

Les obligations de confidentialité des administrateurs des sociétés cotées

Discretion et abstention de communication d'informations privilégiées sont autant d'obligations qui sont de nature à engendrer la responsabilité d'un administrateur en cas de non-respect de celles-ci.



Armand W. Grumberg,
avocat associé



François Barrière,
professeur & avocat

SUR LES AUTEURS

Armand W. Grumberg, avocat associé, Head of European M&A – Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

François Barrière, professeur à l'Université de Lyon (EA4573), avocat (French counsel) – Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

Skadden conseille ses clients dans les domaines les plus stratégiques, notamment en matière de fusions-acquisitions, d'opérations de marchés et de financements, de restructurations, de réglementation bancaire, de fiscalité, de contentieux et d'arbitrage, de droit social, ainsi que les domaines liés.

La préservation des informations sensibles des sociétés cotées représente un enjeu majeur devant les risques de divulgation de celles-ci. La confidentialité imposée aux administrateurs occupe, dès lors, une place centrale dans la concrétisation des orientations stratégiques de la société.

Sources des obligations de confidentialité

Selon l'article L. 225-37, al. 5 du Code de commerce, « *Les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration.* »

Cette discrétion est assimilée à une « véritable obligation de confidentialité » par le code AFEP-MEDEF. Le « *Vade-mecum de l'administrateur* » de l'IFA (Institut français des administrateurs), tout comme la « *Charte de l'administrateur* », posent le respect de la confidentialité des informations reçues comme un élément inhérent à la fonction d'administrateur.

Cette discrétion est nécessaire pour garantir le bon fonctionnement de la société concernée. Elle est la contrepartie

de la transmission d'informations aux membres du conseil d'administration, qui doivent être tenues – le plus souvent – confidentielles dans l'intérêt de la société. La pratique des affaires induit la nécessité de préserver différents secrets (opérations envisagées, évolutions à venir, difficultés encourues notamment).

« La pratique des affaires induit la nécessité de préserver différents secrets »

La loi requiert un acte positif du président du conseil d'administration pour caractériser la confidentialité des informations soumises à cette obligation. Cependant, un règlement intérieur peut préciser globalement que les informations fournies présentent ce caractère. En vertu, de cette deuxième hypothèse, c'est alors la violation du règlement intérieur, tout comme éventuellement celle des statuts, qui sera également susceptible d'engager la responsabilité des administrateurs.

En outre, les administrateurs, initiés primaires en vertu de l'article 8, paragraphe 4 du règlement MAR, sont soumis à l'interdiction de divulgation d'informations privilégiées.

Portée des obligations de confidentialité

Fondamentalement, c'est une obligation de non-divulgation des informations reçues qui s'impose aux administrateurs, sous réserve que l'information soit présentée comme confidentielle par le président du conseil d'administration. Obligation qui ne devrait pas se limiter aux informations présentées lors du conseil, mais qui devrait aussi couvrir celles transmises lors des travaux préparatoires de celui-ci, en tant qu'éléments indissociables de ceux-ci. C'est d'ailleurs ce qui ressort en filigrane de l'une des rares décisions en la matière, celle du TGI de Paris du 13 février 2002 dans une affaire Aérospatiale-Matra, qui avait relevé qu'un administrateur « *ne pouvait communiquer à quiconque le contenu* » d'informations.

Aucun fait justificatif pour déroger à cette confidentialité n'existe lorsqu'une personne physique a été élue administrateur, fut-ce portée par un actionnaire (personne morale) de référence. Autrement dit, la personne

LES POINTS CLÉS

- L'article L. 225-37 al. 5 du Code de commerce établit une obligation de discrétion à l'égard des administrateurs de sociétés concernant les informations définies comme confidentielles par le président du conseil d'administration.
- Cette discrétion est assimilée à une « véritable obligation de confidentialité » par le code AFEP-MEDEF.
- Le non-respect de l'obligation de discrétion est constitutif d'une faute, génératrice de responsabilité civile, voire administrative et pénale.

physique administrateur ne peut pas faire part à « son » actionnaire personne morale des informations obtenues. Cela est parfaitement logique : la règle de discrétion a pour objet de protéger la société auprès de laquelle siège une personne contre des divulgations d'informations la concernant. Elle ne souffre donc pas d'exception.

Pourrait-il en être différemment pour le représentant personne physique d'une personne morale nommée administratrice ? Peut-il transmettre à cette dernière les informations reçues ? La réponse n'est pas nette. L'obligation de discrétion s'applique-t-elle à ce représentant de manière absolue ? La personne morale devrait-elle tout de même pouvoir recevoir un compte rendu de son représentant personne physique, mandataire de ladite personne morale membre du conseil d'administration ? Cette problématique s'applique tant aux actionnaires ayant la qualité de société commerciale qu'à

l'État (à ce titre, les « Règles de gouvernance régissant les relations de l'Agence des participations de l'État et des entreprises à participation de l'État » gagneraient à prévoir un engagement de confidentialité quant aux informations recueillies).

La question est délicate en ce qui concerne le délégué du comité social et économique siégeant au conseil d'administration. Bien qu'également tenu à l'obligation de discrétion, la Cour de justice de l'Union européenne, par un arrêt du 22 novembre 2005, a décidé qu'un salarié membre du conseil d'administration pouvait licitement transmettre une information privilégiée à son syndicat, car proportionnée et nécessaire à l'exercice de son mandat.

Sanctions de la violation de l'obligation de confidentialité

Comme toute violation de la loi, le non-respect de l'obligation de discrétion

est constitutif d'une faute, génératrice de responsabilité. La complicité, concept qui n'est pas limité au droit pénal, est, également, source de responsabilité civile.

À côté de la responsabilité civile, une responsabilité administrative ou pénale peut être encourue. Si la violation du devoir de discrétion, contrairement au secret professionnel, ne fait pas l'objet en tant que tel d'une sanction pénale spécifique, la violation de l'obligation d'abstention de communication d'informations privilégiées pourra être sanctionnée par un manquement ou délit d'initié. Un abus de confiance au sens de l'article 314-1 du Code pénal est également envisageable, dès lors qu'a été détourné « au préjudice d'autrui, [...] un bien quelconque qui [a] été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». La remise de documents aux administrateurs, dans le cadre de l'exercice de leur mission, l'est aux fins « d'en faire un usage déterminé », à savoir participer à la stratégie et la gestion de la société auprès de laquelle ils exercent leur mandat, dans le respect de l'intérêt social.

Dans un souci de bonne gouvernance, le respect de cette obligation de discrétion ne pourra que renforcer le rôle des administrateurs et améliorer le dialogue avec la direction générale.

À une époque où la conformité aux règles applicables est devenue clé dans les entreprises, il est certain que les administrateurs sont d'autant plus tenus par le respect de leurs obligations de discrétion ! ♦

