

ARTICLE

GOVERNANCE D'ENTREPRISE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LE GUIDE D'APPLICATION DU CODE DE GOUVERNANCE AFEP-MEDEF EST MIS À JOUR

Corporate - M&A | 27/06/22 | Jérôme Brosset Gwendoline Hong Tuan Ha

Abstract : le Haut Comité de gouvernement d'entreprise (HCGE) vient de mettre à jour le Guide d'application du Code Afep-Medef (le « Guide »), afin de préciser sa position sur l'étendue des obligations de discrétion et de confidentialité auxquelles le représentant permanent d'une personne morale administrateur est tenu dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

La question du traitement et des modalités de communication relatives aux informations données en conseil d'administration à un représentant d'une personne morale administrateur, et actionnaire, ou à une personne physique liée à une personne morale actionnaire est délicate et fait l'objet depuis de nombreuses années de débats. Or, les conséquences pratiques qui y sont liées sont importantes et peuvent engager la responsabilité contractuelle du représentant permanent ou de l'administrateur personne physique.

Dans son rapport 2019 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, l'Autorité des marchés financiers (AMF) avait invité le HCGE à mener une réflexion sur l'étendue des obligations de discrétion auxquelles le représentant permanent d'une personne morale administrateur est tenue dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

En réponse, le HCGE indiquait, dans son rapport 2020, que l'obligation de discrétion des administrateurs prévue par l'article L. 225-37 alinéa 5 du code de commerce[1] devait s'imposer à chaque administrateur, sans distinction. Le HCGE considérait en effet qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer différemment cette obligation au représentant permanent d'une personne morale dans la mesure où la loi a pris soin de préciser que le représentant permanent est « *soumis aux mêmes conditions et obligations et encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente* » (article L.225-20 du code de commerce).

Le HCGE rappelait par ailleurs, dans ce même rapport que, s'agissant des informations non publiques, l'administrateur est astreint à une obligation renforcée équivalant à une véritable obligation de confidentialité laquelle dépasse la simple obligation de discrétion prévue par les textes (article 20 du code Afep-Medef).

Le HCGE indiquait, dès lors, qu'il appartenait à chaque conseil d'administration, s'il le jugeait nécessaire, de préciser les modalités pratiques de l'obligation de confidentialité attendue de ses membres, notamment dans le règlement intérieur du conseil.

C'est dans ce contexte que le HCGE a mis à jour son Guide pour préciser sa doctrine. Il est désormais précisé que le règlement intérieur du conseil d'administration peut, si le conseil d'administration y consent :

- prévoir la possibilité de communiquer les informations recueillies par le représentant permanent à la personne morale l'ayant désignée ;
- limiter cette communication aux fins de l'accomplissement de sa mission d'administrateur, dans l'intérêt de la société ;
- limiter le contenu aux informations strictement nécessaires à cet effet ; et
- autoriser la communication de ces informations au dirigeant mandataire social exécutif de la personne morale administrateur et, permettre à la société de conditionner la communication à d'autres personnes au sein de la personne morale administrateur à ce que celle-ci prenne toutes mesures utiles afin s'assurer du respect d'une stricte confidentialité, en ce compris par la limitation du nombre des personnes en son sein recevant cette information, la tenue d'une liste de ces personnes et le respect par ces personnes des règles régissant la communication et l'utilisation d'informations privilégiées et, le cas échéant, de la charte de déontologie boursière de la société.

Le HCGE considère que le règlement intérieur peut également prévoir que le conseil d'administration a la faculté d'appliquer les mêmes principes, *mutatis mutandis*, à la communication d'informations entre un administrateur et la personne morale ayant proposé sa nomination, notamment en vertu d'un pacte d'actionnaires. Dans cette hypothèse, il est recommandé que le conseil d'administration conditionne l'application de ces principes à la souscription par l'actionnaire concerné d'engagements de confidentialité encadrant cette communication conformément aux principes susvisés et à ce que cette communication

intervienne dans le respect des règles applicables en matière de communication et d'utilisation d'informations privilégiées, et notamment de l'article 10.1 du Règlement européen relatif aux abus de marché.

Au regard des précisions apportées par le HCGE sur ce sujet, il appartient désormais à chaque société cotée se référant au code Afep-Medef de se mettre en conformité avec les principes dégagés et d'adapter, si besoin, son règlement intérieur.

[1] « *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.* »

