

# D&O Message 2023

Risk and Insurance



**Bulletin d'information sur l'évolution de la responsabilité personnelle des membres du Conseil d'administration et de la Direction générale (Directors' & Officers' Liability, D&O).**

Les prix de l'énergie se maintiennent à un niveau élevé. L'AIE, Agence internationale de l'énergie, indique qu'en 2022, les achats de gaz de l'UE ont coûté environ trois fois plus qu'en 2021. Le conflit entre la Russie et l'Ukraine reste une menace. La dette américaine ne cesse d'augmenter et devrait être contenue grâce à des hausses d'impôts plus importantes. La montée des taux d'intérêt et de l'inflation entraînent une certaine volatilité sur les marchés financiers.

De nombreuses entreprises n'ont pas résisté aux charges supplémentaires et ont été contraintes de déposer le bilan. En France et en Angleterre, on a enregistré une augmentation des faillites de plus de 45% pour l'année 2022. Avec 22%, la Suisse est nettement mieux lotie et profite de conditions plus stables. Elle n'est toutefois pas épargnée – pour preuve l'exemple du Credit Suisse. Le défi pour les conseils d'administration et le management reste entier.

## Cas pratiques tirés de la presse

### Responsabilité en vertu du droit des sociétés

#### CAISSE DE PENSION ACSMS

Un gestionnaire de fortune a causé un dommage de CHF 57 millions à la Caisse de pension de l'Association des communes de la Sarine pour les services médico-sociaux (ACSMS) en effectuant des placements à risque, entraînant la liquidation de la caisse. En septembre 2022, 12 membres du conseil de fondation, le réviseur externe et l'experte en prévoyance se sont vu reprocher par un jugement du tribunal de ne pas avoir suffisamment rempli leurs obligations de surveillance envers le gestionnaire de fortune. Ils ont donc été condamnés à verser CHF 20 millions de dommages et intérêts. Les condamnés devraient faire appel de ce jugement devant le Tribunal fédéral.

#### WIRECARD

En décembre 2022 a débuté le procès principal dans la procédure pénale contre l'ancien président du groupe Wirecard Markus Braun et deux autres accusés. Les importantes déclarations du témoin-clé Bellenhaus ont été fermement rejetées par Braun. Pour l'heure,

il est plus souvent question de l'épuisement de la couverture d'assurance de Chubb, qui a été contraint par le tribunal en 2021, de prendre en charge les frais de défense des accusés. En effet, jusqu'à ce que le caractère intentionnel de l'acte soit établi, ceux-ci sont couverts. Sur les EUR 15 millions assurés par Chubb, 13,5 millions ont déjà été dépensés en conseils juridiques. Les autres frais doivent être pris en charge par les assureurs intervenant sur les lignes excédentaires, auprès desquels une somme d'assurance de EUR 150 millions a été achetée.

#### KARSTADT

Le Tribunal de grande Instance de Hamm (Oberlandesgericht Hamm) a condamné six membres du conseil de surveillance d'Arcandor, la maison mère de Karstadt en faillite depuis 2009, à verser EUR 53,6 millions de dommages et intérêts à l'administrateur de la faillite de la société anonyme. Le tribunal a justifié sa décision par le fait que la surveillance des membres du conseil d'administration fait partie du cahier des charges des membres du conseil de surveillance. En 2006, ils auraient laissé prescrire des demandes de dommages et intérêts contre d'anciens membres du Conseil d'administration, manquant ainsi à leurs obligations de surveillance. Cette affaire fait jurisprudence et constitue un appel aux conseils de surveillance de toujours agir immédiatement contre les membres des conseils d'administration.

« En 2021, l'assureur a été contraint par le tribunal de prendre en charge les frais de défense des accusés. »

## CREDIT SUISSE

En 2023, plusieurs plaintes collectives d'investisseurs américains ont été déposées contre le groupe Credit Suisse (CSG) et certains de ses organes. Ceci parce que les actions du CSG sont cotées au New York Stock Exchange en tant qu'American Depositary Shares (ADS). Le négoce se fait en USD avec des American Depositary Receipts (ADR) et est réglementé par les lois boursières locales. Les observateurs s'attendent à ce que des plaintes soient également déposées chez nous par de gros actionnaires disposant d'un capital important ou par des détenteurs d'obligations subordonnées AT1. Les déclarations du président du Conseil d'administration Axel Lehmann, selon lesquelles les

sorties de liquidités sont « totalement ralenties » n'ont toutefois pas incité l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) à ouvrir une procédure.

« Chez nous aussi, les observateurs s'attendent à des plaintes de gros actionnaires ou détenteurs d'obligations subordonnées AT1. »

## Changements législatifs En cours et à venir

### DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

Depuis le début de l'année 2023, de nouvelles dispositions s'appliquent aux sociétés anonymes. La modernisation de l'Assemblée générale et les possibilités supplémentaires en matière de constitution du capital sont des acquis importants. Pour les décisionnaires, il est important que les actionnaires minoritaires aient obtenu plus de droits, notamment en matière de demandes de renseignements, d'accès aux comptes ou de participation à la rédaction de l'ordre du jour d'une AG. Les contraintes pour un examen spécial (jusqu'à présent contrôle spécial) ont également été levées. Nous surveillons avec intérêt l'application du nouvel article 756 al. 2 CO dans la pratique. En effet, une Assemblée générale peut décider que la société intente une action en justice contre ses propres organes responsables. Elle peut confier la conduite du procès au Conseil d'administration ou à un représentant. Les entreprises ont jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2025 pour adapter leurs statuts au nouveau droit.

### RAPPORTS ESG (ENVIRONNEMENTAUX, SOCIAUX ET DE GOUVERNANCE)

Pour l'exercice 2023, les sociétés d'intérêt public doivent établir pour la première fois un rapport sur les questions non financières. Le Conseil fédéral va encore plus loin sur la question du climat et a adopté l'ordonnance d'exécution sur le reporting climatique. Celle-ci entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2024 et suit les recommandations de la Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), groupe de travail sur la publication d'informations financières relatives au climat. Elle porte sur le risque qu'encourt une entreprise par rapport à ses activités liées au climat et sur l'impact climatique résultant de ses activités.

### AMENDES LPD

En septembre 2023, la Suisse adaptera sa réglementation en matière de protection des données. Comme le RGPD européen, la nouvelle loi sur la protection des données (LPD) améliore la protection des données des personnes physiques, mais pas celle des personnes morales. Contrairement à la réglementation européenne, la sanction en cas de violation des dispositions de la LPD n'est pas dirigée contre une entreprise, mais contre des personnes physiques. Celles-ci sont punies d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 250 000 en cas de non-respect intentionnel de la loi. Ce ne sont pas les responsables de l'action qui sont ciblés, mais les responsables de l'organisation. Les amendes ne sont pas assurables et une entreprise ne peut pas endosser l'amende pour le compte de la personne responsable.

« Les entreprises ont jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2025 pour adapter leurs statuts au nouveau droit. »

## Développement du marché des assurances D&O

### INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

Depuis le lancement de ChatGPT, plusieurs outils de traitement du langage basés sur l'intelligence artificielle (IA) et l'apprentissage automatique sont à la portée de tous. Les « Big Tech » ont clairement laissé entendre qu'elles misaient sur ces technologies. Les dirigeants ont la lourde tâche d'évaluer les risques – ou les opportunités dans le meilleur des cas – liés à l'utilisation de cette toute nouvelle technologie. Le risque existe en effet de reprendre des informations erronées provenant de systèmes d'IA ou de divulguer des secrets professionnels à des tiers. Cela peut donner lieu à des prétentions et recours envers la direction ou la société, d'où l'importance de veiller à la sensibilisation des collaborateurs.

### DES RISQUES ACCRUS EN SUISSE AUSSI

De nombreuses PME ont fait faillite au moment où l'aide fédérale Covid-19 a pris fin. Par conséquent, nous devons nous attendre à une augmentation des litiges. Le rachat du CS par l'UBS est une lourde épreuve de force pour le management. L'avenir nous dira comment tout cela se répercutera sur l'évolution des sinistres D&O.

### LE REVIREMENT DE MARCHÉ EST LÀ MALGRÉ TOUT

Il y a quatre ans, le marché des « Financial Lines » s'est fortement durci dans le monde entier, principalement en raison du paiement de millions pour des cas de sinistre D&O à l'étranger et les pertes qui en ont résulté pour les assureurs. Des affaires connues et très coûteuses pour les assureurs ont été Daimler, VW,

Wirecard, Boeing pour n'en citer que quelques-unes. La Suisse n'a pas encore été touchée par des cas de sinistres D&O de grande ampleur. Après une analyse du portefeuille clients D&O, nous estimons que cette branche est globalement rentable pour les assureurs suisses. De plus, de nouveaux prestataires sur le marché disposent de capacités pour la D&O, ce qui se traduit par une baisse des primes.

### BENCHMARK DES MONTANTS ASSURÉS

Montants moyens assurés – clients Kessler (situation mai 2023)



Les limites des entreprises cotées en bourse ont été quelque peu revues à la baisse. L'analyse montre que la plupart des entreprises ont laissé leur somme d'assurance inchangée. Certaines l'ont légèrement réduite pour des raisons de coûts. Pour beaucoup d'autres, le besoin se fait sentir d'augmenter à nouveau la somme d'assurance. Cela s'explique par les capacités disponibles sur le marché et la concurrence accrue sur le marché excédentaire. En outre, les entreprises sont prêtes à utiliser les économies de primes pour acheter des sommes d'assurance plus élevées.

### KESSLER EN BREF

Kessler est l'entreprise leader dans le domaine du conseil en risques, assurances et prévoyance en Suisse. Nous nous occupons de plus de 1500 moyennes et grandes entreprises suisses issues des services, du commerce et de l'industrie ainsi que du secteur public. Grâce à nos compétences dans les différents secteurs économiques, à nos collaborateurs qualifiés et à notre position de leader sur le marché, nous contribuons de manière significative au succès durable de nos clients. En tant que partenaire fiable, nous suscitons leur enthousiasme et leur ouvrons de nouvelles perspectives par notre gestion sûre des risques. Fondée en 1915, Kessler compte aujourd'hui

330 collaborateurs travaillant au siège à Zurich et sur les sites de Bâle, Berne, Genève, Lausanne, Lucerne, Neuchâtel, Saint-Gall, Sion et Vaduz. En tant que partenaire suisse de Marsh, nous faisons depuis 1998 partie d'un réseau de spécialistes issus de toutes les branches de gestion des risques et disposons d'une grande expérience dans le suivi des programmes d'assurances globaux. Marsh est active dans plus de 130 pays et le principal courtier en assurances et conseiller en gestion des risques et fait partie de Marsh McLennan (NYSE : MMC).

Vous trouverez de plus amples informations, sous [www.kessler.ch](http://www.kessler.ch), [www.marsh.com](http://www.marsh.com), [www.mmc.com](http://www.mmc.com).

#### KESSLER & CO SA

Forchstrasse 95  
Case postale  
CH-8032 Zurich  
T +41 44 387 87 11  
[www.kessler.ch](http://www.kessler.ch)