

Codes de gouvernance et droit des sociétés: l'exemple français

Mai Ishikawa

Quelle portée accorder aux codes de gouvernance des entreprises cotées ? Au lendemain de l'introduction d'un code de gouvernance des sociétés cotées en juin 2016, la question de la normativité du droit souple se pose à nouveau. Cette normativité diffère d'un pays à l'autre, et la problématique du rapport entre les codes (droit souple) et le droit des sociétés (droit « dur ») doit être particulièrement approfondie. Nous nous proposons ici d'étudier le cas de la France, qui connaît les principes de bonne gouvernance sous forme de code depuis 2008, et où désormais deux codes de gouvernance — le code AFEP-MEDEF et le code MiddleNext — sont proposés aux entreprises cotées. Ces codes ont connu dernièrement des révisions d'envergure sur certains points essentiels. Les discussions qui ont porté sur ces révisions, notamment sur celles du code AFEP-MEDEF, démontrent l'existence de certaines particularités françaises: celle d'un code utilisé en tant que régulation ex-ante, dans le sens où certaines recommandations du code précèdent l'introduction de dispositions législatives; et celle d'un code destiné à assurer l'équilibre des pouvoirs au sein de la société, tout en respectant les pouvoirs conférés à chacun des organes sociaux par le droit « dur ». L'application des recommandations du code se trouve non seulement établie par une mise en œuvre rigoureuse du principe « appliquer ou expliquer », mais également par les interventions de l'Autorité des Marchés

Financiers, qui se montre particulièrement investie dans l'utilisation de recommandations. Sur ce dernier point, la récente décision du Conseil d'Etat, acceptant d'être saisi pour les recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple émis par les autorités de régulation, souligne la nécessité d'un contrôle du droit souple et repose naturellement la question de sa légitimité.