

La lettre de la Gouvernance

N°34

Juin 2023



ÉDITO

L'actualité des derniers mois est encore centrée sur les assemblées, la gouvernance et le climat, mais d'autres sujets émergent également.

Ce sont encore les résolutions climatiques en assemblée qui ont agité la Place. Le nombre d'entreprises qui présentent leur stratégie et leurs résultats dans ce domaine augmente doucement et font partie des plus grandes, ce qui pourrait avoir un effet d'entraînement. Mais la question reste sensible sur la possibilité pour des actionnaires d'imposer le vote d'une résolution sur le plan climat de la société. Plusieurs institutions ont procédé à une analyse juridique dont le résultat n'est pas parfaitement concordant, le HCJP et l'AMF estimant que rien ne peut être imposé à la direction générale en l'état actuel du droit, quand la Commission climat et finance durable de l'AMF se montre plus allante. Le débat reste ouvert.

Dans cette même perspective, est à nouveau discutée la question de la rémunération des dirigeants. Les assemblées du premier semestre montrent que la pression ne faiblit pas, même si elle s'est un peu déportée et vise moins le principe d'une augmentation substantielle, encore qu'elle soit chaque fois discutée, que l'absence ou l'insuffisance du lien avec un paramètre lié à la lutte contre le réchauffement climatique. Il est vrai que plusieurs institutions (code AFEP-MEDEF, AMF) invitent les sociétés à introduire

dans le calcul de la rémunération des dirigeants des paramètres précis relatifs à l'évolution positive ou négative de la politique de l'entreprise au regard du climat.

Sur l'évolution de la gouvernance en général, les réflexions et propositions se multiplient. On signalera, par exemple, les recommandations de l'AFG favorables à une libéralisation des assemblées hybrides, mais sa position opposée aux actions à droits de vote multiples pour les sociétés qui se cotent, contrairement aux propositions libérales du HCJP. L'AFG attire également l'attention sur les résolutions « mal votées », c'est-à-dire ayant obtenu moins de 20%, et considère que le conseil devrait s'en emparer pour réfléchir à leurs motifs et envisager des améliorations pour l'assemblée suivante, un peu à l'image de ce que demande le Code anglais de la gouvernance.

On notera également l'étude à laquelle KPMG et l'European Contact Group ont participé sur la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne qui, après une étude des principales nouveautés législatives de plusieurs pays, souligne les avancées potentielles qui pourraient être mises en œuvre, en particulier dans le domaine de la qualité de l'information en renforçant le rôle, les moyens et la responsabilité de la direction, de la gouvernance et des auditeurs sur l'environnement de contrôle interne.

ÉDITO

La responsabilité des administrateurs est également un thème qui semble prendre de l'acuité, du moins plus dans les esprits que dans la réalité pour l'heure. Mais l'idée de passer d'une responsabilité collective du conseil à une responsabilité individuelle des administrateurs affleure de plus en plus, en particulier dans la prise en compte de la durabilité.

Limitons-nous à signaler, pour terminer, les autres sujets de la présente lettre : la prise en charge par les conseils de la préoccupation de la cybersécurité, les premiers jugements sur la loi vigilance, le projet de directive vigilance et la proposition de loi visant à généraliser et libéraliser l'action de groupe en France.



Contact publication :

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

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

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

Le Board Leadership Center (BLC)

accompagne les acteurs de la gouvernance dans :

- L'identification des enjeux clés de la gouvernance
- Le décryptage de l'actualité
- L'acquisition de nouvelles compétences
- Le partage de bonnes pratiques

offre un espace un espace de réflexion et d'échanges dédié aux acteurs de la gouvernance, en mettant à leur disposition :

- Une équipe d'experts en **gouvernance**, conformité et ESG, s'appuyant sur le conseil scientifique de KPMG Avocats
- Un mode de **communication multiforme** : publications, émissions de radio, ateliers en one-to-one, conférences, cercle entre pairs...
- Un accès aux pratiques de **gouvernance internationales**, via le réseau mondial des BLC de KPMG

À votre écoute

Jean-Marc Discours

Associé

Président du Board Leadership Center
France Audit



jdiscours@kpmg.fr

Stella Vitchenian

Associée Global Assurance

Risques, Contrôle interne, Conformité et
Gouvernance



svitchenian@kpmg.fr

En savoir plus →

SOMMAIRE

| | | |
|---|--|-------------------|
|  | Les résolutions climatiques Point de vue d'Alain Couret | PAGE 4 |
|  | Les recommandations de l'AFG sur le Gouvernement d'entreprise Fiche de lecture n°1 | PAGE 5 |
|  | L'ECG participe au débat sur le Gouvernement d'entreprise Fiche de lecture n°2 | PAGE 7 |
|  | L'évolution de la responsabilité des administrateurs Point de vue d'Alain Couret | PAGE 9 |
|  | La pratique des censeurs Interview de Jean-Jacques Daigre | PAGE 11 |
|  | L'administrateur et le risque cyber Point de vue de Vincent Maret | PAGE 13 |
|  | Les premiers jugements sur la vigilance : TJP de Paris du 28 février 2023 Fiche de lecture n°3 | PAGE 15 |
|  | Le projet de directive vigilance : de la loi vigilance à la future directive CS3D Point de vue de Jean-Jacques Daigre et de Sarah Bagnon | PAGE 16 |
|  | La proposition de loi visant à libéraliser l'action de groupe Fiche de lecture n°4 | PAGE 17 |
|  | Parution du guide de l'IFA | PAGE 18 |



Les résolutions climatiques



Alain Couret

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

Les résolutions climatiques vont sans doute constituer un thème majeur dans le déroulement des assemblées générales 2023, au moins s'agissant de sociétés cotées et relevant de certains secteurs. On ne reviendra pas ici sur les débats suscités par ces résolutions et dont on trouve un assez bon condensé dans le rapport du HCJP consacré à ce sujet ([Les résolutions climatiques « Say on Climate »](#), 15/12/2022)¹. Toutefois, des documents récents méritent de retenir l'attention.

Il en va ainsi de deux documents publiés, l'un par l'AMF, l'autre par une commission ad hoc de la même Autorité, au début de l'année 2023. Leurs philosophies ne sont pas identiques, témoignant ainsi de la complexité de l'appréhension de la problématique des résolutions climatiques. Elles doivent être appréciées à la lumière des missions imparties à chacun des deux auteurs : l'AMF se prononce dans le cadre des pouvoirs qui lui sont consentis par la loi et avec le souci de ne pas excéder ces pouvoirs ; la commission pour sa part a pour rôle de fournir un regard sur les évolutions et les pratiques du marché.

L'AMF a publié un document intitulé : « **Dialogue actionnarial sur les questions environnementales et climatiques** » le 8 mars 2023. Elle se montre très prudente et observe que la démarche des émetteurs qui sollicitent, dans le cadre d'une résolution consultative, l'avis de leurs actionnaires sur leur stratégie climatique a été confortée par le rapport du groupe de travail du HCJP sur les résolutions climatiques : ce rapport valide la pratique qui consiste pour le conseil d'administration à inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée une résolution consultative concernant des questions climatiques. La chose peut paraître évidente mais la discussion reste vive chez les juristes s'agissant des limites des pouvoirs de l'assemblée générale, ces pouvoirs étant énumérés de manière limitative par la loi. Elle s'efforce également de dépasser l'approche des questions climatiques en

termes de résolutions pour promouvoir l'idée que les sociétés devraient présenter leur stratégie climatique à l'assemblée générale annuelle sous la forme d'un point à l'ordre du jour avec débat. Enfin, elle émet le vœu que soit instituée par voie législative l'obligation pour les sociétés de soumettre cette stratégie à l'approbation des actionnaires comme c'est le cas pour les comptes annuels.

La Commission Climat et finance durable a publié de son côté un document intitulé : « **Résolutions climatiques** ». Pour éviter des confusions, il convient sans doute de rappeler ce qu'est cette commission. Elle a pour mission d'aider l'Autorité à conduire ses missions de régulation et de supervision sur les thématiques liées à la finance durable. Toutefois, les positions contenues dans le document ne reflètent pas une position du Collège de l'AMF ou des services de l'AMF. Certaines recommandations formulées rejoignent la position de l'AMF : ainsi l'idée de demander aux entreprises de soumettre leur stratégie climatique et leur plan de décarbonation au vote de l'assemblée générale, par le biais d'une évolution des cadres juridiques et normatifs. Elle se montre en revanche beaucoup plus hardie s'agissant des résolutions climatiques déposées par les actionnaires. Elle manifeste sa faveur pour l'inscription de plein droit des résolutions déposées par les actionnaires, l'organe d'administration ne pouvant s'y opposer même en cas d'interférence avec ses prérogatives stratégiques. Le conseil refusant toutefois l'inscription devrait saisir l'AMF qui recevrait pouvoir en la matière. La Commission reprend également la proposition du HCJP de modifier notre droit pour que l'actionnaire contestant l'absence d'inscription de sa résolution puisse saisir le juge dans le cadre d'une procédure accélérée au fond (art 839, code de procédure civile). Cette procédure n'est pas à confondre avec le référé qui ne permet pas de vider la querelle au fond.

Cf notre article Les résolutions climatiques, BRDA, 8/23, p 30 et s

¹ Voir Lettre de la Gouvernance n°33

TEXTE
D'ORIGINE

[AMF : Dialogue actionnarial sur les questions environnementales et climatiques](#)

TEXTE
D'ORIGINE

[Commission Climat et finance durable : résolutions climatiques](#)

Recommandations de l'Association Française de la Gestion financière sur le gouvernement d'entreprise concernant les assemblées générales



FICHE DE LECTURE N°1

L'AFG publie annuellement ses recommandations sur le gouvernement d'entreprise. On ne procèdera pas ici à l'examen de l'ensemble de ces recommandations mais seulement de celles relatives aux assemblées générales publiées par elle en janvier afin de mieux percevoir les attentes des investisseurs, notamment s'agissant de sujets très sensibles tel que le fonctionnement des assemblées générales.

On retiendra trois recommandations porteuses de perspectives et qui reflètent certaines grandes préoccupations de l'heure.

Sur la forme des assemblées tout d'abord. L'AFG souhaite la mise en place d'assemblées hybrides permettant aux actionnaires à distance de pouvoir disposer de leurs droits dans des conditions similaires à celles des actionnaires présents physiquement. Cette égalité de droits devrait permettre de révoquer ou proposer des administrateurs ou de voter en direct aux résolutions soumises à l'assemblée générale. La conséquence est le souhait d'une généralisation d'un vote électronique sécurisé et standardisé pour toutes les assemblées générales. Tous ces vœux sont également ceux qui avaient été exprimés par le groupe de travail du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris dans son rapport publié en 2022¹ (Adaptation de la gouvernance des sociétés en valorisant l'expérience de la crise sanitaire, 30/3/2002) et par l'AMF dans son rapport sur la gouvernance pour 2022, vœux qui ne semblent pas avoir été suivis de beaucoup d'effets. Toutefois, plusieurs associations ont appelé pour 2023 à la tenue d'assemblées générales hybrides permettant de débattre et de voter en public, telles la Fédération des Investisseurs Individuels et des clubs d'investissement (F2iC), et l'Association française des Investisseurs institutionnels (Af2i). Aucun élément ne permet de penser pour l'instant que des sociétés

cotées sont prêtes à tenter l'expérience de l'assemblée hybride, expérience dont on a pu cependant trouver des applications mises en œuvre par de grandes sociétés sur le marché londonien en 2022.

Sur le droit de vote ensuite. L'AFG condamne les droits de vote multiples et se montre favorable au principe « une action une voix ». Cette position est celle des investisseurs et des proxys. ISS a fait savoir de son côté qu'elle sanctionnerait l'existence de droits de vote inégaux à partir de 2024¹. La condamnation du vote plural s'inscrit dans un contexte aujourd'hui riche en contradictions. D'une part, sans qu'il y ait corrélation nécessaire avec les positions hostiles précédemment évoquées, il faut faire le constat d'un abandon du droit de vote double par certaines grandes sociétés, ce droit de vote étant automatique : Vallourec, TotalEnergies, l'Air Liquide ont mis à l'ordre du jour ce type de résolution dans la période récente suite au constat que ces droits de vote double décourageaient les investisseurs. D'autre part, une tendance forte semble se développer en Europe pour favoriser l'émission d'actions à droit de vote multiple. L'Italie en a adopté le principe. En France, un groupe de travail du HCJP (Les droits de vote multiples, 15 septembre 2022) s'est prononcé en faveur de l'instauration d'un droit de vote multiple, inspiré par la présence de cette technique sur les marchés de Londres et d'Amsterdam, et ceux d'autres Etats européens. La Commission européenne a lancé une consultation en vue de l'élaboration d'une directive. Dans cette logique, le 19 avril dernier, le Conseil a adopté un mandat de négociation sur les structures avec actions à votes multiples. La directive devrait être adoptée en 2023.

Sur les conséquences à tirer des résultats du vote, l'AFG aborde la question des résolutions « mal votées ». Plus exactement, elle formule une recommandation

¹ Voir Lettre de la Gouvernance n°33

² Depuis la loi Florange de 2014, dès lors que les actions sont inscrites depuis plus de deux ans au nom du même propriétaire.

Recommandations de l'Association Française de la Gestion financière sur le gouvernement d'entreprise concernant les assemblées générales



concernant les résolutions ayant recueilli une opposition significative (20% d'opposition de la part des actionnaires minoritaires). Ces résolutions doivent faire l'objet d'une attention particulière par la société, le sujet « devant être porté par les travaux du conseil ».

On retrouve ici l'écho d'une règle contenue dans le code britannique de gouvernement d'entreprise et qui prendra probablement place à un horizon peu éloigné dans la « soft law ». Le UK Corporate Governance Code anglais, souvent évoqué, précise dans ce cas que : « Lorsque 20 % ou plus des votes ont été exprimés contre la recommandation du conseil d'administration pour une résolution, la société doit expliquer, lors de l'annonce des résultats du vote, les mesures qu'elle entend prendre pour consulter les actionnaires afin de comprendre les raisons du résultat » (Financial Reporting Council, July 2018).

| | |
|----------------------------|-------------------------------------|
| TEXTE D'ORIGINE | Recommandations AFG |
|----------------------------|-------------------------------------|

¹ Voir Lettre de la Gouvernance n°33



L'ECG participe au débat sur le Gouvernement d'entreprise

FICHE DE LECTURE N°2

Le Cabinet Oxera a mené une étude sur l'amélioration de la gouvernance d'entreprise dans l'union européenne. Fondé en 1982, le cabinet Oxera est l'un des plus grands cabinets européens spécialisés dans la recherche et le conseil en économie.

Les motifs de l'étude

Cette étude a été diligentée par le « Groupe de contact européen » (ECG) qui représente les six plus grands réseaux internationaux de services professionnels en Europe. La mission d'intérêt public de l'« EGC » est de contribuer de manière constructive à la législation européenne et aux débats politiques afin de maintenir la confiance dans la profession et les grands réseaux d'audit en Europe.

L'étude a pour objectif de contribuer au débat sur la qualité de l'information des entreprises telle qu'il résulte de la récente consultation initiée sur ce thème par la direction générale de la stabilité financière, des services financiers et de l'union des marchés des capitaux de la Commission européenne (DG FISMA). Cette consultation avait porté sur les trois piliers du « reporting d'entreprise » que sont la gouvernance d'entreprise, le contrôle légal des comptes, et la supervision des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit.

L'étude du cabinet Oxera se concentre sur le premier pilier, à savoir la gouvernance d'entreprise. En effet, la gouvernance d'entreprise est essentielle dès lors que le management et les actionnaires sont distincts, ce qui est le cas des sociétés cotées. L'étude s'efforce d'apporter une réponse à la question de savoir ce que l'Union européenne peut attendre d'un cadre de gouvernance d'entreprise harmonisé et amélioré pour le « reporting d'entreprise ».

La démarche retenue

L'étude a examiné les réformes de la gouvernance d'entreprise conduites aux États-Unis, en Italie, en Afrique du Sud et au Japon qui avaient toutes pour objectif d'une part, de renforcer les responsabilités de la direction en matière d'information financière et d'autre part, de créer, maintenir et tester un système de contrôle interne efficace.

À titre d'exemple, l'étude décrit plusieurs réformes conduites en Italie qui ont abouti à la loi sur l'épargne de 2005, laquelle exige une plus grande indépendance des administrateurs et des normes plus strictes pour les auditeurs et les comités d'audit, ainsi qu'un rapport public certifiant l'adéquation des contrôles internes relatifs à l'information financière. Elle exige également que la direction atteste de l'exactitude des rapports financiers.

Par ailleurs, l'étude décrit les caractéristiques de la gouvernance d'entreprise dans chaque État membre de l'Union européenne au travers notamment du rôle du comité d'audit, du cadre de gestion des risques/contrôles internes et des exigences en matière de rapports sur le gouvernement d'entreprise. On constate que le cadre de gouvernance d'entreprise varie considérablement à travers l'Union européenne partagé entre le droit des sociétés « dur » et les codes de gouvernance d'entreprise « souples », avec des variantes entre les deux.

Enfin, l'étude analyse l'impact des réformes de la gouvernance d'entreprise aux États-Unis et en Italie dans les trois domaines que sont : le risque pour l'investisseur (au regard du coût des capitaux propres), la qualité des rapports financiers (au regard de la fréquence des « régularisations anormales ») et les classements de gouvernance d'entreprise (au travers du « G-Index » qui mesure le niveau de protection anti-OPA).

L'ECG participe au débat sur le Gouvernement d'entreprise

Les principaux enseignements

L'étude démontre des améliorations dans les trois domaines analysés après l'entrée en vigueur des réformes aux États-Unis et en Italie. De telles réformes ont donc conduit à réduire le risque pour les investisseurs, améliorer la qualité de l'information financière et la gouvernance d'entreprise.

Par ailleurs, en s'appuyant sur des données de marché et sur les réformes conduites en Italie, au Japon, en Afrique du Sud et aux États-Unis, l'étude a modélisé l'impact à long terme du renforcement de la responsabilité des dirigeants, des auditeurs et des conseils d'administration en matière de contrôle interne.

Si ceci était étendu au niveau de l'Union européenne, les entreprises de l'Union pourraient s'attendre à des avantages significatifs, comme - par exemple - une réduction du coût des fonds propres de 0,5% à 1,5%.

Une telle réduction du coût des fonds propres conduirait à diminuer les risques pour les investisseurs et à augmenter la valeur des entreprises, renforçant de fait l'attractivité de l'Union européenne aux yeux des investisseurs. Ceci représente également des avantages pour les consommateurs car de nombreux prix sont liés au coût du capital.

S'agissant de conclusions résultant d'une modélisation, celles-ci doivent bien évidemment être considérées avec prudence. Pour autant, l'étude et ses résultats fournissent des « pistes de réflexions » intéressantes et constituent une base pour de nouvelles discussions avec les parties prenantes.

| | |
|----------------------------|--|
| TEXTE D'ORIGINE | Groupe de contact Européen |
|----------------------------|--|

| | |
|----------------------------|-----------------------------|
| TEXTE D'ORIGINE | Etude Oxera |
|----------------------------|-----------------------------|

L'évolution de la responsabilité des administrateurs



Alain Couret

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

L'évolution de la responsabilité des administrateurs

L'IFA a diffusé au cours du premier trimestre 2023 un rapport intitulé « Evolution de la responsabilité des administrateurs ». Le choix de ce sujet témoigne des craintes assez intenses que suscite la thématique de la responsabilité, le même sujet ayant déjà été abordé par cet organisme quelques années auparavant. Quant à l'évolution, il s'agit plus d'une évolution redoutée que d'une évolution bien réelle par rapport à un droit positif plutôt constant. Il est en effet assez usuel d'évoquer la menace qui pèse sur les administrateurs de voir diligentées contre eux des actions en responsabilité. Pourtant, et le rapport est rapide sur ce point, cette responsabilité est très peu engagée dans la réalité française des affaires, sauf à réserver le cas dans lequel l'entreprise se trouve en liquidation judiciaire.

Pour prendre la juste mesure de cet état de fait, il faut être conscient de ce que la responsabilité des administrateurs trouve une place étroite entre celle de la personne morale elle-même et celle du dirigeant. Sans doute, des associations peuvent apparaître entre ces catégories de responsabilités : la responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle de l'administrateur. Ce dernier également peut être considéré par le juge comme dirigeant et encourir les responsabilités propres à cette qualité. Mais globalement, les administrateurs bénéficient d'une immunité relative et les perspectives d'être condamnés sont marginales. La rareté des décisions de condamnation dans la jurisprudence est patente, due pour l'essentiel au fait que lorsque l'action en responsabilité est engagée par un tiers, elle ne peut aboutir qu'autant que la faute est séparable des fonctions d'administrateur. Et la jurisprudence veille à ce que ce principe soit respecté.

Quant aux actions en responsabilité diligentées par les actionnaires, elles demeurent bien rares. Le rapport relève également le fait que le non-renouvellement du

mandat par l'assemblée demeure une sanction tout aussi rare en pratique.

La vraie question est donc de repérer des sources possibles propres à faire évoluer cette situation dans un avenir proche. Le rapport donne des exemples de risques nouveaux pesant sur les entreprises sans identifier toujours clairement les conséquences en termes de responsabilité des administrateurs eux-mêmes : puissance accrue des activistes, approche de plus en plus contentieuse de la part des ONG, attentes des tiers au regard des méga tendances qui traversent la société, nécessaire prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux, devoir de vigilance, etc. De ce dernier point de vue, on peut illustrer plus que ne le fait le rapport les risques prévisibles. On trouve dans les dernières directives et projets de directive des sources potentielles de responsabilité. Le projet de directive sur le devoir de vigilance contient ainsi une obligation de sollicitude (ce sont les termes expressément mentionnés dans le texte) à la charge des administrateurs (article 25). « *Les États membres veillent à ce que, lorsqu'ils s'acquittent de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, les administrateurs des entreprises (...), tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme. Les États membres veillent à ce que leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives en cas de manquement aux devoirs des administrateurs s'appliquent également aux dispositions du présent article.* » De même, la directive CSRD dispose (art 19 bis, 2. c) qu'au titre des exigences nouvelles de reporting, devra être décrit le rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance concernant les questions de durabilité ainsi qu'une description de leur expertise et de leurs compétences s'agissant d'exercer ce rôle ou des possibilités qui leur sont offertes d'acquérir cette expertise ou ces compétences.

L'évolution de la responsabilité des administrateurs

On pourrait ajouter à l'énumération faite par les auteurs du rapport de risques qui naissent en droit interne de dispositions visant très expressément les administrateurs. Une formule revient dans plusieurs articles du code de commerce : l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge, individuellement ou solidairement, selon le cas, des administrateurs (art L 225-102-1 VI al 2 déclaration de performance extra-financière ; L 225-102 al 3, insuffisances du rapport de gestion).

Dans l'immédiat, le rapport souligne la montée en puissance des actions judiciaires, les exemples venant au demeurant toujours de l'étranger. Il est évident toutefois que ces expériences étrangères peuvent inspirer des procédures en France. Au demeurant, même si elle est isolée, l'affaire Covea-Scor¹ qui a abouti à une lourde condamnation sur le fondement du défaut de loyauté pour un administrateur est une illustration de la réalité du risque .

Un certain nombre de préconisations sont avancées, souvent très générales. On retiendra trois d'entre elles : ainsi est rappelée la nécessité de ne pas considérer que l'ignorance ou la passivité protègent, préconisation qui concerne surtout les administrateurs de petites sociétés anonymes. De même est rappelé le rôle du PV du CA dans lequel seront notées les réserves éventuelles d'un administrateur donné. La jurisprudence du Crédit martiniquais est ici sous-jacente avec son célèbre attendu : "*comme une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision*". Le procès-verbal assurera la traçabilité de la prise de décision .Enfin, sans grande originalité également, l'utilité de solliciter les ressources de l'assurance pour tous les mandataires sociaux même non exécutifs est soulignée.

TEXTE
D'ORIGINE

[Evolution de la responsabilité des administrateurs](#)

¹ Voir Lettre de la Gouvernance n°33

La pratique des censeurs



Jean-Jacques Daigre

Conseil scientifique
KPMG Avocats

Pouvez-vous nous expliquer quelle est l'origine des « censeurs » ?

L'existence de censeurs est longtemps restée dans l'ombre. Aucun texte légal ou réglementaire, ni aucun texte de droit souple ne vient en consacrer ni régir la pratique. Il s'agit d'une création spontanée relativement ancienne, qui a retrouvé une certaine réalité dans quelques grandes sociétés et se trouve parfois contestée. Selon les chiffres recensés par Scalens, il y aurait actuellement 10 censeurs au sein des sociétés du CAC 40, 38 au sein du SBF120 et une trentaine dans de grands groupes non cotés, soit un total de 78, ce qui reste marginal mais pas insignifiant.

Quel est leur rôle exact ?

Contrairement à leur appellation, les censeurs ne sont pas chargés d'une fonction de surveillance du conseil mais font partie de celui-ci. Ils le font traditionnellement bénéficier de compétences dont les administrateurs ne sont pas nécessairement pourvus, ou de relations utiles, voire simplement d'un appui. Mais il faut immédiatement préciser que s'ils sont associés aux travaux du conseil, ils y participent sans pouvoir prendre part aux décisions. Ils ne peuvent pas empiéter sur les pouvoirs légaux réservés aux seuls administrateurs. Mais ce-ci ne les prive pas d'un potentiel pouvoir d'influence.

Comment et par qui sont-ils désignés ?

Leur désignation et leur organisation sont librement déterminées par la société, soit par une simple décision du conseil, soit plus officiellement par une clause statutaire ou du règlement intérieur. En principe, ils peuvent être librement choisis et ne tombent pas sous le coup des limites de mandat. De même, en l'absence de reconnaissance officielle, la règle de mixité ne leur est pas imposable, qu'il s'agisse de celle imposée depuis des années aux conseils ou plus

récemment aux instances dirigeantes, car ils ne sont ni administrateurs, ni placés auprès de la direction.

Quelles sont leurs missions ?

La pratique des censeurs, sans se multiplier notablement, s'est diversifiée ces dernières années et c'est ce qui l'a mise en lumière. S'ils sont en général nommés pour leur expertise, la pratique la plus récente montre qu'elle est aussi utilisée à titre d'antichambre ou de point de chute. Elle est en effet parfois utilisée à titre d'antichambre pour permettre à une personne d'entrer ultérieurement au conseil en se familiarisant peu à peu avec son rôle et son fonctionnement, voire pour retenir des talents qui pourraient partir ailleurs entre-temps. A l'opposé, il arrive que la nomination d'un censeur serve de point de chute à un administrateur dont le mandat est arrivé à échéance ou qui est atteint par le cumul des postes ou la limite d'âge. On y découvre parfois l'ancien président, qui trouve-là le moyen de prolonger son influence. Il arrive également qu'elle permette à un actionnaire minoritaire d'obtenir un représentant sans pour autant qu'il obtienne un administrateur.

Quelles critiques peut-on formuler à leur égard ?

L'AMF, dans son rapport 2021, s'est inquiétée de certaines de ces pratiques et a même cité nommément une société, pour en fustiger la méthode, dans laquelle l'ancien président et actionnaire de contrôle est devenu censeur et par ailleurs conseil salarié permanent du président du Directoire, exemple que le Haut conseil du gouvernement d'entreprise (HCGE) avait lui-même pointé du doigt.

Il faut également reconnaître que la pratique des censeurs permet d'échapper à certaines contraintes légales, comme celles relatives à la mixité des conseils. Selon une étude, les censeurs ne comporteraient que 28% de femmes. Ils ne sont pas

La pratique des censeurs

non plus soumis aux limites de cumul de rémunération des administrateurs, qui ne peuvent bénéficier d'une rémunération complémentaire qu'à condition que ce soit pour une mission spéciale. Les censeurs ne sont pas non plus soumis au Say on Pay, ni au régime des conventions réglementées, ni au devoir légal de discrétion, même si la pression monte en faveur d'une extension volontaire de ces règles,

Ajoutons, également, que la relative opacité actuelle de la pratique des censeurs commence à être décriée par certains grands investisseurs institutionnels. Ils contestent en particulier le fait que des postes de censeurs puissent permettre à d'anciens administrateurs de poursuivre de fait leur mandat alors qu'ils ne peuvent plus avoir cette qualité.

Faut-il s'attendre à des propositions de réglementation sur ce sujet ?

L'Institut français des administrateurs, l'IFA, est pour l'instant le seul à avoir pris en compte la situation. Il appelle à la transparence et a formulé à cet effet un certain nombre de recommandations en mars dernier, au nom des principes de bonne gouvernance, étude très intéressante à laquelle on renvoie volontiers. Notons simplement qu'il suggère d'officialiser la pratique des censeurs dans les statuts, ou dans le règlement intérieur mais en faisant avaliser celui-ci par les actionnaires, d'y préciser les modalités de leur nomination, la durée de leur fonction, leur éventuelle rémunération, et d'imposer des règles de bonne conduite. Il suggère également que le rapport sur la gouvernance d'entreprise fasse état annuellement du nombre et de la nature des censeurs et de leur rôle.

L'administrateur et le risque cyber



Point de vue



Vincent Maret

Associé, Responsable des activités de conseil en cybersécurité et protection des données personnelles
KPMG

Les conseils d'administration ont depuis longtemps intégré la cybersécurité dans leur champ de préoccupation et d'action, suite aux impacts majeurs que des cyberattaques ont eu sur les entreprises au cours de la dernière décennie. Mais si la maturité des entreprises en termes de cybersécurité s'est améliorée ces dernières années, la menace « cyber » ne faiblit pas, bien au contraire. Dans un monde toujours plus connecté, dématérialisé et où le distanciel est devenu une pratique courante, une cyberattaque peut avoir des conséquences désastreuses pour une entreprise. Il est donc important d'analyser comment les conseils d'administration peuvent et doivent eux-aussi gagner en maturité sur le sujet de la cybersécurité.

1. Le directeur cybersécurité, un allié qui doit rendre des comptes

Les responsables de la sécurité des systèmes d'information d'hier sont devenus des « Chief Information Security Officer » ou des directeurs cybersécurité, disposant de ressources et de budget plus conséquents. Il est aujourd'hui courant que les administrateurs les rencontrent au moins une fois par an afin d'obtenir des réponses sur différents sujets, notamment l'identification des risques cyber, les incidents ayant frappé l'entreprise, les plans d'actions et feuille de route cyber, l'organisation, les outils et procédures en place, ainsi que les moyens et ressources alloués.

Historiquement, les services d'audits internes ne disposant pas dans la plupart des cas des expertises nécessaires pour mener des audits sur des sujets de cybersécurité, une répartition des rôles s'est souvent établie entre l'audit interne et le directeur cybersécurité, avec une délégation de fait à ce dernier des tâches d'évaluation liées à la cybersécurité. S'il est normal que le directeur cybersécurité soit en charge des contrôles de deuxième ligne, il est essentiel qu'une

troisième ligne indépendante vérifie l'efficacité de ces contrôles, comme c'est le cas pour toute autre fonction. Par conséquent, le Conseil d'Administration doit exiger de l'audit interne qu'il mène cet exercice au moins tous les trois ans. Et il convient de ne pas tolérer une posture que l'on voit chez quelques directeurs cyber sécurité, qui consiste à refuser de fournir des informations à l'audit interne et ses prestataires spécialisés pour des raisons de sécurité.

2. Les résultats, au-delà des moyens

Les entreprises ont massivement investi dans la cybersécurité, en débloquant des budgets conséquents et en recrutant des équipes dédiées. Une entreprise du CAC 40 peut ainsi compter plusieurs dizaines de personnes dans l'équipe cybersécurité (voire plusieurs centaines dans les secteurs de la banque et de l'assurance), avec des budgets se comptant en dizaines de millions d'euros. Cependant, les programmes de transformation cybersécurité n'avancent souvent pas aussi rapidement que prévu. On constate souvent que les entreprises ont du mal à recruter en nombre suffisant des ressources disposant de l'expertise nécessaire en cybersécurité. En outre, même si les budgets cybersécurité sont souvent sanctuarisés par le Comité Exécutif, l'exécution budgétaire laisse à désirer, avec des budgets non suivis, parfois non dépensés faute de ressources pour gérer les projets, ou réalloués à des projets informatiques dans des filiales. Le rôle des conseils d'administration est alors d'assurer que les budgets et ressources humaines nécessaires sont non seulement alloués, mais aussi que les budgets alloués sont effectivement utilisés et que le personnel prévu est réellement opérationnel. Bien entendu, tout retard dans l'exécution du plan de cybersécurité doit être dûment justifié.

L'administrateur et le risque cyber

3. Au-delà de la cybersécurité, les risques liés aux technologies émergentes

Les conseils d'administration doivent s'assurer que les risques liés aux « cyberattaques » traditionnelles (phishing ou social engineering, exploitation de failles ou de contrôle d'accès défaillant, malware ou virus, etc...) sont maîtrisés, mais ils doivent également commencer à se pencher sur les risques liés aux technologies émergentes.

Les blockchains, les intelligences artificielles, les objets connectés et les ordinateurs quantiques sont en effet des technologies révolutionnaires qui évoluent à une vitesse vertigineuse et façonnent déjà notre quotidien. Cependant, au-delà des innovations spectaculaires qu'elles apportent, elles génèrent également de nouveaux risques pour les individus et les entreprises. Le piratage de contrats intelligents, les « attaques par exemples contradictoires » sur l'intelligence artificielle (IA), l'espionnage via les objets connectés ou le « cassage » de clés cryptographiques ne sont que quelques exemples des risques que les entreprises doivent prendre en compte. La maîtrise de ces risques incombera très probablement aux directeurs cybersécurité, du fait de leur expérience dans la gestion des risques technologiques. Les conseils d'administration devront donc rapidement intégrer ces sujets dans le dialogue avec ces acteurs.

4. Les administrateurs, des experts en cybersécurité ?

La qualité du dialogue entre les administrateurs et les directeurs cybersécurité peut souffrir d'une approche excessivement technique par ces derniers, et de l'utilisation d'un jargon peu compréhensible. Même si les directeurs cybersécurité s'efforcent d'adapter leur communication, la cybersécurité est un domaine

largement fondé sur des principes technologiques. Les tentatives pour rendre le discours plus accessible ou le recours à des analogies « business », peuvent donc aboutir à une dilution du message. Il n'est donc pas inconsidéré de penser que les administrateurs doivent acquérir une connaissance de base en technologie et en cybersécurité pour favoriser un dialogue plus productif avec les spécialistes en cybersécurité. C'est d'ailleurs une tendance que l'on constate chez les régulateurs. Ainsi en janvier 2023, la SEC a proposé de nouvelles règles concernant la cybersécurité, dont l'une porte sur des « communications périodiques sur l'expertise en cybersécurité du conseil d'administration ». En 2018, le "Cyber Resilience Oversight Expectations for Financial Market Infrastructures" (CROE), guide destiné à aider les autorités dans leur supervision des infrastructures de marché financier, allait même jusqu'à recommander la nomination d'un expert en cybersécurité au sein même du conseil pour les organisations les plus critiques.

On dit souvent que la cybersécurité n'est pas une destination, mais un voyage. Devant des menaces toujours mutantes et sans cesse renouvelées, il serait en effet présomptueux de prétendre que tout a été fait et qu'il ne reste plus rien à faire. Dans ce contexte, les administrateurs doivent ajuster leurs attentes envers les praticiens de la cybersécurité, en s'assurant de la mise en place d'une supervision efficace, en veillant à ce que les budgets et ressources soient utilisés de manière optimale, en prenant en compte les risques liés aux technologies émergentes et, enfin, en renforçant leur propre expertise en cybersécurité. C'est ainsi qu'ils pourront contribuer au développement de l'entreprise dans un écosystème numérique maîtrisé et résilient.

LIEN UTILE

[Cap Gouvernance - KPMG France](#)

TEXTE
D'ORIGINE

[KPMG - Cybersécurité et Protection des données personnelles](#)

1 Comme le précise la CNIL sur son site web, les « attaques par exemples contradictoires » visent à soumettre des entrées malicieuses ou corrompues au système d'IA en phase de production. Exemple : une image qui aurait été modifiée de façon à tromper un classifieur d'image et ainsi attribuer à une image de panda, l'étiquette de singe. Ces entrées apparaissent, pour un humain, quasiment identiques à leurs copies non altérées. À la suite de cette attaque, qui peut être vue comme l'équivalent d'une illusion d'optique, le comportement du système d'IA est profondément altéré.



Les premiers jugements sur la vigilance : TJP de Paris du 28 février 2023

FICHE DE LECTURE N°3

Diverses associations de défense de l'environnement françaises et ougandaises avaient saisi le Tribunal judiciaire de Paris par une procédure d'urgence pour obtenir la suspension de forages en Ouganda et la construction d'un oléoduc en Tanzanie. Elles s'appuyaient sur [la loi Vigilance de 2017](#) et soutenaient que ce très vaste projet portait plusieurs atteintes graves à l'environnement, en particulier, si l'on résume, parce que des forages allaient être réalisés dans une forêt protégée et parce qu'un projet d'oléoduc géant, se déployant sur plusieurs milliers de kilomètres et chauffé à 50 degrés, provoquerait une augmentation sensible des émissions de gaz à effet de serre. Elles soutenaient également que ces projets allaient porter une atteinte sensible aux droits humains en ce que des dizaines de milliers de personnes allaient être déplacées. Aussi, attaquaient-elles le plan de vigilance de Total sur ces aspects. La société Total se défendait pied à pied en expliquant qu'elle avait pris toutes les mesures nécessaires pour la protection des personnes et de l'environnement et avait d'ailleurs revu son plan de vigilance pour l'améliorer sur tous ces points.

Le fond de l'affaire n'a pas été abordé car le tribunal a retenu deux fins de non-recevoir préalables. La première est issue de la loi vigilance elle-même. Celle-ci prévoit que, avant d'engager des poursuites judiciaires, toute personne doit d'abord notifier ses reproches à la société et tenter une sorte de conciliation. Or, en l'occurrence, le plan attaqué n'était plus celui qui avait fait l'objet de la notification préalable, mais le plan modifié entre temps. Le juge a considéré que cette nouvelle mouture aurait dû également faire l'objet d'une notification préalable pour pouvoir être contestée en justice. La seconde fin de non-recevoir a été puisée dans la procédure elle-même. En effet, le juge de référé ne peut pas statuer au fond et ne peut intervenir que s'il y a une certaine évidence de la situation, ce qui, selon le Tribunal

judiciaire de Paris n'était pas le cas en l'espèce tant les éléments de fait étaient contestés de part et d'autre. Mais les juges ont invité les parties à saisir le tribunal au fond, de sorte que ce n'était qu'un premier round.

TEXTE
D'ORIGINE

[Jugement TJP Paris - 28/02/2023](#)

¹ Depuis la loi Florange de 2014, dès lors que les actions sont inscrites depuis plus de deux ans au nom du même propriétaire.

Le projet de directive vigilance : de la loi vigilance à la future directive CS3D



Point de vue



Jean-Jacques Daigre

Conseil scientifique
KPMG Avocats



Sarah Bagnon

Associée, Responsable des
directions techniques ESG et
Capital Markets
KPMG

La loi vigilance française est une pionnière en Europe : loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres. Elle s'applique à tout type de société par actions qui emploie en son sein et dans ses filiales directes et indirectes, à la clôture de deux exercices successifs, plus de 5.000 salariés en France ou 10.000 salariés dans le monde. Elle impose à ces entreprises ou groupes d'entreprises d'établir un plan de vigilance et de rendre compte régulièrement de sa mise en œuvre dans le rapport de gestion. Il s'agit de protéger l'environnement et les droits humains de tous ceux qui travaillent directement ou indirectement pour ces sociétés.

L'Europe a mis en route un projet de directive, la Corporate Sustainability Due Diligence Directive, dite « CS3D », pour étendre au marché unique les obligations de respect des droits humains et de l'environnement tout au long des chaînes de valeur, sur le modèle de la loi française. Mais si ce qui n'est encore qu'un projet, dont certains points restent en discussion, elle est très proche de la loi française, il faut cependant noter quelques points importants qui les distinguent dans l'état actuel du texte. En premier, la directive, si elle est adoptée en l'état, sera destinée à s'appliquer à deux types d'entreprises. D'abord aux sociétés à « risques limités » (en France, tous les types de sociétés par actions, mais peut-être également les SARL ?) employant plus de 500 salariés en moyenne et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros au niveau mondial, ce qui sera beaucoup plus large que les critères français. Mais également aux « entreprises de secteurs à fort

impact », c'est-à-dire aux autres sociétés qui exercent des activités dans des secteurs prédéfinis, comme les industries textiles, l'agriculture, les ressources minérales, la fabrication de produits métalliques, sous réserve qu'elles emploient au moins 250 salariés en moyenne et réalisent un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros au niveau mondial.

En second temps, son périmètre sera peut-être un peu plus large puisque les obligations de la future directive s'appliqueront aux opérations propres aux entreprises, à leurs filiales et à leurs chaînes de valeur, ces dernières étant définies comme les « relations commerciales établies de manière directe et indirecte », là où la loi française vise un peu plus précisément les activités de la société et celle des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement, ainsi que les activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie lorsque ses activités sont rattachées à cette relation.

Enfin, notons que si la loi française donne exclusivement compétence au juge judiciaire (le Tribunal judiciaire de Paris) pour trancher les éventuels contentieux, le projet de directive invite les Etats à désigner une autorité, qui pourra être administrative, chargée de contrôler et sanctionner les entreprises en défaut. Pour autant, les victimes pourront également intenter une action en justice pour être indemnisées.

TEXTE
D'ORIGINE

[Loi vigilance](#)



La proposition de loi visant à libéraliser l'action de groupe

FICHE DE LECTURE N°4

Deux députés ont déposé une proposition de loi visant à élargir l'action de groupe en droit français. Ils sont partis du constat que l'action de groupe à la française, introduite par une loi du 17 mars 2014, serait un quasi échec dans la mesure où seulement 32 actions auraient été intentées depuis lors, et où seules six auraient eu un résultat positif dont seulement trois auraient fait l'objet d'un jugement. Or, en parallèle, se sont multipliées les actions collectives, c'est-à-dire des actions regroupant un grand nombre de victimes potentielles, chacune agissant à titre individuel. Au surplus, ces députés estiment que le domaine de l'action de groupe à la française est limité bien qu'ayant été plusieurs fois élargi : les litiges de la consommation depuis l'origine, les litiges relatifs aux produits de santé depuis 2016, les litiges environnementaux, relatifs à la protection des données personnelles et aux discriminations au travail depuis 2016, enfin ceux relatifs aux préjudices collectifs en matière de location d'un bien immobilier depuis 2018. Au surplus, l'étroitesse, la lourdeur et la lenteur de la procédure sont décriées car, d'une part, elle est réservée à quelques associations agréées et, d'autre part, se développe en trois phases : le juge saisi par une association se prononce sur le principe de la responsabilité et sur les préjudices susceptibles d'être réparés et leur mode d'évaluation ; puis les victimes potentielles informées par la publicité de la décision peuvent venir s'y joindre (*opt in*) ; enfin, pour celles qui ont rejoint la procédure, le juge statue sur une éventuelle difficulté de mise en œuvre.

La proposition de réforme des députés vise à élargir les associations autorisées à agir au nom des consommateurs. Elle supprime la mise en demeure préalable, impose une plus grande publicité des actions et instaure une sanction civile indépendante de la réparation des préjudices. Elle envisage également de spécialiser certains tribunaux et prévoit que le juge

pourra mettre tout ou partie des frais de procédure à la charge de l'Etat, même si l'association est perdante. Cette proposition a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale.

TEXTE
D'ORIGINE

[Proposition de loi actions de groupe](#)

¹ Depuis la loi Florange de 2014, dès lors que les actions sont inscrites depuis plus de deux ans au nom du même propriétaire.

Parution du guide de l'IFA

LA BOUSSOLE DES CONSEILS D'ADMINISTRATION



Pour chacune de ces mégatendances, l'IFA propose quelques illustrations de leur impact potentiel et de leurs enjeux associés, avant de décliner un jeu des « grandes questions » qu'elles soulèvent.

Cette approche ne prétend à aucune exhaustivité. Elle vise modestement à offrir une première base de réflexion, mais surtout une grille d'analyse à laquelle se référer régulièrement pour éclairer et nourrir la réflexion des conseils et des administrateurs.

TEXTE
D'ORIGINE

[IFA GUIDE Boussole des CA 2023](#)

1 Depuis la loi Florange de 2014, dès lors que les actions sont inscrites depuis plus de deux ans au nom du même propriétaire.



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

Bruno Pinus

Directeur de missions, Department of Professional Practice KPMG

Tél : +33 1 55 68 71 36

E-mail : bpinus@kpmg.fr

[kpmg.fr](https://www.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.

© 2023 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.