

Journée CEDIDAC 2017 de droit de l'entreprise

**Gouvernance dans la jurisprudence du TF:
l'exemple de la *Business Judgment Rule***

Mathieu Blanc

Dr en droit, avocat, chargé de cours à l'Université de Lausanne

L'historique de la *Business Judgment Rule* (BJR)

- Depuis 1829, les tribunaux américains considèrent qu'il ne leur appartient pas de se substituer aux organes pour déterminer *a posteriori* si une décision commerciale est opportune.
- “*The business judgment rule is a presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company.*” (Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858).

La reprise de la BJR au niveau mondial

- De nombreux pays ont intégré ou transposé la BJR dans leur ordre interne (Australie, Brésil, Espagne, Italie, Japon, etc.).
- En Allemagne: § 93 (1) para. 2 AktG:
«Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. »

But et portée de la BJR

- En acceptant leur mandat, les administrateurs prennent le risque d'engager leur responsabilité sur tout leur patrimoine, même pour négligence.
- Les dirigeants sont donc incités à prendre des décisions prudentes, parfois au détriment des intérêts de la société.
- Pour limiter l'aversion au risque, la BJR protège la marge de manœuvre des organes qui suivent un processus formel.

La BJR dans la jurisprudence du TF

- Le TF reconnaît depuis longtemps que les organes dirigeants de la SA jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation dans la gestion commerciale.
- Le TF a consacré le principe d'une « retenue dans l'appréciation des décisions commerciales » à partir de 2010 et rendu un arrêt de principe le 19 juin 2012.
- Depuis lors, le TF a appliqué ou rappelé ce principe dans une dizaine d'arrêts, le plus récent datant du 13 décembre 2016 (4A_259/2016).

Arrêt du TF 4A_306/2009 du 8 février 2010

- Le TF cite, sans le contester, le principe retenu par l'autorité cantonale selon lequel l'examen des décisions commerciales se fait avec retenue – même celles qui apparaissent *a posteriori* erronées – notamment dans le cadre de mesures d'assainissement pour lesquelles les organes bénéficient d'une marge de manœuvre importante.
- Le TF précise que ce principe ne vaut que pour les décisions exemptes de tout conflit d'intérêts.

Arrêt du TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012

- En accord avec la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral reconnaît que les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans l'appréciation *a posteriori* de décisions commerciales prises au cours d'un **processus décisionnel irréprochable**, reposant sur une **base d'informations adaptée** et **exempt de conflits d'intérêts**.

Arrêt du TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012

- Pour le TF, l'application de la BJR n'est pas exclue dans un groupe (ici octroi d'un prêt intra-groupe à une filiale détenue à 100%).
- Toutefois, des critères plus sévères doivent être appliqués dans le cas d'une transaction intra-groupe.
- Cette sévérité se justifie car lorsque la société mère contrôle entièrement sa filiale, elle doit (ou devrait) détenir toutes les informations nécessaires pour estimer les risques et fonder sa décision commerciale.

ATF 139 III 24 (JdT 2013 II 328)

- Le TF rappelle le principe de la retenue dans l'appréciation *a posteriori* de décisions commerciales prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, avec une base d'informations adaptée et exempt de conflit d'intérêts.
- La diligence s'apprécie selon l'état du droit, les informations disponibles et les critères applicables au moment de l'action concernée: les manquements sont donc analysés avec un point de vue *ex ante*.

ATF 139 III 24 (JdT 2013 II 328)

- Le conseil d'administration doit donc apprécier les chances de succès d'un procès avec soin, cas échéant en s'aidant des conseils d'un avocat ou d'un autre expert.
- Il faut examiner dans chaque cas, au vu des circonstances et des risques, s'il était défendable d'emprunter la voie judiciaire.
- Dans ce cadre, toute décision d'ouvrir un procès doit s'inscrire dans un but couvert par l'intérêt social, nié en l'espèce.

Arrêt du TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013

- La décision commerciale doit être prise au cours d'un processus décisionnel **exempt de conflits d'intérêts**.
- Le contrat de prêt conclu **sans aucune garantie/sûreté** entre deux sociétés dont un administrateur est élu dans les deux entités soulève un conflit d'intérêts manifeste.
- L'octroi d'un tel prêt n'est manifestement pas dans l'intérêt de la prêteuse, en tous cas en l'absence de circonstances pouvant justifier une telle décision. Les déclarations de l'organe selon lesquelles il n'avait aucun doute sur le remboursement du prêt ne sont pas non plus suffisantes.

Arrêt du TF 4A_97/2013 du 28 août 2013

- Sans décision formelle adoptée par l'organe compétent, le processus n'est en tous les cas pas suffisant pour permettre l'application de la BJR.
- Une **PROCEDURE ET NON décision** formelle doit permettre l'examen des risques et opportunités d'une décision au sein de l'organe, peu importe les rapports de majorité au sein de cet organe.
- Un processus formel a toujours un « effet disciplinant » et, partant, un impact positif sur la qualité matérielle de la décision.

Arrêt du TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014

- Si la décision de payer USD 200'000 à une société russe est adoptée selon les règles internes et est exempte de conflit d'intérêts, il se pose la question de savoir si l'administrateur unique aurait pu avoir plus d'informations ou dû procéder à des recherches complémentaires.
- Le TF retient que l'information était adaptée au vu de l'état des connaissances d'alors, qu'il est parfois plus difficile d'obtenir des informations à l'étranger et ne voit pas quelles clarifications supplémentaires aurait dû être recherchées.
- Le caractère défendable de la décision dépend des avantages qui étaient liés à la transaction commerciale.

Arrêt du 4A_603/2014 du 11 novembre 2015

- Lors de l'examen du système de cash pooling mis en place au sein du SAirGroup, le TF rappelle que si la décision commerciale remplit les critères du processus décisionnel irréprochable, alors son opportunité ne sera pas remise en cause si elle est défendable (*vertretbar*).
- La BJR **ne s'applique pas à une omission fautive** car dans ce cas il manque une décision commerciale et un processus pour la prendre (la décision commerciale de ne pas agir étant réservée).

Arrêt du TF 4A_259/2016 du 13 décembre 2016

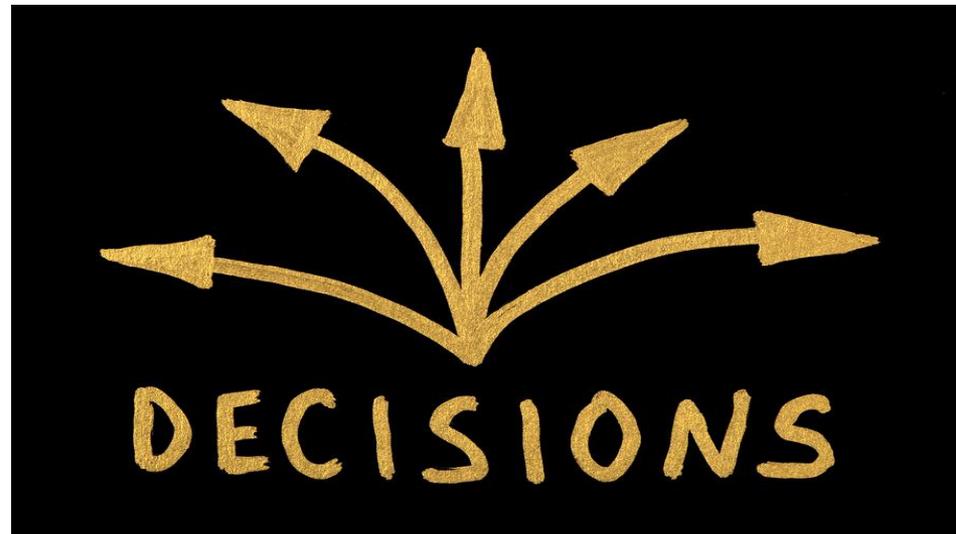
- Lorsque le conseil d'administration prépare puis prend ses décisions de manière soigneuse et vérifie de la même manière leur mise en œuvre, une gestion des affaires conforme aux devoirs est présumée. En cas de conflit d'intérêts, une violation des obligations est présumée.
- En alléguant que l'absence formelle de décision du conseil d'administration s'explique par le fait que le président avait le pouvoir de signature individuelle, les recourants confondent les rapports externes et les rapports internes (cf. art. 716b al. 3 CO).

Conditions d'application de la BJR

- **Une décision commerciale prise dans l'intérêt de la société**
 - Une décision qui respecte l'ordre juridique.
 - Une décision qui s'inscrit dans le cadre du but social (l'intérêt de la société ne recouvrant pas celui de ses seuls actionnaires).
 - Une décision qui résulte de l'exercice du pouvoir d'appréciation. Les omissions ne sont pas visées.
 - *Une décision matériellement défendable.*

Conditions d'application de la BJR

- **Un processus décisionnel irréprochable** (même pour un administrateur unique) **reposant sur**:
 1. Des informations adaptées;
 2. Une décision exempte de conflits d'intérêts.



Conséquences pour les organes dirigeants

1. Mettre en place un processus décisionnel idoine

- Respect des compétences des différents organes et instauration d'une bonne gouvernance d'entreprise.
- Adoption d'un règlement d'organisation détaillé et création de comités (nomination, risques, audit, etc.).
- Préparation et participation aux séances.
- Documentation de toutes les décisions (*PV décisionnel insuffisant*).

Conséquences pour les organes dirigeants

2. Obtenir l'information adaptée

- Collecter toute l'information nécessaire.
- Garantir la circulation de l'information (notamment au sein d'un groupe).
- Faire appel à des experts-conseil si nécessaire

3. Prendre toutes mesures pour éviter/limiter les conflits d'intérêts

- Processus d'annonce en cas de conflit.
- Récusation lors de la délibération ou lors de la décision ou démission en cas de conflit permanent.
- Fairness opinion?

Quelques conclusions

- La BJR ne concerne que la condition du manquement aux devoirs de diligence et de fidélité de l'art. 717 CO.
- L'opportunité de la décision commerciale ne sera pas remise en cause si elle apparaît **défendable**.
- Il ne s'agit pas d'une présomption en faveur des dirigeants mais d'un **standard de contrôle**.



- Les dirigeants ne violent pas automatiquement leurs devoirs si les critères ne sont pas respectés.

Quelques conclusions

You can be wrong but the process must be right!



Merci pour votre attention