

La lettre de la Gouvernance

N°32 KPMG Board Leadership Center

Octobre 2022



ÉDITO

Les enjeux de gouvernance des grandes sociétés et les contraintes qui en résultent sont de plus en plus prégnants. Ce nouveau numéro de la Lettre de la Gouvernance de KPMG et KPMG Avocats propose une synthèse de l'actualité des derniers mois en ce domaine.

Le premier thème est relatif aux assemblées générales tenues en 2022. Alain Couret y fait plusieurs constats, que l'on peut résumer de la manière suivante, ce qui n'épuise pas la richesse de l'étude. Le premier est relatif au format des assemblées : alors que les deux années passées, bousculées par la pandémie, avaient vu se multiplier les réunions à huis clos, les assemblées ont retrouvé leur cours normal cette année, les mesures réglementaires exceptionnelles ayant pris fin. L'assemblée est redevenue le point d'orgue du dialogue actionnarial. Le deuxième constat est relatif aux questions qui ont agité ces assemblées. Comme toujours, le sujet de la rémunération des dirigeants est resté sensible, mais les votes ont été massivement favorables. Plus nouvelle a été la question des résolutions climatiques, soit présentées par la direction, soit proposées par des actionnaires. Les premières ont reçu une large approbation mais les secondes ont été systématiquement écartées. Ont été également agitées, dans quelques cas, les questions d'orga-

nisation du pouvoir, qu'il s'agisse de la présidence dissociée, de la situation du président d'honneur ou du rôle des censeurs. Enfin, dernières notations, on a constaté une amélioration de la participation des actionnaires, une augmentation des propositions dissidentes et une baisse relative (en dessous du chiffre symbolique de 80%) de l'adoption de certaines résolutions relatives aux rémunérations, ce qui semble rapprocher la France de pays étrangers comme le Royaume Uni.

Le deuxième thème est relatif à l'impact de la future Directive CSRD, qui va renforcer les exigences de publication de références extra-financières dans une perspective élargie de durabilité et les étendre à un plus grand nombre d'entreprises (cinq fois plus à l'échelle européenne). Une présentation de ses grandes lignes en est faite dans la Lettre par Sarah Bagnon et Jean-Jacques Daigre.

Le troisième thème abordé par la présente Lettre est relatif aux censeurs. Franck Bernauer fait le tour de cette pratique d'origine ancienne de certaines sociétés françaises que ne semblent pas comprendre ni nous envier les étrangers. Il est vrai que la technique des censeurs est protéiforme et souvent marquée par le souci d'associer des personnalités aux conseils d'administration sans

ÉDITO

en faire des administrateurs, c'est-à-dire sans les soumettre aux contraintes des administrateurs. La présentation qui en est faite dans la Lettre montre que cette distinction n'est pas toujours efficace sur le terrain de la responsabilité et que des réflexions de Place suggèrent d'étendre aux censeurs certains points du régime des administrateurs, en particulier s'agissant des conflits d'intérêts.

Au-delà, la présente Lettre offre une synthèse de diverses publications touchant à la gouvernance.

La première analyse est relative au nouveau **Guide d'application du Code Afep-Medef** paru en juin. Il vient préciser sa position sur la question difficile du devoir de discrétion des administrateurs. Mise au point d'autant plus utile qu'elle fait suite à un contentieux très remarqué et qu'elle se veut précise : le devoir de discrétion de l'administrateur représentant une personne morale est affirmé clairement et encadré par une série de propositions bienvenues et logiques qui offrent un guide précis aux sociétés et aux administrateurs ; de même, est abordée la situation de la personne morale ayant proposée la nomination d'un administrateur, que le HCGE soumet à peu de choses près aux mêmes règles. Enfin, le lecteur trouvera in fine une synthèse du nouveau **Guide de l'IFA sur l'identification et la gestion des conflits d'intérêts** au sein des conseils d'administration. Il distingue plusieurs types de conflits et en donne les bonnes pratiques : le conflit potentiel, le conflit apparent (ressenti comme tel par des tiers) et le conflit réel.



Contact publication :

Pour abonner une de vos relations professionnelles, changer vos coordonnées, adressez-nous un e-mail à : FR-KPMGBLC@kpmg.fr

Pour retrouver les numéros précédents de La Lettre de la Gouvernance, les articles classés par thème et toute l'actualité du BLC :

<https://home.kpmg/fr/fr/home/board-leadership-center.html>

SOMMAIRE

| | | |
|---|---|-------------------|
|  Point de vue | La saison des assemblées générales 2022 Point de vue de Alain Courtet | PAGE 4 |
|  | De la Directive NFRD à la future Directive CSRD en passant par le Règlement Taxonomie... Synthèse de lecture n°1 | PAGE 7 |
|  Point de vue | Les censeurs et la gouvernance des sociétés Point de vue de Franck Bernauer | PAGE 9 |
|  | Guide d'application du code Afep-Medef de juin 2022 Synthèse de lecture n°2 | PAGE 11 |
|  | Guide de l'IFA sur l'identification et la gestion des conflits d'intérêts au sein d'un conseil d'administration Synthèse de lecture n°3 | PAGE 13 |



La saison des assemblées générales 2022



Alain Couret

Professeur émérite de l'École de droit de la Sorbonne, Avocat associé et membre du Comité Scientifique de KPMG Avocats

Pour l'essentiel, le terrain d'observation demeure celui des sociétés du CAC 40 car il est celui qui est le plus visible. La période d'observation est celle qui court entre les premières AG et le début de juillet. Examinons successivement le format des assemblées (I), les sujets dominants des assemblées (II) et les comportements des actionnaires lors des assemblées (III)

I. Le format des assemblées

En 2022, les conséquences de la pandémie de Covid 19 sont désormais loin. Certes, les pouvoirs publics avaient envisagé de prendre une ordonnance pour permettre jusqu'au 31 juillet la tenue d'assemblées générales exclusivement en distanciel mais cette ordonnance n'a jamais vu le jour, compte tenu de l'amélioration constante de la situation sanitaire. On observera que certains de nos voisins européens ont maintenu cependant une telle possibilité en 2022, probablement guidés par les annonces répétées de nouvelles vagues possibles. La règle était donc la tenue d'assemblées traditionnelles, la formule du huis-clos étant désormais bannie.

Le temps est revenu d'un dialogue actionnarial qui avait été mis en sourdine pendant deux ans et qui est consubstantiel à l'idée même d'assemblée générale et même d'assemblée tout court.

S'agissant de l'**organisation matérielle des assemblées**, on peut constater un retour aux pratiques antérieures. Alors que l'on avait réfléchi sur la possibilité de pratiquer le vote en direct à distance (notamment dans le Rapport HCJP « Adaptation de la gouvernance des sociétés en valorisant l'expérience de la crise sanitaire » Juin 2022), que l'utilisation des procédés digitaux avait été encouragée, on ne constate aucun progrès de ce point de vue dans les pratiques 2022. La seule société du CAC 40 qui avait organisé un vote en direct à distance,

Amundi, n'a pas réitéré l'expérience cette année. Ce désintérêt pour les moyens tirés de la digitalisation¹ est d'autant plus surprenant que l'offre de procédures de dématérialisation est de plus en plus importante assortie de garanties de la part de leurs auteurs. Le responsable technique d'une agence partenaire d'un très gros investisseur de la place déclare ainsi : « notre solution offre une prestation de qualité équivalente à celle des assemblées générales du CAC40 : signature sur tablette, quorums et séances de votes en temps réel, traçabilité complète, possibilité d'assemblée générale « hybride » en permettant ainsi le vote à distance sécurisé par internet, avec le même degré de fiabilité et de sécurité, et soumise aux mêmes obligations de rigueur, de contrôle et de résultats. Elle est l'option appropriée et accessible pour les émetteurs qui souhaitent passer du vote manuel, ou par lecture optique, à la forme la plus avancée de vote électronique. ». Cette vision est considérée comme très optimiste par l'AFEP qui demeure peu favorable à la pratique du vote direct à distance. La situation française n'est pas singulière en Europe car nos voisins européens semblent également peu consommateurs d'instruments digitaux. Signalons toutefois des pratiques plus avancées au Royaume-Uni.

II. Les sujets dominants des assemblées

S'agissant maintenant des sujets qui ont dominé ces assemblées générales, **le plus visible a été celui des questions climatiques traduites en résolutions climatiques²**. On évoque fréquemment à ce sujet un say on climate par référence au say on pay. En réalité, la démarche est inverse : le say on pay est une obligation légale consécutive à des comportements erratiques de la pratique et qui confère aux assemblées un fort pouvoir décisionnaire. Les résolutions climatiques qui s'inscrivent dans une démarche purement consultative ont, elles, pour

1 - B. De Roulhac, Le débat sur les AG à distance et en direct mérite d'être relancé L'AGEFI Quotidien sept. 19, 2022 06:38

2 - Say on climate : assemblées générales 2022 sous haute tension par E.Rapone et J.Dessard Jacques, Droit des sociétés n° 10, Octobre 2022

La saison des assemblées générales 2022

objectif d'éviter la survenance d'une obligation légale qui donnerait à l'assemblée générale compétence pour connaître des questions climatiques avec pouvoir d'adopter ou de rejeter. Insistons sur le fait que la démarche est ici purement consultative.

L'ensemble des sociétés du CAC 40 se prononce en faveur d'une neutralité carbone. Toutes n'ont pas proposé des résolutions, n'ayant pas nécessairement de raison de le faire. En 2020, une seule résolution de ce type avait fait l'objet de discussions. En 2021, trois. On est passé à dix en 2022. Le taux d'approbation moyen par les investisseurs est de 93% (chiffres donnés par le Forum pour l'Investissement Responsable dit FIR). Le FIR déplore toutefois que le taux d'alignement moyen des sociétés cotées avec ses propres recommandations ne soit que de 49, 5%.

Deuxième sujet sensible, **la question des rémunérations des dirigeants**³ qui est devenue l'objet de beaucoup d'attention et est assortie d'une très forte visibilité. Toutefois, elle s'est cristallisée sur quelques rares cas spectaculaires qui ont abouti à des votes négatifs ou à des scores inhabituellement bas. Encore un des votes négatifs portait sur une démarche purement consultative. La moyenne des votes portant sur les rémunérations semble s'établir autour de 80%, et peut-être un peu moins, ce qui témoigne notamment de l'influence des recommandations négatives de certains proxys en ce domaine. Loin sans doute du score moyen d'adoption de 94% qui semblait être autrefois celui le plus fréquemment constatable, l'essentiel des rémunérations a été cependant accepté.

La question de l'organisation du pouvoir était à l'ordre du jour de plusieurs assemblées. Le phénomène constaté de la dissociation croissante des fonctions de Président du conseil d'administration et de directeur général a trouvé de nouvelles illustrations. La philosophie de ces dissociations demeure toutefois très marquée par une vision franco-française de nature successorale qui fait de l'ancien PDG le nouveau président. Outre-Manche, où la dissociation est la règle, le président du Board n'est jamais un ancien Président ou directeur général de l'entreprise. L'Allemagne impose un délai de carence de 2 ans à l'ancien Président. Les agences de conseil en vote regrettent souvent que les nou-

veaux directeurs généraux doivent travailler dans l'ombre de l'ancien PDG.

A la lisière de la problématique de l'organisation du pouvoir, **un cas particulier a beaucoup retenu l'attention qui touche au statut du président d'honneur.** Quelques sociétés ont prévu dans leurs statuts la possibilité de nommer un président d'honneur. Dans la majorité des cas, la fonction ne correspond pas ou ne correspond plus à une personne l'occupant. L'intéressé siège avec voix consultative. Son rôle est normalement défini par les statuts ou par le règlement intérieur du conseil. Rien n'interdisait dans les statuts de la société que ce président d'honneur soit présent à toutes les réunions du conseil d'administration. Une société de gestion a souhaité faire inscrire dans les statuts que cette présence ne pourrait découler que d'invitations ponctuelles. La résolution a été rejetée mais avec un score peu éloigné du score de 66% (59%) requis pour une assemblée générale extraordinaire. Très voisine de la précédente, **la question de la désignation de censeurs** a aussi retenu l'attention, notamment dans un cas très médiatisé.

De même, l'attention s'est portée sur le cas de deux sociétés qui ont mis à l'ordre du jour **le report de la limite d'âge du directeur général et du président du conseil.**

Dernier thème significatif, **le mouvement d'adoption de raisons d'être** a trouvé de nouvelles expressions dans les assemblées générales 2022.

A côté de ces sujets qui ont marqué les assemblées, il faut signaler ceux qui ont été au contraire plutôt absents ou minorés. Le plus évident est celui **du partage de la valeur** qui semble pourtant s'imposer dans les débats de sociétés. Selon l'Institut du capitalisme responsable, 15 AG ont abordé le partage de la valeur à travers la redistribution des flux financiers aux principales parties prenantes : salariés, actionnaires, Etat, etc. Cinq ont présenté une information complète et formalisée sur ce sujet. Six entreprises seulement ont présenté, en séance en 2022, les ratios d'équité introduits par la loi Pacte, contre sept, un an, plus tôt.

3 - Les rémunérations des dirigeants du CAC 40 auraient atteint 8, 7 millions d'euros en moyenne.

La saison des assemblées générales 2022

III. Les comportements des actionnaires à l'occasion des assemblées

Il est difficile de dégager ici des tendances générales. On peut semble-t-il faire trois observations.

D'abord, **l'augmentation des taux de participation aux assemblées** (actionnaires présents ou représentés). Le taux moyen dans les assemblées du CAC 40 atteint 74% en France contre 69% en 2021 pour reprendre des chiffres donnés par la Fintech Scalens. C'est un signe de vitalité démocratique, ce chiffre étant plus élevé que celui que l'on relève chez un certain nombre de nos voisins.

Ensuite, 2022 confirme la tendance en France et en Europe à **la présentation de plus en plus fréquente de résolutions dissidentes**. On en a recensé au moins 18 en France. Leur adoption demeure toutefois rare. Les résolutions dissidentes ont donné lieu à un débat juridique important qui a suscité des positions passablement contradictoires. Un actionnaire peut-il déposer un projet de résolution concernant le climat alors même que ce sujet excéderait les compétences de l'assemblée générale en empiétant sur les compétences du conseil d'administration ? Un groupe de travail du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris réfléchit aujourd'hui sur cette question délicate.

Enfin, on l'a évoqué précédemment, **un certain nombre de résolutions a été adopté à moins de 80%**. Elles ne concernent pas toutes les rémunérations. Selon les chiffres fournis par la Fintech Scalens, 130 résolutions ont été approuvées à moins de 80% en France, contre 115 en 2021. Certains verront dans ce constat la manifestation d'une vitalité démocratique qui a souvent fait défaut dans le passé. Cette situation peut néanmoins poser problème pour d'autres. L'actionnaire est un investisseur et le vote négatif constitue parfois un signal précédant un départ.

Au Royaume-Uni, cette problématique a été abordée par le code de gouvernance. Le UK Corporate Governance Code anglais, souvent évoqué, précise dans ce cas que : « 4. When 20 per cent or

more of votes have been cast against the board recommendation for a resolution, the company should explain, when announcing voting results, what actions it intends to take to consult shareholders in order to understand the reasons behind the result. An update on the views received from shareholders and actions taken should be published no later than six months after the shareholder meeting. The board should then provide a final summary in the annual report and, if applicable, in the explanatory notes to resolutions at the next shareholder meeting, on what impact the feedback has had on the decisions the board has taken and any actions or resolutions now proposed." (Financial Reporting Council, July 2018.).

La question, déjà évoquée de manière allusive dans certains cénacles, se posera sans doute assez vite en France de savoir si l'on doit adopter une attitude semblable. A vrai dire, un mécanisme approchant réside déjà dans la procédure de say on pay : en cas de refus d'approbation par une assemblée de la politique de rémunération, le conseil d'administration doit présenter à l'assemblée générale ordinaire suivante une politique de rémunération révisée et indiquer de quelle manière ont été pris en compte le vote des actionnaires et les avis exprimés lors de l'assemblée⁴.

Finalement, on est frappé par la richesse de ces assemblées qui révèlent des tendances lourdes, tant du point de vue de leur format, des sujets mis à l'ordre du jour que des comportements des actionnaires. Souvent réduite dans le passé à un théâtre d'ombres, l'assemblée générale apparaît de plus en plus comme une pièce maîtresse de la gouvernance.

4 - Art L. 22-10-8 du code de commerce

De la Directive NFRD à la future Directive CSRD en passant par le Règlement Taxonomie...



SYNTHÈSE DE LECTURE N°1

Les trois institutions de l'Union européenne, Parlement, Conseil et Commission (le trilogue), se sont accordées le 21 juin dernier pour arrêter le projet de directive CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive). Ce nouveau texte viendra remplacer la directive NFRD (Non Financial Reporting Directive) de 2014. Pour l'essentiel, la nouvelle directive renforcera le reporting extra-financier dans une perspective globale de « durabilité » qui sera plus large et plus exigeante et s'imposera à un plus grand nombre d'entreprises. Il s'agit d'accentuer la transition vers une économie durable, c'est-à-dire soucieuse de la protection de l'environnement, du bien-être des salariés et des intérêts des parties prenantes, et plus largement du respect des droits humains, en veillant à une bonne gouvernance de l'ensemble. **L'objectif reste l'infléchissement des flux financiers vers des investissements plus durables**, conçu comme le plus puissant levier de changement, et **la méthode demeure celle de l'incitation par la transparence**, perçue comme la plus efficace.

La future Directive CSRD devra être transposée dans les dix-huit mois de sa publication pour entrer en application effective le **1er janvier 2024** pour les entreprises déjà soumises à la Directive NFRD, le **1er janvier 2025** pour les autres grandes entreprises, le **1er janvier 2026** pour les PME (avec une dérogation nationale possible jusqu'au 1er janvier 2028) et le **1er janvier 2028** pour les entreprises hors de l'Union européenne.

Jusqu'à-là, les sociétés soumises à la directive NFRD doivent présenter une déclaration de performance extra-financière (DPEF) comportant de très nombreuses rubriques permettant au lecteur de comprendre les bases de leur modèle managérial, économique, social et environnemental de l'entreprise, ainsi que des risques liés à ces divers

aspects. **La directive CSRD imposera un reporting plus précis et plus complet**, en appliquant les normes de reporting sur la durabilité, en tenant compte des dispositions de la Taxonomie (Règlement du 18 juin 2020) et en élevant l'exigence de fiabilité et de qualité des informations. Ce reporting devra donc intégrer de très nombreux critères ESG et préciser les conséquences des décisions de l'entreprise à leur égard. Il devra également présenter des indicateurs-clés de performance extra-financière concernant ces différents éléments afin de permettre aux investisseurs de faire des comparaisons et de mieux orienter leurs placements.

De nombreuses normes d'application viendront préciser ces obligations, pour l'environnement, les droits sociaux, les droits humains et la gouvernance ; **s'y ajouteront de nombreuses normes sectorielles** (agriculture, mines, électricité, eau, etc.). Enfin, un renforcement des prérogatives des organes de gouvernance est également prévu, avec **l'extension du rôle du comité d'audit au suivi du reporting et de l'assurance du rapport de durabilité**.

La directive NFRD actuelle ne s'applique qu'aux sociétés dépassant certains seuils, dont celui de 500 salariés⁵, à la curieuse exclusion des SAS en droit français. **La future directive CSRD abaissera sensiblement ces seuils : elle s'appliquera à toutes les entreprises cotées sur un marché réglementé, y compris aux PME cotées** (avec un régime adapté), à la seule exception des micro-entreprises⁶ ; **pour les autres, elle abaissera fortement les seuils**, spécialement en divisant par deux celui de salariés (250 au lieu de 500)⁷ et elle s'étendra notamment aux SAS françaises. De plus, **le périmètre en sera étendu aux entreprises hors UE** réalisant un CA de plus de 150M€ dans l'UE et y ayant au moins une filiale ou une succursale, sans pour autant les soumettre à la totalité des obligations de reporting. En revanche,

5 - Sociétés cotées sur un marché réglementé : 500 salariés et 20M€ de bilan ou 40M€ de CA ;

- Autres sociétés : 500 salariés et 100M€ de bilan ou 100M€ de CA.

6 - Deux sur trois des critères suivants : moins de 10 salariés ; moins de 350k€ bilan ; moins de 700k€ CA.

7 - Celui du bilan passe de 100M€ à 20M€ et celui du CA de 100M€ à 40M€ (applicable quand deux des trois critères sont atteints).

De la Directive NFRD à la future Directive CSRD en passant par le Règlement Taxonomie...



SYNTHÈSE DE LECTURE N°1

continueront d'être exonérées les filiales des sociétés-mères quand ces dernières publient un rapport de durabilité conformément aux exigences de l'UE, sauf si les filiales sont elles-mêmes des grandes entreprises cotées. Au résultat, on estime que **le nombre de sociétés concernées sera multiplié par cinq en Europe** (de 11.000 à 50.000), ce qui donne un ordre grandeur de l'extension pour les sociétés françaises.

Enfin, le projet prévoit que **les normes européennes devront s'articuler autant que possible avec les normes internationales de l'ISSB**. Ce point est très sensible pour les entreprises européennes multinationales qui sont obligées d'appliquer des référentiels différents, c'est-à-dire les normes européennes, celles de l'ISSB et celles, aux USA, de la SEC. Elles demandent, à juste titre, que les différents organismes concernés, en particulier l'EFRAG en Europe, se concertent pour éviter une multiplication d'exigences cumulées et de disparités insurmontables.

TEXTE D'ORIGINE

https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en

Les censeurs et la gouvernance des sociétés



Franck Bernauer
Avocat Associé,
Head of Legal
KPMG Avocats

L'actualité récente a mis sur le devant de la scène le statut de censeur (ou de membre d'un collège de censeurs). Par deux fois en 2022, ont été, dans un premier temps, nommés censeurs deux futurs administrateurs ou dirigeants de grandes sociétés. A cette occasion, la presse économique a souligné la présence de 45 acteurs qualifiés de censeurs dans les sociétés du SBF 120, nombre en croissance sensible au cours des dernières années (ils étaient 11 en 2018). Elle a souligné également le fait que ces acteurs de la gouvernance étaient inconnus chez nos voisins, ce qui suscitait beaucoup de méfiance de la part des investisseurs étrangers. Il nous a donc semblé utile de faire un rapide rappel des contours de ce statut dont l'origine est ancienne car il était déjà répandu au 19ème siècle.

« *Le censeur est une personne extérieure au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance) admise aux séances de ces organes afin d'y faire valoir une compétence particulière* » écrit un auteur. Cette définition, orthodoxe d'un point de vue juridique, ne correspond pas véritablement à la pratique qui voit plutôt dans les censeurs des membres du conseil d'administration dotés d'un statut différent de celui des administrateurs : c'est sous cet angle qu'ils sont généralement présentés. Cette fonction s'est notamment développée dans les sociétés du secteur financier et immobilier, mais aussi dans les sociétés cotées en raison des contraintes juridiques croissantes pesant sur la composition des conseils et de la nécessité de rechercher le meilleur équilibre possible pour une bonne gouvernance d'entreprise. Dans le monde du Private Equity, le statut de censeur a connu également un certain succès, eu égard notamment aux risques associés, pour le représentant d'un fonds d'investissement dans les organes de direction, à une immixtion dans la gestion de la société

en portefeuille. Ainsi, un certain nombre de ces représentants choisissent de participer aux travaux du conseil d'administration en tant que censeur, ce qui leur permet d'être présents aux réunions et aux débats dudit organe, sans pour autant s'immiscer dans la gestion puisqu'ils ne disposent pas du droit de vote.

Par ailleurs, on peut avoir recours au statut de censeur pour certaines personnes qui n'ont pas la possibilité de devenir administrateur en raison de certaines règles limitant par exemple le nombre des administrateurs ou imposant une mixité, restreignant les possibilités de cumul de mandats ou encore imposant une limite d'âge.

La nomination en qualité de censeur permettra à la personne de tenir un rôle moindre mais néanmoins important dans la société, parfois de façon transitoire, soit qu'elle soit nommée en vue d'occuper à une proche échéance un poste d'administrateur, soit que, précédemment dans ce statut et n'étant pas renouvelée, elle souhaite conserver une position éminente dans la société.

Une création de la pratique

Il est intéressant de noter que la fonction de censeur est une création de la pratique qui présuppose une reconnaissance statutaire. En effet, aucun cadre réglementaire n'a été établi concernant cette fonction, ni dans le code de commerce, ni dans le code Afep-Medef sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, ni dans le code MIDDLENEXT. Ainsi, il revient aux statuts de définir le nombre de censeurs, leurs missions, les modalités de leur nomination et révocation (nomination soit par le conseil ou par l'assemblée générale des actionnaires) et leur rémunération. Les dispositions statu-

Les censeurs et la gouvernance des sociétés

taires doivent s'abstenir de conférer aux censeurs une mission de surveillance, de contrôle ou encore de leur conférer des attributions de gestion qui relèvent de la compétence exclusive des organes sociaux (tel que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance).

L'une des principales missions du censeur est de veiller à la bonne application des statuts et donc de contribuer à la sauvegarde de l'intérêt social, mais également de veiller au respect des droits des minoritaires. Sa mission vient ici en concurrence avec celle de l'administrateur référent, autre création de la pratique. Cependant, le rôle du censeur ne se limite pas uniquement à veiller au bon fonctionnement de la société : il peut également être chargé de présenter des observations et des rapports à l'assemblée générale des actionnaires. Le censeur dispose, par ailleurs, d'un rôle de conseil au sein du conseil d'administration, étant autorisé à exprimer son point de vue en formulant des observations, mais uniquement avec une voix consultative, et non délibérative.

Un statut particulier, distinct de celui des administrateurs

Le censeur ne bénéficie pas du même statut qu'un administrateur, et n'est pas, dès lors, soumis aux dispositions régissant ce dernier. S'il l'était, le statut perdrait sans doute l'essentiel de son intérêt. Néanmoins, même si le censeur n'a pas la qualité d'administrateur, la jurisprudence assimile le statut de censeur à celui d'administrateur dans le domaine des procédures de contrôle des conventions réglementées. Une cour d'appel a ainsi estimé que le contrôle intervenant pour une convention passée entre la société et l'un de ses administrateurs, s'applique aussi pour une convention passée entre la société et l'un des censeurs (CA, Aix, 6 février 1975, Bull. cour d'Aix 1975/1 p.48).

Au regard des missions dont le censeur se porte garant, une obligation de moyen pèse à sa charge. Les dispositions du code de commerce n'ayant pas vocation à s'appliquer, c'est sur le terrain du droit commun que sa responsabilité contractuelle et délictuelle sera appréciée, et le cas échéant, engagée, étant précisé que le censeur ne doit pas s'immiscer dans la gestion de la société sous peine d'être

considéré comme dirigeant de fait, et d'engager potentiellement sa responsabilité.

En matière de rémunération, le censeur ne disposant pas d'un statut légal, et ne représentant pas les organes légaux, les dispositions de l'article L.225-45 du code de commerce ne peuvent pas s'appliquer. En pratique toutefois, le principe d'une rémunération est souvent acté dans les statuts. On lit, par exemple, que le conseil d'administration peut rémunérer les censeurs par prélèvements sur la rémunération annuelle allouée par l'assemblée générale à ses membres.

Un statut spécifique qui requiert une certaine prudence

Dans son Rapport 2019 sur le gouvernement d'entreprise⁹, l'Autorité des marchés financiers (AMF) invite les sociétés à faire preuve de prudence au regard de l'expansion de la pratique des censeurs. L'AMF estime notamment qu'il est important que les sociétés encadrent les obligations des censeurs, mais également leurs contraintes. Elle recommande aux entreprises qui ont recours à la nomination de censeurs de s'assurer que ces derniers soient informés de la réglementation relative aux abus de marché, et plus précisément, aux règles d'abstention de communication d'une information privilégiée, mais également que des mesures de gestion des conflits soient mises en place pour éviter que des censeurs n'assistent aux débats alors qu'ils sont en situation de conflit d'intérêts, y compris potentiel.

Par ailleurs, l'AMF invite l'AFEP et le MEDEF à engager une réflexion sur l'opportunité d'appliquer aux censeurs certaines règles auxquelles sont soumises aujourd'hui les administrateurs, et d'analyser dans quelles conditions ils seraient assimilables à des conseils externes dont l'avis serait sollicité au cas par cas, ce qui permettrait d'harmoniser le fonctionnement de ce rôle particulier. Indiquons ici qu'un prochain rapport de l'IFA devrait proposer des recommandations en la matière.

9 - Rapport 2019 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées (3 décembre 2019)

Guide d'application du code Afep-Medef de juin 2022



SYNTHÈSE DE LECTURE N°2

Peu de temps après avoir publié son **nouveau guide d'application du code Afep-Medef**, le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise (« HCGE ») a jugé nécessaire de le mettre à jour afin de préciser sa position sur la question épineuse du **devoir de discrétion des administrateurs**¹⁰.

Le débat public relatif aux enjeux du devoir de discrétion avait trouvé un fort écho médiatique dans le contexte du contentieux de l'affaire Scor-Covéa en 2020. Par la suite, l'AMF avait invité le Haut Comité Juridique de Place (« HCJP ») à se saisir du sujet plus largement.

Mais, sans attendre les conclusions du groupe de travail du HCJP toujours en cours, le HCGE a souhaité préciser dans son guide « 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 ».

Il indique, à cet effet, les modalités pratiques permettant d'encadrer et de préserver la confidentialité entre l'administrateur et la personne morale qu'il représente. Au-delà, et de manière plus inattendue, il vise aussi la personne morale ayant proposé la nomination d'un administrateur, notamment en vertu d'un pacte d'actionnaires.

Nous expliciterons distinctement ces deux cas dans la mesure où la personne morale n'a pas le même statut vis-à-vis de l'administrateur. Dans le premier, l'administrateur agit pour le compte de la personne morale puisqu'il la représente. Dans l'autre, le lien entre l'administrateur et la personne morale s'avère plus tenu.

En premier lieu, intéressons-nous donc au devoir de discrétion de l'administrateur représentant de la personne morale. A ce titre, le Code Afep-Medef stipule que la confidentialité s'impose à toutes les informations non publiques¹¹. Il se montre aussi plus exigeant que le code de commerce puisque l'article L.225-37 dispose que 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 obligation de discrétion s'applique sans distinction à tout administrateur qu'il soit représentant ou non d'une personne morale¹².

D'un point de vue pratique, le HCGE considère qu'il appartient à chaque conseil d'administration de préciser dans son règlement intérieur les modalités d'encadrement de l'obligation de confidentialité (cf. article 12.1 du Code Afep-Medef), et ce dans le respect également des règles relatives à la communication et l'exploitation des informations privilégiées.

10 - Guide d'application du code Afep-Medef – Mise à jour (Communiqué du 21 juin 2022)

11 - Code Afep-Medef : « S'agissant des informations non publiques acquises dans le cadre de ses fonctions, l'administrateur est astreint à une véritable obligation de confidentialité qui dépasse la simple obligation de discrétion prévue par les textes »

12 - Le représentant permanent est en effet « 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).

Guide d'application du code Afep-Medef de juin 2022

SYNTHÈSE DE LECTURE N°2

Pour ce faire, et en tenant compte des circonstances au cas par cas et des éventuelles situations de conflits d'intérêts, le règlement intérieur devrait :

- « préciser 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 ».

S'agissant de ce dernier point, il est à noter que le HCGE invite explicitement les organes de gouvernance à assurer la confidentialité de l'information transmise par le représentant permanent au sein de la personne morale administratrice qui agit dans le cadre normal de ses fonctions.

En second lieu, le HCGE prévoit que ces principes s'appliquent « mutatis mutandis » aux informations communiquées à la personne morale ayant proposé la nomination d'un administrateur, notamment en vertu d'un pacte d'actionnaires. Dans cette hypothèse, le HCGE recommande 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 ».

Pour autant, dans ce cas où la personne morale n'aurait pas la qualité d'administratrice, la prudence reste de mise afin de ne pas contrevenir aux principes d'égalité de traitement entre les actionnaires, de transmission illicite d'une information privilégiée mais aussi au principe de collégialité des décisions du conseil.

En effet, la personne morale susvisée ne fait que proposer à l'Assemblée générale la désignation d'une personne physique qui ne la représente pas¹³. Dès lors, la légitimité de la relation entre l'administrateur et la personne morale ainsi que la justification de la transmission de l'information pourrait s'avérer plus complexe à démontrer dans le temps.

TEXTE D'ORIGINE

<https://hcge.fr/guide-d-application-du-code-afep-medef/>

13 - Bulletin Joly Bourse - Juillet-Août 2002 : A propos de la mise à jour du Guide d'application du Code de gouvernement d'entreprise Afep-Medef du 21 juin 2022 (Antoine Gaudemet)

Guide de l'IFA sur l'identification et la gestion des conflits d'intérêts au sein d'un conseil d'administration



SYNTHÈSE DE LECTURE N°3

L'IFA vient de publier un guide portant sur l'identification et la gestion des conflits d'intérêts au sein des conseils d'administration. Si l'IFA s'était déjà saisi du sujet par le passé, son importance et l'évolution de la jurisprudence en la matière l'ont incité à le reprendre.

Le guide expose ainsi les situations dans lesquelles un administrateur pourrait se trouver en situation de conflit d'intérêts et propose des bonnes pratiques pour encadrer certaines situations particulières, que cela concerne des administrateurs représentant des intérêts spécifiques (salariés, Etat, personnes morales, ...) ou ayant des caractéristiques particulières (actionnaires familiaux, dirigeants d'une banque partenaire de la société, ...).

En effet, comme le rappelle le guide, il n'y a pas de définition précise de la notion de conflit d'intérêts. Le conflit d'intérêts suppose que l'administrateur se retrouve en situation d'opposition entre l'intérêt social de la société et celui qu'il défend. Ce dilemme s'estompe lorsque les intérêts se rejoignent.

Selon la doctrine majoritaire, le conflit d'intérêts vise néanmoins « toute situation dans laquelle un actionnaire ou dirigeant choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice des autres actionnaires »¹⁴.

Deux situations se distinguent alors pour apprécier la nature du conflit :

- la situation du conflit d'intérêts générale ou structurelle ; dans ce cas, l'administrateur se trouve en opposition permanente avec les intérêts de la société, situation qui ne semble pas tenable dans la durée ;
- le conflit d'intérêts ponctuel ou conjoncturel, en adéquation avec le droit des sociétés et la procédure des conventions réglementées.

S'il demeure délicat de déterminer la conformité des décisions à l'intérêt social de la société, le conflit d'intérêts se caractériserait par un comportement qui aboutirait à un appauvrissement de la société ou des coactionnaires¹⁵.

L'IFA considère dès lors qu'un administrateur pourrait se retrouver en situation de conflit d'intérêts qui soit :

- « **potentielle** : lorsqu'un changement de situation, soit de l'administrateur, soit de la société, pourrait, à l'avenir, créer une situation de conflit ;
- **perçue ou apparente** : lorsque la situation apparaîtrait, aux yeux de tiers bien informés, de nature à influencer sur l'exercice des fonctions de l'administrateur ;
- **concrète ou réelle** : lorsque l'exercice des droits et pouvoirs de l'administrateur a été ou va être, à l'évidence, influencé par l'existence d'intérêts privés, en violation de l'intérêt de la société ».

14 - D. Schmidt : Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly Éditions, 2004, p. 31

15 - D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., p. 9 et 30

Guide de l'IFA sur l'identification et la gestion des conflits d'intérêts au sein d'un conseil d'administration

SYNTHÈSE DE LECTURE N°3

Face à ces situations, le guide expose certaines bonnes pratiques :

- S'agissant de **l'administrateur**, il se doit d'apprécier en permanence sa situation. Pour cela, il faut :
 - « Remplir lors de son entrée en fonction **un questionnaire pour déclarer ses intérêts**. Cette déclaration sera mise à jour périodiquement.
 - **Demeurer vigilant** sur les situations concrètes de conflits d'intérêts.
 - **Informers personnellement le président** ou le cas échéant l'administrateur référent sur des situations potentielles ou réelles de conflits d'intérêts, tant structurels que conjoncturels et sur les éventuels partages d'information même confidentielles reçues dans le cadre du conseil.
 - **Se déporter des débats et du vote dès lors qu'il est en conflit d'intérêts** voire de **quitter ses fonctions** si cette situation nuit par sa fréquence au bon fonctionnement du conseil d'administration ».
- S'agissant de **la société**, « le fonctionnement collégial et confidentiel du conseil impose d'identifier et de révéler des conflits d'intérêts structurels ou conjoncturels par les moyens suivants :
 - **Formaliser dans le règlement intérieur** du conseil ou la charte des administrateurs les différentes règles.
 - **Former sur les risques** de conflits d'intérêts.
 - **Prévoir une intervention régulière du président** ou, le cas échéant, de l'administrateur référent qui doit veiller au respect des règles ».

Au-delà, l'IFA analyse les situations particulières des administrateurs au sein du conseil et formule des recommandations spécifiques pour encadrer les conflits au cas par cas.

TEXTE D'ORIGINE

<https://www.ifa-asso.com/mediatheques/identification-et-gestion-des-conflits-dinterets-au-sein-dun-conseil-dadministration/>



Contacts :

Franck Bernauer

Avocat Associé, Head of Legal

KPMG Avocats

Tél : +33 1 55 68 48 13

E-mail : fbernauer@kpmgavocats.fr

Bertrand Pruvost

Head of Department of Professional Practice

KPMG

Tel : + 33 1 55 68 75 60

E-mail: bpruvost@kpmg.fr

Jean-Sébastien Puthod

Directeur de missions, Capital Markets

KPMG

Tél : +33 1 55 68 75 30

E-mail : jputhod@kpmg.fr

kpmg.fr



Les informations contenues dans ce document sont d'ordre général et ne sont pas destinées à traiter les particularités d'une personne ou d'une entité. Bien que nous fassions tout notre possible pour fournir des informations exactes et appropriées, nous ne pouvons garantir que ces informations seront toujours exactes à une date ultérieure. Elles ne peuvent ni ne doivent servir de support à des décisions sans validation par les professionnels ad hoc. KPMG S.A. est le membre français de l'organisation mondiale KPMG constituée de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Limited, une société de droit anglais (« private company limited by guarantee »). KPMG International et ses entités liées ne proposent pas de services aux clients. Aucun cabinet membre n'a le droit d'engager KPMG International ou les autres cabinets membres vis-à-vis des tiers. KPMG International n'a le droit d'engager aucun cabinet membre.

© 2022 KPMG S.A., société anonyme d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, membre français de l'organisation mondiale KPMG constituée de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Limited, une société de droit anglais (« private company limited by guarantee »). Tous droits réservés. Le nom et le logo KPMG sont des marques utilisées sous licence par les cabinets indépendants membres de l'organisation mondiale KPMG.