

L'obligation de discrétion des administrateurs

Rapport du HCJP

Michel Prada, Président du groupe de travail

**Olympe Dexant de Bailliencourt, Professeur à l'Université de Franche-Comté,
Rapporteur**

L'obligation de discrétion des administrateurs a fait l'objet, à l'initiative de l'Autorité des marchés financiers (AMF), d'un rapport du Haut Comité juridique de la place financière de Paris (HCJP) publié en décembre 2022. Ce rapport, dont les conclusions ont réuni un consensus à l'intérieur du groupe de travail - cela après des débats doctrinaux initiaux assez vifs - , a dépassé le périmètre de sa feuille de route : à l'analyse de l'obligation de discrétion du représentant permanent d'un administrateur personne morale, le groupe de travail a ajouté celle de l'obligation de discrétion des personnes physiques entretenant des liens étroits avec un actionnaire (qui, de son côté, a des devoirs). Le groupe de travail a choisi de s'intéresser à toutes les sociétés, quelle que soit leur forme juridique.

La lettre de saisine de l'AMF constatait que jusqu'ici, il n'y avait pas de jurisprudence en la matière, et se demandait si des réponses existaient soit dans le droit positif, soit dans le droit mou au travers de codes de bonne conduite comme celui de l'Afep-Medef, et si à défaut il serait utile d'apporter une clarification dans le code Afep-Medef ou le Code de commerce.

Le groupe de travail a travaillé sur la définition de la discrétion (nuance avec le terme de confidentialité, lien avec le secret des affaires et le secret professionnel), la nature des obligations concernées, et la nature des personnes concernées. Il n'a pas fait d'incursion sur le terrain de l'information privilégiée au sens du Règlement Abus de marché, ni traité de la matière des conflits d'intérêts. Il a en revanche étendu la réflexion à la situation des administrateurs représentant l'Etat.

Le rapport du HCJP, qui vise un renforcement de la sécurité juridique et l'alignement du droit et de la pratique, recommande de modifier certaines dispositions légales (plusieurs articles du Code de commerce [225-20, 225-37, 225-76 et 225-95] et d'un article de l'ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique), mais n'appelle pas de ses vœux un bouleversement du cadre juridique existant.

Objet de l'obligation légale

Le droit positif retient le terme de discrétion, que le rapport recommande de remplacer par celui de confidentialité, qui marque une intensité plus forte de l'obligation. Il est à noter que l'on trouve peu d'éléments dans les travaux parlementaires de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales permettant de choisir l'un ou l'autre de ces termes : secret, confidentialité, discrétion.

Si le choix de parler d'obligation de confidentialité marque un durcissement, il ne s'agit que d'une préconisation parmi d'autres, dont certaines vont dans le sens d'une atténuation de l'obligation. Par ailleurs, si cette recommandation était retenue et inscrite dans le droit positif, cela aurait une

incidence faible dans la pratique des sociétés cotées dans la mesure où le code Afep-Medef retient déjà le terme confidentialité.

Qu'est-ce qu'une information confidentielle ?

A noter : l'obligation de confidentialité vise des informations dont la transmission pourrait être prohibée au titre du règlement européen relatif aux abus de marché, mais les problématiques juridiques, ici, sont distinctes de celles liées à l'obligation de confidentialité.

Selon l'article L 225-37 du Code du commerce, l'information est réputée confidentielle si elle remplit ces deux conditions à la fois : présenter un caractère confidentiel ; être présentée comme telle par le président du conseil d'administration. Selon ces critères, ne seraient par exemple pas concernées des informations transmises dans le cadre de comités du conseil d'administration (comité d'audit, des rémunérations...) auxquels ne participerait pas le président du conseil.

En présence d'un droit positif lacunaire, le groupe de travail préconise donc les modifications suivantes : i) supprimer la condition « donnée comme telle » ii) remplacer le terme confidentielle par celui de non publique iii) préciser que les informations non publiques concernées sont celles dont les administrateurs « *ont connaissance dans le cadre de leurs fonctions* » (ce qui n'interdit pas à un administrateur de faire publiquement part de son opposition à une décision dès lors qu'il ne la dénigre pas et ne divulgue pas le contenu des débats iv) étendre l'obligation de confidentialité aux personnes qui, sans être administrateurs, assistent à des comités du conseil d'administration.

Qui est assujéti à l'obligation de confidentialité ?

Le groupe de travail a jugé opportun de distinguer, d'une part le responsable permanent d'un administrateur personne morale, d'autre part l'administrateur personne physique entretenant des liens étroits avec un actionnaire.

Le rapport recommande que l'obligation de discrétion (confidentialité) ne s'applique pas entre le représentant permanent d'une personne morale et son mandant, lui-même administrateur. La communication entre le représentant permanent et la personne morale paraît tout à fait légitime, d'autant qu'en tant qu'administrateur, cette personne morale est tenue à l'obligation de discrétion. En pratique d'ailleurs, la plupart des règlements intérieurs des grands émetteurs autorisent cette circulation de l'information.

En ce qui concerne l'administrateur personne physique ayant des liens étroits avec un actionnaire, on se situe à l'opposé du premier cas, l'actionnaire n'étant pas administrateur. En principe, de ce fait, l'obligation de discrétion interdit que l'administrateur transmette des informations.

Cependant, en pratique, on est souvent en présence d'un lien étroit entre l'administrateur et l'actionnaire, soit que le premier soit salarié du second ou l'un de ses mandataires sociaux, ou encore qu'il y ait un lien contractuel entre eux, soit encore que le lien soit d'affaires ou même personnel. Dans la vie des affaires donc, l'administrateur représente bien l'actionnaire, même s'il n'en est pas le représentant permanent. Par ailleurs, dans le cas, fréquent, des groupes de sociétés, pour assurer

une bonne gestion, la société consolidante doit pouvoir avoir accès à un haut niveau d'information en provenance des entités qu'elle contrôle.

C'est pourquoi, dans ce cas de figure, le groupe de travail préconise une dérogation à l'obligation de discrétion, ce point devant être précisé par le législateur. Cependant, cette dérogation devrait s'accompagner de dispositions faisant obligation de révéler les liens étroits lors de la nomination (ou du renouvellement) de l'administrateur et rappelant que l'actionnaire, de son côté, est tenu à l'obligation de confidentialité.

A été étudié le cas où l'administrateur personne physique est un représentant des salariés, soit qu'il soit élu par eux ou désigné par des instances sociales, soit qu'il soit le représentant des salariés actionnaires. Le groupe de travail recommande, dans les deux cas, de ne pas étendre la dérogation à l'obligation de confidentialité.

Points soulevés lors des questions/réponses

- Il n'existe pas dans d'autres juridictions de dispositifs qui pourraient être jugés exemplaires et dont le droit français pourrait utilement s'inspirer. Il faut noter qu'aux Etats-Unis, où la logique contractuelle prime, le cadre n'est pas idéal dans la mesure où il n'y a pas d'harmonisation des rapports entre les émetteurs et les actionnaires. Dans l'Union européenne, l'harmonisation est loin d'être au rendez-vous, car ce sont les droits des sociétés nationaux, diverses, qui s'appliquent.
- La question des lanceurs d'alerte n'a pas été traitée dans le rapport du HCJP.
- Le fait de faire un mauvais usage des informations transmises lors d'un conseil d'administration est passible de sanctions civiles.
- L'Autorité des marchés financiers s'intéresse à l'obligation de discrétion des administrateurs à deux titres : celui du règlement européen relatif aux abus de marché et celui du gouvernement d'entreprise (l'autorité administrative publie un rapport annuel sur le sujet).