

APPEL À PROJETS

« Étude sur la mise en œuvre des codes de gouvernance d'entreprise »

- Date limite d'envoi des projets :

16 mai 2014

- Durée maximum de la recherche

24 mois

- Projets à faire parvenir en

15 exemplaires

Dépôt dans les locaux de la Mission de recherche :
(avant 16 heures)

Mission de Recherche Droit et Justice
2, rue des Cévennes – Bureau C100
75015 Paris

ou

Envoi postal : (cachet de la poste faisant foi)

Mission de Recherche Droit et Justice
Ministère de la Justice – Site Michelet
13 place Vendôme – 75042 Paris cedex 01

Contacts :

Téléphone : 01 44 77 66 60

Télécopie : 01 44 77 66 70

Courriel : mission@gip-recherche-justice.fr

Site internet : www.gip-recherche-justice.fr

Les textes qui suivent sont des guides de réflexion pour ceux qui, quelle que soit leur discipline, ont l'intention de répondre aux appels à projets. Ils présentent les orientations prioritaires de recherche retenues pour ces thèmes, dans le cadre desquelles une large part d'initiative est laissée aux chercheurs.

Deux documents, à télécharger depuis le site de la Mission (www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1214) :

- une note rappelant les **modalités de soumission des projets**
- une **fiche de renseignements administratifs et financiers dûment complétée**

doivent nécessairement accompagner toute réponse à ces appels à projets.

ÉTUDE SUR LA MISE EN ŒUVRE DES CODES DE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

Les années 1990-2000, celles de l'exubérance boursière mais aussi celles émaillées par les scandales financiers (Enron, Vivendi Universel, Andersen), sont à l'origine d'une prise de conscience importante : la nécessité de porter une réflexion sur les systèmes de contrôle des entreprises. Afin de maintenir l'ordre dans l'activité économique, des codes de gouvernance et autres chartes d'éthique sont ainsi élaborés mettant en place des mécanismes d'autorégulation un peu partout dans le monde.

En Europe, la Grande-Bretagne fait office de précurseur avec l'établissement du premier code de gouvernance en 1992 : le *Cadbury Report*. Pour ne pas laisser les positions anglo-saxonnes s'emparer seules du phénomène, et afin de répondre à des préoccupations grandissantes concernant la gouvernance d'entreprise, la France lui emboîte le pas dès le milieu des années 1990. Entre 1995 et 2003, se succèdent ainsi une série de rapports (Viénot 1 et 2, Marini, Bouton, Clément) à l'origine de l'intervention du législateur français en 2001 (loi n°2001-420 sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001) et en 2003 (loi n°2003-706 de sécurité financière (LSF) du 1^{er} août 2003). La même année, à l'initiative de l'AFEP et du MEDEF, l'ensemble de ces rapports et de ces textes de lois est publié dans un *Combined Code* à la française.

La crise financière des années 2008-2009 accélère le mouvement, montrant les insuffisances de la gouvernance d'entreprise. Pour éviter que les sociétés et le monde économique ne soient emportés dans « un maelström récurrent », il devient nécessaire de juguler toutes pratiques à risque soit au moyen de codes de gouvernance plus efficaces, soit en légiférant, à l'exemple de la loi Sarbanes-Oxley (ou SOX) adoptée en 2002 aux États-Unis. Au niveau de l'Union européenne, comme en France, le cadre régissant le gouvernement d'entreprise offre aujourd'hui, en réponse à cet impératif, une combinaison de dispositions législatives contraignantes et de mesures non contraignantes (*soft law*) comprenant des recommandations et des codes de gouvernance.

Déterminée à « construire un marché unique fort et prospère », « recentré sur le citoyen et de nature à regagner sa confiance », la Commission européenne lance dès les années 2010 une grande consultation portant sur les différents aspects de la gouvernance d'entreprise. S'appuyant sur les *Principes de gouvernance d'entreprise* de 1999 (révisés en 2004) de l'OCDE, elle publie un Livre Vert où la question du fonctionnement des conseils d'administration et de sa diversité est soulevée, tout comme celle de l'implication des actionnaires, de la responsabilité sociale des entreprises ou encore de l'application même des codes. Ce document a donné lieu à une série de directives prises en compte par la France.

Les parlementaires français ont ainsi voté la loi du 3 juillet 2008 dite DDAC (n°2008-649) portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. Parallèlement à ce renforcement législatif, de nouvelles recommandations AFEP-MEDEF ont été adoptées en décembre 2008 afin de mettre à jour le *Combined Code* de référence pour les sociétés cotées (révisé en juin 2013). Ce code, comme le code *MiddleNext* de 2009 pour les PME cotées, n'a aucune portée juridique. En marge des lois et des juridictions ordinaires, il se distingue clairement par son caractère non obligatoire et son application volontaire.

La problématique générale en matière de gouvernance consiste donc à trouver le bon « dosage » entre autorégulation et réglementation. L'objectif de cet appel à projets est de s'interroger sur l'opportunité d'une intervention législative dans la mise en œuvre de ces codes. Plus largement devra se poser la question de savoir jusqu'où peuvent s'immiscer les pouvoirs publics dans la réglementation des sociétés.

Pour ce faire, plusieurs pistes indicatives pourraient être envisagées :

1. **Les auteurs des codes de gouvernance.** En effet, il serait intéressant de se demander qui est à l'origine de ces codes ou chartes ? L'OCDE, jouant pleinement son rôle de conseil, précise que ses Principes n'ont pas vocation à se substituer aux initiatives des pouvoirs publics, des organismes parapublics ou du secteur privé visant à définir des « pratiques exemplaires » plus détaillées dans le domaine du gouvernement d'entreprise. Dans quelle mesure le législateur serait-il donc moins fondé qu'un syndicat patronal, par exemple, à intervenir dans l'établissement de codes de gouvernance ? En Grande-Bretagne, c'est une autorité indépendante qui établit les codes. En France, le législateur est parfois intervenu, tout comme aux États-Unis, mais pas seulement. Se superpose ici l'intervention du MEDEF et de l'AFEP. Dès lors, quelle est la légitimité des codes de gouvernance mis en place ? Dans quelle mesure la fixation de règles d'organisation par les milieux intéressés eux-mêmes s'inscrit-elle dans « une pratique du meilleur » par les entreprises ?

2. **Le contenu des codes de gouvernance.** *Say on pay. Green business.* Responsabilité sociale et environnementale. Cumul des mandats. Prévention des conflits d'intérêts. Les thèmes ne manquent pas qui, tous, tendent à une meilleure pratique d'administration et de contrôle des entreprises. Il y a peu, le gouvernement français a réalisé une consultation sur la rémunération des dirigeants des sociétés commerciales. Mais jusqu'où peut aller l'immixtion des pouvoirs publics dans le contenu de ces codes ? Souvent, leurs auteurs jugent les recommandations qu'ils formulent comme étant les « meilleures pratiques ». Sur quels arguments se fondent-ils pour appuyer leur croyance ? Quel sens donner à ces « codes de bonne conduite » ? Sur quoi repose cette « qualité supérieure » si souvent revendiquée pour telle ou telle pratique de gouvernance ?

Se pose également la question de la territorialité de ces règles. Les sociétés françaises faisant parfois appel public à l'épargne dans d'autres pays, tombent alors sous le coup de leurs lois, comme la loi Sarbanes-Oxley aux États-Unis. Dans quelle mesure sont-elles assujetties à ces normes ? Peuvent-elles déroger à certaines dispositions réglementaires entrant en contradiction avec le droit français ou doivent-elles intégrer le cadre juridique propre à chaque nation ? Une étude comparative des pratiques de gouvernance entre les différents pays mériterait d'être envisagée.

3. **Autorégulation et réglementation.** Ces deux aspects, au demeurant contradictoire, mériteraient plus spécifiquement d'être interrogés. Derrière cette question, réside en effet celle de la valeur de ces normes extra-juridiques.

Les Principes de l'OCDE insistent sur le fait que la gouvernance d'entreprise doit se fonder sur des principes relevant de la loi, de la réglementation, de l'autodiscipline, d'engagements volontaires, etc., ce qui pose la question de l'enchevêtrement normatif. Une réflexion s'impose donc sur la manière de concilier l'ensemble de ces mécanismes surtout si l'on se souvient qu'au niveau de l'Union européenne, la question de fédérer le droit des sociétés s'est posée.

Par ailleurs, le « Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés » a considéré qu'il n'était pas opportun d'élaborer un code européen de gouvernement d'entreprise ou de coordonner les codes nationaux existants pour encourager le développement des meilleures pratiques et favoriser leur convergence. Il serait intéressant d'examiner comment les entreprises s'emparent des règles et des pratiques de gouvernance et comment les droits nationaux doivent se développer face aux spécificités de chacun des États membres.

Enfin, le principe anglo-saxon du *comply or explain*, qui crée la possibilité d'aménager certaines règles établies par les codes de gouvernance, peut conduire à

s'interroger sur la manière dont ces derniers peuvent s'imposer aux entreprises. Si, malgré tout, ce qui en apparence apparaît « hors norme » se révèle assujéti à la pression de l'ensemble des acteurs du marché économique et financier, existe-t-il pour autant d'autres moyens de pression ? Autrement dit, et au regard de la flexibilité constituée par le *comply or explain*, est-il envisageable pour le législateur d'établir des sanctions ? Si les États légifèrent, les règles édictées peuvent-elles revêtir un caractère impératif ?

Au regard des enjeux que la mise en œuvre des codes de gouvernance suscitent, les projets de recherche devront se placer sur le terrain du droit comparé et du droit européen.