

Les mandataires sociaux au défi des crises

Alors que la crise sanitaire perdure, que des crises sociales mais également macro et micro-économiques commencent à se faire jour, le rôle des administrateurs pris individuellement et du conseil d'administration, instance collégiale, ainsi que des dirigeants se pose avec davantage d'acuité. Leur rôle est-il le même ? Comment les mandataires sociaux doivent-ils appréhender une telle situation de crise ?



Armand W. Grumberg,
avocat associé



François Barrière,
professeur & avocat

SUR LES AUTEURS

Armand W. Grumberg, avocat associé, Head of European M&A – Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

François Barrière, professeur à l'Université Lumière Lyon 2, avocat (French counsel) – Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

Skadden conseille ses clients dans les domaines les plus stratégiques, notamment en matière de fusions-acquisitions, d'opérations de marchés et de financements, de restructurations, de réglementation bancaire et financière, de fiscalité, de contentieux et d'arbitrage, de droit social, ainsi que les domaines liés.

Comme toute crise, la pandémie de la Covid-19 crée de nombreux défis pour les dirigeants et les administrateurs de sociétés. Les membres du conseil d'administration et les directeurs généraux doivent désormais prendre des décisions clés avec célérité – la pandémie étant inédite et évolutive –, tout en étant soumis à une pression importante aux fins de réussir, et ayant souvent à faire face à des difficultés d'approvisionnement auprès de certains de leurs fournisseurs et à une baisse de la demande pour leurs propres produits. En outre, la direction générale doit être en mesure de réagir aux consignes sanitaires, y compris d'éventuelles obligations de télétravail, d'horaires décalés, voire de confinement, induisant que les sociétés peuvent ne plus être en mesure d'avoir pleinement recours à leur main-d'œuvre, y compris en cas d'augmentation d'arrêts maladies liés à la pandémie. Les difficultés sont nombreuses !

Une fois la pandémie terminée, les mandataires sociaux risquent d'être confrontés à l'appréciation de la manière dont ils auront relevé ces défis ; c'est alors que des critiques pourraient être émises. L'expérience montre que de nombreuses

décisions prises pendant une crise sont remises en question peu après la fin de celle-ci, à l'aune du temps additionnel offert pour la réflexion et en connaissant les conséquences des décisions prises, autrement dit d'être dans une posture de constat et non pas dans une logique prospective. En conséquence, les mandataires sociaux peuvent être amenés à devoir justifier leurs décisions.

« Les mandataires sociaux risquent d'être confrontés à l'appréciation de la manière dont ils auront relevé les défis auxquels leurs sociétés font face »

Le cadre juridique général applicable aux décisions des mandataires sociaux s'applique également à celles prises pendant une crise, et leurs obligations de prudence et de diligence demeurent, ce qui amène à s'interroger sur les moyens par lesquels les mandataires sociaux peuvent se protéger contre d'éventuelles contestations.

L'intérêt social, un impératif à documenter

Cette boussole qu'est l'intérêt social doit continuer à guider les prises de décisions sociales. Les mandataires sociaux doivent respecter les exigences de chacun des États dont la législation serait applicable. Leur esprit entrepreneurial ne doit pas être suspendu le temps de la crise : s'ils considéraient raisonnablement qu'ils agissent dans l'intérêt de leur société, tout en s'étant assuré de disposer des informations pertinentes et nécessaires pour asseoir leur décision, ils doivent pouvoir continuer de gérer celle-ci par les actions qu'ils déterminent. Ils doivent d'autant moins être paralysés par la crise que l'absence de décision pourrait leur être reproché, telle l'absence de développement d'un nouveau marché ou de concrétisation d'une opportunité de croissance externe.

Dans les circonstances actuelles, les mandataires sociaux sont souvent contraints de prendre des décisions dans des délais serrés et sous une forte pression pour réussir, avec des résultats potentiels qui peuvent être aléatoires du fait des circonstances en cause. Toute personne qui contestera ces

LES POINTS CLÉS

- La crise actuelle, comme toute crise, crée des défis pour les mandataires sociaux, y compris celui de faire face ultérieurement à une contestation de leurs décisions ;
- Si la boussole de l'intérêt social doit continuer à guider leurs décisions, les mandataires sociaux doivent notamment s'assurer de documenter celles-ci, en ayant recours à des avis de tiers si besoin ;
- Si certaines décisions peuvent être contestées, l'absence de décision le peut également : la crise ne doit donc pas annihiler l'esprit entrepreneurial.

décisions à l'avenir en connaîtra l'issue et disposera de bien plus de données au moment de la prise de décision. Ceux qui viendraient à contester une décision sont le plus souvent extérieurs aux organes sociaux et ne connaissent pas le contexte applicable, pas plus que les tribunaux qui statueront le cas échéant sur leur responsabilité. D'où l'impératif de documenter ses décisions, y compris d'une manière prospective afin de répondre aux questionnements potentiels d'une juridiction qui viendrait à être saisie.

Des exigences élevées quant à la forme et au contenu des résolutions du conseil d'administration s'imposent, afin que les procès-verbaux et autres documents des organes décisionnels de la société reflètent le sérieux dans la prise de décision. Ces documents servent de mémoire à la société et

doivent donc être explicites et compréhensibles, même pour des tiers ayant des connaissances limitées de la décision en cause, voire découvrant celle-ci ultérieurement.

L'appréhension de la crise par le top management

Les décisions qui présentent un potentiel de risque élevé et qui doivent être prises dans des circonstances extraordinairement incertaines doivent faire l'objet d'une attention particulière. Le recours aux conseils et avis de tiers-experts peut s'avérer recommandé, voire nécessaire, en présence de questions critiques. Ces avis peuvent être de nature financière, comptable ou encore juridique. D'ailleurs, les difficultés d'interprétation des textes de loi, souvent modifiés en peu de temps, ne doivent pas amener à sous-estimer ces difficultés.

Les mandataires sociaux doivent le cas échéant adapter rapidement et efficacement les processus et les structures organisationnelles existant afin de faire face à une situation de crise, par exemple en mettant en place des équipes transversales. Ils doivent aussi déterminer à quel moment un problème doit être remonté au niveau supérieur : dans une situation de crise, certaines tâches déléguées peuvent devenir si importantes qu'elles devraient remonter directement à un membre de la direction générale, voire être examinées par le conseil d'administration lui-même. Il peut être de bonne gouvernance que la prise de décisions clés se fasse par un organe collégial, tel le conseil d'administration, davantage que par une décision individuelle.

Les mesures nouvelles à prendre en compte

Plusieurs mesures ont été prises par le gouvernement afin d'assister les entreprises en cette période de crise. Les mandataires sociaux non seulement peuvent mais doivent s'en enquérir afin de déterminer si leur entreprise peut en bénéficier. Les mesures financières, fiscales, voire parfois les options contractuelles que la crise a amené sont autant de nouveautés dont les mandataires sociaux doivent se familiariser, afin de continuer à agir dans l'intérêt de la société.

Toute crise amène un risque de contentieux important : les mandataires sociaux doivent s'en prémunir en continuant à exercer leurs responsabilités dans le respect des principes applicables mais avec un degré de suivi plus intense ! ♦

