités dans l'entreprise*, Rapport d'activité n° 2125, présenté par Mme Marie-Jo Zimmermann, p. 96 et s.; Audition de M. Daniel Lebègue, Président de l'Institut des Administrateurs (IFA) et de Mme Agnès Touraine, administrateur de société et membre du conseil d'administration de l'IFA.

⁴ Directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, JO L 224/1 du 16 août 2006, pp. 1-7.

⁵ Pour une présentation du mécanisme, cf. Fasterling (B.), Duhamel (J.-C.), « Le *comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2009/2, t. XXIII, 2, pp. 129-157.

⁶ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008.

⁷ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011.

⁸ Art. 6.3. du Code AFEP-MEDEF.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

recommandations ont pris une année d'avance sur le dispositif « dur » de la loi du 27 janvier 2011⁹. Il est dès lors complexe, voire impossible, d'analyser les effets qu'aura eu l'introduction d'une recommandation dans le code de gouvernance relative à la présence des femmes dans les conseils, la loi dure s'étant substituée au dispositif d'autorégulation dans un laps de temps très (trop ?) court.

Si l'expérience française n'est pas très instructive, des auteurs ont pu stigmatiser l'inefficacité du mécanisme de *comply or explain* dès lors que les recommandations avaient une nature vague¹⁰. Or, le taux de femmes siégeant au conseil d'administration est au contraire une de ces recommandations précises, pour lesquelles le *comply or explain* pourrait peut-être davantage démontrer son efficacité¹¹. Certes, ce genre de contraintes par l'information, si elle peut aboutir à augmenter le taux de présence des femmes, ne confère pour autant aucune garantie absolue en ce sens, à la différence d'une réglementation impérative, accompagnée d'un dispositif de sanction.

Synthèse de la réponse :

L'autorégulation, pour être efficace - si tant est que les autorités publiques européennes ne souhaitent pas recourir à des mécanismes contraignants - doit s'accompagner d'un dispositif d'encadrement incitatif, à l'instar du *comply or explain*. En effet, l'autorégulation pure n'a, jusqu'à présent, pas démontré sa réelle efficacité. S'agissant de la parité des conseils d'administration, les effets de ce mécanisme n'ont pas encore été bien évalués.

⁹ L'article L. 225-18-1 c. com., qui exige une représentation d'au moins 40% de femmes dans les conseils d'administration, ne rentrera en application qu'au 1^{er} janvier 2017 (cf. art. 5, I de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011) ; l'exigence de 20% d'administrateurs de chaque sexe n'entrera en vigueur qu'en 2014, (cf. art. 5, II de la loi précitée).

¹⁰ Fasterling (B.), Duhamel (J.-C.), précit.

¹¹ Duhamel (J.-C.), Fasterling (B.), « 1^{er} bilan de *comply or explain* en France », *Bulletin Joly Bourse*, décembre 2009, pp. 524-531.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

2. Quelle action supplémentaire (autorégulation/réglementation) conviendrait-il d'entreprendre pour résoudre le problème du déséquilibre entre hommes et femmes dans les organes décisionnels des entreprises au sein de l'UE ?

Si l'autorégulation, seule ou accompagnée d'un mécanisme de transparence d'ordre public, devait s'avérer inefficace, le législateur, national ou européen, devrait adopter une réglementation d'ordre public imposant des quotas stricts de femmes –ou, idéalement, la parité- au sein des conseils d'administration des sociétés. Nombreux sont les pays européens à avoir adopté cette méthode de réglementation contraignante. Le rapport de suivi, en son Annexe n°1, offre un panorama complet des Etats membres ayant embrassé cette méthode²². De l'*Eurobaromètre spécial 376* de mars 2012²³, il ressort toutefois que les Européens interrogés se prononcent majoritairement en faveur de l'autorégulation ou de la *soft law*²⁴ pour promouvoir l'équilibre hommes/femmes au sein du conseil d'administration ; l'adoption d'une réglementation contraignante ne recueille que 34% des suffrages. En outre, ils sont favorables à 75% à l'adoption d'une législation stricte « à la condition que les qualifications soient prises en compte sans favoriser automatiquement l'un des deux sexes »²⁵.

En dépit des réticences de l'opinion publique européenne l'avantage de la réglementation d'ordre public consisterait à ne pas laisser le choix aux sociétés d'appliquer ou non la mesure, outre l'harmonisation à l'échelle européenne à laquelle elle contribuerait.

Si les instances de l'Union Européenne souhaitent donc légiférer en la matière, la volonté d'ores et déjà affichée voire éprouvée de nombreux Etats membres d'employer la méthode légale, doit certainement guider le choix du dispositif normatif le mieux adapté. Il semble qu'une directive, fixant un calendrier transitoire et un seuil commun de présence de femmes dans les conseils, soit l'instrument le plus propice : il correspondrait au mode d'action jusqu'à présent privilégié dans l'harmonisation du droit des sociétés en Europe.

²² Norvège, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Espagne, Allemagne, Danemark, Finlande, Grèce, Autriche, Slovaquie.

²³ TNS Opinion & Social, *Les femmes aux postes de direction*, mars 2012, Eurobaromètre spécial 376, p. 46 et s.

²⁴ Assimilée dans la présente réponse à une « autorégulation encadrée », cf. réponse n° 1.

²⁵ TNS Opinion & Social, *op. cit.*, p. 51.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

Synthèse de la réponse :

L'adoption par plusieurs Etats membres de dispositifs législatifs concourant à une représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des conseils d'administration, couplée à la lenteur des résultats de l'autorégulation, devraient encourager le législateur européen à adopter une réglementation contraignante pour les Etats membres. Une directive semble être l'*instrumentum* privilégié, car suffisamment stricte sur les objectifs à atteindre tout en étant souple quant aux moyens pour y parvenir.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

3. Pensez-vous que la présence accrue de femmes dans les organes décisionnels des entreprises apporterait des avantages économiques et si oui, lesquels?

Le rapport de suivi témoigne de la très grande importance donnée à l'avantage économique que procurerait une présence accrue des femmes au sein des conseils d'administration¹⁶, si bien que le critère économique semble fonder, à titre essentiel, l'initiative de la Commission Européenne. Pourtant, ce critère doit être grandement relativisé, et ce pour plusieurs raisons.

D'abord, parce que les avantages tant microéconomiques que macroéconomiques, soulevés par le rapport précité, sont discutables. Ensuite, parce que la motivation essentielle d'une mesure de parité hommes/femmes au sein du conseil d'administration repose largement sur des considérations démocratiques et de justice sociale. En d'autres termes, il ne semble pas nécessaire de passer par l'argument économique pour justifier une action législative –que ce soit à l'échelle nationale ou à l'échelle européenne- visant à atteindre la parité entre hommes et femmes au sein des conseils d'administration.

- De l'inconsistance de la relation performance/féminisation :

D'abord, s'agissant de la relation entre la présence de femmes au sein du conseil d'administration des sociétés et la performance économique, les études académiques portant sur la question ne parviennent pas à aboutir à des résultats homogènes et convergents ; la question reste débattue et, en vérité, indécidable. L'apport des études empiriques ne saurait être d'un réel secours et l'on peut regretter que le rapport de suivi (p. 7) ne se fonde que sur celles ayant su révéler une corrélation positive entre performance (création de valeur pour l'entreprise ou l'actionnaire) et présence des femmes au sein du conseil d'administration.

En contrepoint des quelques références sur lesquelles s'appuie le rapport de suivi, on peut recenser de nombreuses autres études menées dans différents Etats membres de l'UE ainsi que dans les pays

¹⁶ On peut lire dans ce rapport, p. 7 : « *En effet, un meilleur équilibre hommes femmes au sein des organes décisionnels des entreprises est, de toute évidence, une nécessité, à la fois d'un point de vue microéconomique – en termes de performances des entreprises – et d'un point de vue macroéconomique – en termes de croissance économique plus élevée et durable.* » ; Ou encore, p. 15 : « *La mixité au sein des plus hauts organes décisionnels des entreprises contribue à l'amélioration de la gouvernance d'entreprise, sans oublier que les sociétés présentant une proportion plus élevée de femmes à des postes à responsabilité réalisent de bien meilleures performances que leurs concurrentes dépourvues de cet atout. Par ailleurs, les femmes constituent un vivier de talents qualifiés et, si l'on persiste à ne pas les encourager et leur permettre d'exploiter pleinement leurs compétences professionnelles, les performances économiques de l'UE s'en trouveront fortement affectées.* »



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

anglo-saxons, qui rejettent l'existence d'une corrélation positive entre présence des femmes au sein des conseils et performance économique et/ou financière¹⁷.

L'initiative de la Commission s'appuie également sur les implications positives de la féminisation des conseils d'un point de vue macro-économique. Les femmes sont aujourd'hui davantage présentes dans les études supérieures, tout comme elles y réussissent mieux. Partant, la faible représentation des femmes dans les « instances de décision économique » aboutit à sous-exploiter un vivier de talents et de compétences. Cette sous-exploitation handicaperait l'économie européenne et ses perspectives de croissance. L'intégration plus ambitieuse des femmes sur le marché du travail (l'objectif de la Commission est un taux d'emploi des femmes de 75% en Europe à horizon 2020), implique nécessairement la revalorisation de leurs fonctions et de leur rémunération. L'orientation vers les fonctions de direction économique permet d'atteindre cet objectif.

Il faut certainement noter que ces prémisses sur lesquelles la Commission fonde en grande partie son initiative occultent d'autres réalités macroéconomiques, et paraissent attribuer au critère de la féminisation des instances de pouvoir un impact surévalué. Si la féminisation des conseils d'administration ne préjudicie probablement pas à la productivité et à la croissance des entreprises, à l'inverse, on peine à établir de manière scientifique en quoi le critère de la féminisation serait opératoire s'agissant de la croissance des pays européens. A notre connaissance, aucun lien n'a jamais été établi entre présence des femmes sur le marché du travail et croissance économique. En outre, le rapport de suivi fournit des éléments statistiques susceptibles d'être interprétés dans un sens opposé. Le rapport constate que chez de nombreux partenaires commerciaux de l'UE, la représentation des femmes dans

¹⁷ Randøy (T.), Thomsen (S.), Oxelheim (L.), « A Nordic Perspective on Corporate Board Diversity », *Nordic Innovation Centre*, 2006, Oslo, disponible à l'adresse : www.nordicinnovation.net ; Bøhren, Ø., and Strøm, R.Ø. (2007), « Aligned, Informed, and Decisive: Characteristics of Value-Creating Boards », *EFA 2007 Ljubljana Meetings Paper*, disponible sur SSRN à : <http://ssrn.com/abstract=966407> ; Rose, C. (2007), « Does Female Board Representation Influence Firm Performance? The Danish Evidence ». *Corporate Governance*, 15, 2, 404-413 ; Hussein (K.), Kiwia (B. M.), « Examining the Relationship between Female Board Members and Firm Performance - a Panel Study of US Firms », *African Journal of Finance and Management* (June 27, 2009), disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1596498> ; Adams (R. B.), Ferrera (D.), « Women in tin-Boardroom and their impact on Governance and Performance », *Journal of Financial Economics*, 2009, 94(2), 291-309 ; Simpson (W. G.), Carter (D. A.), D'Souza (F.), « What Do We Know About Women onBoards? », *Journal of Applied Finance*, 2010, No. 2, pp. 27-39 ; Rhode (D.), Packel (A. K.), « Diversity on Corporate Boards : How Much Difference Does Difference Make? », *Rock Center for Corporate Governance at Stanford University*, Working Paper n°89, Sept. 2010, disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1685615> ; Carter (D. A.), D'Souza (F.), Simkins (B. J.), Simpson (W. G.), « The Gender and Ethnic Diversity of US Boards and Board Committees and Firm Financial Performance », *Corporate Governance : An International Review*, 2010, 18(5), pp. 396-414. ; Marinova (J.), Plantenga (J.), Remery (C.), « Gender Diversity and Firm Performance : Evidence from Dutch and Danish Boardrooms », *Tjalling C. Koopmans Research Institute, Utrecht School of Economics, Utrecht University*, Discussion Paper Series 10-03, January 2010, 28 p. ; Dobbin (F.), Jung (J.), « Corporate Board Gender Diversity and Stock Performance : the Competence Gap or Institutional Investor Bias ? », *North Carolina Law Review*, 2011, vol. 89, pp. 809-838.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

les CA est bien plus faible qu'en Europe, voire quasiment inexistante. Parmi ces pays se situant sous la barre des 10% de femmes dans les conseils d'administration sur une période 2009-2011, figurent la plupart des pays qui affichent des forts taux de croissance, et qui constituent les nouveaux grands centres d'activité économique mondiaux¹⁸. Il est hors de question d'en tirer comme conséquences que les femmes desservent la performance macro-économique d'un pays, mais plutôt que leur présence n'est pas un critère opératoire qui tendrait à établir une meilleure performance macro-économique des nations.

L'argument économique véhicule une grande force légitimatrice, ce qui explique qu'il est fréquemment convoqué à l'appui d'un processus législatif, de surcroît dans le domaine du droit économique. Mais une lecture trop « économisante » de la féminisation des conseils suppose de s'inscrire dans la lignée du féminisme « différentialiste » qui pose comme postulat que les femmes ont des spécificités (pas uniquement biologiques) propres. Or ce n'est pas sur un mode essentialiste, qui s'appuierait sur la valeur ajoutée spécifique que permettrait la présence de femmes dans telle ou telle arène, qu'il paraît intéressant de chercher à fonder une réglementation visant à accroître la place des femmes dans les instances de gouvernance économique. L'idée d'un rôle social de l'entreprise, d'un monde économique comme acteur de la démocratie, en revanche, semble plus féconde de ce point de vue.

■ De la pertinence de la notion de démocratie paritaire

Le différentialisme auquel conduit le fondement de la performance économique fait perdre de vue l'inspiration profondément sociale et démocratique de la proposition visant à accroître la place des femmes dans les conseils. Au contraire, le paradigme paritaire, quel que soit le domaine dans lequel il vient à s'appliquer, participe d'une redéfinition ou d'une réorientation positive de la notion de démocratie. Une telle perspective de réflexion importe du point de vue du rôle social des acteurs économiques privés. En ce sens, loin de l'idée que « les femmes » apporteraient des valeurs et des « manières féminines » de faire (y compris, de faire des affaires !), le paradigme de la démocratie paritaire fait de l'inclusion de l'ensemble de l'humanité dans les lieux de représentation et de pouvoir une question de principe. Les instances de représentation, quelles qu'elles soient, peuvent alors être interrogées du point de vue de leur représentativité, de la manière dont elles reflètent les corps qu'elles représentent – et il en va là de leur légitimité, sinon, directement, de leur capacité à générer des profits¹⁹.

¹⁸ Russie (8%) ; Brésil (7%) ; Mexique (7%) ; Chine (6%) ; Argentine (6%) ; Inde (5%).

¹⁹ Sur la question, on pourra apprécier la grande clarté des positions de Suk (J. C.), « Gender Parity and State Legitimacy : from Public Office to Corporate Boards », (March 3, 2011). International Journal of Constitutional Law, Forthcoming ; Cardozo Legal Studies Research Paper No. 326. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1776263>.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

La revendication d'une parité hommes / femmes dans les organes décisionnels des entreprises peut donc être vue tout autant comme relevant d'une politique de lutte contre les discriminations à l'encontre des femmes que comme une question de principe favorisant la diversité et la représentativité. Dès lors, susciter l'adhésion des milieux économiques à l'objectif de féminisation des conseils implique de convaincre de la fonction sociale des entreprises et de leur participation à la justice sociale via de telles initiatives, bien davantage que sur ces vertus micro et macro-économiques qui resteront toujours contestables.

A l'occasion de l'étude menée par TNS fin 2011²⁰ pour la Commission européenne, il a été demandé aux personnes interrogées d'avancer les raisons pour lesquelles elles pensaient que les femmes devraient être représentées en nombre équivalent aux postes de direction des entreprises. Parmi les avantages liés à la présence de femmes dans les instances de direction de l'entreprise, ceux tirés d'une performance économique supérieure n'arrivent qu'en dernier ; en revanche, deux critères arrivent en tête : les femmes sont aussi qualifiées que les hommes pour ce genre de postes (62%), les hommes et les femmes doivent bénéficier des mêmes droits (58%).

Synthèse de la réponse :

Il n'existe pas de lien définitivement établi entre la présence des femmes au sein des conseils d'administration et la performance économique et financière de l'entreprise. En outre, fonder la présence des femmes sur un tel lien fait passer au second plan les fondements primordiaux de la démocratie paritaire et de la justice sociale.

²⁰ TNS Opinion & Social, *Les femmes aux postes de direction*, mars 2012, Eurobaromètre spécial 376, p. 42 et s.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

4. Quels objectifs (p.ex. 20 %, 30 %, 40 %, 60 %) conviendrait-il de définir concernant la proportion du sexe sous-représenté dans les organes décisionnels des entreprises et pour quelle échéance? Ces objectifs devraient-ils prendre la forme d'une obligation ou d'une recommandation? Pourquoi?

L'objectif d'une représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des conseils d'administration devrait aboutir le plus logiquement à la parité, soit une proposition obligatoire de 50% d'hommes et 50% de femmes. Notons qu'à peu près 70% des européens interrogés pensent que 40% à 50% de femmes au sein des conseils d'administration est un objectif réaliste à atteindre²¹.

Dans la mesure où l'objectif est de promouvoir le rôle des femmes dans les conseils d'administration, ce taux de 50% doit s'entendre comme un minimum à atteindre, de manière à offrir la possibilité aux entreprises de recourir à un taux de présence féminine supérieur. Une règle du quota rigide ne doit en effet pas servir de fondement à une limitation du nombre de femmes au sein des organes décisionnels des entreprises.

Dans le cas d'un nombre impair de personnes susceptibles de siéger au conseil, il revient de prévoir un taux de 50% à plus ou moins une personne. Dans une vision strictement égalitaire des choses, il n'y a toutefois pas lieu d'appliquer aux seules femmes un tel taux. Seul un taux minimum de personnes de sexe masculin et féminin aboutit à une véritable égalité et neutralité de la règle. Tout texte normatif, qu'il s'agisse de recommandation ou d'un texte impératif, pourrait donc utilement faire apparaître la formulation suivante : « 50% de personnes de chaque sexe » et dans le cas d'un nombre impair de personnes susceptibles de siéger au conseil « 50 % de personnes de chaque sexe à plus ou moins une personne ». Tout seuil autre que 50/50 véhiculerait nécessairement l'idée qu'hommes et femmes ne se valent pas, ce qui serait alors une contradiction avec l'objectif de départ du projet de réforme.

Si le législateur national ou communautaire devait se fixer un tel objectif de parité, une nécessaire période transitoire pourrait être envisagée. Sa durée dépendra de la volonté politique affichée d'aboutir plus ou moins rapidement à un meilleur équilibre au sein des conseils. Les différentes initiatives prises au niveau national et communautaire témoignent d'une réelle diversité. Pour l'Union européenne, la féminisation des conseils d'administration intègre le plan « Europe 2020 » ; pour la France, c'est 2017, pour d'autres pays 2015 comme en Italie ou en Espagne, 2016 aux Pays-Bas ou encore 2019 en Belgique... Si l'on excepte les précurseurs comme la Norvège qui a rendu sa réforme obligatoire en 2006, un consensus semble régner entre les pays européens pour aboutir à un objectif de représentation équilibrée des femmes au sein des conseils au cours de la décennie 2010-2020. A notre connaissance, aucun pays n'a projeté de date de mise en œuvre au-delà de 2020. Si une législation européenne devait être adoptée, il y a donc tout lieu de considérer qu'elle devrait se fixer 2020 comme

²¹ TNS Opinion & Social, *op. cit.*, p. 61.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

date butoir de mise en œuvre (mais c'est déjà là l'objectif calendaire affiché par la Commission Européenne...). La prévision de différents paliers de mise en œuvre de la réforme semble en outre très pertinente, en ce qu'elle offre une transition en douceur et permet aux sociétés de sélectionner progressivement les candidates jusqu'à consolidation du quota ; ce passage échelonné au taux de présence minimum obligatoire de chaque sexe (p. ex. 30% en 2015, 40% en 2018 et 50% dans les modalités sus-indiquées en 2020) est retenu dans la plupart des pays susmentionnés.

Synthèse de la réponse :

L'objectif obligatoire de 50% de personnes de sexe masculin ou féminin au sein du conseil d'administration semble le plus égalitaire. Cet objectif devrait être atteint au plus tard en 2020, s'accompagner d'un dispositif transitoire constitué de seuils à atteindre et d'aménagements mineurs dans le cas de conseils ou d'organes d'entreprise comportant un nombre impair de personnes.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

5. Quelles sont les entreprises (p.ex. cotées en bourse / à partir d'une certaine taille) qui devraient être visées par une telle initiative?

Jusqu'à présent, parmi l'ensemble des structures de la gouvernance économique, c'est le conseil d'administration qui a concentré l'essentiel des préoccupations relatives à la féminisation. Cela se comprend aisément si on raisonne seulement en termes d'équilibre de la représentation hommes/femmes. Un équilibre peut en effet être trouvé au sein d'organes collégiaux. En revanche, il est bien plus difficile de raisonner en termes de parité lorsqu'il s'agit de fonctions de direction exécutive qui sont le plus souvent unipersonnelles... Cette remarque a son importance car elle explique que la parité hommes/femmes dans les instances décisionnelles soit un sujet concernant des formes sociétaires connaissant des organes décisionnels collégiaux. Or de telles structures sont minoritaires. En droit français, tout comme dans de nombreux autres pays européens, ne pourraient être visées systématiquement que les conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes, et les conseils de surveillance des sociétés en commandites par actions. Cette réalité implique donc d'exclure du champ de la parité la grande majorité des sociétés commerciales immatriculées en France ! S'agissant de la forme sociétaire en tant que telle, le champ de la parité au sein des conseils est donc réduit essentiellement aux sociétés cotées sur les marchés réglementés de titres financiers.

Afin d'inclure dans le champ de la parité un plus grand nombre de formes sociétaires nous recommandons d'inclure également d'autres formes sociétaires, comme par exemple les sociétés anonymes non cotées et les sociétés en commandite par actions non cotées, jusqu'à présent non concernées par ce type de réglementation. Cela aurait l'avantage de garantir une application plus large du principe d'égalité entre hommes et femmes ainsi que d'éviter le risque d'un changement de forme sociétaire pour éviter l'application des dispositions.

En ce qui concerne la question de la taille de l'entreprise, c'est sur ce critère que les instances nationales ou européennes devraient être les plus volontaristes, de façon à étendre l'initiative bien au-delà des seules sociétés cotées, tout en prenant garde à ne pas générer l'hostilité des plus petites entreprises. Il reviendrait aux instances politiques de prendre leur responsabilité en choisissant les critères de taille qui leur sembleraient les mieux adaptés. L'exemple français et ses quatre catégories d'entreprises privées peuvent servir de base à cette analyse²² :

²² Article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 *relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique.*



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

- 1) La catégorie des microentreprises est constituée des entreprises qui :
 - d'une part occupent moins de 10 personnes ;
 - d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 millions d'euros.
- 2) La catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui :
 - d'une part occupent moins de 250 personnes ;
 - d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros.
- 3) La catégorie des entreprises de taille intermédiaire (ETI) est constituée des entreprises qui n'appartiennent pas à la catégorie des petites et moyennes entreprises, et qui :
 - d'une part occupent moins de 5 000 personnes ;
 - d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 1 500 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 2 000 millions d'euros.
- 4) La catégorie des grandes entreprises (GE) est constituée des entreprises qui ne sont pas classées dans les catégories précédentes.

D'autre part, les entreprises publiques devraient être intégrées au champ d'une réforme visant la parité dans les entreprises européennes.

Si les instances européennes devaient donc intervenir sur la question, elles pourraient étendre l'application complète des règles envisagées : aux entreprises publiques, aux grandes entreprises (GE), aux entreprises de taille intermédiaire (ETI) et, avec plus de souplesse, aux PME. En ce qui concerne les PME, la catégorisation qui résulte de la recommandation du 6 mai 2003 peut ultérieurement permettre d'identifier le champ d'application des nouvelles règles²³ :

1. La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

²³ Recommandation de la Commission n° 2003/361/CE du 6 mai 2003, JO L 124, 20 mai 2003, pp. 36-41



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros.
3. Dans la catégorie des PME, une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros.

Synthèse de la réponse :

La féminisation des conseils d'administration concerne les sociétés comportant des organes collégiaux décisionnels et de contrôle. Nous recommandons d'inclure dans le champ de la parité un plus grand nombre de formes sociétaires. Outre le critère de l'admission sur un marché réglementé, le champ *ratione societatis* de la parité hommes/femmes devrait s'établir autour de l'importance économique de l'entreprise. Il revient aux pouvoirs publics de déterminer avec précision ce champ d'application, tout en notant qu'ils pourront s'appuyer à cette fin sur les différentes catégories d'entreprise (PME, ETI, Grandes entreprises...) définies aux échelles nationales et européenne.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

6. Quels sont les organes décisionnels/membres de tels organes (exécutifs / non exécutifs) qui devraient être visés par une telle initiative?

Le conseil d'administration et le conseil de surveillance sont souvent présentés comme les organes décisionnels les plus élevés hiérarchiquement au sein des sociétés. Ainsi, le rapport de suivi assimile les conseils d'administration et les conseils de surveillance aux « plus hauts organes décisionnels des entreprises²⁴ ». Cette affirmation doit pourtant être nuancée.

Les titulaires du pouvoir décisionnel dans les sociétés sont bien plus ses représentants légaux, autrement dénommés les mandataires sociaux ou encore, à la « façon » anglo-saxonne, les dirigeants exécutifs. Le conseil d'administration, et davantage encore le conseil de surveillance, ne possède pas de véritable pouvoir de décision. Rappelons d'abord qu'il s'agit d'organes intermittents, à la différence de la direction exécutive qui est l'organe permanent de la société. Le conseil d'administration participe certes de la détermination de la stratégie, mais n'est pas chargé de sa mise en œuvre ; le conseil de surveillance quant à lui souffre, en tout cas en France, d'une défense d'immixtion dans la gestion de la société. Les pouvoirs de ces instances consistent finalement essentiellement à nommer et révoquer les dirigeants exécutifs, à leur attribuer leur rémunération, à arrêter les comptes présentés par les dirigeants et à contribuer, le cas échéant, à la détermination de la stratégie de la société. Les conseils sont donc tournés davantage vers le contrôle de la direction de la société que vers la direction elle-même. Cette vocation au contrôle des conseils d'administration et de surveillance n'a eu de cesse de se renforcer sous l'effet des principes de gouvernance d'entreprise, qui ont émergé sur la base d'un constat ancien d'absence de véritable rôle des conseils dans la société. Si la place du conseil d'administration et de surveillance a été valorisée depuis maintenant à peu près 20 ans, les critiques sont toujours nombreuses sur ces instances, dont l'efficacité en termes de véritable contre-pouvoir est encore sujette à caution. La passivité des conseils est régulièrement dénoncée à l'occasion, par exemple de l'attribution des rémunérations aux dirigeants des grandes sociétés, ou du contrôle des opérations menées par les dirigeants exécutifs. *Grosso modo*, tout se passe donc comme si la promotion des femmes dans les instances de gouvernance des grandes sociétés consistait à leur réserver des postes dans des organes connus soit pour ne pas avoir de véritable pouvoir de décision, soit pour leur relative passivité.

Ce « hiatus » entre l'objectif de promotion des femmes dans les instances de pouvoir de l'entreprise et leur cantonnement aux organes non exécutifs a déjà été mis en évidence²⁵. La promotion des femmes

²⁴ « En janvier 2012, les femmes n'occupaient en moyenne que 13,7 % des sièges au sein des plus hauts organes décisionnels des entreprises (conseil d'administration et/ou conseil de surveillance) des principales sociétés cotées dans les États membres », p. 9, rapport précité.

²⁵ Daily (C. M.), Certo (S. T.), Dalton (D. R.), « A Decade of Corporate Women : Some Progress in the Boardroom, None in the Executive Suite », *Strategic Management Journal*, 20: (1999), pp. 93–99.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

dans les seuls conseils d'administration et de surveillance ne saurait pleinement satisfaire la diversification de genre en matière de pouvoir décisionnel dans la société. Seule la parité à la fois dans les instances collégiales, mais également exécutives, pourrait répondre à cet objectif.

La difficulté d'une telle réforme tiendrait évidemment au fait que la notion de parité, s'agissant d'un organe exécutif souvent unipersonnel, ne pourrait recouvrir une certaine consistance qu'à condition d'être entendue comme un principe d'alternance. Dans le secteur public, il serait envisageable que les fonctions de direction soient exercées une fois sur deux par une femme ; un double exécutif homme/femme pourrait par ailleurs être imaginé, même si on ne peut occulter les risques de blocage décisionnel qu'engendre une dualité de dirigeants. Dans le secteur des grandes sociétés anonymes privées, il faut garder à l'esprit que le dirigeant exécutif n'est le plus souvent pas tenu légalement par une durée de mandat ; simplement, il est révocable à tout moment par le conseil, et le plus souvent pour juste motif. Sauf à considérer que le genre, au-delà d'un juste motif de promotion sociale, est également un juste motif de destitution, il faudrait faire évoluer le régime de cessation des fonctions de dirigeant exécutif, en prévoyant en complément du juste motif de révocation en cours de mandat, « l'alternance de genre » comme motif de fin des fonctions. Il serait ainsi possible de prévoir, par exemple, une alternance dans les fonctions de direction générale, qui coïnciderait pourquoi pas avec la durée du mandat de l'administrateur.

Synthèse de la réponse :

L'initiative ne devrait pas seulement viser les conseils d'administration et/ou de surveillance mais également s'appliquer aux dirigeants exécutifs, souvent les vrais organes d'exercice du pouvoir dans les entreprises. Un principe d'alternance homme/femme pourrait répondre à la difficulté d'appliquer le principe de parité à des organes souvent unipersonnels.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

7. Faudrait-il prévoir des sanctions pour les entreprises qui n'atteignent pas ces objectifs?
Conviendrait-il d'autoriser des dérogations à ces objectifs?

Soulever la question de la sanction implique, en amont, d'avoir pris position sur le caractère contraignant ou non de la règle. Toute préconisation d'une autorégulation ou d'un dispositif de *soft-law* oblige à exclure la possibilité même d'une sanction de type juridique ; en revanche, le caractère contraignant de la règle implique nécessairement un dispositif de sanction qui alors doit répondre au critère d'efficacité. Toute sanction inefficace nuirait au principe fondamental de parité que l'instrument envisagé tente d'établir dans le contexte européen.

Les européens²⁶ qui se sont prononcés, en première intention, sur la question de la sanction de l'irrespect de la parité hommes/femmes dans les conseils, privilégient d'abord l'amende ; viennent ensuite l'interdiction de bénéficier de marchés publics, et l'annulation de la nomination des membres surreprésentés. N'arrive qu'en quatrième position l'annulation des délibérations prises par le conseil indûment composé. Notons qu'à titre résiduel (5%), les européens questionnés répondent en première intention que la dissolution de la société devrait être prononcée.

L'éventail des sanctions envisageables est large, aussi convient-il peut-être d'en organiser la présentation en fonction de leur nature : pénale, administrative, civile.

Même si une incrimination serait en décalage avec le mouvement de dépénalisation du droit des affaires, dont bénéficient les sociétés commerciales et leurs dirigeants, il est envisageable de prévoir une sanction pénale du non-respect des règles de parité dans les conseils. La peine d'amende devrait être privilégiée, en particulier à l'encontre de la personne morale. Cette amende devrait être suffisamment dissuasive si l'on souhaite une application effective de la réforme. S'agissant de sociétés de grande taille, il est envisageable de prévoir une amende pénale de plusieurs millions d'euros ; un tel montant constitue bien entendu un quantum de peine, celle-ci pouvant donc être modulée en fonction des circonstances particulières ayant amené à la commission de l'infraction. Si la condamnation de la personne morale s'entend aisément, il faudrait certainement demeurer plus réservé sur la possibilité de prononcer une sanction pénale à l'encontre des dirigeants eux-mêmes. Rappelons en effet que les administrateurs ou membres du conseil de surveillance sont nommés par les actionnaires ; aussi, il paraîtrait injuste de tenir les dirigeants automatiquement responsables de l'absence d'une proportion suffisante de femmes, cette carence pouvant ne pas relever de leur fait ou volonté. La seule incrimination envisageable à leur encontre correspondrait au fait de s'abstenir de proposer à l'assemblée générale, eu égard à la composition du conseil lors de son renouvellement, une femme au lieu d'un homme²⁷. Dans tous les cas, une peine d'emprisonnement à l'encontre des dirigeants de la

²⁶ TNS Opinion & Social, *Les femmes aux postes de direction*, mars 2012, Eurobaromètre spécial 376, p. 73 et s.

²⁷ Et réciproquement, sauf à instaurer une inégalité de genre au profit de la femme.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE DESEQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPEENNE

personne morale qui n'auraient pas proposé à l'assemblée générale la nomination d'une femme semble disproportionnée.

Les réserves contemporaines qui se manifestent dès lors qu'il s'agit de criminaliser le droit des affaires ont bien souvent amené à substituer un régulateur au juge pénal. Pour les régulateurs des marchés financiers, qui assurent la police des sociétés cotées sur les marchés réglementés, ce rôle sanctionnateur est assez classique ; toutefois, leur fonction est beaucoup plus de protéger l'épargne par le contrôle de la transparence des marchés que d'assurer le contrôle et la sanction de l'organisation interne des sociétés... Il serait intéressant de réfléchir à la compétence d'une autorité de régulation spécifique en matière de garantie des droits des femmes : en France par exemple, le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, pourrait éventuellement se voir confier un tel pouvoir de sanction. Cet arsenal de sanctions «quasi-pénales» pourrait prévoir une modulation du montant des condamnations en fonction du chiffre d'affaires et/ou du résultat de la société, tout comme il pourrait faire preuve de souplesse et adapter la sanction aux efforts manifestement entrepris par la société malgré un taux de présence féminine inadéquat.

Sur un plan civil, d'autres questions se posent par rapport aux potentielles sanctions à appliquer. D'une part, le droit civil a pour principe de préserver la sécurité juridique des transactions et d'autre part, de rétablir les personnes dans leurs droits subjectifs. Ces deux paradigmes pourraient effectivement poser problème lorsqu'il s'agit de recourir à la fois à la sanction de nullité des délibérations du conseil d'administration et du conseil de surveillance indûment composés, mais aussi d'exclure qu'une action en responsabilité de type indemnitaire puisse être prononcée en réparation d'un préjudice individuel. Autrement dit, l'annulation de la nomination d'un dirigeant pourrait fragiliser les engagements sociétaires et rejaillir sur la validité des actes passés, en défaut de pouvoir, au nom et pour le compte de la société. En ce qui concerne la question de la responsabilité indemnitaire il serait difficile à identifier une victime du fait du non respect de la parité hommes/femmes au sein du conseil.

Pour ces raisons, de nombreux pays se sont exprimés contre ce type de sanctions bien qu'elles soient réellement dissuasives. Toutefois, des solutions aux objections soulevées à l'encontre des sanctions civiles peuvent être imaginées : d'une part le constat de l'absence d'une proportion suffisante entre hommes et femmes préalable à la prise de toute décision par le conseil pourrait éviter la prise de délibération sociétaire qui serait ensuite déclarée invalide. D'autre part, on peut toujours imaginer des actions en indemnisation intentées par des groupements ayant pour objets la représentation et la défense des intérêts des femmes, actions déjà largement connues en droit de la non-discrimination.

S'agissant des dérogations aux objectifs de féminisation des conseils, entendus en termes de pourcentages stricts, elles doivent être limitées, interprétées de manière stricte et uniquement motivées par la nécessaire souplesse qui commande au renouvellement du conseil d'administration confronté au départ d'une femme. En effet, et potentiellement, aucune candidate ne pourrait être pressentie à brève échéance pour pallier une vacance de siège au conseil. Il convient d'octroyer aux sociétés un délai pour



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR REGINE ET TRANS EUROPE EXPERTS A LA CONSULTATION PUBLIQUE
SUR LE DÉSÉQUILIBRE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES AU SEIN DES ORGANES
DECISIONNELS DES ENTREPRISES DANS L'UNION EUROPÉENNE

régulariser cette situation. A titre d'exemple, la France a prévu que lorsque la composition du conseil n'est plus conforme, le conseil d'administration ou de surveillance doit procéder à des nominations à titre provisoire, c'est à dire en attente de la délibération de l'assemblée générale, afin de remédier au déséquilibre et ce dans un délai de six mois à compter du jour où se produit la vacance.

Synthèse de la réponse :

Sur le plan des sanctions, un éventail de solutions est possible lors d'une obligation de parité contraignante : sanctions pénales en forme d'amende surtout pour les personnes morales ; sanctions administratives par les autorités de régulation compétentes et sanctions civiles en forme de nullité des délibérations et d'actions en indemnisation par des groupements.

Sur le plan des dérogations celles-ci doivent être limitées, interprétées de manière stricte et uniquement à titre provisoire.