

DIRIGEANTS & SANCTIONS

**« Prévenir ou punir »
Faut-il vraiment choisir ?**

Atelier B10

Atelier B10

Intervenants

Guillaume DESCHAMPS

Directeur FINEX France



Pierre-Olivier LEBLANC

Avocat - Partner

holman fenwick willan hfw

Emmanuel SILVESTRE

Responsable de souscription
Risques Financiers Europe



Modérateur

Zaiella AISSAOUI

Directeur des Risques et Assurances



D&O : DEVOIR DE VIGILANCE, PROTECTION DES DONNÉES, ENVIRONNEMENT, RSE ... NOUVELLES SANCTIONS QUASI PÉNALES?

CET ATELIER ABORDERA LES RISQUES DE MISES EN CAUSE DES DIRIGEANTS ET MANDATAIRES SOCIAUX SUR LA BASE DES NOUVELLES LOIS DE CONFORMITÉ : LES DIRIGEANTS ONT-ILS DE NOUVELLES OBLIGATIONS ? QUE COUVRE LES GARANTIES " FRAIS DE DÉFENSE" ? QUELS SONT LES NOUVEAUX BESOINS DE COUVERTURE (ENTREPRISES D'UNE PART , DIRIGEANTS AUTRE PART)? JUSQU'OÙ PEUT ALLER LE MONTANT DES SANCTIONS?

SOMMAIRE

Introduction

1. De nouvelles obligations :
 - a) Une responsabilisation des entreprises vis-à-vis du corps social
 - b) Cohérence ou confusion ?
2. De nouveaux risques :
 - a) Une vision erronée du risque
 - b) Une démarche globale
3. Les impacts sur la D&O :
 - a) Le contrat d'assurance Responsabilité des Dirigeants
 - b) La gestion de conflits d'intérêts potentiels

Questions

INTRODUCTION

- **Une culture du procès de plus en plus accrue:**
 - Les cyber- incidents,
 - la gestion du risque sur les données personnelles
 - Les fusions acquisitions

- **Un enjeu de confiance et de gouvernance pour les entreprises:**
 - Préserver sa réputation face à la RSE
 - Le non-respect des normes et réglementations qui se multiplient (Sapin II, réforme des contrats, règlement européen sur les données personnelles, Avant-projet sur la responsabilité civile ...)

INTRODUCTION

- **Une priorité pour les Risk Managers:**

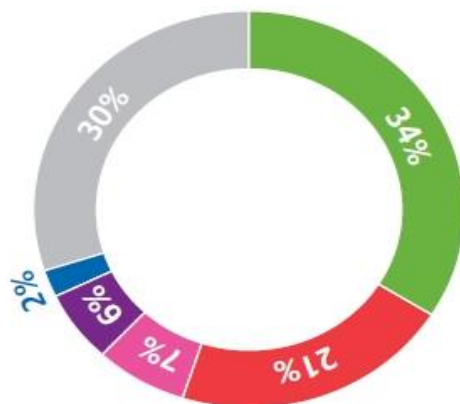
- Augmentation des litiges en volume et en montant
- Responsabilité personnelle des dirigeants de plus en plus systématique
- Des litiges de plus en plus longs et de plus en plus coûteux en études et enquêtes

Illustré par le rapport D&O Insurance Insights d'ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALITY November 2016

D&O Claims

Principales origines des indemnisations des dirigeants et administrateurs

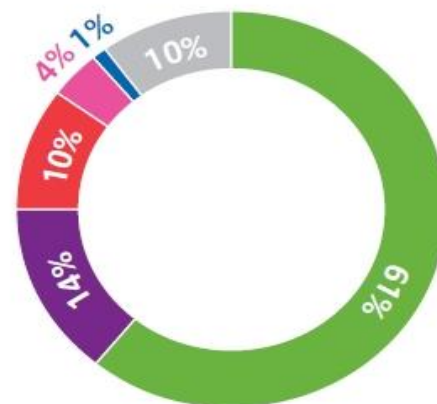
Par nombre de demandes (%)



- Violation des lois et de la réglementation
- Négligence
- Mauvaise gestion/manque de contrôles
- Manquement aux obligations du trust/à l'obligation fiduciaire
- Transmissions d'informations inappropriées/inexactes
- Autre

Principales origines des indemnisations des dirigeants et administrateurs

Par valeur des demandes (%)



- Violation des lois et de la réglementation
- Manquement aux obligations du trust/à l'obligation fiduciaire
- Négligence
- Mauvaise gestion/manque de contrôles
- Transmissions d'informations inappropriées/inexactes
- Autre

200

Nombre d'entités et de dirigeants concernés par une procédure depuis 2009

€1m+

Montant moyen payé au titre d'un sinistre D&O (\$1.1m)

€850,000+

Montant moyen d'un sinistre D&O pour non respect de réglementations et/ou de normes (\$945,000)

\$30bn

Montant total des 10 plus importants procès pour class action, le plus important restant celui d'Enron, pour plus de 7 milliards US\$

50%+

Plus de 50% des procédures incluent des coûts relatifs au manquement d'une réglementation ou d'une norme.

De nouvelles obligations ?

Un phénomène de responsabilisation des entreprises v/v du corps social

- renforcement des obligations des entreprises v/v du corps social
 - renforcement de la responsabilité des entreprises & des dirigeants
-
- De la "*responsabilisation*" (i.e. sensibilisation des entreprises à leurs obligations v/v de la société) à une définition de ces obligations et une responsabilité (répressif & curatif) renforcée
→ « *corporate responsibility* » vs. « *corporate liability* »
 - RSE : concept & limites → vers une judiciarisation de la RSE?
2001: RSE "un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes" (COM 2001 § 366)
2011 RSE "la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société" (COM 2011 § 681)
 - Développer une **approche préventive** de la sécurisation de certains risques **doublée** d'une **communication obligatoire** afin de renforcer la **responsabilité de l'entreprise** v/v du corps social:
 1. Approche préventive (prévention)
 2. Communication obligatoire / « *reporting* » (communication)
 3. Renforcement de la responsabilité de l'entreprise (réparer & punir) (répression)

De nouvelles obligations ?

Responsabilisation v/v de risques sociétaux

PROJET DE LOI « VIGILANCE »

Sujet de société ? : droits de l'homme et libertés fondamentales, dommages corporels ou environnementaux graves ou risques sanitaires , [corruption].

Comment ?

- Mise en place d'un Plan (approche préventive)
 - Obligation pour les grandes SA : Plan de vigilance: comportant les mesures propres à identifier et prévenir la réalisation de risques d'atteintes résultant de leurs activités et de celles des sociétés qu'elles contrôlent, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs sur lesquels elles exercent une influence déterminante
- Transparence "judiciarisée"
 - Reporting judiciaire: injonction de produire le Plan / « amende civile » 10 M€
- Renforcement de la responsabilité
 - Responsabilité civile v/v 1/3 pour abs. de plan (effectif ?) 1382/3 (1240/1) C.Civ + amende civile 10 M€
 - Obligation juridique de vigilance pour les sociétés donneuses d'ordre ... responsabilité pour faute d'autrui ?

De nouvelles obligations ?

Responsabilisation v/v de risques sociétaux

LOI RÉPUBLIQUE NUMÉRIQUE ET RÈGLEMENT EU « DONNÉES PERSONNELLES »

Sujet de société visé ? : droit des PP dont les données sont traitées (obligation d'information sur le traitement + renforcement droit à l'oubli, portabilité, limitation des données, loyauté)

Comment ?

- Mise en place d'un Plan (approche préventive)
 - RGPD « *accountability* » - « *privacy by design / defaults* » – étude d'impact – registre de traitement
- Transparence
 - « Loi Numérique » : « reporting » des bases de données si intérêt éco., social, environnemental ect.
- Renforcement de la responsabilité
 - « Loi Numérique » CNIL > 3 M€ manquement du resp. traitement des données / protection données personnelles
 - RGPD :
 - Renforcement responsabilité civile du responsable du traitement & de son sous-traitant
 - Renforcement responsabilité « administrative » amendes de 10 M€ / 2% CA ou 20 M€ / 4 % CA



De nouvelles obligations ?

Responsabilisation v/v de risques sociétaux

LOI SAPIN II

Consécration de la *compliance* (i.e. actions qui visent à respecter les normes applicables à l'entreprise)

Sujet de société visé ? : lutte contre la corruption & le trafic d'influence

Comment ?

– Transparence / Reporting

- Conseil constitutionnel (C.CI 8.12.2016) invalidation v/v liberté d'entreprendre du reporting financier - proportionnalité

– Mise en place d'un Plan (approche préventive)

Obligation de mise en conformité

- Qui – débiteurs de l'obligation (500 Sés / 100 Mios € CA – Art. 17 Dirigeants - quid délégation ?)
- Quoi – programme de conformité (détaillé) [code conduite, dispo. alerte, cartographie, procédure évaluation, contrôle, formation, reg. Disciplinaire]

Qui est sanctionnée *per se*, sans qu'un délit ne soit commis par l'Agence anticorruption: 100 K€ PP / 1 M € PM

i.e. l'absence de prévention est sanctionnable, ...et la prévention devient... une sanction...→

De nouvelles obligations ?

Responsabilisation v/v de risques sociétaux

- Renforcement de la responsabilité pénale
 - peine complémentaire de « *programme de mise en conformité* » (131-39-2 CP)
i.e. la prévention est une sanction
 - pour toutes les entreprises à leurs frais – 5 ans max sous autorité AFA
 - « monitoring » AFA sous le contrôle du procureur – immixtion Etat ?
 - introduction de la « Convention judiciaire d'intérêt public » CJIP - inspirée des *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) américains et anglais
 - QUI PEUT PROPOSER UNE CJIP ? – a quel stade et à qui
 - QUEL SERA LE CONTENU DE LA CJIP ? (amende / plan de mise en conformité / indemnisation victime)
 - VALIDATION ET EFFETS DE LA CJIP ? (audience / non-culpabilité)
 - IMPACTS POUR LES DIRIGEANTS SOCIAUX ? (recours civil / pénal) – défense concertée ? Sort des dirigeants ?

De nouvelles obligations ?

Cohérence ou confusion ...?

COHERENCE

- Avant : coexistence compliance *ex ante* (préventif) puis *ex post* responsabilité civile (réparer)
responsabilité pénale (punir)
- Now : ensemble "*cohérent*", on sanctionne le seul manquement à la prévention et la prévention est elle même une sanction (Sapin II)

CONFUSION

- La responsabilité civile évolue vers le répressif (cf. projet d'amende civile « *l'auteur du dommage qui a délibérément commis une faute lourde lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur* »)
- La responsabilité pénale se "civilise" (contractualisation / CJIP)
- La répression administrative se pénalise...

+ Dénominations lexicales confuses : ex. amendes: administrative, civile, transactionnelle, d'intérêt public
Nature des sanctions est imprécise ...

Csq : pour les assureurs et les assurés (PM et Dirigeants) ?

De nouvelles obligations ?

Cohérence ou confusion ...

CONFUSION : CONSÉQUENCES POUR LES ASSUREURS RC

Exemple: CJIP & « assurabilité » des « amendes d'intérêt public » ?

- si proposition du Procureur = « réclamation »
- assurabilité des amendes dite civiles /administratives ?
débat : c/re à l'ordre public; c/re principe de personnalité des peines (121-1 Code pénal);
sanctions pénales et administratives sont assimilables.
- "amende d'intérêt public" (?).
 - atteinte à l'ordre public ? vs. Transaction
 - personnalité des "peines" ? Conseil Constitutionnel (FNE) "*les mesures fixées dans la transaction ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition*" (n° 2014-416).

De nouvelles obligations ?

Cohérence ou confusion ...?

CONFUSION : CONSEQUENCES POUR LES PM ET LES DIRIGEANTS ?

CUMUL DES POURSUITES?

Ex. RGPD vs. Code Pénal (amende 10/20 M€ ou 2-4 % CA vs. 300.000 € /5 ans et 1, 5 M€)

Traitement illicite des données, détournement, traitement malgré opposition ect...

Non Bis in Idem (NBI) - art.4 Protocole 7 CEDH - Fr réserve uniquement « pénal »

-Cour EDH: interdiction du cumul des poursuites adm. et pénales pour les mêmes faits (CEDH Grande Stevens 2014) – critère matériel

- France:

- C.Cl 1989: *NBI* n'a pas valeur constitutionnelle cumul poursuites pas c/re. principe nécessité – critère organique
- C.Cl: 18.03.2015 no *NBI* idem sauf (1) si faits identiques, (2) finalité répression identique, (3) sanction nature identique, (4) même ordre juridictionnel. → « de même nature » ? ...CC. 14.1.2016 adm/pénal pas de nature identique !

CUMUL DES SANCTIONS ? : conforme au principe de proportionnalité : « *le cumul des sanctions est possible, le principe de proportionnalité impose que le montant global des sanctions n'excède pas le montant le + élevé de l'une des sanctions encourues* » C.Cl . 07 /1989

Et le cumul des frais de défense !?

2. DE NOUVEAUX RISQUES

- **Une vision de l'exposition au risque D&O parfois erronée :**
 - La prise en charge des frais (frais de défense, frais d'enquêtes, caution et frais associés, dommages et intérêts, amende/sanction pécuniaire, frais annexes) par la société
 - Un risque qui pèse uniquement sur les sociétés cotées
 - Un risque qui se limite au pays :
 - d'implantation de la maison-mère ; ou
 - Dans lequel le dirigeant exerce ses fonctions

2. DE NOUVEAUX RISQUES

- De la théorie à la pratique : Une exposition réelle !**

Pays	Type de réclamation	Personne physique (PP) / Personne morale (PM)	Montant de la réclamation	Règlement Cie (Principal)	Règlement Cie (Frais de défense)
France	Action en comblement de passif	PP et PM	32 000 000 euros		100 000 euros
France	Délit de marchandage et prêt de main d'œuvre illicite	PP			55 000 euros
Suède	Pollution d'un site	PP			29 000 euros
Italie	Non-respect des règles de sécurité	PP			90 000 euros
France	Diffusion d'informations trompeuses et présentation de comptes inexacts	PP et PM	2 000 000 euros	1 000 000 euros	700 000 euros
Allemagne	Enquête entente sur les prix	PP et PM			280 000 euros
France	Procédure pénale pour blanchiment de capitaux	PP et PM			3 000 000 euros
France	Procédure pénale pour délit d'entrave	PP			60 000 euros
France	Enquête AMF	PP et PM		1 500 000 euros	3 775 000 euros
France	Poursuite au civil introduite par un ancien dirigeant	PP	6 800 000 euros		800 000 euros
France	Poursuite d'une exploitation déficitaire	PP	400 000 euros	100 000 euros	20 000 euros
France	Poursuite au pénal pour détention et vente de denrées corrompues ou toxiques	PP			80 000 euros
France	Procédure au pénal pour non respect des droits syndicaux	PP			11 000 euros
France	Enquête AMF pour manipulation de cours	PP et PM			300 000 euros
France	Action « ut singuli »	PP	2 000 000 euros		500 000 euros
USA	Securities Class Action pour communication d'informations trompeuses	PP et PM	Plusieurs centaines de millions US\$	43 000 000 US\$	Sous la franchise de plusieurs millions US\$

2. DE NOUVEAUX RISQUES

- Les principes de base de la responsabilité des dirigeants :



2. DE NOUVEAUX RISQUES

- **Une exposition réelle pour :**

- Les Dirigeants de Droit ou de Fait ou les Mandataires Sociaux de la société
- Les représentants de la société au sein d'une entité extérieure
- La société dans certains cas de figure, comme par exemple :
 - Réclamation boursière (lorsque la société est cotée en bourse)
 - En qualité de Dirigeant personne morale d'une filiale ou d'une participation
 - En cas de faute jugée « non séparable (FNS) »
 - En cas de mise en cause conjointe avec un ou plusieurs assurés (personnes physiques)

- **Les enjeux :**

- L'atteinte au patrimoine personnel des personnes physiques
- L'atteinte au bilan de la société

2. DE NOUVEAUX RISQUES

- **Un risque qui s'est matérialisé par :**

1

Réclamations
boursières

2

Faillite/Liquidation

3

Opérations de M&A

Les différentes
formes de
réclamations
introduites
contre les
dirigeants et
mandataires
sociaux

Actions menées par
des dirigeants
(présents ou passés)

4

Actions menées par
les salariés ou par
leurs représentants

5

Défaut de contrôle et
de surveillance

6

2. DE NOUVEAUX RISQUES

- **Un risque qui à ce jour se matérialise par :**

La multiplication des enquêtes et procédures menées par les régulateurs :

- Pratiques anti-concurrentielles (« Anti-trust »),
- Boursier,
- Financier,
- Lutte contre la corruption,
- Environnement,
- Fiscal,
- Social,
- Etc.

Dans un environnement international où :

- La société et ses dirigeants sont exposés au développement de lois et réglementations là où à travers le monde la société a des implantations et activités
- Les régulateurs coopèrent entre eux (notamment en matière de lutte contre la corruption : SEC et DOJ) au niveau international pour mener depuis l'étranger des enquêtes/poursuites contre les sociétés et leurs dirigeants

2. DE NOUVEAUX RISQUES

- **Un risque qui évolue selon les tendances actuelles vers :**

Le développement des enquêtes à l'initiative d'autorités régulatrices

- Enquêtes visant la société et nécessitant la comparution de personnes physiques
- Enquêtes visant directement des personnes physiques / perquisitions

Le développement des enquêtes internes menées par les sociétés

- Coopérer avec le/les régulateur(s)
- S'exonérer de toute responsabilité
- Eviter ou limiter le coût d'une éventuelle sanction
- Transférer la responsabilité sur des personnes physiques

L'exposition au risque de réclamations « boursières » pour les sociétés cotées

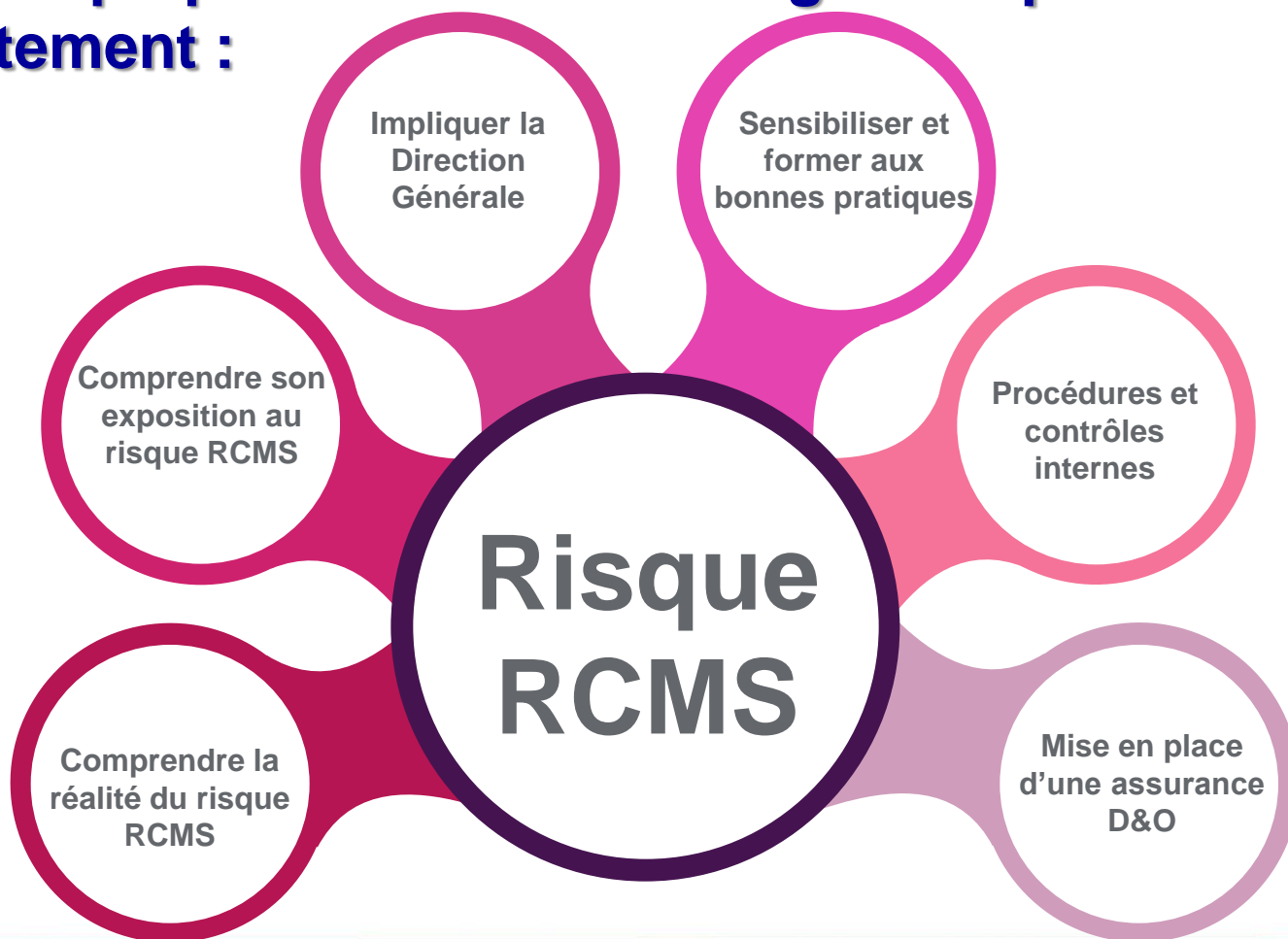
- Risques plus limités aux USA pour les sociétés qui ne sont pas/plus cotées en bourse aux USA du fait de la jurisprudence « Morrison »
- Mais risque de déplacement de ces actions en Europe (Pays-Bas, Royaume-Uni)
- Litige « Volkswagen » qui pourrait faire jurisprudence

Les conséquences d'incidents Cyber ou de fraudes sur les dirigeants

- Défaut de contrôles ou de surveillance
- Défaut de communication interne
- Défaut de sensibilisation interne
- Défaut de moyens de protection
- Défaut d'assurance

2. DE NOUVEAUX RISQUES

- **Qui impliquent une démarche globale pour son traitement :**



2. DE NOUVEAUX RISQUES

- **Disposer d'une garantie D&O qui soit :**

Cohérente avec le profil de
risque RCMS

Capable d'évoluer avec
l'exposition au risque et à la
sinistralité

La plus flexible possible

La plus internationale
possible

En ligne avec les « best
practices » des marchés de
l'assurance RCMS

La plus claire et
compréhensible possible

Réelle et « non accessoire »
ou sans intérêt

Placée auprès d'assureurs
de qualité et
accompagnants

A des conditions tarifaires
compétitives cohérentes
avec le risque et le marché

Placée et gérée dans le
cadre d'un partenariat

**Et...ayant vocation à fonctionner totalement et parfaitement
en cas de sinistre !**

3.LES IMPACTS SUR LA D&O

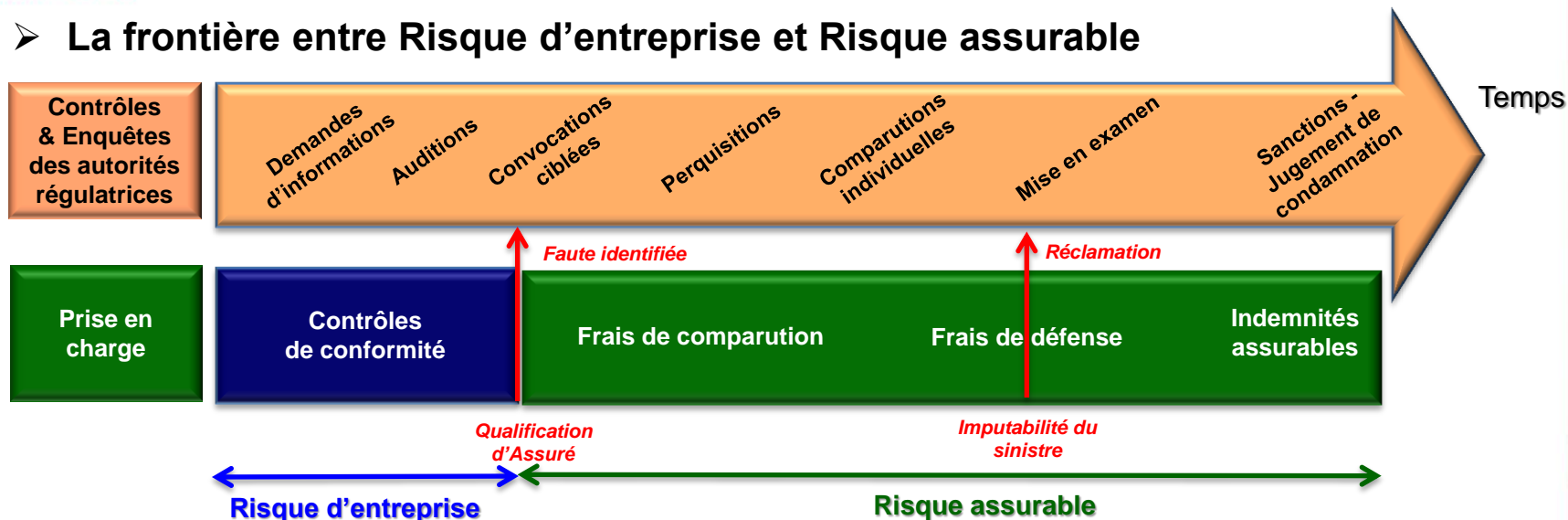
Le contrat d'assurance Responsabilité des Dirigeants (RDD)

	Assurés personnes physiques	Assurés personnes morales
Finalité de la garantie	Protection du patrimoine personnel	Protection de bilan
Base de garantie	Tous risques sauf	Périls dénommés
Responsabilités couvertes	<div> Procédures Collectives Responsabilité pour insuffisance d'actifs </div> <div> Société in bonis Violation des statuts Violation des Lois Fautes de gestion </div>	<ul style="list-style-type: none"> - Réclamations boursières - Personne Morale Dirigeante - Faute du dirigeant non séparable de ses fonctions
Typologie de garanties	<div> Garantie A Pers. Physique Non Non </div> <div> Garantie B Pers. Physique Oui Oui </div>	Garantie C (voire D) Pers. Morale Oui Oui
Etendue des prises en charge	<div>Frais de défense</div> <div>Dommages et intérêts</div>	

3. LES IMPACTS SUR LA D&O

L'application de la garantie dans le temps

➤ La frontière entre Risque d'entreprise et Risque assurable



➤ L'imputabilité du sinistre à la période d'assurance

▪ Caractéristiques des enquêtes des autorités régulatrices (notamment pour entente ou corruption)

- Dans l'espace : démultiplication des zones géographiques sous investigation (mondialisation et interactions)
- Dans le temps : élargissement des périodes de passation de contrats internationaux réexaminés

▪ Conséquences sur l'application des contrats d'assurance RDD:

- En matière de **datation du sinistre** (sériel) et d'imputabilité à la période d'assurance concernée en cas de changements d'assureurs
- En matière de **gestion homogène du sinistre** en cas de décalage de déclaration aux assureurs Primary et Excess

3. LES IMPACTS SUR LA D&O

Les difficultés de mise en oeuvre de l'Assurance RDD

➤ Dans le cadre des **frais**

- **Frais de comparution** (avant réclamation du tiers) des assurés personnes physiques vs des assurés personnes morales,
- **Les extensions allocations prédéterminées** : « *assurés/non assurés* » et « *faits couverts / faits non couverts* »,
- **Les frais de défense** : danger des clauses de remboursement, inconvénient des clauses de priorité d'indemnisation, et impact des franchises dans le cadre de réclamations conjointes,

➤ Dans le cadre des **sanctions financières prononcées par le régulateur**

- **Finalité de la sanction** : réprimer un comportement fautif ayant troublé un Ordre Public économique dont le régulateur est garant (et non indemniser un préjudice subi par un tiers victime) – recherche d'efficacité contre la faute lucrative,
- **Bénéficiaire de la sanction** : l'Etat,
- **Risque inhérent à l'application d'un contrat d'assurance pour payer une sanction**:
 - Nullité rétroactive d'une garantie contraire à l'OP,
 - Faute de gestion (problématique d'aléa dans sa prise en charge)

3. LES IMPACTS SUR LA D&O

Les conflits d'intérêts potentiels (1)

- Entre **l'assuré (PP)** mis en cause et la **société (PM)** objet de l'enquête:
- Enjeux entre assurés passés et assurés présents,
 - Enjeux en matière d'intérêt social en cas de mouvement de périmètre du groupe assuré,
 - Enjeux commerciaux pour la poursuite de l'activité de la personne morale,
 - Pression des autorités régulatrices sur la prise en charge des frais de défense,
 - Distorsion de périmètre entre le champ des personnes visées par les enquêtes et le périmètre d'opposabilité des transactions convenues (Convention Judiciaire d'Intérêt Public)



Risque d'anéantissement de toute défense **coordonnée**

3. LES IMPACTS SUR LA D&O

Les conflits d'intérêts potentiels (2)

➤ Entre l'**assuré** et l'**assureur**

- Le principe du « *Duty to defend* » : droit et devoir,
- Le cas des « *hammer clause* »,
- Le cas de la **transaction amiable** : condition et opposabilité,
- Le cas du « *plaider coupable* »,
- Le cas de la **Convention Judiciaire d'Intérêt Public** ou « *Deferred Prosecution Agreement à la française* »
 - **Non reconnaissance de culpabilité** (distorsion selon la procédure suivie ?),
 - **Risque de contagion (aggravé par la publication):**
 - ✓ Actions en réparation des victimes de corruption au civil,
 - ✓ Ouverture d'enquêtes d'autorités étrangères pour ces délits de corruption ou délits connexes

3. LES IMPACTS SUR LA D&O

Enjeux des nouvelles obligations mises à la charge des dirigeants

- **Volonté du législateur : réparer et punir...**
- **Volonté du juge : indemniser ou moraliser ?**

Violation consciente de ces obligations : faute intentionnelle ? Faute dolosive ?...

Exclusion de la **Faute intentionnelle** (JP constante) exigeant la double volonté par l'assuré:

- de commettre l'acte fautif ou le manquement à une obligation **et**
- de créer le dommage tel qu'il est survenu.

Assimilation (malgré L.113-1) puis **autonomie de la Faute dolosive** (C.Cass Civ 2^{ème} du 12.9.2013) excluant la garantie des lors qu'il y a:

- inexécution délibérée et consciente par le débiteur de ses obligation contractuelles,
- dont il ne pouvait ignorer les conséquences dommageables (qu'importe qu'elles aient été voulues **ou non**)

Prise de risque volontaire de l'assuré faussant le caractère aléatoire inhérent au contrat d'assurance

Conséquences dans le cadre des obligations mises à la charge de l'assuré:

- Pour respecter ses obligations de conformité vis-à-vis de son entreprise,
- Dans le cadre de ses déclarations de risques à l'assureur...

QUESTIONS

CONCLUSION

Pour les entreprises, ces évolutions législatives et réglementaires renforce la nécessité de mettre en place une démarche globale de risk-management :

- Développant une culture du risques avec l'élaboration de différents scénarii (CYBER, FRAUDE, CORRUPTION ...;)
- Intégrant le suivi des procédures compliances

→ UNE PARADE :

Justifier que l'entreprise a mis en place de manière adéquate les procédures pour suivre et limiter les impacts de ces risques

Merci

Les slides seront en ligne dès
la semaine prochaine sur
www.amrae.fr