DENIS KESSLER*

L'ENTREPRISE ENTRE TRANSPARENCE ET SECRET

HISTORIQUEMENT et jusqu'à une époque relativement récente, le monde de l'entreprise pouvait sembler se caractériser davantage par le secret, voire par une certaine opacité, que par la transparence.

Cela tenait notamment au fait que les instruments mêmes du capitalisme français peuvent apparaître plutôt opaques :

– la fiction de la *personne morale* dont l'incarnation la plus importante est la société fondée sur l'opacité par l'institution d'un écran entre les tiers et les associés, du moins dans certaines formes de sociétés ;

– la forme la plus répandue de sociétés commerciales en France est la *société anonyme*, c'est-à-dire une société dont les actionnaires ne sont *a priori* pas connus des tiers et n'ont pas à l'être ;

– les *titres au porteur* sont beaucoup plus répandus que les titres nominatifs ;

– le fonctionnement des sociétés, qu'il s'agisse des conseils d'administration et des assemblées générales, était traditionnellement peu transparent ;

– la personne même des dirigeants et *a fortiori* leur rémunération étaient plutôt placées sous le signe de la discrétion ;

– les informations financières sur l'activité et la solidité des entreprises étaient limitées aux obligations légales.

Exprimons cet état de fait de la manière suivante : la règle implicite qui a longtemps prévalu dans le monde des entreprises était le secret, le caractère filtré des informations, le caractère feutré des instances de décision. L'exception à cette règle était la publicité indispensable des actes

* L'auteur tient à chaleureusement remercier Joëlle Simon du Medef pour son aide très précieuse dans la préparation de cet article.

de gestion sociale de l'entreprise, publiées dans les journaux d'annonces légales. Cette présentation est certes caricaturale et la transparence n'était pas aussi absente du monde économique que certains le prétendent. En effet, une certaine transparence est, *nolens volens*, absolument nécessaire au fonctionnement des marchés et de l'économie en général. Mais le principe de transparence n'avait pas encore envahi la vie des entreprises et la vie sociale comme il le fait aujourd'hui. Sommes-nous arrivés au point où la règle et l'exception s'inverseraient par rapport à leur position historique respective : les entreprises devront-elles tout dire, sauf un certain nombre d'informations appartenant à un domaine réservé strictement délimité ? Comment expliquer un tel renversement ?

Les Facteurs expliquant l'Émergence du Principe de Transparence

Les facteurs concourant à accroître la transparence dans le monde de l'entreprise sont multiples.

Le développement des technologies de communication

Le premier facteur relève de la technologie. On assiste à un développement sans précédent de la communication, et il est évident que les flux et les stocks d'information internes aux entreprises se développent dans tous les domaines, que l'accès à ces informations est davantage diffusé que par le passé. Comme il existe une incontestable porosité entre ce qui se passe dans l'entreprise et ce qui se passe hors de l'entreprise, l'accélération de la circulation des flux d'information internes a comme conséquence un accroissement tant quantitatif que qualitatif des informations externes.

Ajoutons une remarque, qui est loin d'être marginale : la vitesse de diffusion de l'information s'est considérablement accélérée. Beaucoup d'informations sont désormais disponibles *in real time*, et les autres informations circulent de toute façon plus rapidement que par le passé. Autrement dit, le temps qui sépare l'instant où l'information revêt un caractère privé ou secret et l'instant où cette même information devient semi-publique puis publique se restreint chaque jour davantage. Internet et toutes les nouvelles technologies de l'information et de la communication contribuent puissamment à ce phénomène. Signalons que la diminution exponentielle du coût de production, de circulation et de stockage de l'information a joué un rôle central dans l'accroissement des données disponibles dans et hors de l'entreprise.

L'évolution de l'organisation des entreprises

Le second facteur relève de l'évolution des organisations elles-mêmes. La circulation de l'information au sein des entreprises a longtemps été verticale et descendante. Cela était imputable à l'organisation même des entreprises. Autrefois, le pouvoir – donc l'information – dans l'entreprise était fortement concentré : dans ce modèle pyramidal traditionnel, l'information, lorsqu'elle va au-delà du cercle des dirigeants, descend la cascade hiérarchique en étant de plus en plus diluée et fragmentée. Inversement, peu d'informations remontent, et elles doivent également suivre la voie hiérarchique. Ce modèle a très largement vécu, en tout cas dans les entreprises du secteur privé. Le passage des entreprises au modèle de réseau ou au schéma d'organisation matriciel est une réalité. Dans ce modèle, l'information circule dans tous les sens – verticalement, horizontalement et obliquement. Elle circule également entre les unités de production, les départements, les filiales, les réseaux, etc., au sein du même groupe. Dans le même ordre d'idées, on a assisté à l'enrichissement de la nature des informations : elles sont certes financières, mais également commerciales, techniques, stratégiques…

Cette déconcentration de l'information, et donc d'une certaine façon du pouvoir lui-même, est intrinsèque à l'organisation des entreprises modernes. Le développement de ce qu'il est convenu d'appeler les missions de communication interne en témoignent. Mais c'est surtout l'organisation de l'entreprise en multiples centres de décision qui reflète le mieux cette évolution : ainsi l'organisation en centres de profit relativement autonomes, ayant leur propre système d'information, est la trace même de cette nouvelle conception de l'organisation des entreprises. La tendance à mettre en place une allocation interne des fonds propres par mission ou par fonction *(capital allocation)* contribue également à cet enrichissement de la circulation des informations dans l'entreprise et donc – de manière dérivée – hors de l'entreprise.

Ajoutons que l'on a assisté dans tous les pays industrialisés à un développement sans précédent de la communication vis-à-vis des salariés en général et des instances représentatives du personnel en particulier. Cette évolution est le fruit commun de changements de comportement et de changements législatifs. L'information des salariés est à juste titre considérée comme l'un des moyens clés de la mobilisation de tous les acteurs de l'entreprise : il existe d'ailleurs de la part des salariés une demande de plus en plus prégnante d'information de la part du management.

Dans un secteur particulier, à savoir le monde financier, il a été nécessaire de mettre en place des organisations susceptibles d'éviter que des informations circulent dans l'ensemble de l'entreprise. En effet, il était par exemple difficile d'admettre qu'au sein d'une banque qui effectue à la fois des opérations de banque d'affaires et des opérations de banque d'investissement, les informations dont disposait telle direction puissent être utilisées par telle autre direction. Aussi a-t-il fallu dresser des « murailles de Chine » pour empêcher toute dissémination d'informations sensibles, pouvant notamment donner lieu à des délits d'initiés. Cette mise en place de murailles de Chine internes aux organismes financiers s'est accompagnée de l'adoption de codes de déontologie ou de codes de bonne conduite qui portent précisément sur le secret à observer dans telle ou telle situation.

Le passage d'une économie d'endettement à une économie de fonds propres

Le troisième facteur réside dans l'évolution de la nature de l'actionnariat des entreprises. Lorsque l'entreprise est familiale, ou à capitaux familiaux, les informations rendues publiques sont parcimonieuses. Elles relèvent simplement des obligations légales. Lorsque l'entreprise recourt largement à l'endettement, elle est tenue de donner des informations à son ou ses banquiers. Ces informations restent cependant « privatives » : le banquier en prend connaissance, mais elles ne sont pas rendues publiques. Le secret bancaire n'est d'ailleurs pas un vain mot. Le dialogue entre le banquier et le management de l'entreprise est un dialogue singulier, privé, confidentiel, placé sous le double sceau de la confiance et du secret.

Lorsque les entreprises ont eu recours aux marchés financiers pour se financer, elles ont été conduites à rendre publiques un nombre considérable d'informations qu'elles gardaient auparavant secrètes. C'est la nature même du financement par appel public à l'épargne qui veut cela : l'entreprise s'adresse à une communauté – les actionnaires – qu'elle ne connaît pas, qui est en constante évolution et qui exige les informations nécessaires à la décision. La pression en faveur d'une plus grande transparence s'accroît avec le passage d'une économie d'endettement – dans laquelle l'information est avant tout privative – à une économie de fonds propres – dans laquelle l'information est essentiellement publique. L'examen en moyenne et longue périodes de la structure du passif des entreprises françaises montre clairement ce phénomène de substitution des fonds levés sur les marchés financiers aux fonds empruntés au système bancaire.

Les exigences particulières des investisseurs institutionnels

Mais la pression à rendre publiques les informations s'est encore accrue lorsque l'on est passé du stade de l'actionnaire individuel à celui des actionnaires institutionnels : fonds de pension, fonds d'investissement, banques d'investissement, sociétés d'assurance. Ces investisseurs institutionnels, qui agissent en tant qu'intermédiaires et investissent l'argent d'autrui, sont infiniment plus exigeants vis-à-vis de l'entreprise que l'actionnaire individuel. Cela est particulièrement vrai de la part des investisseurs institutionnels anglo-saxons. Or la présence et l'influence des investisseurs anglais et américains dans les sociétés cotées françaises va se renforçant chaque jour. Historiquement, la tradition financière anglaise et américaine repose d'ailleurs plus largement sur la transparence que ne le veut la tradition d'Europe continentale. La raison de ces différences dans les approches anglo-saxonnes et européennes est largement imputable au fait que les marchés financiers ont toujours joué un rôle plus important dans le financement des entreprises outre-Manche et outre-Atlantique.

Il est incontestable que les investisseurs institutionnels anglo-saxons exercent une très forte pression sur les entreprises cotées pour que des informations pertinentes, sûres, fiables, soient livrées par le management de l'entreprise au marché. Ce mouvement a pris le nom de « gouvernement d'entreprise » ou *corporate governance*. Il s'agit de respecter le mandat implicite qui lie les gestionnaires de l'entreprise d'une part aux actionnaires d'autre part. Dans ce mandat, figure la fourniture d'informations sur le développement de l'entreprise, sa structure juridique, la répartition des pouvoirs, la stratégie, la rémunération des dirigeants (salaires, bonus) et les *stock options*, les résultats passés et les perspectives de résultat. Contrairement à une idée largement répandue en France, les investisseurs institutionnels ne veulent pas disposer de toutes les informations possibles et imaginables sur les entreprises, mais ils exigent qu'un certain nombre d'informations dûment répertoriées soient nécessairement livrées au marché en temps et en heure, avec un degré très élevé de fiabilité.

Si le management de l'entreprise ne respecte pas tout ou partie de ce mandat, il est sanctionné par le marché : soit les investisseurs désinvestissent – ce qui se traduit dans l'évolution relative des cours de bourse –, soit ils votent contre les résolutions proposées en assemblée générale par le management. Cette sanction est particulièrement sévère lorsqu'il apparaît que le management a sciemment caché des informations sensibles au marché, ou qu'il a donné des informations erronées.

Enfin, dans une économie de fonds propres, prolifèrent des organisations dont le rôle est précisément de chercher en continu des informations sur les entreprises, de les vérifier, de les traiter, de les diffuser. On peut citer le rôle croissant des analystes financiers, des agences de notation, des conseillers financiers, ainsi que l'essor spectaculaire de la presse consacrée aux placements financiers.

L'évolution générale du droit au travers de l'intervention du législateur ou du juge

Pendant longtemps, l'entreprise était considérée en France comme une organisation *a priori* opaque. Le droit a d'ailleurs consacré cette relative opacité. L'entreprise est désormais soumise à une nouvelle forme de l'interventionnisme de l'État ou du juge qui veut imposer un certain égalitarisme et une éthique, morale des temps modernes. S'il y a des transparences naturelles, la transparence est en effet souvent un effet de la contrainte du droit, comme le rappelle le doyen Carbonnier, qui se traduit par des obligations nouvelles d'informations.

S'agissant du cas de la France, il suffit de citer quelques textes récents : loi du 11 mars 1988 relative à la *transparence* financière de la vie politique, loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la *transparence* du marché financier, loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la *transparence* de la vie économique et des procédures publiques, loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières qui confie au Conseil des marchés financiers le soin d'assurer l'égalité et la *transparence* des marchés, ou création de l'association *Transparency International* qui a pour mission de traquer et de lutter contre la corruption dans le monde.

La transparence ne constitue pas une notion juridique en soi, pas plus qu'elle ne figure parmi les principes du Traité de l'Union européenne. Mais elle suscite un vrai débat entre ceux qui la qualifient de principe diabolique et de fausse valeur, à l'instar d'Alain Etchegoyen, et ceux qui la parent de toutes les vertus. Quoi qu'il en soit, le mouvement est lancé.

Cette vague risque fort d'emporter sur son passage les secrets, « face noble de l'opacité » selon M. Bredin, qui contrarient la transparence au nom d'autres vertus : sécurité, défense, justice.

Le secret a aujourd'hui mauvaise presse en entreprise : secret des affaires, secret de fabrique… comme ailleurs. Il suffit de citer les atteintes constantes au secret de l'instruction, les coups de butoir de la Cour de cassation contre le secret professionnel de l'avocat…

La Transparence est-elle une Condition de l'Efficience Économique ?

Les questions relatives à l'information ont été posées dès le développement de la science économique. On conçoit d'emblée que si l'information dont disposent les acteurs économiques – qu'ils soient consommateurs, producteurs ou investisseurs – est incomplète, faussée, biaisée, manipulée ou trop coûteuse, il sera difficile de parvenir à un fonctionnement harmonieux des marchés. Mais on pressent en même temps que, si toutes les activités de l'entreprise sont rendues publiques, on risque de s'éloigner de l'optimum économique n'est pas atteint.

Transparence de l'information et concurrence loyale

Rappelons que l'information est au centre des conditions de fonctionnement du modèle de concurrence pure et parfaite. Dans le modèle walrasien d'une économie concurrentielle, le plein emploi des facteurs de production, l'équilibre général ne sont atteints que si l'information est pure et parfaite – c'est-à-dire si chaque agent économique dispose à tout moment de la totalité du vecteur d'information complet sur les prix et sur les quantités. Dans ce cas, les règles de concurrence sont pleinement satisfaites. Les décisions sont prises par des agents économiques rationnels en toute connaissance de cause, et sont donc optimales.

Dès lors que cette condition n'est pas remplie, on ne parvient pas à cet équilibre, et l'économie connaît des dysfonctionnements proportionnés notamment à l'imperfection de l'information. Remarquons que l'information imparfaite peut à la fois signifier une information incomplète, une information fausse ou une information manipulée. Aussi la théorie économique conduit-elle à considérer que l'information est un élément indispensable au bon fonctionnement des marchés : grâce à sa perfection, la concurrence est loyale et permet l'allocation optimale des ressources.

On a longtemps glosé sur le caractère irréaliste de cette hypothèse d'information parfaite qui est consubstantielle à une économie de marché décentralisée. Force est de constater que plus le temps passe, plus les conditions d'un bon fonctionnement d'une économie concurrentielle sont réunies. L'information apparaît sans cesse davantage disponible et son prix sans cesse plus faible.

Transparence et marchés financiers

Ce qui est vrai des marchés de biens et de services l'est encore davantage pour les marchés financiers. En théorie comme en pratique, les marchés financiers sont sans doute le domaine où l'information joue le rôle le plus fondamental et où la transparence trouve son expression la plus achevée. À la fois les usages du marché (règlements des autorités de marchés, des bourses, codes de déontologie, codes de bonne conduite…) et la législation consacrent d'ailleurs cette exigence particulière d'informations dans le domaine des marchés de capitaux.

Ainsi, dans le cas français, on peut rappeler la réglementation des offres publiques (loi fondamentale du 2 août 1989 précitée et règlement général du Conseil des marchés financiers), ainsi que les obligations d'information sous de multiples formes : périodiques, à fournir lors d'opérations financières ou en cas d'événements particuliers ou récurrents… Les sociétés cotées ont ainsi l'obligation d'informer le public le plus tôt possible de tout élément susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours du titre. Qui ne connaît pas, aujourd'hui, l'influence des fameux *profit warning* sur le cours des sociétés cotées ?

La transparence doit se concilier avec d'autres principes : ceux d'égalité des investisseurs – difficulté d'informer tout le monde en même temps, notamment du fait de la cotation sur plusieurs places – et d'intégrité du marché.

Paradoxalement, le délit d'initié officialise une obligation de secret en interdisant à ceux qui disposent, en raison de leurs fonctions, d'informations confidentielles privilégiées, de les exploiter pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui et de les communiquer à des fins autres ou pour une actualité autre que celles aux raisons desquelles ils les détiennent. Mais dès lors qu'une information susceptible d'influer sur la cotation des actions d'une société n'est plus complètement confidentielle, la société doit publier immédiatement cette information.

Transparence et propriété industrielle

Un problème bien connu des économistes et des juristes concerne la propriété industrielle. C'est incontestablement Schumpeter qui a le mieux identifié cette question. Commençons par la théorie de la concurrence ; dans ce modèle, chacun doit pouvoir concurrencer l'autre, et les vertus de la concurrence ne se manifestent pleinement que lorsqu'elle est totale et que l'on évite les situations de monopole, duopole, oligopole, monopsone, etc. C'est parce que chaque producteur est

sans cesse susceptible d'être évincé du marché s'il est inefficace que l'on parvient à l'optimum économique. Quid de l'innovation ? Si un producteur peut copier l'innovation d'un autre producteur sans vergogne, on comprend aisément qu'un effet pervers apparaît. L'incitation à innover, à financer des projets de recherche et développement disparaît, car celui qui procède à ces investissements ne peut pas bénéficier de ses retombées économiques et financières. C'est précisément la raison pour laquelle on considère que la propriété industrielle doit être protégée, au moins de façon transitoire. Ainsi le rythme d'innovation sera soutenu, l'incitation à la recherche et au développement maintenue, et ce à la fois au bénéfice de l'organisme ou de la personne qui aura été à l'origine de l'invention, et à celui de la collectivité tout entière. Il est évident que cette protection des brevets n'est *de jure* que transitoire, car elle générerait autrement des « rentes éternelles » peu propices à la diffusion de ces innovations. Tout tombe tôt ou tard dans le domaine public et le droit ne vient ici que conforter le raisonnement économique.

On voit que le principe d'efficacité économique conduit à dire que l'innovation doit être et rendue publique – par le dépôt d'un brevet – et protégée – les utilisateurs du brevet devant payer une redevance pour rémunérer l'inventeur. Quant aux copieurs, ils sont à l'évidence susceptibles d'être condamnés.

Mais on conçoit aisément que certains secrets de fabrication, qui constituent un avantage concurrentiel évident, ne puissent pas être brevetés et que certaines entreprises ne souhaitent pas breveter – même au risque d'être devancées – certains secrets. De même, on peut imaginer sans peine que beaucoup d'aspects de l'entreprise – tels que les stratégies commerciales à venir – ne soient pas rendus publics, ni aux actionnaires ni aux partenaires de l'entreprise.

L'exigence de transparence au sein du monde économique peut aussi être détournée de façon délictueuse. Dans plusieurs affaires bien connues, c'est la vengeance d'un ancien employé éconduit ou les ambitions déçues d'un responsable qui conduiront à soustraire des documents confidentiels et stratégiques. Ceux-ci seront alors diffusés à la justice ou aux médias pour nuire à la réputation de l'entreprise concernée, à moins qu'ils ne bénéficient directement à ses concurrents. C'est d'ailleurs l'un des écueils de « l'intelligence économique », qui dissimule parfois le simple espionnage auquel se livrent certaines entreprises. La transparence n'est donc pas infiniment extensible, et elle doit respecter les principes d'une concurrence qui ne peut exister sans un minimum de confidentialité.

Transparence et secret : quelle est la posologie optimale ?
Le principe d'efficacité ne conduit pas à rendre tout public, au risque de perdre précisément son efficacité. C'est donc de manière tout à fait légitime que l'entreprise peut évoquer le secret des affaires dans un grand nombre de domaines, sans qu'on puisse lui en faire grief.

Si la transparence totale n'est ni réalisable, ni possible, ni souhaitable, une certaine transparence n'en demeure pas moins nécessaire : citons par exemple l'ordonnance du 1er décembre 1986 récemment codifiée qui contient un titre IV intitulé « De la transparence et des pratiques restrictives », avec des obligations de communication des barèmes, de délivrance des factures…, sans toutefois qu'il soit porté atteinte au secret des affaires et à la libre négociation commerciale.

Oui à la plus grande transparence, mais ne soyons pas naïfs : la transparence généralisée n'est pas sans risques. Ainsi, l'excès de transparence peut conduire au risque de « surinformation » et de « mauvaise information » et donc de déception de celui qu'elle est censée protéger, mais également au risque de fragilisation des entreprises mises à nu alors que leurs concurrents ne subissent pas nécessairement les mêmes contraintes. Aussi faut-il être transparent, certes, mais pas plus transparent que ses concurrents. Car, en définitive, dans ce cas, la concurrence reste loyale, même si l'information est imparfaite.

La Transparence Contrainte : vers la Fin des Secrets ?

Les pouvoirs publics utilisent la transparence à la fois pour protéger ceux qu'ils estiment en situation de faiblesse, en leur donnant accès à l'information, et pour moraliser l'économie ou lutter contre les comportements illicites, ce qui permet de lever les secrets.

L'interventionnisme de protection pousse à une plus grande transparence
S'agissant des consommateurs, on assiste à un développement croissant des obligations d'information à la charge de l'entreprise en ce domaine (étiquetage, etc.).

Par ailleurs, les consommateurs sont sans cesse demandeurs de plus de transparence. La crise de la vache folle en est un exemple. Il faut reconnaître que cette demande de transparence de la part des consommateurs est largement légitime, particulièrement en ce qui concerne les

risques liés à tel ou tel produit, à tel ou tel service. Mais il reste un écueil à éviter : la transparence *absolue*. Pourquoi ?

Prenons un exemple pour illustrer notre propos : la Commission européenne, dans un Livre vert sur la responsabilité du fait des produits défectueux, publié en 1999, propose en effet d'aller plus loin que l'information du consommateur sur les risques liés à tel produit en imposant au producteur une obligation d'information et de mise à disposition de la victime de tous les documents nécessaires pour constituer son dossier. Une telle obligation générale, imprécise, se rapprocherait de la procédure américaine qu'il n'est nullement souhaitable de transposer en Europe. Aussi la transparence *absolue* est dangereuse et risque de porter atteinte au secret nécessaire au bon fonctionnement des affaires.

S'agissant des salariés, il existe d'ores et déjà de multiples obligations d'information des collaborateurs de l'entreprise et des organisations représentatives des salariés. Ainsi, la législation sociale fait-elle obligation à l'employeur d'informer et de consulter l'instance représentative du personnel, de l'informer et de la consulter sur toutes les questions intéressant l'organisation économique et juridique de l'entreprise. Cela est tout à fait normal, car l'entreprise moderne doit privilégier l'information du plus grand nombre de collaborateurs dans l'entreprise. Il est d'ailleurs évident que l'entreprise procéderait spontanément à cette information sans qu'on lui impose légalement de le faire.

Mais dans certains cas, cette recherche législative de la plus grande transparence génère des conflits de transparence. Prenons un exemple. L'employeur est tenu d'informer le comité d'entreprise de l'offre publique d'achat ou d'échange et d'une prise de participation lorsque celles-ci sont subies par l'entreprise, de l'informer et de le consulter sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiale, lorsqu'il prend une participation dans une société et plus généralement sur toutes les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise.

L'obligation de transparence vis-à-vis des salariés peut entrer en conflit avec celle à laquelle est tenue l'entreprise vis-à-vis du marché. Le chef d'entreprise a donc le choix entre d'une part privilégier l'information du marché ou informer simultanément le marché et les salariés – et donc occulter la consultation préalable du comité d'entreprise et prendre le risque du délit d'entrave –, et d'autre part favoriser l'information des salariés avec le risque de se rendre coupable de délit d'initié.

Or, jusqu'à présent, le législateur a refusé de prendre parti, plaçant les chefs d'entreprise dans une situation impossible.

La lutte contre les fraudes et les comportements illicites procure des moyens d'investigation nouveaux

Cela se traduit tout d'abord par un renforcement des contrôles des pouvoirs publics dans les entreprises. Ainsi, en droit de la concurrence par exemple, on assiste à un accroissement des pouvoirs d'enquête des administrations de concurrence tant nationales qu'européennes et à la mise en place de réseaux d'informations entre autorités nationales membres de l'Union européenne ou des pays tiers, avec les risques qui en découlent pour les entreprises en termes de confidentialité. On peut noter au demeurant le refus persistant des autorités françaises et communautaires de reconnaître aux juristes d'entreprise le privilège de confidentialité pour les consultations établies pour leur hiérarchie.

Cela se traduit ensuite par des remises en cause ou des atteintes de plus en plus fréquentes aux secrets, aux secrets des affaires, aux secrets de fabrique, aux secrets bancaires. La violation de ces secrets se trouve pénalement sanctionnée. Mais ce secret est souvent inopposable, comme le montre notamment la jurisprudence sur l'inopposabilité du secret bancaire au juge d'instruction et aux juridictions répressives.

Par ailleurs, le législateur multiplie lui-même les atteintes à ces secrets au nom de principes qu'il estime supérieurs, comme par exemple la protection de la santé publique, ou encore la lutte contre le blanchiment d'argent. Ainsi, par exemple, la Commission de sécurité des consommateurs peut-elle se faire communiquer tous renseignements, consulter tous documents (art. L. 224-4 du Code de la consommation), sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret de fabrique. De même, ce sont également des impératifs de protection de la santé publique qui imposent la révélation de la composition de certains produits (art. L. 658-3 du Code de la santé publique). Certes, les personnes qui ont accès à ces informations sont tenues par le secret professionnel, mais il existe une tendance lourde à donner accès à l'information à un public plus large – consommateurs notamment – et cette diffusion plus large résulte également du développement des réseaux d'information entre autorités de la concurrence.

La Transparence et le Secret : tous deux des Principes de Bonne Gestion ?

Les entreprises françaises intègrent désormais la transparence dans leur gestion. La transparence est à la fois pour l'entreprise un élément de séduction vis-à-vis des consommateurs et des investisseurs, et un moyen de se protéger contre l'extérieur.

Commençons par la transparence comme élément de séduction. La communication est partout valorisée et l'information est perçue très positivement. Afficher que l'on est une entreprise qui favorise l'information, la communication et le principe de transparence valorise cette entreprise aux yeux de ses actionnaires, de ses salariés, de ses clients et fournisseurs. Cela conduit par exemple des entreprises à mettre en œuvre les recommandations sur le gouvernement d'entreprise qui ont pour objet d'améliorer le fonctionnement des sociétés dans une plus grande transparence (cf. les deux rapports Vienot I et II et la recommandation du Medef et de l'AFEP en faveur d'une publication individuelle des rémunérations des mandataires sociaux). Tout cela valorisera l'entreprise et attirera *a priori* les investisseurs. Le cours de bourse devra *ceteris paribus* refléter le respect de ce principe de transparence. Ce qui conduit les entreprises à adopter des chartes ou des codes d'éthique. On peut citer par exemple la charte d'engagement des adhérents de l'Association nationale des industries agroalimentaires dans le domaine de la sécurité et de la qualité alimentaires, qui repose sur la transparence.

Continuons par la transparence comme outil de protection de l'entreprise. Prenons le cas des crises que toute entreprise peut être amenée à affronter : accidents, catastrophes, etc. La transparence permet une gestion intelligente des crises. Le public doit tout savoir des causes et des conséquences de l'accident, il faut l'informer sur toute la chaîne des responsabilités. Dans le même ordre d'idées, la divulgation des inventions *via* le brevet représente une transparence qui protège l'entreprise.

Dans un autre registre, l'identification des actionnaires correspond à la recherche d'une transparence qui peut être bénéfique pour l'entreprise. Celle-ci peut avoir intérêt à connaître ses actionnaires pour développer des relations privilégiées avec eux ou éventuellement réagir à des menaces de prise de contrôle inamicales. Cela passe par exemple par l'utilisation du titre au porteur identifiable, ou par le projet de procédure d'identification des actionnaires.

Enfin, la transparence peut porter sur le choix de telle ou telle structure juridique. Ainsi la SAS (société par actions simplifiée) a une transparence qui permet d'assurer la validité des pactes d'actionnaires en les intégrant aux statuts. Ce n'est pas le cas des autres structures juridiques.

Conclusion

La contraction de la sphère du secret paraît inéluctable, ce qui signifie à l'évidence que le domaine de l'entreprise qui sera public ira s'élargissant. Cela résulte à la fois des progrès technologiques, de la pression des marchés, de l'évolution des mentalités et des développements législatifs. Le sens de l'histoire semble résolument aller dans cette direction. Mais il faut veiller à ce qu'il ne se fasse pas au détriment des entreprises françaises. Il y aura toujours une partie secrète dans l'entreprise, qu'il s'agisse des négociations commerciales ou financières, des travaux préparatoires à la prise de décision. Il y aura toujours entre les actionnaires et le management des zones où le secret demeurera la règle. Il y aura toujours entre les dirigeants et les salariés des informations qui ne seront pas diffusées ou divulguées. Il y aura toujours entre le consommateur et le producteur une asymétrie d'information irréductible. Mais tout cela se gère. Il importe donc dans chaque entreprise de définir avec la plus grande précision les règles à respecter strictement dans ce domaine de la production et de la diffusion d'informations : de cette maîtrise parfaite de la transparence et du secret dépendront sans cesse davantage leur réputation, leur attractivité et leur efficacité.

Résumé

La transparence s'est progressivement imposée au monde économique, sous l'effet de la révolution des technologies de la communication, de l'évolution de l'organisation des entreprises, du passage d'une économie d'endettement à une économie de fonds propres, des exigences des marchés et des investisseurs institutionnels ou encore de l'évolution du droit. La transparence et l'information sont essentielles au bon fonctionnement de l'économie, et leur développement correspond aux conditions nécessaires à une concurrence « pure et parfaite ». Mais la recherche d'une transparence absolue des entreprises, notamment sous la pression du consumérisme ou de la lutte contre les fraudes et les comportements illicites, doit respecter la propriété industrielle et un certain degré de confidentialité indispensables à l'efficacité de la gestion des entreprises.