

Gazette du Palais

TRI-HEBDOMADAIRE

VENDREDI 28, SAMEDI 29 NOVEMBRE 2003 123^e année N° 332 à 333

CORPORATE GOVERNANCE SPÉCIAL

LE DROIT DES SOCIÉTÉS AU SERVICE DE LA « GOUVERNANCE D'ENTREPRISE » : PERSPECTIVES EUROPÉENNES ET COMPARÉES

Colloque organisé par le DESS de droit des affaires et fiscalité de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, avec le concours de l'ACE-JA

Colloque

AVANT-PROPOS par Bénédicte Bury	4
INTRODUCTION par Cyrille David	7
CORPORATE GOVERNANCE ET GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE par Jean-Jacques Caussain	10
LES NOUVELLES FORMES D'ACTIONNARIAT DANS L'ORGANISATION DES POUVOIRS DE L'ENTREPRISE par Alain Couret	12
CORPORATE GOVERNANCE EN ITALIE SUITE À LA RÉCENTE RÉFORME DU DROIT DES SOCIÉTÉS ET À L'APPROBATION DE DEUX CODES DE CONDUITE par Gaspare Dori	17
LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE EN ALLEMAGNE ENTRE AKTIENGESETZ ET NOUVEAU CODE DE CONDUITE par Antje Luke	23
LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE AU ROYAUME-UNI par Melanie Yeomans	29
SYNTHÈSE par Alain Couret	34

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 40 DIRECTION ET RÉDACTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS TÉL. 01 42 34 57 27 FAX : 01 46 33 21 17 E-mail : redaction@gazette-du-palais.com

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS (LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3) 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02

INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS (LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER) ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50

DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

Serveur internet : <http://www.gazette-du-palais.com>

Avant-propos

Les moteurs de l'Association des élèves du DESS Droit des Affaires et Fiscalité de Paris I Panthéon Sorbonne, dirigé par M. le Professeur Cyrille David, conduits par Sophie Scalabre, sa présidente, sont venus me trouver dans les premiers jours de l'année pour envisager le sujet de leur colloque annuel.

1 – L'actualité nous a conduits à envisager l'examen d'un principe de gouvernance d'entreprise et son expression en droit des sociétés. Il est incontestable que ce thème ne peut plus être vu par les chefs d'entreprises français comme « *une mode contestataire par laquelle leur autorité était mise en cause par des trublions anglo-saxons, relayés par des journalistes ignares et des organisateurs de colloques en peine de sujets* » (1).

Nous nous sommes aperçus d'ailleurs que le DESS, avec l'Association des avocats conseils d'entreprises représentée par M. Jean-Jacques Caussain, qui a par ailleurs la charge de l'organisation des séminaires dispensés par les professionnels, avait déjà organisé l'un de ses colloques annuels sur ce thème en 1995 sur le sujet « *Corporate Government, quelles structures pour un gouvernement des entreprises ?* ». Non en peine de sujet, le DESS appréhendait déjà une question de fond au cœur de l'actualité ; c'était l'époque du rapport Vienot.

En effet, pour situer brièvement le débat, j'ai relevé les propos de Donald J. Johnston et Joanna R. Shelton, respectivement secrétaire général et secrétaire général adjoint – président du groupe de travail ad hoc de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise, contenus dans la préface aux principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE en 1999 (2) :

« Depuis une quinzaine d'années maintenant, on observe dans le monde entier une profonde transformation du rôle du secteur privé dans le développement économique et la création d'emploi.

La reconnaissance de la contribution que les entreprises privées apportent au bien être des individus grandie en même temps que le nombre des pays qui choisissent d'axer leur politique économique sur le libre jeu des mécanismes du marché.

C'est précisément parce que dans le monde entier, on s'en remet de plus en plus au secteur privé que le thème du gouvernement d'entreprise est petit à petit devenu une préoccupation de premier plan ».

En janvier 2003, au moment où nous devons choisir ce sujet, Éric Le Boucher venait de publier un article dans *Le Monde* consacré à : « *Davos, le Forum des mal-aimés du monde* » (3), autour d'un thème « *Construire la confiance* » « *Building trust* ». Il écrivait : « *Crise stratégique, crise du management et crise des rémunérations, il est difficile de faire plus fort que 2002 dans la démonstration des tares du système. Jean-Pierre Raffarin, autre homme de communication, est venu lors de l'assemblée générale du Medef dire le besoin de « réconciliation » avec l'entreprise, « un mot qui est pour moi le nom d'une valeur ». Le Premier ministre a raison, l'entreprise peut être le lieu de création, de l'accomplissement, de l'échange. Il est temps qu'elle le prouve. À Davos, les maîtres du monde, devenus les mal-aimés du monde, ont bien besoin de trouver une nouvelle « gouvernance » ».*

(1) Bissara, Rapport ANSA n° 2936, « Les véritables enjeux sur le débat sur « le gouvernement d'entreprise » ».

(2) OCDE 1999, « Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE » approuvés par les ministres à la réunion du Conseil de l'OCDE au niveau ministériel des 26 et 27 mai 1999.

(3) « Davos, le Forum des mal-aimés du monde », Éric Le Boucher, *Le Monde*, éd. du 19 janvier 2003.

Restaurer la confiance et les équilibres de marché, c'est également l'appel à l'examen de conscience formulé par M. René Ricol, président de l'International Federation of Accountants (IFAC), à l'occasion du 2^e Forum européen pour le développement durable et une entreprise responsable (4), qui se déroulait à la fin du mois de mars dernier.

Jean-François Théodore, président d'Euronext, remarquait que « *les affaires récentes (Enron) sont venues fragiliser les repères : nous sommes entrés dans une ère nouvelle et il faut revoir les anciennes règles en corrigeant ce qui doit l'être pour rétablir la confiance grâce à la transparence financière et / ou gouvernement d'entreprise* », « *qui dit valeur mobilière dit confiance* », le thème constitue donc une préoccupation majeure des milieux financiers.

Le premier soulignait avec détermination la nécessité du passage d'un système d'autorégulation à celui de régulation externe, le second la nécessité d'une information pertinente en soulignant à juste titre que « *trop de lumière finit par éblouir !* ». (5)

2 – Le sujet s'est imposé à nous puisqu'il constituait incontestablement un thème transversal du droit des sociétés, de surcroît d'actualité. L'approche en effet très séduisante est d'envisager la gouvernance d'entreprise comme un principe.

Il apparaît aujourd'hui, pour simplifier nécessairement à l'excès, ce qui sera développé tout à l'heure, que si le thème est ancien, nouvelle est la prise de conscience de l'absence de gouvernance effective mais qu'il faut se garder de légiférer sans s'être d'abord concentré sur les principes de gouvernance. Pour reprendre la formule de Barry F. Kroeger : « *Governance is really about creating trust and trust cannot be legislated* » (6).

C'est donc dans cette logique que nous avons choisi d'intituler le sujet : « *Le droit des sociétés au service de la gouvernance d'entreprise* ».

3 – Enfin, ce principe a heureusement été traité à un niveau européen à la demande de la Commission qui a étendu au mois d'avril 2002 le mandat du groupe à haut niveau d'experts en droit des sociétés.

Le sujet entrait ainsi dans la sphère de rayonnement du DESS et par ailleurs naturellement dans l'esprit du réflexe européen développé par l'ACE-JA depuis plus d'un an maintenant avec pour objectif d'apporter une contribution à une harmonisation tranquille des droits européens.

En réaction à l'affaire Enron, la Commission européenne et le Conseil ECOFI ont décidé d'étendre le mandat du groupe à haut niveau d'experts chargé par la Commission de formuler les recommandations en vue de la modernisation du Code réglementant le droit européen des sociétés. Le groupe a été chargé de l'examen d'un certain nombre de questions relatives aux meilleures pratiques du gouvernement d'entreprise et en particulier :

- au rôle des administrateurs extérieurs,
- aux membres du conseil de surveillance,
- à la rémunération des administrateurs,
- à la responsabilité des administrateurs concernant les états financiers,
- aux pratiques d'audit.

Le groupe avait déjà initialement pour tâche d'offrir une consultation sur l'amélioration de l'information fournie aux actionnaires et créanciers, renforcer le droit des actionnaires et la protection offerte aux actionnaires minoritaires, durcir les obligations incombant aux administrateurs et encore

(4) Forum Fédéré 2003, 25 et 26 mars 2003.

(5) Jean-François Théodore, président Euronext, Fédéré 2003, 25 et 26 mars 2003.

(6) Barry F. Kroeger, partner and Director of Banking for the Americas practice at Ernst & Young LLP., « Strengthening Corporate Governance », Stratégies.

évaluer la nécessité d'élaborer un Code européen de gouvernement d'entreprise ou de coordonner les Codes nationaux existants pour encourager le développement des meilleures pratiques et leur convergence.

Le contenu de ce rapport et ses conclusions, reproduits dans le document que nous vous avons distribué à l'entrée, seront examinés au cours de l'après-midi. Tout ceci explique que ce sujet se soit imposé, ait été reçu et ensuite exploité avec autant d'enthousiasme par le DESS.

Dans ces conditions, conformément à la démarche que nous adoptons systématiquement, nous avons préalablement pris contact avec la Commission européenne pour qu'un représentant puisse venir nous donner le point de vue de celle-ci et c'est dans ces conditions que Dominique Thienpont, Administrateur, dont le précieux soutien au rapport déposé au mois d'octobre 2002 a été souligné par M. Japp-Winter comme indispensable à l'organisation des travaux du groupe à haut niveau d'experts et à la préparation des deux rapports et du document consultatif qui en est résulté. Nous sommes donc particulièrement honoré qu'il ait bien voulu accepter cette invitation. Dominique Thienpont commentera « à chaud » la recommandation adoptée hier (!) par la Commission et qui doit pouvoir être consultée sur le site aujourd'hui en anglais et dès lundi en français. Il s'agissait ainsi incontestablement d'un sujet d'une actualité européenne ardente.

M. le Professeur Alain Couret et M. Jean-Jacques Caussain, lequel animera de surcroît les débats, ont chacun été sollicités comme directeurs scientifiques pour l'organisation de ce débat et nous les remercions particulièrement du temps qu'ils ont consacré à la préparation de cette après-midi.

M. le Professeur Paul Le Cannu a également accepté de nous apporter ses lumières.

Enfin, et c'est un point important, dans la démarche adoptée, M. Serra (avocat associé du cabinet Weil Gotshal & Manges) présentera l'étude comparée sur la gouvernance d'entreprise commandée par la Commission et utilisée par le groupe d'experts, et en particulier la méthode retenue. MM. les professeurs Le Cannu et Couret, Antje Luke, associée du Cabinet Haarmann Hemmelrath, Gaspare Dori, avocat responsable du groupe franco-italien du Cabinet Clifford Chance et Mélanie Yeomans, du même cabinet pour le droit anglais, nous expliqueront sur chacun des deux thèmes, le système législatif national et ses racines, la pratique de la gouvernance d'entreprise dans ces pays, sa réception par l'opinion publique et le sens des réformes nationales éventuellement envisagées.

Ils ouvriront ensuite un débat auquel ont accepté de participer M. Didier Vuchot et M. John Riggs, sur l'influence de législations étrangères à l'Europe et la création d'un modèle original, fruit d'une culture européenne spécifique, par une articulation entre une réglementation européenne et une convergence tranquille des voies nationales. Je cède maintenant à chacun la parole pour que nous puissions envisager de déterminer si et comment nous pouvons nourrir l'ambition d'un « modèle » de gouvernance d'entreprise européen.

BÉNÉDICTE BURY
B. Moreau - Avocats
Président ACE-JA