|  |  |
| --- | --- |
|  |  |

**Mise à jour du Code AFEP-MEDEF
vers la féminisation des instances dirigeantes**

LETTRE CREDA-SOCIETES n° 2020-04 11 mars 2020

Depuis 1995 et le rapport premier rapport Viénot, les règles concernant la gouvernance des entreprises connaissent régulièrement des modifications, au fil des évolutions législatives et des pratiques de place.

Le **Code AFEP-MEDEF**, un des codes de référence en matière de gouvernance des entreprises, vient de connaître une [mise à jour le 30 janvier 2020](https://afep.com/wp-content/uploads/2020/01/Code-Afep_Medef-r%C3%A9vision-janvier-2020_-002.pdf). Composé de recommandations qui s’adressent principalement aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ce Code de gouvernance a aussi vocation à s’appliquer aux « autres sociétés ».

Parmi les nouveautés de cette nouvelle mouture, une disposition attire l’attention : la création d’un nouvel article concernant la « **politique de mixité femmes/hommes au sein des instances dirigeantes** ». Conférant un nouveau rôle aux conseils, cet article recommande que l’organe, d’une part, fixe les objectifs de mixité au sein des instances dirigeantes et, d’autre part, publie cette politique de mixité.

**La fixation d’une politique de mixité dans les instances dirigeantes**

Le [nouvel article 7.1 du Code AFEP-MEDEF](https://afep.com/wp-content/uploads/2020/01/Code-Afep_Medef-r%C3%A9vision-janvier-2020_-002.pdf) crée un mécanisme en deux temps, mêlant direction exécutive et conseil :

Dans un premier temps, et « sur proposition de la direction générale », le **conseil** va devoir **fixer des objectifs de mixité** au sein des « **instances dirigeantes** ».

Puis, dans un second temps, la « direction générale » informe le conseil des modalités de **mise en œuvre des objectifs**, incluant un plan d’action et un « horizon de temps » dans lequel les objectifs devraient être remplis.

Un lien peut être dressé entre cette recommandation et un autre rôle incombant au conseil, celui de délibérer chaque année « sur la politique de la société en matière d'égalité professionnelle » (articles [L. 225-37-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000037389668&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180907) et [L. 225-82-1 C. com.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000037389665&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180907)). Ce texte appelle toutefois deux précisions :

D’une part, [la loi du 27 janvier 2011, dite Copé-Zimmermann](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023487662&categorieLien=id), concerne déjà la **féminisation au sein des sociétés**. Visant à assurer une « représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance », ce texte (articles [L. 225-18-1](file:///C%3A%5CUsers%5Cnahuet%5CDownloads%5Clegifrance.gouv.fr%5CaffichCodeArticle.do%3FcidTexte%3DLEGITEXT000005634379%26idArticle%3DLEGIARTI000023489744%26dateTexte%3D%26categorieLien%3Dcid) et [L. 225-69-1 C. com.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&idArticle=LEGIARTI000023510867&dateTexte=&categorieLien=cid)) impose aux sociétés anonymes dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, ainsi qu’aux sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins 250 salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros, d’avoir une proportion de membres du conseil de chaque sexe d’au moins 40%. Plus encore, lorsque le conseil comporte plus de huit membres, l’écart entre les représentants de chaque sexe ne peut être supérieur à deux.

[L’article 7.1 du Code AFEP-MEDEF](https://afep.com/wp-content/uploads/2020/01/Code-Afep_Medef-r%C3%A9vision-janvier-2020_-002.pdf) vient se **superposer à ce mécanisme légal**. Contrairement à la loi, ce mécanisme **ne vise aucun seuil**, et se contente de laisser le soin au conseil donner une quelconque indication chiffrée

D’autre part, si le Code de commerce vise la féminisation des conseils, d’administration ou de surveillance, le Code AFEP-MEDEF concerne quant à lui la féminisation des « **instances dirigeantes** ». Il s’agit là d’un nouveau vocable, s’ajoutant aux « dirigeants mandataires sociaux exécutifs » (la direction générale ou les membres du directoire dans une SA, le gérant dans une SCA), aux « dirigeants mandataires sociaux non exécutifs » (président du conseil de surveillance et président dissocié du conseil d’administration) et aux « dirigeants mandataires sociaux » (constitués des deux catégories précédentes).

Il faut alors se référer au [communiqué de presse](https://afep.com/wp-content/uploads/2020/01/Communiqu%C3%A9-Afep-Medef-_R%C3%A9vision-du-code-de-gouvernement-dentreprise_30-janvier-2020.pdf) annonçant la publication de la nouvelle version du Code de gouvernance pour constater que les « instances dirigeantes » désignent le **conseil, les comités exécutifs, les comités de direction,** et « plus largement » **l’encadrement supérieur**. Le Code AFEP-MEDEF ambitionne alors de favoriser la féminisation des CoDir, des ComEx et des cadres supérieurs, sans pour autant suggérer une mixité au sein des organes sociaux exécutifs, non concernés par cette recommandation…

**La publication annuelle de la politique de mixité**

Une fois la politique de mixité dans les instances dirigeantes fixée, le Code AFEP-MEDEF recommande au conseil de la **décrire dans le rapport sur le gouvernement d’entreprise** (articles [L. 225-37](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E8A7420357730C75C08A3B55CF23EC9C.tplgfr24s_3?idArticle=LEGIARTI000038799425&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20200302) et [L. 225-68 C. com.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E8A7420357730C75C08A3B55CF23EC9C.tplgfr24s_3?idArticle=LEGIARTI000038799395&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20200302)), ainsi que ses objectifs et modalités de mise en œuvre, les résultats obtenus lors de l’exercice clos, et éventuellement les raisons pour lesquelles les objectifs n’auraient pas été atteints et les mesures prises pour y remédier. Sur ce dernier point, on peut éprouver des difficultés à concevoir les mesures prises pour remédier à une faible exécution de la politique de mixité, le conseil ne disposant que peu de moyens de contrainte…

La politique de mixité dans les instances dirigeantes doit donc faire l’objet d’une **communication à l’assemblée générale** ordinaire annuelle et, dans les **sociétés cotées**, d’une **communication au marché**. C’est peut-être la mesure la plus contraignante de ce nouveau mécanisme, car une politique de mixité peu ambitieuse ou ayant donné des résultats peu satisfaisants pourrait attirer l’attention des actionnaires et, plus problématique pour les sociétés cotées, des investisseurs.

La recommandation est applicable à compter des assemblées statuant sur les comptes ouverts à compter du 1er janvier 2020, mais les conseils sont invités à faire « leurs meilleurs efforts » pour indiquer publiquement, dès cette année, les objectifs de féminisation.

**Un texte de *soft law*?**

Mentionnées dans le Code AFEP-MEDEF, la mise en place et l’exécution de la politique de mixité dans les instances dirigeantes sont des **mécanismes de *soft law***, c’est-à-dire d’application volontaire par les sociétés qui se réfèrent à ce Code. Toutefois, les sociétés ont la possibilité de ne pas faire application de cette nouvelle mesure, selon le principe ***comply or explain***, c’est-à-dire en s’en justifiant expressément de façon satisfaisante.

Pour autant, une telle justification satisfaisante permettant à une société de ne pas favoriser la mixité au sein des instances dirigeantes semble difficile à apporter. En conséquence si une société décidait d’écarter cet article, le **Haut Comité de Gouvernement d’Entreprise** pourrait se saisir de cette question et désigner publiquement ladite société comme n’étant pas en conformité avec le Code AFEP-MEDEF, sur le point précis de la mixité dans les instances dirigeantes. Il s’agirait alors d’une application du ***name and shame***.

Les effets d’image pourraient alors être dévastateurs, de telle sorte que l’on s’interroge encore sur la portée de ce texte : s’il s’agit théoriquement d’une recommandation non contraignante, ne deviendrait-elle pas, par ses effets induits, une disposition impérative en pratique ?

**Matthieu ZOLOMIAN**
*Maître de conférences à l’Université Jean Monnet – Saint-Etienne*