

MAI 2015

Newsletter

Auteurs:
Martin Weber
Philipp Chiani

SWISS LAW FIRM
OF THE YEAR 2015
Who's Who Legal



CORPORATE / MERGERS & ACQUISITIONS

Prudence avec les prêts aux actionnaires et le *cash pooling*

Selon les premiers enseignements tirés de la clôture et de la révision de l'exercice social 2014, il apparaît qu'une nouvelle décision du Tribunal fédéral et surtout son interprétation par la Chambre fiduciaire suisse ont passablement restreint et rendu peu flexible en pratique la gestion des prêts *up-stream* et *cross-stream*. Cela concerne également les créances du système de *cash pooling* entre sociétés d'un même groupe.

1 INTRODUCTION

Les **prêts** de sociétés suisses à leurs actionnaires directs ou indirects, respectivement aux sociétés mères (***up-stream***) ou aux sociétés sœurs (***cross-stream***) sont problématiques, du point de vue de la protection du capital et du point de vue fiscal. Ils ne sont permis qu'à des conditions restrictives.

Les **créances liées au système de *cash pooling*** interne au groupe tombent en principe également dans cette catégorie, notamment lorsqu'elles sont établies dans le cadre d'un *cash pooling* physique *zero balancing*. Le *cash pooling* virtuel, dit notionnel, peut également s'avérer délicat (voir à ce sujet la [Newsletter Schellenberg Wittmer de Novembre 2011](#)). Lorsqu'il est fait référence aux "**prêts aux actionnaires**" ou aux "**prêts internes au groupe**", ces notions incluent par souci de simplification toutes les formes de prêts *up-stream* et *cross-stream*, notamment les créances liées au système de *cash pooling* interne au groupe.

Dans la décision Swisscargo du 16 octobre 2014, le **Tribunal fédéral** a précisé et restreint les conditions qui régissent, sous l'angle du droit des sociétés, la distribution de dividendes en lien avec l'octroi des prêts *up-stream* et *cross-stream* internes au groupe.

Suite à cette décision, la **Chambre fiduciaire suisse** (appelée "**EXPERTsuisse**" depuis le 1^{er} avril 2015) a complété et adapté, dans une publication du 17 décembre 2014, les anciennes directives de son "Manuel Suisse d'Audit" (MSA) concernant l'évaluation des créances intra-groupes, du *cash pooling* et des dividendes.

Proposant une interprétation plus large et une généralisation des considérants de la décision rendue par le Tribunal fédéral, ces recommandations et la **pratique des organes de révision** basée sur celles-ci placent la barre pour les prêts aux actionnaires encore plus haut que celle du Tribunal fédéral. Les sociétés concernées sont ainsi confrontées à des problèmes difficilement solubles.

Malgré une **critique importante** déclenchée au sein de la doctrine et des praticiens par la **décision du Tribunal fédéral**, les sociétés suisses devront s'en accommoder jusqu'à nouvel ordre. En ce qui concerne les **directives de la Chambre fiduciaire** qui excèdent le but fixé, il est à cet égard nécessaire qu'une correction soit apportée prochainement.

2 LE SCÉNARIO EXAMINÉ PAR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a dû examiner la question de savoir si l'**organe de révision** de la société suisse Swisscargo SA appartenant à l'ancien groupe Swisssair (qui se trouvait dans l'intervalle en situation de liquidation concordataire), avait commis une **violation de ses obligations**, qui engage ainsi sa responsabilité, en confirmant sans réserve la légalité et la conformité aux statuts de la proposition du conseil d'administration de **distribuer un dividende**. Une telle responsabilité a été admise car l'organe de révision avait omis de mentionner dans son rapport que les dividendes proposés auraient dû être réduits en raison des créances existantes liées aux prêts accordés à la société qui détenait la société mère du groupe et au chef de file du système de *cash pooling*, et considérées non conformes aux règles de marché selon le Tribunal fédéral.

3 CONSÉQUENCES DÉCOULANT DES PRÊTS AUX ACTIONNAIRES

3.1 GÉNÉRALITÉS

On peut déduire de la décision Swisscargo les prémisses des **futures décisions capitales** que les CFOs et les conseils d'administration de sociétés suisses seront notamment amenés à prendre, **concernant l'octroi des prêts aux actionnaires** ainsi que leurs **effets potentiels sur la possibilité de distribuer le bénéfice**. Concernant les recommandations excessives de la Chambre fiduciaire et leur mise en œuvre dans la pratique des réviseurs, il est important de relever quelles questions n'ont **pas** été traitées par le Tribunal fédéral et ainsi dans quels cas on ne peut **pas** déduire de sa décision des conséquences ou instructions sur l'appréciation des prêts aux actionnaires.

Pour une question de place, les **implications fiscales** des prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché ne seront pas développées ici (voir à ce sujet les aspects essentiels toujours actuels dans la [Newsletter Schellenberg Wittmer de Novembre 2011](#)).

3.2 LES PRÊTS AUX ACTIONNAIRES NON CONFORMES AUX CONDITIONS DE MARCHÉ PROVOQUENT DE FACTO UN BLOCAGE DES FONDS PROPRES LIBREMENT DISPONIBLES

Selon le Tribunal fédéral, les **prêts aux actionnaires**, incluant les créances liées au système de *cash pooling* interne au groupe, **qui ne résistent pas à la comparaison aux prêts à des tiers (le test du *arm's length*)**, provoquent un **"blocage de facto des fonds propres librement disponibles"** à hauteur du montant total du prêt.

Par conséquent, le capital non protégé disponible à la **distribution de dividendes**, au sens de l'art. 675 al. 2 CO, ainsi que le capital non bloqué par l'**interdiction de restituer les versements selon l'art. 680 al. 2 CO**, sont tous deux **réduits** du montant total du prêt.

Toutefois, contrairement à l'avis de certains, le Tribunal fédéral n'exige **pas** dans sa décision que ledit blocage des

fonds propres librement disponibles revête la forme d'une **réserve spéciale inscrite séparément**.

3.3 LES DISTRIBUTIONS DE DIVIDENDES À HAUTEUR DU MONTANT BLOQUÉ DE FACTO SONT ILLICITES

Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, une distribution de dividendes a été effectuée sans que les prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché aient été déduits des fonds propres librement disponibles.

C'est pour cette raison que le Tribunal fédéral a constaté qu'il y a eu une **violation des dispositions concernant la protection des réserves** et une **distribution interdite du bénéfice au sens de 675 al. 2 CO**, et qu'il a retenu une responsabilité accrue de l'organe de révision dans ce contexte.

3.4 L'OBSERVATION STATIQUE DE LA CLÔTURE DU BILAN

Selon le Tribunal fédéral, la question de savoir si et dans quel cadre les prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché conduisent à un blocage *de facto* des fonds propres librement disponibles pour les distributions de dividendes, repose exclusivement sur la **date de clôture de l'exercice social** en cause. Les développements ultérieurs, tels que le remboursement ou le rétablissement ultérieur de ces positions de prêts non conformes aux conditions de marché, après la date de clôture de l'exercice social, n'ont aucune importance selon le jugement Swisscargo.

On peut déjà observer en pratique une **propension à exploiter ce point de vue statique** et exiger momentanément le remboursement des prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché peu avant la date de clôture de l'exercice social pour les octroyer à nouveau directement après. Dans ce cas, du point de vue purement formel, il n'y a pas de raison permettant de retenir qu'il y a blocage *de facto* des fonds propres à la date de clôture de l'exercice social, et la capacité de distribution de l'entité qui octroie les prêts reste entière. Une telle manière d'agir est cependant très risquée et ne devrait pas protéger les organes responsables, l'organe de révision y compris, d'une action en responsabilité en cas de coup dur, lorsque des "lacunes de prêts" arbitraires sont créées et exploitées pour permettre une distribution qui n'aurait pas pu avoir lieu autrement en raison de fonds propres bloqués.

"Les recommandations actuelles de EXPERTsuisse concernant l'évaluation des prêts aux actionnaires vont bien au-delà du but fixé."

3.5 COMMENT DÉTERMINER QU'UN PRÊT AUX ACTIONNAIRES EST (NON) CONFORME AUX USAGES DU MARCHÉ?

Le Tribunal fédéral a admis dans le cas Swisscargo la non-conformité aux conditions de marché de prêts à des sociétés appartenant au groupe en raison de l'**absence de toute garantie**, couplée au motif que la société qui a octroyé les prêts n'avait pas vérifié la solvabilité des débitrices, comme cela avait été prouvé dans le cadre de la procédure. Le Tribunal fédéral a délibérément **laissé ouverte la question de savoir si le simple fait qu'une société versait toutes ses**

liquidités dans un système de *cash pooling*, démontre une pratique non conforme aux usages du marché. En effet, la décision Swisscargo n'explique pas de manière concrète, quels critères permettraient de considérer des prêts aux actionnaires conformes ou non aux usages du marché.

A cet effet, la Chambre fiduciaire offre cependant un **catalogue détaillé de critères** dans ses recommandations. Selon ce catalogue, on peut **déterminer la conformité ou non des prêts aux actionnaires aux usages du marché** (i) en observant le prêt d'un **point de vue formel** (en particulier l'existence d'un contrat de prêt écrit et d'une documentation suffisante sur le test du *arm's length* fait avec les tiers), (ii) et en tenant compte des **conditions du prêt** (en particulier au regard du taux d'intérêts, de la durée, des conditions de résiliation, des sûretés et de l'obligation d'amortir). De plus, il convient également (iii) de vérifier la **solvabilité du débiteur du prêt** et (iv) d'évaluer les différents risques (en particulier en ce qui concerne la **gestion des liquidités** et la **prévention d'un cumul de risques**).

Les différents éléments et critères doivent être examinés et évalués pour chaque cas concret et insérés dans une **appréciation globale**. L'appréciation de la conformité ou non aux conditions de marché des prêts aux actionnaires doit être faite **régulièrement** afin de faire face aux changements touchant la situation juridique ou factuelle.

Une utilisation rigide de ce catalogue de recommandations conduirait à la **règle générale** que les prêts *up-stream* et *cross-stream*, en particulier la participation au système de *cash pooling* dans un groupe de sociétés, ne seraient considérés **at arm's length que dans des cas exceptionnels**.

3.6 LES PRÊTS AUX ACTIONNAIRES NON CONFORMES AUX CONDITIONS DE MARCHÉ NE SONT PAS AUTOMATIQUEMENT DES "DIVIDENDES DE FACTO"

En lisant attentivement la décision du Tribunal fédéral, on ne peut pas retenir une position ferme de notre Haute Cour – contrairement à ce que dit la Chambre fiduciaire – selon laquelle les prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché seraient automatiquement des "dividendes *de facto*".

En d'autres termes, le Tribunal fédéral n'a **pas** examiné en premier lieu la validité d'un prêt aux actionnaires non conforme aux conditions de marché en tant que tel **ni** sa qualification juridique comme "dividende *de facto*". La pierre angulaire de son examen était plutôt les dividendes "*de jure*" dont la distribution a été proposée de manière correcte du point de vue formel, mais qui se heurtent au blocage "*de facto*" des fonds librement disponibles selon le Tribunal fédéral.

3.7 LES PRÊTS AUX ACTIONNAIRES NON CONFORMES AUX CONDITIONS DE MARCHÉ, QUI EXCÈDENT LES FONDS PROPRES LIBREMENT DISPONIBLES, NE VIOLENT PAS AUTOMATIQUEMENT L'ART. 680 AL. 2 CO

Le tribunal fédéral n'avait **pas** non plus à décider si les prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché représentaient en soi, c'est-à-dire pris hors du contexte d'une distribution de dividende effective et indépendamment de la solvabilité et de la volonté de rembour-

sement des débiteurs du prêt, une restitution des versements interdite selon l'article 680 al. 2 CO, dans la mesure où ils excédaient les fonds propres librement disponibles.

La conclusion tirée à tort de la décision Swisscargo par la Chambre fiduciaire n'est ainsi pas pertinente: une **restitution interdite de versements ou de capital** du montant entier du prêt peut déjà exister en théorie, si le débiteur du prêt n'est **(plus) disposé ou en mesure de rembourser le prêt à son échéance**, ou si le prêt est **fictif**, c'est-à-dire "qu'il y aurait une distribution de fonds propres protégés à l'actionariat sous couvert d'un prêt" (se référer à l'arrêt Swisscargo, cons. 4.2).

C'est pourquoi, lorsqu'une société débitrice d'un prêt aux actionnaires est financièrement saine, et qu'il n'y a pas de doute sur sa volonté et sa capacité de rembourser le prêt, on ne peut, ni ne devrait, **conclure de manière trop hâtive que son prêt correspond à une restitution interdite de capital à hauteur de son montant**. Même si un prêt est octroyé à des conditions non conformes à celles de marché à un tel débiteur, il conviendrait au plus de se demander s'il y a une restitution interdite de capital, respectivement une distribution cachée du bénéfice, à hauteur du bénéfice tiré de la prestation non conforme aux conditions de marché, soit par exemple la différence entre le taux d'intérêt trop bas du prêt et celui conforme aux conditions du marché.

Un prêt non conforme aux conditions de marché reste néanmoins un prêt et ne se transforme pas automatiquement en une restitution de capital interdite, dans la mesure où il n'est **pas fictif** et que le **débiteur du prêt est disposé et en mesure de rembourser sans restrictions**.

Il est ainsi suffisant – à la lumière de la décision Swisscargo – que l'organe de révision indique, le cas échéant, dans son rapport de révision la **possibilité** d'une violation de l'article 680 al. 2 CO, si les prêts aux actionnaires non encore remboursés ne devaient pas être conformes aux conditions de marché.

"Un prêt non conforme aux conditions de marché est et restera fondamentalement un prêt."

A ce stade, les recommandations extrêmement pointues de la Chambre fiduciaire et la pratique des organes de révisions qui s'y conforment ne sont en ligne ni avec la décision Swisscargo, ni avec l'art. 680 al. 2 CO et devraient donc être révisées.

4 L'AGIO NE FAIT PAS PARTIE DES FONDS PROPRES PROTÉGÉS

Le Tribunal fédéral explique clairement dans la décision Swisscargo que l'agio (soit la différence de montant entre la valeur nominale et la valeur d'émission des actions) doit être qualifié comme part des réserves légales générales, sans qu'une décision de l'assemblée générale ne soit nécessaire. **Les réserves d'agio ne tombent donc pas dans les fonds propres bloqués** selon la loi et peuvent au contraire être distribuées comme dividendes aux actionnaires, après avoir été inscrites dans les livres de la société et sous réserve des règles générales en matière de distribution.

Le Tribunal fédéral apporte ainsi plus de clarté sur une question fondamentale et controversée du droit des sociétés, qui dépasse largement le contexte des prêts aux actionnaires.

5 CONCLUSION

Suite à la décision *Swisscargo*, le **CFO et le conseil d'administration** d'une société suisse qui octroie des prêts aux actionnaires doivent soit se conformer à l'observation stricte du principe *at arm's length* soit **bloquer les fonds propres librement disponibles à hauteur du montant des prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché**.

En revanche, les **recommandations émises par la Chambre fiduciaire**, dans la mesure où elles vont au-delà de la décision du Tribunal fédéral, **doivent être rejetées et corrigées**: les prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché ne sont **pas** en soi contraire à l'art. 680 al. 2 CO, lorsqu'ils excèdent les fonds propres librement disponibles.

Contacts

Compte tenu d'un possible *worst case scenario*, le CFO et le conseil d'administration seraient toutefois bien avisés, selon les circonstances, de n'octroyer de prêts aux actionnaires non conformes aux conditions de marché qu'à hauteur des fonds propres librement disponibles et rendre disponible au groupe l'excédent de liquidités non opérationnelles en distribuant des dividendes et non en octroyant des prêts aux actionnaires.

Dans l'octroi et la surveillance des prêts aux actionnaires il existe des **obligations générales de diligence**, en particulier dans la **prévention du cumul de risques** et la **gestion prudente des liquidités**. Ainsi, dans le cadre d'un groupe sociétés, il est toujours souhaitable de **mentionner expressément dans le but statutaire de la société la possibilité d'octroyer des prêts aux actionnaires** (voir à ce sujet la Newsletter Schellenberg Wittmer de Novembre 2011).

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Jean Jacques Ah Choon

Associé
jean-jacques.ahchoon@swlegal.ch

A Zurich:



Dr. Martin Weber

Associé
martin.weber@swlegal.ch



Jean-Yves De Both

Associé
jean-yves.deboth@swlegal.ch



Dr. Lorenzo Olgiati

Associé
lorenzo.olgiati@swlegal.ch

SHELLENBERG WITTMER SA / Avocats

ZURICH / Löwenstrasse 19 / Case postale 1876 / 8021 Zurich / Suisse / T+41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T+41 22 707 8000

SINGAPOUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.