



MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice



**L'EFFECTIVITÉ DES CODES DE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE, DE
L'INTÉRÊT DU DROIT INTERNATIONAL POUR APPRÉCIER L'OPPORTUNITÉ
D'UNE RÉFORME LÉGISLATIVE EN FRANCE**

**RECHERCHE REALISEE AVEC LE SOUTIEN DE LA MISSION DE RECHERCHE DROIT ET
JUSTICE**

RESPONSABLES SCIENTIFIQUES

FREDERIQUE COULEE, Professeure de droit public à l'Université Paris Saclay
(Univ. Paris-Sud)

JULIA MOTTE-BAUMVOL, Maître de conférences à l'Université Paris Descartes

FEVRIER 2018

NOTE DE SYNTHÈSE

I. Problématique retenue et objectifs de la recherche

Si le développement du concept de « gouvernance d'entreprise » remonte aux années 1970, ses contours juridiques restent encore marqués par leur imprécision. A l'heure actuelle, ce concept est employé notamment pour introduire une plus grande démocratie dans l'entreprise et pour améliorer la performance et la rentabilité des opérations conclues par cette dernière, tout en prenant des décisions de manière concertée, transparente et contrôlée par ses différents organes. Ce concept peut cependant être interprété de façon plus large : la gouvernance d'entreprise peut également avoir pour objectif de concilier autant que possible les intérêts des individus, des entreprises et de la société dans la recherche de l'intérêt commun.

La gouvernance d'entreprise, même lorsqu'elle est largement comprise, n'a pas de rapport évident avec le droit international. La notion s'est notamment développée au sein de chaque entreprise et, dans ce cadre, elle est mise en œuvre par une multitude d'instruments adoptés par l'entreprise ou par les associations représentatives des entreprises, qui s'appliquent le plus souvent en leur sein et dont les statuts juridiques sont d'ailleurs aussi divers qu'incertains : les codes de gouvernement d'entreprise, les codes de conduite, les codes éthiques, entre autres. Néanmoins, les institutions internationales, en fonction de leur spécialité et de leur champ de compétence, déclinent la notion de « gouvernance » dans des instruments adoptés pour répondre aux objectifs spécifiques qu'elles poursuivent.

Face à la multiplication des différents instruments régissant la gouvernance d'entreprise, non seulement en droit interne mais également en droit international, il semblerait qu'en France, l'enjeu soit désormais déplacé : il ne s'agit plus de développer un ensemble de codes, mais de faire en sorte que ces derniers s'appuient sur des garanties institutionnelles favorisant leur effectivité. L'effectivité des codes de gouvernement d'entreprise est assurée *prima facie* par les dispositions de l'article L 225-37-4 paragraphe 8 du Code de commerce ¹ ; celle-ci se heurte néanmoins à deux obstacles. Le premier tient à la qualité de l'information véhiculée par la méthode du *comply and explain* telle qu'instituée par le système juridique français. De nombreuses analyses doctrinales ayant été consacrées à ce sujet, cette première problématique ne sera pas examinée dans le cadre de ce rapport.

Le présent rapport de recherche propose plutôt d'analyser le contrôle de la mise en œuvre des codes de gouvernance après les déclarations de conformité établies sur leur fondement. Il s'interroge sur la question de savoir si, au-delà de la pression de l'ensemble des acteurs du marché économique et financier, il existe des moyens de contrôle en droit international pertinents en la matière. Ces mécanismes restent encore peu étudiés, et il n'existe pas encore, à

¹ Depuis la révision de l'article L 225-37 du Code de commerce opérée par l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017.

ce jour, un examen systématique de leur interaction. Le rapport part du constat que si des mécanismes peuvent être identifiés au niveau international, leur efficacité n'est pas forcément acquise. La question se pose alors de savoir s'ils apportent des solutions qui pourraient inspirer le droit interne. Ainsi, tout en recherchant des mécanismes juridiques propres au droit international qui pourraient améliorer la mise en œuvre des codes de gouvernance d'entreprise, ce rapport examinera la pertinence d'une intervention législative en la matière.

II. Justification des choix méthodologiques effectués

Sans tendre à l'exhaustivité de l'analyse de la pratique internationale, le rapport met en lumière un certain nombre d'instruments internationaux particulièrement pertinents au regard de leur objet et des mécanismes de mise en œuvre qu'ils proposent ou mobilisent. Ils ont été sélectionnés en fonction de leur capacité à apporter des réponses concrètes aux problématiques posées par la législation interne en matière d'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise.

Deux choix méthodologiques ont été opérés dans le cadre du présent rapport. Le premier consiste à appréhender la diversité des codes à travers la notion de codes de gouvernance d'entreprise. Le second consiste à aborder la problématique nationale en retenant un raisonnement par analogie avec les instruments internationaux de la responsabilité sociale des entreprises.

III. Principales conclusions de la recherche

A. Gouvernance d'entreprise et Organisation des Nations Unies

La gouvernance d'entreprise, largement comprise, a été abordée dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies avec le Pacte mondial proposé aux entreprises en 2000 puis avec les Principes directeurs des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises, qui ont fait l'objet d'une résolution du Conseil des droits de l'homme un peu plus de dix ans plus tard, le 17 juin 2011.

Le Pacte mondial a connu un certain succès en Europe, le réseau Global Compact France est même le second au monde par le nombre d'entreprises concernées. Conçu dans le contexte de la mondialisation économique, le Pacte aide les entreprises à asseoir leur légitimité sur la scène internationale, leur engagement de respecter dix principes dans les domaines des droits de l'homme, du droit social, de la protection de l'environnement et de la lutte contre la corruption étant, somme toute, suffisamment général et imprécis pour ne pas leur imposer de véritable contrainte. Le Pacte n'a pas de caractère obligatoire et la seule démarche qui s'impose, une fois la déclaration initiale faite, consiste à adresser chaque année une Communication sur le progrès. La publication en ligne des Communications permet de les consulter avec une grande facilité, l'information étant en outre centralisée. Dès lors qu'elle satisfait à cette obligation de communication minimaliste, l'entreprise peut solliciter le droit d'utiliser le nom et le logo du Pacte. La seule sanction envisagée, en des termes toutefois assez imprécis, est celle qui résulte

d'une utilisation abusive, systématique ou flagrante du nom ou du logo du Pacte. L'intérêt du Pacte mondial n'est donc pas à rechercher du côté de l'effectivité des engagements mais dans l'initiative volontaire des entreprises à rendre un certain nombre d'informations publiques et à développer une action positive.

Les Principes directeurs des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises élaborés par John Ruggie ont fait l'objet d'une résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 17 juin 2011. Ils viennent préciser le Cadre de référence « Protéger, respecter et réparer ». Spécialement conçus pour faciliter le respect des droits de l'homme par les entreprises, ils présentent l'intérêt de rappeler les rôles respectivement dévolus à l'Etat et aux entreprises, notamment lors de la mise en œuvre des traités de protection des droits de l'homme conclus par les Etats. Soulignant l'importance des voies de recours, qu'ils envisagent de manière plurielle, pour que les victimes parviennent à obtenir réparation, ils insistent sur le caractère obligatoire des engagements internationaux des Etats qui impose que ces derniers s'assurent du respect des droits consentis par toutes les personnes, physiques ou morales, placées sous leur compétence, y compris les entreprises. Les Principes de Ruggie ont été prolongés par une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises adoptée le 2 mars 2016 mais c'est surtout le Plan national d'action pour la mise en œuvre des Principes directeurs adopté en France le 20 avril 2017 qui retient l'attention. Reprenant le schéma des Principes directeurs, il présente de manière systématique les voies et moyens découlant des engagements internationaux de l'Etat, du cadre constitutionnel et législatif, permettant d'assurer l'effectivité des Principes en France. Le Plan n'accorde que peu de place aux engagements pris par les entreprises dans le cadre des instruments issus de la responsabilité sociale des entreprises, dont le caractère *soft* est rappelé.

B. Les instruments internationaux à dimension sociale et la gouvernance d'entreprise

Deux catégories d'instruments internationaux à dimension sociale sont examinées dans le présent rapport : les conventions de l'OIT d'une part, les accords-cadres transnationaux d'autre part.

Pour ce qui est des conventions de l'OIT, certaines ont été qualifiées par l'organisation de « fondamentales » en 1998, et comme étant « prioritaires », en 2008. L'organisation souligne de cette manière l'importance particulière que certaines conventions ont pour la protection des droits des travailleurs. Les conventions fondamentales regroupent quatre principes de la plus haute importance en matière de protection des droits au travail. À leur tour, les conventions prioritaires sont aussi dites « de gouvernance » en raison de leur importance pour la réalisation des normes fondamentales du travail. La France a ratifié les huit conventions qualifiées par l'OIT de fondamentales et les quatre considérées comme prioritaires. L'importance de ces conventions dans le contexte de la gouvernance des entreprises s'explique par le fait que des instruments d'autorégulation adoptés par les entreprises renvoient souvent aux conventions de l'OIT, et notamment à ses conventions fondamentales. Dans le même esprit, le Pacte mondial des Nations Unies ainsi que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises

multinationales font référence à ces conventions. Surtout, concernant leur application dans l'ordre juridique français, les conventions de l'OIT peuvent être directement applicables par le juge, qu'il s'agisse du juge administratif ou du juge judiciaire. Est toutefois en cause l'application non pas de l'intégralité de la convention, mais de certaines de ses dispositions. Dans ce contexte, on souligne l'effet direct horizontal pouvant être dégagé de certaines dispositions conventionnelles – c'est-à-dire, la possibilité d'appliquer des dispositions conventionnelles dans les relations entre particuliers. Cet aspect est un facteur important à considérer pour apprécier les obligations qui pèsent sur les entreprises, au-delà de la seule effectivité des instruments qu'elles adoptent. Enfin, au sein de l'OIT un système de contrôle permet la participation des parties intéressées sur le principe du tripartisme. Malgré l'absence de caractère juridictionnel, il peut, par le biais du « *name and shame* », avoir une incidence sur l'activité des entreprises.

Quant aux Accords-cadres transnationaux, conclus par des entreprises et des syndicats européens ou internationaux, ils portent notamment sur les relations entre employeurs et salariés au sein de l'entreprise. Si leur importance reste non négligeable du point de vue de la pratique des entreprises multinationales, notamment européennes, l'absence de cadre légal les entourant pose de difficultés pour l'analyse de leur normativité et pour l'examen des mécanismes les rendant effectives. Sur ce dernier point, le rapport met en lumière l'absence de socle minimum légal concernant les pouvoirs du comité d'entreprise européen, malgré l'adoption en 2009 d'une Directive relative à l'institution de ce dernier au sein des entreprises. Aussi, sur les 204 Accords-cadres européens analysés dans le rapport, ce ne sont que 124 qui se réfèrent à ces comités, sans toutefois mentionner de façon systématique les pouvoirs qui leur ont été conférés. D'autre part, parmi les accords étudiés, la plupart ne comporte pas de disposition concernant le règlement des différends. Le recours à l'arbitrage n'est présent que dans 5 % des accords étudiés et le recours aux juridictions étatiques est prévu dans 1 % des accords. Ce sont ainsi des mécanismes non juridictionnels de règlement des différends, tels que la médiation et la conciliation, qui sont privilégiés, mécanismes marqués encore une fois par leur nature floue renvoyant à des définitions peu claires ou implicites.

C. Gouvernance d'entreprise, organisation internationales de Bretton Woods et OMC

Les organisations économiques internationales ont pour vocation principale d'encadrer la coopération interétatique dans le domaine économique. Elles ont pour fonction essentielle le maintien de la stabilité des changes (Fonds monétaire international), la promotion du développement à travers un appui financier et technique (Groupe de la Banque mondiale) et l'éradication des obstacles au libre-échange de marchandises et de services (Organisation mondiale du commerce). Elles opèrent essentiellement au niveau interétatique, et macroéconomique. Aucune de ces organisations n'a pour objectif principal l'encadrement du comportement d'opérateurs privés. Toutefois, leur fonctionnement peut conduire, indirectement, à la promotion de normes de bonne gouvernance.

Le rôle de la Banque mondiale dans la mise en œuvre indirecte des normes de gouvernance des entreprises est perceptible à deux égards. Premièrement, les institutions membres de la Banque, surtout à travers leur activité de prêts aux opérateurs privés, promeuvent et facilitent l'élaboration de codes de gouvernance. Notamment, pour qu'un projet puisse bénéficier d'un financement, il doit être conforme à certaines exigences. S'il ne s'agit pas de standards à proprement parler, le secteur privé semble avoir toujours utilisé ces repères. La Société financière internationale, faisant partie du Groupe de la Banque Mondiale, a établi un *Corporate governance development framework* (CGDF) qui sert de base pour l'évaluation de la gouvernance de certaines entreprises, dans lesquelles les institutions qui financent le développement envisagent d'investir. En outre, elle propose une « boîte à outils » pour faciliter l'élaboration, la mise en œuvre et la révision de codes de bonne gouvernance. Finalement, à titre de sanction, la Banque peut exclure du bénéfice de ses prêts certaines entreprises, et ceci pour des comportements qui peuvent également être interdits par le code de bonne gouvernance.

Le Fonds monétaire international a pour objectif principal de veiller à la stabilité du système monétaire international et de prévenir les crises en la matière. Il peut accorder des prêts aux États membres pour remédier à leurs problèmes de balance des paiements. Ces prêts sont organisés par des accords spécifiques avec les demandeurs (lettres d'intention). Le rôle du FMI dans la promotion de la mise en œuvre de codes de gouvernance peut être détecté à travers d'éventuelles références à des normes nationales de bonne gouvernance faites dans ces lettres d'intention.

Les institutions de Bretton Woods (FMI et Banque Mondiale) imposent, ainsi, plus ou moins directement, certaines normes et standards. La participation d'entreprises françaises aux aides accordées par ces institutions, notamment par la Banque Mondiale, leur impose de potentielles obligations de respecter les normes imposées dans les deux institutions.

Enfin, certaines disciplines du droit de l'Organisation mondiale du commerce se situent au confluent entre le public et le privé et peuvent infléchir l'adoption et le respect de certains codes de conduite, particulièrement en ce qui concerne certaines entreprises publiques. Par exemple, il peut être argué que l'absence totale de règles en matière de bonne gouvernance pourrait créer un risque pour la moralité publique, ou, à tout le moins, pour l'ordre public – toutes deux des notions visées par les exceptions du GATT et du GATS. En outre, les disciplines du GATT en matière d'entreprises commerciales d'Etat, promeuvent certains standards de bonne gouvernance au sein de ces entreprises. Finalement, la détection de potentielles violations du droit de l'OMC, mais aussi l'identification d'éventuels points de désaccord entre les Membres au sujet de leurs politiques en matière de gouvernance des entreprises, s'opèrent à travers une des principales fonctions de l'OMC qu'est l'examen périodique des politiques commerciales.

D. Gouvernance d'entreprise et instruments internationaux à objet économique

Deux instruments internationaux à objet économique ont été examinés en lien avec la gouvernance d'entreprise. Le premier instrument, adopté par l'OCDE en 1976, s'intitule « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ». La question

de la gouvernance d'entreprise y est traitée essentiellement sous l'angle des instruments de droit interne et de droit international, qui doivent être respectés par les entreprises. Néanmoins, les Principes directeurs ont également pour objectif de compléter et renforcer les « initiatives privées », qui ne sont pas définies dans le texte des Principes directeurs. Leur préface indique simplement que les initiatives privées favorisent la coopération entre les parties prenantes, clarifient les attentes communes aux pouvoirs publics des pays qui y adhèrent et ont en outre valeur de référence pour les entreprises comme pour les autres parties prenantes. Les Principes ne s'attachent pas véritablement à déceler leur contenu, laissant ainsi une marge de manœuvre appréciable aux entreprises, qui peuvent les adapter selon leurs besoins économiques et sociaux.

Le caractère novateur des Principes directeurs tient plutôt à leur mécanisme de règlement des différends qui est indépendant à la fois de la volonté des Etats et des entreprises multinationales. Ce mécanisme, piloté par des Points de contact nationaux (les « PCN ») consiste en une plateforme de médiation et de conciliation qui offre des recommandations aux entreprises. Certes, les Principes directeurs n'obligent pas les entreprises multinationales à adopter un comportement conforme à ces recommandations. Néanmoins, ces dernières ont été assorties des différents mécanismes de surveillance et de contrôle, dont notamment le processus de *follow up*, qui efface peu à peu les zones qui les séparent des décisions obligatoires.

Le deuxième document analysé s'intitule « Principes d'Equateur ». Adoptés en 2003, et actuellement dans leur troisième version (2013), les Principes d'Equateur consistent dans un « Cadre de référence » du secteur financier visant à identifier, évaluer et gérer les risques environnementaux et sociaux des projets soumis aux institutions bancaires. En tant que cadre de référence, les Principes d'Equateur ne créent pas de droits ou d'obligations envers quelque personne que ce soit, privée ou publique. Leur objectif n'est pas non plus de sanctionner les clients qui ne suivent pas les lois et les réglementations en vigueur dans l'Etat hôte ou les consignes des institutions financières. Ils visent plutôt à rétablir la confiance dans le secteur financier. En ce sens, la mise en œuvre des Principes d'Equateur porte sur un long échange entre les institutions financières et les clients, dans l'objectif de trouver un compromis acceptable par les parties. Si la sanction des clients n'est pas au cœur du système, elle reste néanmoins présente dans le texte des Principes d'Equateur, notamment dans les dispositions visant à les rendre effectifs. Ces quelques dispositions peuvent apporter des outils pertinents pour la mise en œuvre des codes de gouvernance d'entreprise.

Si les mécanismes prévus dans le texte des Principes d'Equateur peuvent comporter quelques éléments favorables à l'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise, l'analyse de leur pratique atteste leur impact négligeable. C'est d'ailleurs pour cette raison que les Principes d'Equateur sont dénoncés comme un instrument de « relations publiques » des entreprises, qui n'est pas respecté en pratique. Le défaut d'application est dû à quelques insuffisances fondamentales du texte, liées notamment à la nature informelle et peu contraignante du suivi et de la sanction.

E. Investissement et arbitrage international

Le droit des investissements étrangers est souvent présenté comme un droit déséquilibré en faveur des investisseurs étrangers. En effet, les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements ne prévoient que des obligations substantielles et procédurales acceptées par les Etats au bénéfice des investisseurs étrangers.

Mais, ce droit est en train de changer de visage. De nouvelles générations de traités d'investissements insistent de plus en plus sur la prise en compte des intérêts de l'Etat et sur la nécessité d'équilibrer le régime conventionnel de protection des investissements. Promues par la CNUCED et l'UE, les règles de la responsabilité sociale des entreprises sont perçues comme l'un des facteurs de rééquilibrage des relations d'investissement.

Certains traités d'investissement visent la responsabilité sociale des entreprises soit dans le corps du traité, soit dans le préambule. Force est de reconnaître l'insuffisance de ces références.

D'un point de vue substantiel, la prise en considération du préambule pour interpréter les règles conventionnelles n'est pas sans limites. Quant aux références à la responsabilité sociale dans le corps du traité, celles-ci ne s'adressent pas aux entreprises comme l'on peut s'attendre mais plus particulièrement aux États. De plus, plusieurs de ces dispositions contiennent des obligations de moyens, voire de simples recommandations.

D'un point de vue procédural, les règles sur la responsabilité sociale des entreprises échappent aux mécanismes de règlement des litiges prévus dans les traités d'investissement. D'une part, le droit d'initier l'arbitrage dans les traités d'investissement est réservé exclusivement aux investisseurs. Les Etats ne peuvent pas introduire des demandes arbitrales initiales relatives au non-respect des règles de la RSE. D'autre part, l'aptitude de l'Etat d'introduire des demandes reconventionnelles, par exemple en invoquant la violation par l'investisseur des règles relatives à la responsabilité sociale n'est pas toujours garantie.

Il est dès lors préconisé de renforcer la responsabilité sociale des entreprises dans les traités d'investissement en modifiant la nature de l'obligation de respecter ces principes et en changeant leur destinataire. Plus particulièrement, les principes de la RSE ou, au moins, certains principes internationalement reconnus peuvent être libellés selon un langage obligatoire en substituant à l'obligation de moyen une obligation de résultat. La mention de l'investisseur et non seulement de l'Etat comme destinataire des principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale irait dans le même sens. Il a aussi été suggéré d'autoriser les Etats à introduire des demandes reconventionnelles contre les investisseurs qui ne respectent pas les principes (ou au moins certains principes) internationalement reconnus ; les arbitres seraient dès lors en mesure de contrôler le respect des règles de la RSE.

F. Les accords de libre-échange hors chapitre investissement (ALE)

La gouvernance d'entreprise est un sujet inclus dans certains accords de libre-échange (ALE) conclus par l'Union européenne (UE) et qui s'imposent à la France en sa qualité d'État membre.

Depuis les années 1990, la multiplication des ALE est un phénomène important du commerce international, et avec eux, l'UE entend favoriser la compétitivité de son économie. L'UE est partie à 40 accords en vigueur et 14 autres accords sont actuellement en cours de négociation.

Depuis 1999, le terme « gouvernance » est mentionné dans les ALE ratifiés par l'UE, sans toucher à la notion spécifique de gouvernance d'entreprise. Dans le contexte initial d'utilisation du terme, les parties ont adopté le concept large de « principe de bonne gouvernance ». En revanche, dans certains accords, quelques références indirectes portent sur la gouvernance d'entreprise, telles que celles prévues dans les principes fondamentaux de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) ou le Global compact. En ce sens, un dépouillement des ALE conclus par l'UE s'avère nécessaire pour y identifier une convergence dans la pratique de l'UE quant à la référence aux normes de gouvernance d'entreprise, de façon directe ou indirecte, avec le reste du droit international.

De l'analyse des ALE conclus par l'UE déjà en vigueur, il ressort une évolution favorable à l'énoncé de règles et d'engagements concernant la gouvernance d'entreprise. Le contenu normatif des ALE analysés montre une progression positive vers la prise en compte du concept de gouvernance d'entreprise. À partir d'une analyse des normes conventionnelles et en adoptant une approche cumulative, il est possible d'établir quatre générations d'accords : la première ne fait aucune mention, qu'elle soit directe ou indirecte, de la gouvernance d'entreprise, la deuxième renvoie à quelques principes de l'OIT comme des normes minimales de coopération au travail, la troisième y ajoute les principes de l'ONU concernant le travail décent en plus d'établir une corrélation entre responsabilité sociale d'entreprise et développement durable, et, finalement, la quatrième et dernière génération, présente un chapitre spécifique sur la gouvernance d'entreprise avec la prévision d'un rapprochement progressif de la législation interne de l'Etat concerné avec la législation européenne et les principes de l'OCDE.

En plus de l'analyse du contenu normatif des accords, il a été possible de vérifier les mécanismes de mise en œuvre de ces dispositifs. Les mécanismes de règlement de différends ne sont pas les plus utilisés, car les parties accordent leur préférence à la consultation politique/diplomatique, en reconnaissant une certaine importance à la participation de la société civile. Pour une mise en œuvre effective des règles concernant la gouvernance d'entreprise dans le cadre des ALE conclus par l'UE, l'articulation entre les mécanismes juridiques et économiques, mais aussi institutionnels et sociaux s'avère essentielle.

IV. Pistes de réflexion ouvertes

Au terme du rapport et après examen des instruments et pratiques internationaux pertinents, l'équipe de recherche formule des suggestions qui portent sur l'amélioration de la publicité et de l'information concernant les instruments relatifs à la gouvernance d'entreprise des entreprises du CAC 40 et des entreprises de taille intermédiaire, à la révision des Codes Afep/Medef et Middlenext, à un suivi extérieur et indépendant des codes de gouvernance d'entreprise, à la politique de l'Union européenne en matière d'investissement et de commerce extérieur et, enfin, à la diplomatie économique française.