

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 640

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

LES SOURCES DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Thiphaine Saupin

Préface de
Hervé Synvet

L G D J

un savoir-faire de
lextenso

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 640

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

LES SOURCES DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Thiphaine Saupin

Maître de conférences à CY Cergy Paris Université

Préface de
Hervé Synvet

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Bibliothèque de droit privé fondée par Henry Solus
Professeur honoraire à la Faculté de droit
et des sciences économiques de Paris

LGDJ un savoir-faire de
lextenso



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275141893
ISSN : 0520-0261
Collection : Thèses

Thèse retenue par le Comité de sélection de la Bibliothèque de droit privé
présidé par Guillaume WICKER et composé de :

Mireille BACACHE

*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Dominique BUREAU

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Cécile CHAINAIS

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Dominique FENOUILLET

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laurence IDOT

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Thierry REVET

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pierre SIRINELLI

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

PRÉFACE

« *Les sources du droit des sociétés* », tel est le titre de l'ouvrage, issu d'une thèse de doctorat, publié par Madame Thiphaine Saupin et qu'il nous revient de présenter. Il désigne clairement son objet, sans qu'il soit nécessaire – succombant à un académisme parfois lassant – de s'appesantir longuement sur la notion de source du droit ou de feindre d'hésiter sur les frontières du droit des sociétés. Il s'agit ici de rendre compte d'un pluralisme des sources particulièrement prégnant dans la matière des sociétés, largement dû à l'activisme de l'Autorité des marchés financiers et des organisations patronales. Il s'agit aussi d'évaluer les conséquences de ce pluralisme, à la fois sur la structure du droit des sociétés et les grands équilibres de la matière. Le moment était opportun pour engager cette recherche, à une époque où les buts assignés à la société sont eux-mêmes remis en cause.

Madame Saupin nous livre une étude à la fois profonde et complète, menée sur la base d'une distinction entre les émetteurs du droit des sociétés (ce qui lui permet notamment d'apprécier la place prise par les nouveaux émetteurs, AMF et rédacteurs de codes de gouvernance) et le produit de leur activité, à savoir les instruments utilisés pour créer des règles de droit des sociétés. L'apport que représente l'ouvrage relève tantôt de l'analyse, tantôt du jugement de valeur (toujours très étayé).

Sous le premier angle, il faut relever, tout d'abord, la conclusion de l'étude parallèle des émetteurs « classiques » du droit des sociétés – loi, règlement, jurisprudence, institutions européennes – et des émetteurs nouveaux. Elle remet les choses d'équerre : les sources classiques demeurent prépondérantes, et les juristes un peu démodés qui préfèrent la démocratie à la technocratie ne peuvent que s'en féliciter. Madame Saupin met l'accent, entre autres, sur certaines particularités du droit de l'Union dans notre matière. Par l'effet conjugué du statut de société européenne, des directives fusions transfrontalières et transformations transfrontalières, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la mobilité des sociétés de capitaux à l'intérieur de l'Union devient une réalité. Cela signifie concrètement que les opérateurs peuvent aujourd'hui s'affranchir d'un droit des sociétés national qu'ils estimeraient inapproprié à leurs besoins en transférant le siège social dans un État de l'Union plus accueillant. La conséquence de cette liberté, pour le législateur français, est que, non seulement il doit respecter les normes supérieures d'origine européenne, mais encore il subit la concurrence des systèmes de droit des sociétés d'autres pays de l'Union. Les réflexions actuelles sur l'introduction des droits de vote multiples dans certaines sociétés cotées en constituent une parfaite illustration.

On a peut-être moins observé que le droit de l'Union exerce une influence sur la répartition des tâches, en droit français, entre sources classiques et codes de gouvernance. La transposition d'une directive suppose en effet réforme législative et, éventuellement, ajustement réglementaire. Les dispositions d'un code de gouvernance ne

suffisent pas à satisfaire à l'exigence de conformité posée par le droit de l'Union. Ceci implique que l'adoption d'une nouvelle législation européenne est de nature à provoquer un enrichissement du *corpus* législatif français et, corrélativement, un appauvrissement des codes de gouvernance. La promotion du *say on pay* par la directive Droit des actionnaires modifiée en constitue un exemple très révélateur. Le droit de l'Union produit ainsi un effet de rabot sur le *soft law*, du moins tant que ce dernier n'est pas lui-même d'origine européenne.

Toujours dans le registre de l'analyse, on lira sous la plume de Madame Saupin un examen très serré de ce qu'elle appelle les « *instruments normatifs innommés* ». Il s'agit au fond de prendre acte de la réalité : il existe des règles de conduite non contraignantes, qui participent, tout autant que les instruments traditionnels, à la détermination des contours de l'environnement juridique dans lequel se meuvent les sociétés. La proposition, déjà éclairante sur le terrain de la théorie juridique, est également intéressante par les conséquences qu'elle permet de mettre en lumière quant à l'architecture du droit des sociétés. Madame Saupin identifie très justement le risque d'atteinte à l'unité du droit dont le développement des instruments normatifs innommés est porteur. Sont en effet en germe des conflits entre la règle de droit traditionnelle et le nouveau standard ; par exemple l'article 1844 du Code civil est interprété comme investissant tout associé du droit de vote, sauf exception légale, tandis que, dans sa doctrine, l'Autorité des marchés financiers demande à l'actionnaire en situation de conflit d'intérêts de ne pas prendre part au vote à l'assemblée générale. Et – c'est la pointe de l'analyse – le conflit ne se traduit pas nécessairement par la victoire de la règle légale. Chaque système applique ses propres solutions, en ignorant l'autre : la Cour de cassation (arrêt *Château d'Yquem*) tire toutes les conséquences de l'article 1844 du Code civil ; l'Autorité des marchés financiers, dans l'exercice de ses pouvoirs, escamote la règle légale et ne connaît que sa propre doctrine. On a ainsi une construction du droit des sociétés en « silos ». Il n'y a pas nécessairement lieu de se réjouir de cette perte d'unité.

Précisément, l'un des intérêts majeurs du beau livre de Madame Saupin est de porter un regard personnel sur certains points sensibles de l'évolution des sources du droit des sociétés. On en donnera ici trois exemples, laissant au lecteur le plaisir de découvrir par lui-même d'autres mises en perspective.

Le premier tient à ce que Madame Saupin appelle « *l'instrumentalisation* » du droit des sociétés. L'auteur observe que les multiples modifications de la loi du 24 juillet 1966, puis du livre II du Code de commerce ont pris place, le plus souvent, dans des lois diverses et variées (DDOEF...) qui affichent des objectifs qui ont peu à voir avec les relations entre associés, le statut des dirigeants et la protection des créanciers sociaux. On a commencé par la représentation des salariés dans les conseils, on a poursuivi avec la prise en compte des « parties prenantes ». On se désolera aujourd'hui de ne pas penser à la défense de l'environnement et à la promotion des droits de l'homme. Madame Saupin regrette cette évolution. C'est, selon elle, introduire dans le droit des sociétés des ferments de désagrégation, alors qu'il serait possible de soumettre les sociétés à des exigences *qui leur sont extérieures*, sans perturber leur fonctionnement. Cette vision a le mérite de ne pas succomber aux phénomènes de mode. Peut-être faudrait-il s'intéresser d'abord aux raisons d'être du droit des sociétés, avant que de faire des gammes sur la raison d'être de telle société...

Deuxième exemple : l'appréciation de la légitimité des émetteurs nouveaux de règles de droit des sociétés. Les développements consacrés par Madame Saupin à

l'Afep, au Medef et à Middenext sont particulièrement éclairants – et cruels. Qu'il s'agisse de leur composition, de leur processus de délibération (souvent nimbés de lumière noire) ou du résultat de leur action (on ne peut s'empêcher de sourire à l'historique des diverses versions des rapports *Vienot-Bouton*, puis du code Afep-Medef en matière de rémunération des dirigeants sociaux), tout respire le conflit d'intérêts. La conclusion tombe, avec une belle fermeté : « *La légitimité de ces nouveaux émetteurs du droit des sociétés apparaît ainsi très faible* ». Est-il indifférent, à cet égard, que la mainmise des organisations patronales sur les codes de gouvernance soit une exception française, à l'intérieur de l'Union européenne ?

Un troisième exemple d'appréciation critique peut être puisé dans le contrôle juridictionnel de la doctrine de l'Autorité des marchés financiers. On sait que le Conseil d'État, dans sa jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable*, a consacré la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé contre des actes juridiques non impératifs, ce qui inclut la doctrine élaborée par l'Autorité des marchés financiers en droit des sociétés. Madame Saupin qualifie toutefois le contrôle de légalité exercé sur ces actes de « dégradé ». Et de s'interroger : si cette jurisprudence renforce la légitimité de la doctrine de l'AMF en déclarant recevables les recours pour excès de pouvoir formés à son encontre, est-on sûr que le contrôle du juge administratif permette de sanctionner les excès de pouvoirs imputables à l'AMF lorsqu'elle crée des nouvelles règles de droit des sociétés en dehors de son champ de compétence ? Nous serions tentés de donner la réponse : non. Mais il ne faut pas s'en étonner : le Conseil d'État n'est pas seulement une juridiction ; c'est aussi une pièce majeure du système administratif français et, à ce titre, il fait passer l'efficacité de l'action administrative avant d'autres considérations, y compris juridiques.

On l'aura compris : le livre que Madame Saupin offre au lecteur témoigne autant d'une maturité juridique déjà grande que d'une personnalité affirmée. Ce ne sont pas des qualités inutiles pour faire un universitaire convenable. Nous formons donc le vœu que Madame Saupin puisse poursuivre, tout au long d'une riche carrière, dans la voie ainsi tracée.

Hervé SYNDET
Professeur émérite
de l'Université Paris-Panthéon Assas

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Afep	Association française des entreprises privées
<i>AJDA</i>	Actualités juridiques en droit administratif
AMF	Autorité des marchés financiers
AN	Assemblée nationale
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
Art.	Article
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>Bull. Joly bourse</i>	Bulletin Joly Bourse
<i>Cah. dr. entr.</i>	La semaine juridique – Cahiers de droit de l’entreprise
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d’État
CEDH	Cour européenne des droits de l’Homme
COB	Commission des opérations de bourse
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l’Union européenne
Comp.	Comparer
<i>Contra</i>	En sens contraire
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Direction
<i>Dr. et patrimoine</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
Éd.	Édition
ESMA	<i>European securities and Markets Authority</i>
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Palais</i>	Gazette du palais
H3C	Haut conseil du commissariat aux comptes
HCJP	Haut Comité Juridique de la place financière de Paris
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
In	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
J-Cl.	Juris-classeur
JO	Journal officiel

<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition générale
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition entreprise
<i>JCP N</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition notariale
<i>Lamy dr. aff.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>LEDC</i>	L'essentiel Droit des Contrats
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>Medef</i>	Mouvement des entreprises de France
<i>Obs.</i>	Observation
<i>Ord.</i>	Ordonnance
<i>Ouvr. préc.</i>	Ouvrage précité
<i>P.</i>	Page
<i>Préc.</i>	Précité
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDP</i>	Revue du droit public
<i>Rééd.</i>	Réédition
<i>Rép. cont. admi.</i>	Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de contentieux administratif
<i>Dalloz</i>	
<i>Dalloz</i>	
<i>Rép. soc. Dalloz</i>	Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire des sociétés
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>Rev. dr. banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RG AMF</i>	Règlement général de l'Autorité des marchés financiers
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RISF</i>	Revue internationale des services financiers
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
<i>s.</i>	Suivant
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>T.</i>	Tome
<i>TC</i>	Tribunal de commerce
<i>TJ</i>	Tribunal judiciaire
<i>Th.</i>	Thèse
<i>V.</i>	Voir
<i>V°</i>	<i>Verbo</i>
<i>Vol.</i>	Volume

À Antoine

SOMMAIRE

PRÉFACE	7
INTRODUCTION	17
 PARTIE I	
LES ÉMETTEURS DU DROIT DES SOCIÉTÉS	45
Titre I : L'évolution des émetteurs classiques du droit des sociétés	47
Chapitre 1. Les émetteurs étatiques classiques du droit des sociétés	49
Chapitre 2. L'Union européenne, émetteur supranational du droit des sociétés	137
Titre II : Les émetteurs nouveaux du droit des sociétés	205
Chapitre 1. Les autorités de régulation, émetteurs du droit des sociétés	207
Chapitre 2. Les émetteurs privés du droit des sociétés	269
 PARTIE II	
LES INSTRUMENTS CRÉATEURS DU DROIT DES SOCIÉTÉS	315
Titre I : Le morcellement du droit des sociétés	321
Chapitre 1. La création de règles de droit par les instruments normatifs innommés	323
Chapitre 2. L'émergence de conflits entre les instruments normatifs	385
Titre II : L'unité du droit des sociétés	415
Chapitre 1. La complémentarité des instruments normatifs innommés	417
Chapitre 2. La reconnaissance des instruments normatifs innommés	439
CONCLUSION	491

INTRODUCTION

1. L'illusion d'une source unique. – Évoquer *les* sources du droit des sociétés pourrait paraître incongru. N'a-t-on pas fêté récemment les cinquante ans de la loi de 1966 ?¹ Même intégrée au Code de commerce², triturée à de multiples reprises par le Parlement ou le Gouvernement, alors que son champ d'application se restreint aux seules sociétés commerciales, ne reste-t-elle pas *la* source du droit des sociétés³ ? Bien sûr, il pourrait être envisagé d'y adjoindre la loi de 1978 réformant le droit commun des sociétés et le droit spécial des sociétés civiles⁴, mais ensuite ? La loi de 1966 avait justement pour objectif de regrouper en un seul texte les diverses règles intéressant les sociétés commerciales, de consolider la jurisprudence dans la loi et de devancer les nouveautés qui seraient apportées au droit des sociétés par le droit européen⁵.

1. Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. I. URBAIN-PARLÉANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la Loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018 ; B. BRIGNON, I. GROSSI, H. BARBIER, I. PARACHKÉVOVA, M. ROUSSILLE et J.-F. BARBIÈRI, *Les 50 ans de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales*, *Dr. sociétés* 2017, dossier 1 ; A. GUINERET-BROBEL DORSMAN, O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT, C. LEBEL, Y. PACLOT et F. DURAND, *Le droit des sociétés, 50 ans après la Loi du 24 juillet 1966 – Partie I*, *Journal des sociétés* 2016, n° 146, p. 16 et s. ; J.-J. ANSAULT, V. MAGNIER, L. ATHLAN, X. DELPECH et D. GIBIRILA, *Le droit des sociétés, 50 ans après la Loi du 24 juillet 1966 – Partie 2*, *Journal des sociétés* 2016, n° 147, p. 14 et s. ; A. COURET, « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *Bull. Joly* 2016, p. 433 ; F. TERRÉ, « Bientôt cinquante ans après la réforme des sociétés commerciales » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 813 et s. Le trentième anniversaire de la loi de 1966 avait aussi été célébré : *Le trentième anniversaire de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 1996, 430.

2. Sur la mauvaise qualité de la codification à droit constant mise en œuvre lors de l'adoption du Code de commerce par l'ordonnance du 18 septembre 2000, v. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le nouveau Code de commerce ? Une mystification », *D.* 2001. 361. Également : D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le bicentenaire d'un fantôme » in *Le Code de commerce 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 61 et s.

3. « Abrogée, la loi de 1966 reste tapie dans le Code de commerce de l'an 2000, et cela se voit nettement dans le plan du livre II de ce Code », P. LE CANNU, « Introduction. La loi de 1966, porte ouverte sur l'avenir » in I. URBAIN-PARLÉANI et P.-H. CONAC (dir.), *ouvr. préc.*, p. 5 et s., spéc. p. 8.

4. Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil. René Pleven, alors Garde des sceaux, présente son projet de loi comme étant le « *dernier chapitre de la grande réforme du droit des sociétés* », lequel a pour objectif de moderniser le droit commun des sociétés et le droit spécial des sociétés civiles (JO AN, 22 novembre 1972, p. 5588).

5. V. l'exposé des motifs du projet de loi sur les sociétés commerciales présenté, le 20 juin 1964, à l'Assemblée nationale, sous le n° 1003, reproduits en partie au sein de l'ouvrage M. HAMIAUT, *La réforme des sociétés commerciales. Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966*, I, Dalloz, 1966. V. not. p. 4 : « *Le texte ne se borne pas en effet à coordonner et simplifier un droit vieilli, ni à réaliser une codification simplement formelle de la législation positive, éparse dans de multiples textes. Il opère une refonte qui tient compte des dispositions législatives et réglementaires anciennes, de l'abondante jurisprudence élaborée depuis le début du XIX^e siècle et qui apporte au droit actuel des modifications très importantes. [...] L'élaboration du projet de législation nouvelle tient compte des droits étrangers et notamment de ceux des États membres de la Communauté économique européenne. [...]* ». La première directive relative au droit des sociétés date de 1968 (directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre

Les sociétés spéciales continuaient à être régies par d'autres textes⁶, également législatifs ou réglementaires mais, finalement, tout le droit des sociétés puisait ses règles uniquement dans la loi⁷. Un peu plus de cinquante ans plus tard, faut-il dénoncer cette illusion ?

La consultation des ouvrages consacrés à la matière n'encourage pas une telle entreprise. Il y est encore souvent fait mention des lois de 1966⁸ et de 1978⁹ puis de leurs modifications successives. Concernant particulièrement le droit des sociétés commerciales, la place du législateur européen est évoquée sans que cela ne crée de surprise¹⁰. Dès lors que l'Union européenne s'est fixée pour objectif de garantir la liberté d'établissement¹¹, les règles applicables aux sociétés commerciales qui ont

équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers). V. également, J. FOYER, « La genèse de la loi sur les sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1996, 431.

6. Par exemple : le décret n° 54-1302 du 30 décembre 1954 tendant à favoriser la constitution de groupements pour le reboisement et la gestion forestière (incorporé en 1979 au Code forestier aux anciens articles L. 241-1 dudit code. Les groupements forestiers sont aujourd'hui régis par les articles L. 331-1 et s. du Code forestier) ; la loi n° 62-917 du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun (insérée en 1993 dans le code rural. V., à présent, les articles L. 323-1 et s. dudit code) ; la loi n° 47-1775 du 30 septembre 1947 portant statut de la coopération. Plusieurs autres sociétés spéciales ont été créées depuis, par exemple : les sociétés dites d'exercice libéral (loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales) ; les sociétés sportives (art. L. 122-1 et s. du code du sport) ; les sociétés de libre partenariat (art. L. 214-162-1 et s. du Code monétaire et financier).

7. Loi entendue au sens large, chacune des deux lois de 1966 et 1978 ayant été accompagnée de décrets (respectivement, le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales et le décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil).

8. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 24^e éd., Dalloz, 2020, n° 23 et s., p. 31 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 33^e éd., LexisNexis, 2020, n° 13, p. 5 ; J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, A.-S. MESTRE-CHAMI et G. CARTERET, *Lamy Sociétés commerciales*, 2020, n° 73 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, t.2, 22^e éd., LGDJ, 2017, n° 1503, p. 10.

9. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *ouvr. préc.*, n° 25, p. 33 ; J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, A.-S. MESTRE-CHAMI et G. CARTERET, *ouvr. préc.*, n° 73 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *ouvr. préc.*, n° 1503, p. 11 et n° 1890 et s., p. 286 et s.

10. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *ouvr. préc.*, n° 26 et s., p. 37 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *ouvr. préc.*, n° 19 et s., p. 7 et s. ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 8^e éd., LGDJ, 2019, n° 37, p. 56 ; *Memento Sociétés commerciales*, Éd. Francis Lefebvre, 2021, n° 75 et s. ; J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, A.-S. MESTRE-CHAMI et G. CARTERET, *ouvr. préc.*, n° 94 et s. Notant, au contraire, que le droit de l'Union européenne n'a pas eu d'influence sur les règles applicables aux sociétés civiles (*Memento Sociétés civiles*, Éd. Francis Lefebvre, 2021, n° 110 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *ouvr. préc.*, n° 1900 et s., p. 295 et s.).

11. La très grande majorité des directives européennes créant de nouvelles règles de droit des sociétés ont pour base juridique l'article 50 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Celui-ci dispose que le Parlement et le Conseil sont compétents pour réaliser la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne. Le paragraphe 2 g) dudit article prévoit alors que le Parlement, le Conseil et la Commission exercent leurs fonctions relatives à la mise en œuvre de la liberté d'établissement, notamment, « en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». Selon l'article 54 du même traité, les sociétés sont entendues comme étant tant les sociétés civiles que commerciales, comprenant les coopératives et les autres personnes morales de droit public ou privé, dès lors que celles-ci poursuivent un but lucratif. Sur l'interprétation extensive qui peut être donnée à cet article, v. B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, LGDJ, 2000, n° 74 et s., p. 46 et s.

vocation à déployer leur activité en dehors du territoire national, devaient nécessairement devenir, au moins en partie, européennes. Finalement, les sources du droit des sociétés apparaissent comme étant des plus classiques¹². Lorsque, parfois, est mis en avant un semblant de renouveau, il s'agit soit d'une allusion furtive¹³ soit d'une remarque portant non pas exclusivement sur le droit des sociétés mais sur un pan plus vaste du droit que serait, par exemple, le droit de l'économie¹⁴. En définitive, les sources du droit des sociétés n'appelleraient pas davantage de commentaires : comme la plupart des matières juridiques, ses règles puiseraient majoritairement dans la loi, par ailleurs sous l'influence de l'Union européenne ; de temps en temps, la jurisprudence ou bien la pratique ferait montre d'un certain esprit d'initiative nourrissant ainsi la matière ; enfin, la doctrine contribuerait à systématiser le tout voire à inspirer une nouvelle réforme législative¹⁵.

Cette première impression disparaît toutefois rapidement face au tumulte créé par l'émergence de deux éléments incontournables du paysage sociétaire : les codes de gouvernement d'entreprise, d'une part et la Commission des opérations de bourse (COB) devenue l'Autorité des marchés financiers (AMF), d'autre part. Ces codes et l'AMF se présentent comme deux aspérités sur la surface – *a priori* – lisse des sources du droit des sociétés. En accrochant le regard, elles révèlent certains des enjeux soulevés par la thèse présentée. L'étude de ces deux sources originales n'épuise toutefois pas le sujet. Seule une analyse exhaustive des modes de production des règles composant le droit des sociétés permet de mesurer toutes les conséquences du pluralisme de ses sources sur la matière.

2. Les codes de gouvernement d'entreprise et le droit des sociétés. – L'apparition des codes de gouvernement d'entreprise est une première preuve du renouvellement des sources du droit des sociétés. Leur développement traduit, tout d'abord, la réception en France, du mouvement de *Corporate governance* initié dans les pays anglo-saxons¹⁶. Sur le plan des sources matérielles, ils illustrent ainsi la perméabilité

12. Le *Mémento Sociétés commerciales* évoque, par exemple, le « *cadre législatif et réglementaire des sociétés commerciales* » sans laisser penser qu'elles pourraient être régies par des règles localisées ailleurs que dans la loi et les textes réglementaires (*Mémento Sociétés commerciales*, Éd. Francis Lefebvre, 2021, n° 50 et s.). La même remarque peut être faite concernant les sociétés civiles (*Mémento Sociétés civiles*, Éd. Francis Lefebvre, 2021, n° 70 et s.). V. cependant pour une approche plus complète : J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, A.-S. MESTRE-CHAMI et G. CARTERET, *ouvr. préc.*, n° 70 et s.

13. Par exemple, une allusion au rôle joué par l'Autorité des marchés financiers dans la production des règles applicables aux sociétés cotées : Ph. MERLE et A. FAUCHON, *ouvr. préc.*, n° 25, p. 33 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *ouvr. préc.*, n° 1503, p. 120. Également, quant à la place des codes de gouvernement d'entreprise dans le droit des sociétés : *Mémento Sociétés commerciales préc.*, n° 71.

14. P. LE CANNU et B. DONDERO, *ouvr. préc.*, n° 35 et s., p. 54 et s.

15. Cela a été très récemment le cas avec l'ordonnance n° 2020-1142 du 16 septembre 2020 portant création, au sein du Code de commerce, d'un chapitre relatif aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, qui a pour origine une proposition des Professeurs F. Drummond et J. Klein (F. DRUMMOND et J. KLEIN, « Pour la création d'un chapitre du Code de commerce dédié aux sociétés cotées » in *Études en la mémoire de Ph. Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 427 ; *Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP). Proposition en vue de la création d'un chapitre du Code de commerce dédié aux sociétés cotées (ss la dir. de F. DRUMMOND et J. KLEIN)*, 26 mars 2018). V. par comparaison, le rôle que peut avoir la doctrine dans l'élaboration du droit des marchés financiers : F. DRUMMOND, « La doctrine au cœur de la mêlée », *Rev. dr. banc. fin.* 2020, n° 1, dossier 4.

16. Pour un exposé rapide de l'historique de la *Corporate governance* aux États-Unis : B. R. Cheffins, « Did Corporate Governance « Fail » during the 2008 Stock Market Meltdown ? The case of the S & P 500 », *The Business Lawyer*, Vol. 65, n° 1 (November 2009). V. aussi : A. Tunc, « Le

du droit des sociétés français aux droits étrangers, notamment en raison de l'influence que peuvent avoir les investisseurs de nationalité étrangère appelés à agir sur les marchés financiers¹⁷. Ensuite, du point de vue des sources formelles, la création de règles de droit par des entités privées, telles que l'Afep, le Medef¹⁸ ou encore Middenext¹⁹ interpelle²⁰. Le paradoxe que fait naître la création de règles de droit écrites²¹ par des personnes privées est d'autant plus prégnant que l'intégration de ces règles dans la sphère juridique a été accélérée par l'adoption d'un principe novateur, le principe « *appliquer ou expliquer* »²². Émis par des personnes privées, contenant des règles qui ne sont ni réellement contraignantes ni de simples recommandations et dont la bonne application est contrôlée tant par une autorité publique indépendante, l'AMF²³, que par un organisme privé, le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise

gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume Uni », *RIDC* janvier-mars 1994, vol. 46, n° 1, p. 59.

17. Le premier rapport Viénot datant de 1995 sur *Le conseil d'administration des sociétés cotées* qui deviendra plusieurs années plus tard *Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées* publié par l'Afep et le Medef débute ainsi : « *Les privatisations et l'ouverture du marché de Paris aux investisseurs étrangers ont favorisé le rapide développement d'un nouvel actionnariat, souvent peu familier des règles et des pratiques de fonctionnement des conseils d'administration des sociétés cotées françaises et qui est naturellement demandeur d'éclaircissement* » (Rapport Viénot I, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, p. 5). En ce sens également : V. MAGNIER, « Gouvernance des sociétés cotées », *Rép. soc. Dalloz*, octobre 2010, n° 1.

18. Le code de gouvernement d'entreprise le plus connu est le code Afep-Medef (Afep-Medef, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, décembre 2022).

19. Moins connu, le code Middenext est à destination des valeurs moyennes et petites (Middenext, *Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites*, septembre 2021).

20. G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés » in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47 ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995. 509 ; C. COUPET, « Les normes d'origine privée », *RTD Com.* 2015. 437.

21. L'intégration de la coutume parmi les sources du droit conduit déjà à admettre la création de règles de droit par des personnes privées. Toutefois, le support de la règle coutumière n'est pas un texte écrit mais la répétition d'un comportement.

22. P. DEUMIER, « Le principe “appliquer ou expliquer”, appliquer la norme autrement ? », *RTD Civ.* 2013. 79 ; P. DEUMIER, « Comply or explain : Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », *Cah. dr. entr.* juillet 2014, n° 4, dossier 25 ; B. LECOURT, « Codes de gouvernement d'entreprise : recommandation de la Commission européenne sur le principe “appliquer ou expliquer” », *Rev. sociétés* 2014. 683 ; A. COURET, « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *Bull. Joly* 2017, n° 3, p. 202 ; A. COURET, « The “Comply or explain” principle : From a simple financial markets regulation to a wide method of regulation », *RTDF* 2010, n° 4, p. 4 ; J.-B. POULLE, *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise. Le principe “se conformer ou expliquer” en droit boursier*, L'Harmattan, 2011 ; J.-B. POULLE, « L'apparition du principe “se conformer ou expliquer” en droit français », *RTDF* 2008, n° 1, p. 41 ; A. PIETRANCOSTA et J.-B. POULLE, « Le principe “appliquer ou expliquer” », *RTDF* 2009, n° 4, p. 19 ; A. PIETRANCOSTA, « Enforcement of corporate governance codes : a legal perspective », *RTDF* 2001, n° 1/2, p. 27 ; V. MAGNIER, « Le principe “se conformer ou s'expliquer”, une consécration en trompe-l'œil ? », *JCP E* 2008, n° 23, act. 280 ; C. LIEURY et K. DECKERT, « Le principe “comply or explain” : suivi et mise en œuvre des codes de gouvernement d'entreprise au Royaume-Uni et en France », *RISF* 2017/4, p. 38 ; Ch. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe “appliquer ou expliquer” en France », *Rev. sociétés* 2015. 347 ; P. DURAND-BARTHEZ, « Le principe “appliquer ou expliquer” – Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *Cah. dr. entr.* mars 2016, n° 6 dossier 11 ; B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE* 2009/2, p. 129.

23. L'AMF publie chaque année un rapport sur *le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants* au sein duquel elle a pris l'habitude de nommer les sociétés faisant une mauvaise application du principe « *appliquer ou expliquer* » et ainsi des règles contenues dans les codes de gouvernement d'entreprise, plus particulièrement du code Afep-Medef (art. L. 621-18 du Code monétaire et financier). Concluant à la juridicité du code Afep-Medef notamment en raison du contrôle opéré par l'AMF : Y. PACLOT, « La