

Lettre du commissaire provisoire de Swissair Group aux membres du Conseil fédéral suisse et des Chambres fédérales

Küsnacht-Zurich, le 15 novembre 2001. Le commissaire provisoire de Swissair Group, Maître Karl Wüthrich, avocat au cabinet Wenger Plattner, a informé les membres du Conseil fédéral suisse et des Chambres fédérales le 15 novembre 2001 au moyen de la lettre suivante (texte intégral).

Considérations concernant le contrôle spécial du point de vue du commissaire provisoire

Madame la Présidente du Conseil des Etats,
Monsieur le Président du Conseil national,
Monsieur le Président de la Confédération,
Mesdames et Messieurs,

Dans le cadre de la session extraordinaire consacrée à Swissair, vous déciderez notamment du crédit de paiement n° 4 (601.3180.000; pages 38 et 39 du message: CHF 2 millions destinés au contrôle spécial).

En ma qualité de commissaire provisoire de SAirGroup, je me permets de prendre position à ce sujet car, à ce jour, il n'apparaît guère utile de poursuivre le contrôle spécial. Par ailleurs, je ne suis pas en mesure, pour des raisons que j'exposerai dans cette lettre, de couvrir les frais de la poursuite du contrôle spécial en puisant dans les fonds de la masse concordataire.

Je récapitule tout d'abord mes considérations, pour les motiver en détail dans une seconde partie.

RÉCAPITULATION:

Dans le cadre de la procédure concordataire de SAirGroup, les organes de liquidation sont légalement tenus de vérifier à quelles personnes incombe la responsabilité de l'effondrement de la société. Les organes de liquidation ont accès à tous les documents de la société. Ils seront donc en mesure de confier à des experts le soin d'élucider, de manière ciblée, les faits susceptibles de relever d'une responsabilité légale. Sur la base des résultats de ces enquêtes, les organes de liquidation décideront, en tenant compte de l'avis de créanciers, à l'encontre de quelles personnes il conviendra d'élever des prétentions en responsabilité.

Le contrôle spécial en cours se borne, en revanche, à répondre aux quelques 150 questions posées par les représentants des actionnaires de la société à l'issue de l'assemblée générale ordinaire du printemps 2001. Les questions posées ne sont pas fondées sur une connaissance détaillée des affaires internes de Swissair. Elles concernent la période antérieure à la mi-avril 2001. La période allant de la mi-avril 2001 au début du sursis concordataire n'entre pas dans le cadre du contrôle spécial.

Compte tenu des dispositions légales réglementant le déroulement du contrôle spécial, le rapport sera vraisemblablement achevé au printemps 2003. La société chargée du contrôle spécial table sur un coût global de CHF 3 à 4 millions.

Au vu de cette situation, je vous propose d'adopter le crédit sollicité sans toutefois limiter sa destination à la réalisation du contrôle spécial. Je considère que cela permettra d'éliminer, dans une large mesure, les redondances et d'utiliser les moyens disponibles avec plus d'efficacité. En outre, il sera ainsi possible de réduire considérablement le temps nécessaire pour que ce rapport puisse être porté à la connaissance du public.

En l'espèce, je propose la démarche suivante:

- Arrêt de la procédure de contrôle spécial en accord avec les parties concernées, la société chargée du contrôle spécial et le commissaire provisoire;
- Règlement d'éventuelles indemnités à la société chargée du contrôle spécial pour les travaux réalisés par ses soins jusqu'à l'octroi du sursis concordataire, sans avoir recours à la masse concordataire;

- Sauvegarde des résultats actuellement acquis grâce à la rédaction d'un rapport intermédiaire, éventuellement cofinancé par la masse concordataire;
- Mandat à Ernst & Young AG, Zurich, d'établir, pour le compte de SAirGroup, un rapport élargi sur les responsabilités, en préservant les intérêts des créanciers (y compris ceux de la Confédération suisse et du canton de Zurich) lors de la formulation des questions posées;
- Cofinancement par la Confédération suisse, le canton de Zurich et la masse concordataire de SAirGroup des honoraires à verser dans le cadre de l'exécution du mandat.
- Garantie du droit de regard de la Confédération suisse et du canton de Zurich sur le rapport.

MOTIVATION DE CES PROPOSITIONS

1. Introduction

La responsabilité éventuelle des organes de SAirGroup dans la débâcle de Swissair doit, en tout état de cause, faire l'objet d'une enquête approfondie. A la suite du maintien au sol de la flotte de Swissair le 2 octobre 2001 et de l'octroi du sursis concordataire provisoire à SAirGroup ainsi qu'à diverses autres sociétés du groupe, cette enquête est dans l'intérêt non seulement des actionnaires et du public mais aussi, et en premier lieu, dans celui des créanciers.

Il reste que l'on peut se demander si le contrôle spécial institué sur l'initiative des actionnaires, avant la procédure concordataire, est aujourd'hui le moyen approprié pour clarifier les responsabilités. Je me permets de vous exposer ci-dessous mon opinion sur la manière dont il conviendrait d'examiner la question des responsabilités, compte tenu des circonstances actuelles.

2. Sens et contenu d'un contrôle spécial

L'objet d'un contrôle spécial est de déterminer si la société a été lésée par les actions de ses organes. Les actionnaires doivent pouvoir décider, sur la base du rapport du contrôleur spécial, s'ils désirent poursuivre en

dommages-intérêts, au profit de la société, tous les organes sociaux ou certains d'entre eux, conformément à l'article 756 CO.

3. Déroulement d'un contrôle spécial

Le déroulement du contrôle spécial ressort du schéma fonctionnel ci-joint. Le graphique ne montre ni les conditions du contrôle spécial (article 697 CO) ni la procédure d'institution (articles 697a à 697c CO). Dans le cas de Swissair, les décisions rendues le 19 et 20 juin 2001 par le tribunal compétent ont mis un terme à ces étapes de la procédure, le contrôle spécial étant en cours depuis la mi-août 2001.

4. Etat du contrôle spécial chez SAirGroup

Le contrôle spécial a été confié à la société Ernst & Young AG, Zurich. Selon les informations obtenues, les prestations fournies entre la mi-août 2001 et la fin septembre 2001 couvrent environ la moitié du total des travaux nécessaires. L'achèvement des travaux complémentaires était prévu pour la fin décembre 2001. La société chargée du contrôle spécial table sur un rapport de 500 à 1000 pages. Compte tenu des dispositions légales réglementant le déroulement du contrôle spécial, il est peu probable que le rapport certifié puisse être présenté avant le printemps 2003.

Il n'existe pas encore de résultats intermédiaires écrits.

5. Effet de la procédure concordataire sur le contrôle spécial

En principe, l'octroi d'un sursis concordataire provisoire n'a pas d'effet sur un contrôle spécial en cours.

Toutefois, il convient de tenir compte des éléments suivants:

- a) Si, au moment de l'octroi du sursis concordataire provisoire, certains honoraires dus au contrôleur spécial n'ont pas été réglés, ceux-ci ne peuvent plus être payés par la société sans l'assentiment du commissaire provisoire. Le paiement d'une dette ancienne aboutirait à privilégier un créancier de manière illicite. Le commissaire ne saurait, par conséquent, donner son assentiment à un quelconque paiement au contrôleur spécial.

Selon les indications fournies par la société Ernst & Young AG, des créances d'honoraires relatives au mandat de contrôle spécial d'un montant d'environ CHF 1,8 million restaient impayées à la date de l'octroi du sursis concordataire provisoire. Une avance de CHF 250 000,-- a d'ores et déjà été versée par la société. La société Ernst & Young AG a fait savoir qu'en cas de poursuite du contrôle spécial, elle comptait sur le règlement de cette créance d'honoraires.

- b) La société chargée du contrôle spécial chiffre à environ CHF 1,5 à 2 millions les frais d'honoraires supplémentaires nécessaires pour mener à terme le contrôle spécial.
- c) La société chargée du contrôle spécial est soumise au devoir de discrétion, y compris envers le commissaire provisoire, tant qu'elle n'a pas été déliée de cette obligation par SAirGroup. Il n'est donc pas possible pour le commissaire provisoire d'apprécier si les résultats à attendre du contrôle spécial seront utiles à la masse concordataire de SAirGroup.

6. Utilité du contrôle spécial dans la procédure concordataire

Compte tenu de ce que je peux savoir actuellement, je crains que SAirGroup ne puisse plus être assainie. Il existe donc une probabilité élevée qu'une liquidation concordataire de SAirGroup ainsi que de diverses sociétés du groupe, voire l'ouverture d'une procédure de faillite, ne puisse être évitée.

Au vu de cette situation, je considère donc qu'il convient de tenir compte des aspects suivants, s'agissant de la poursuite du contrôle spécial pendant le sursis concordataire provisoire:

- a) L'ouverture d'une procédure de liquidation concordataire ou de faillite modifie considérablement la situation juridique. Dans le cadre de la liquidation concordataire ou de la faillite, le dommage subi par la société correspond, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 122 II 176 ss), au dommage subi par l'ensemble des créanciers. La masse de liquidation ou de faillite, ainsi que les créanciers après une procédure de cession de droits conformément à l'article 260 LP, sont seuls habilités à faire valoir ce dommage. Les actionnaires n'ont plus

le droit d'agir tant que la totalité du dommage subi par les créanciers n'a pas été couvert.

- b) Le contrôleur spécial doit répondre exclusivement aux questions posées dans la décision du juge. Par nature, les actionnaires formulent ces questions depuis l'extérieur de la société, sans connaître l'ensemble des tenants et aboutissants.
- c) Dans une procédure de liquidation concordataire ou de faillite, le liquidateur ou l'administrateur de la faillite, de même que les créanciers, ont le droit de consulter librement tous les documents sociaux. Par conséquent, ils ont, dès le début, la possibilité de concentrer l'examen de la responsabilité des organes sociaux sur les faits pertinents.
- d) Il n'est donc pas possible, aujourd'hui, de juger si le rapport du contrôleur spécial établi sur la base des décisions de l'assemblée générale de SAirGroup du 25 avril 2001 servira effectivement les intérêts des créanciers. Le catalogue de questions, tel qu'il a été fixé par l'assemblée générale de SAirGroup et confirmé par le juge, ne peut être étendu pour des raisons légales. D'un point de vue juridique, il est pour le moins douteux qu'on puisse l'expurger des questions qui ne sont plus pertinentes au stade actuel de la procédure.
- e) Mon expérience en matière de procès en responsabilité me fait craindre que de nouvelles enquêtes onéreuses soient nécessaires, même en cas d'achèvement du contrôle spécial. La période allant de l'assemblée générale à l'octroi du sursis concordataire provisoire sera primordiale à cet égard. Il sera difficile d'éviter des redondances coûteuses.
- f) Le contrôle spécial ne couvre pas, en particulier, la période allant d'avril 2001 au 5 octobre 2001.

7. Suggestions quant à la marche à suivre

En ma qualité de commissaire provisoire, il m'incombe de défendre les intérêts des créanciers. Je doute fortement que l'on puisse, à l'heure actuelle, justifier l'accumulation, au détriment des actifs sociaux, de frais de l'ordre

de CHF 2 millions et susceptibles même d'atteindre CHF 4 millions, afin de poursuivre et d'achever le contrôle spécial prévu par le droit sur les sociétés anonymes.

J'estime que les résultats d'ores et déjà acquis par Ernst & Young pourront être utilisés ultérieurement, pourvu que soient prises les mesures conservatoires appropriées.

Pour des raisons d'égalité de traitement des créanciers, les prestations déjà fournies par la société chargée du contrôle spécial ne peuvent être payées à l'avance sur la masse concordataire de SAirGroup; il convient, au contraire, d'inviter la société chargée du contrôle spécial à produire la créance en cause dans une procédure ultérieure de faillite ou de liquidation concordataire afin qu'elle prenne place dans la collocation.

En tant que commissaire provisoire de SAirGroup, je préconise qu'il soit mis un terme, en bon ordre, au mandat de contrôle spécial, en l'état actuel de la procédure, en sauvegardant toutefois les résultats acquis, dans la mesure où il est possible de le faire à un coût raisonnable.

Après le 5 décembre 2001, la Confédération suisse pourra demander que l'enquête soit poursuivie et que le cadre des questions soit élargi. Sous réserve qu'un tel mandat sauvegarde, dans une mesure suffisante, les intérêts des créanciers et qu'il permette de poser des questions supplémentaires, une participation financière de la masse pourra être envisagée. La collaboration d'un commissaire définitif pour SAirGroup dont la nomination devra intervenir dans le courant du mois de décembre et, le cas échéant, celle d'une éventuelle commission des créanciers ultérieure dans une procédure de faillite ou de liquidation concordataire, garantiront alors la préservation des intérêts des créanciers, ce qui permettra de justifier l'utilisation de fonds en provenance de la masse.

En espérant que mes explications vous seront utiles, je vous prie d'agréer, Madame la Présidente du Conseil des Etats, Monsieur le Président du Conseil national, Monsieur le Président de la Confédération, Mesdames et Messieurs, l'expression de ma très haute considération.

Le commissaire provisoire

Karl Wüthrich

Annexe: mentionnée