

NEWS

POSSIBILITÉ DE PRENDRE EN COMPTE LES INTÉRÊTS DU GROUPE : NOUVELLE JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DES ORGANES D'UNE SA AU SEIN D'UN GROUPE DE SOCIÉTÉS

RÉSUMÉ DES FAITS

Les faits à la base de l'arrêt s'inscrivent dans le contexte de la débâcle du groupe Swissair en 2001 (le *Grounding*).

Pour mémoire, à la fin des années 1990, l'ancienne Swissair Société Anonyme Suisse pour la Navigation Aérienne est devenue SAirGroup AG, société à la tête du groupe dont faisait notamment partie la nouvelle Swissair Société Anonyme Suisse pour la Navigation Aérienne (*Swissair*). A l'occasion de cette réorganisation, une gestion centralisée de la trésorerie a été mise en place par l'introduction d'un cash pool visant à garantir que chaque société du groupe dispose des liquidités nécessaires. Dans le cadre de ce *zero balancing cash pooling*, une société néerlandaise, SAirGroup Finance (NL) B.V., fut créée avec pour but d'être le leader du cash pool (le *Pool Leader*).

On rappellera encore que, jusqu'au *Grounding*, Swissair, qui participait au cash pool en sa qualité de société opérationnelle responsable notamment de l'exploitation des vols, a mis de très importants montants à la disposition du *Pool Leader*, dont elle a pratiquement toujours été la créancière. Par ailleurs, Swissair a également accordé, jusqu'au *Grounding*, plusieurs crédits à SAirGroup AG, sous la forme de placements à terme.

C'est dans ce contexte, que la masse concordataire de Swissair (la *Demanderesse*) a ouvert action contre plusieurs anciens dirigeants de SAirGroup AG. En substance, la *Demanderesse* a reproché auxdits dirigeants une violation de leurs devoirs de diligence dans la gestion du patrimoine de Swissair

Dans son arrêt 4A_268/2018 du 18 novembre 2019, le Tribunal Fédéral a eu l'occasion de traiter de la question de la responsabilité des organes d'une SA au sein d'un groupe de sociétés. Bien que les groupes de sociétés ne soient pas étrangers au droit suisse qui en régleme certains aspects, leurs particularités n'ont jusqu'à présent que rarement été prises en compte par la jurisprudence. Dans l'arrêt susmentionné, notre Haute Cour a cependant considéré, en se référant au principe de la « *Business Judgement Rule* », que les organes des sociétés d'un groupe pouvaient tenir compte des intérêts du groupe lors de la prise de décisions commerciales. Cet arrêt est à saluer dès lors qu'il tient compte des réalités économiques, qu'il reconnaît au Conseil d'administration une certaine marge de manœuvre lors de la prise de décisions commerciales, lesquelles comportent nécessairement des risques, et qu'il participe à réduire certaines incertitudes en matière de financements intragroupes.

et, à certains de ces dirigeants, la mise en place d'une organisation de groupe contraire au droit des sociétés.

CONSIDÉRANTS PRINCIPAUX DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

S'agissant tout d'abord de la prétendue *mise en place d'une organisation de groupe contraire au droit des sociétés* et plus particulièrement contraire aux exigences de l'article 716a CO au vu de l'absence d'autonomie de Swissair, le Tribunal Fédéral rejoint l'instance précédente en considérant qu'au sein d'un groupe, l'exercice, par la société-mère, d'une direction unique, suppose de procéder à une réduction téléologique de l'article 716a al. 1 CO et de considérer, qu'au niveau des filiales du groupe, les tâches du Conseil d'administration se limitent aux tâches résiduelles qui ne sont pas exercées par la société-mère.

S'agissant ensuite de la prétendue *violation, par les intimés, de leurs devoirs dans la gestion du patrimoine de Swissair*, le Tribunal Fédéral commence par rappeler que, selon sa jurisprudence bien établie, l'octroi, à une société-mère, respectivement à des sociétés sœurs, de prêts aux conditions du marché ne contrevient pas aux dispositions protégeant le capital-actions. A la suite de ce rappel, le Tribunal Fédéral retient qu'*in casu*, bien qu'à compter du 1er janvier 2001, les prêts de Swissair n'étaient plus octroyés aux conditions du marché et qu'ils violaient les dispositions protégeant le capital-actions, l'on ne saurait retenir une violation, par les intimés, de leurs devoirs de diligence, dès lors que ces prêts mis à la disposition des autres sociétés du groupe servaient l'intérêt de ce der-

nier et, indirectement, l'intérêt de Swissair, en ce sens que la survie de SAirGroup AG et de ses autres filiales, dont dépendait entre autre la flotte du groupe, était essentielle pour permettre à Swissair de continuer d'exploiter les vols et ainsi de continuer son activité.

Ainsi, notre Haute Cour parvient à la conclusion, très importante en pratique, que l'octroi d'un prêt sans garantie, à des conditions qui ne seraient pas proposées à des tiers et dont le montant n'est par ailleurs pas couvert par des fonds propres librement disponibles, n'est pas forcément constitutif d'une violation des devoirs des organes, de fait ou de droit, dirigeants la société octroyant ledit prêt.

On notera encore que dans le cadre de l'examen de la prétendue violation, par les intimés, de leurs devoirs, le Tribunal Fédéral s'est référé au principe de la *Business Judgement Rule*, selon lequel les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans l'appréciation ex post de décisions commerciales prises hors de tout conflit d'intérêts et sur la base

d'informations suffisantes, et a également rappelé qu'une certaine prise de risque par les organes dirigeants n'était pas incompatible avec leurs devoirs de diligence, dès lors que ces derniers sont tenus, dans les limites de l'intérêt de la société, d'accomplir certains actes et de prendre certaines décisions, qui, de par leur caractère commercial, impliquent forcément certains risques.

CONSÉQUENCES POUR LA PRATIQUE

Cet arrêt reconnaît au Conseil d'administration, également en matière de financements *up- ou cross-stream*, une marge de manœuvre indispensable pour permettre, en pratique, la prise de décisions commerciales, lesquelles sont toujours accompagnées d'un certain degré de risque. Malgré cet arrêt, il est toujours recommandé de procéder à un examen juridique des contrats de prêts et des systèmes de cash pooling avant qu'ils ne soient utilisés dans le cadre de financements intragroupes et, le cas échéant, de les soumettre également à l'organe de révision afin d'éviter toute mauvaise surprise lors de la révision des comptes.



STEFAN SCHERRER
Avocat, Dr. iur.
Associé



GAETANO GENONI
Avocat, Dr. iur., M.A. HSG
Collaborateur

BIANCHISCHWALD SÀRL

mail@bianchischwald.ch
bianchischwald.ch

GENÈVE

5, rue Jacques-Balmat
Case postale 5839
CH-1211 Genève 11
T +41 58 220 36 00
F +41 58 220 36 01

ZURICH

St. Annagasse 9
Case postale 1162
CH-8021 Zurich
T +41 58 220 37 00
F +41 58 220 37 01

LAUSANNE

12, avenue des Toises
Case postale 5410
CH-1002 Lausanne
T +41 58 220 36 70
F +41 58 220 36 71

BERNE

Elfenstrasse 19
Case postale 133
CH-3000 Berne 15
T +41 58 220 37 70
F +41 58 220 37 71