

Cash pooling – prêts à des sociétés du groupe

Restitution des versements – admissibilité par la loi – risques

Rico A. Camponovo
Reto Schumacher
Legal

Les grands groupes chargent fréquemment une filiale de gérer les liquidités pour l'ensemble du groupe. Lorsque tout va bien, il s'agit là d'un instrument efficace, qui garantit une gestion des liquidités et une stratégie de placement optimales. Mais en cas de crise financière, les risques sont élevés; des filiales saines peuvent en effet perdre subitement toutes leurs liquidités, comme le démontre l'exemple de Swissair. A cela s'ajoutent les risques en matière de responsabilité, car le fait d'accorder des prêts peut éventuellement violer l'interdiction de restituer des versements.

Contexte

Les grands groupes chargent fréquemment une filiale (Cashpool SA, ci-après CP SA) de gérer les liquidités pour l'ensemble du groupe. Toutes les autres sociétés du groupe sont alors invitées à effectuer leurs transactions financières, par exemple en vue d'obtenir des capitaux, leurs opérations à terme, leurs opérations sur devises et celles visant à se procurer de l'argent en passant uniquement par CP SA. Elles doivent en outre en principe mettre leurs fonds excédentaires à la disposition de CP SA.

Le présent article se propose d'examiner l'admissibilité d'un tel système de cash pooling et les risques qu'il entraîne en matière de responsabilité pour une filiale du groupe à 100% avec siège en Suisse (CH SA), en laissant de côté les risques fiscaux et les problèmes de garantie de liquidités suffisantes ainsi que de distribution dissimulée de bénéfice. Il est par ailleurs présumé que CP SA n'est pas une société mère, mais une société soeur de CH SA. Enfin, l'accent est mis sur le transfert de positions monétaires excédentaires de CH SA à CP SA.

Formes de cash pooling

Lors du cash pooling, les soldes débiteurs et créditeurs des comptes bancaires des entreprises liées à un groupe sont centralisés. Cela permet de garan-

tir une gestion des liquidités efficace au sein du groupe, ainsi que de meilleures conditions de placement et de prêt des fonds.

Dans la pratique, on distingue en principe deux types de cash pooling: le zero balancing et le notional pooling.

Le zero balancing (cash pooling physique) se caractérise par le fait qu'il y a un transfert d'argent physique des comptes des sociétés du groupe vers CP SA. Ce transfert effectif des fonds donne lieu à une concentration des soldes dans le cash pool. Les fonds apportés par les sociétés du groupe peuvent ensuite être placés ensemble par CP SA, ou employés comme financement par d'autres sociétés du groupe (cf. à ce sujet Thomas M. Kull, *Cash Pool – Crash Pool?*, Festschrift Karl Spühler, p. 184, et Oliver Blum (cité Blum ci-dessous), *Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte*, dans: PJA 6/2005, p. 705).

Dans le cas du notional pooling, les avoirs de chaque société du groupe restent sur leur propre compte bancaire, et les soldes débiteurs et créditeurs de tous les comptes consolidés sont uniquement centralisés sur le plan comptable, pour créditer ou débiter les intérêts appropriés sur la position nette concernée.

Les explications qui suivent ne portent que sur la forme du zero balancing cash pooling.

Prêt up-stream / prêt cross-stream

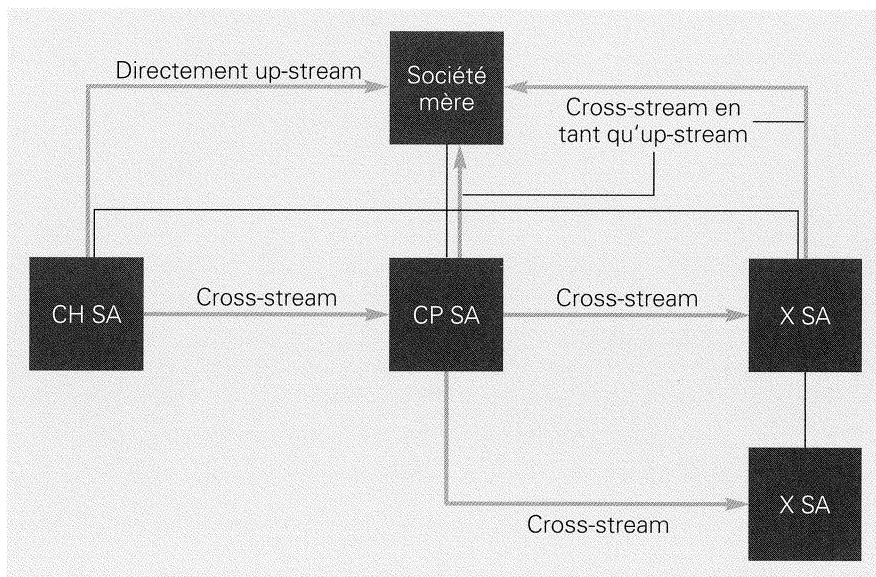
Le transfert des positions monétaires de CH SA vers sa société mère est appelé prêt up-stream.

Le transfert d'une position monétaire sur le compte de cash pool de CP SA aboutit juridiquement à une position de prêt de CH SA en tant que prêteuse et de CP SA en tant qu'emprunteuse, c'est-à-dire à un prêt cross-stream entre CH SA et CP SA. Si les fonds de CP SA sont transmis à d'autres sociétés soeurs de CH SA (ou à des tiers étrangers au groupe), le prêt entre CH SA et CP SA est également qualifié de cross-stream.

Mais si les fonds passent (directement ou indirectement) de CP SA à la société mère de CH SA, le prêt cross-stream aboutit au même résultat qu'un prêt up-stream.

Problèmes

Du point de vue juridique, il est problématique que des fonds de CH SA centralisés dans le cash pool de CP SA puissent être utilisés en faveur d'autres sociétés du groupe ou de la société mère, directement lors de prêts up-stream, et indirectement lors de prêts cross-stream. Dans ces cas de figure, des fonds potentiels de CH SA sont employés en faveur



d'autres sociétés du groupe (et par conséquent éventuellement indirectement en faveur de l'actionnaire de CH SA). Si leur remboursement n'est pas garanti et si le prêt aboutit à une couverture insuffisante des pourcentages prescrits pour les fonds propres (capital-actions, réserves légales), il se peut qu'il y ait restitution illicite des versements des actionnaires au sens de l'art. 680 al. 2 CO.

Il est également problématique qu'indépendamment de la couverture résultant du capital-actions et des réserves obligatoires ou libres, CH SA risque de ne même pas bénéficier d'une créance de troisième classe en tant que prêteuse dans la faillite de l'emprunteur; en raison

de la situation financière tendue de l'emprunteur, le prêt pourrait être requalifié en apport de capital (arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 19 janvier 1993, dans: Aktienrecht, Kapitalersetzende "Sanierungs"-Darlehen im Konzern, Revue suisse de droit des affaires, 1993, p. 299 ss.).

Restitution des versements des actionnaires (art. 680 al. 2 CO) / admissibilité de prêts à des sociétés du groupe

Pour répondre à la question de savoir si les prêts up-stream et cross-stream sont admissibles, il faut examiner de près ce que disent la doctrine et la jurisprudence en matière de prêts aux actionnaires (up-

stream), car tant l'une que l'autre contiennent fort peu de chose sur le traitement des prêts cross-stream.

Prêts aux actionnaires (up-stream)

Doctrines

Selon une partie de la doctrine, les prêts aux actionnaires ne sont en principe pas admis, si les avoirs de la société qui y sont incorporés doivent être imputés sur les fonds affectés, et cela que le prêt ait été accordé aux conditions du marché ou non. Une variante de cette opinion considère que l'admissibilité des prêts aux actionnaires ne doit être rejetée que si l'actionnaire détient une participation importante dans la société et que le prêt dépasse d'environ dix pour cent les fonds propres inscrits au bilan de la société. Une autre variante – un peu moins restrictive – juge ces prêts admissibles s'ils sont conformes aux conditions du marché et s'ils sont couverts par des réserves libres au passif du bilan.

Selon une partie plus libérale de la doctrine, les prêts aux actionnaires sont admissibles, même lorsqu'ils doivent être imputés sur le capital-actions et les réserves légales prescrits, si les conditions du marché sont respectées, c'est-à-dire si la solvabilité de l'actionnaire est bonne, s'il est possible de compter sur le remboursement à la date d'échéance ou de dénonciation, si le taux d'intérêt

est conforme aux conditions du marché et si des sûretés ont été constituées le cas échéant.

Enfin, une autre partie de la doctrine est d'avis que l'article des statuts sur le but de la société devrait permettre expressément l'octroi de prêts en faveur d'autres sociétés du groupe. En raison de la pratique du Tribunal fédéral, qui ne considère comme nulles des prestations de la société que si elles sont vraiment exclues par son but, ce critère n'est pas primordial pour l'admissibilité de l'octroi de prêts.

Jurisprudence

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'octroi d'un prêt (à un actionnaire important) ne doit en outre pas représenter une accumulation des risques. Il devrait avoir lieu dans le cadre d'une répartition des risques acceptable. En octroyant des prêts à des actionnaires, la société ne doit pas se comporter autrement qu'à l'égard de n'importe quel autre tiers (principe *at arm's length*, c'est-à-dire conditions du marché; ATF 113 II 52 ss.).

Conséquences juridiques

La violation de l'interdiction de restituer des versements entraîne la nullité absolue de la transaction concernée. Or le remboursement est assimilable après coup à une absence de versement, et l'obligation d'effectuer un apport immédiatement exigible renaît pour l'action-

naire (ATF 109 II 129). C'est pourquoi le conseil d'administration devrait tout de suite procéder à la demande de restitution dans ce cas. Le délai de prescription et la date de prescription de la demande de restitution ne sont pas contestés.

Discussion, opinions de la doctrine et nouvelles tendances

Comme il l'a été mentionné, il existe différentes opinions de la doctrine permettant de se prononcer sur l'admissibilité des prêts up-stream. La majorité des auteurs sont en faveur de l'opinion libérale, mais il faut tenir compte du fait que leurs publications sont antérieures au cas *Swissair*.

Il n'existe cependant pas d'arrêt du Tribunal fédéral, et la tendance, depuis le cas *Swissair*, est de nature plus restrictive à l'égard des prêts relatifs au cash pooling. Il faut donc s'attendre à ce qu'un tribunal ne se fonde pas sur les opinions de la doctrine libérale pour se prononcer sur l'admissibilité des prêts up-stream, mais sur ses opinions restrictives.

Exigences de la doctrine restrictive

Du point de vue du droit des sociétés, les prêts up-stream ne posent pas de problème tant que

- le risque maximum d'une sortie de fonds définitive n'est à aucun moment supérieur aux réserves libres de la société;

- l'emprunteur est disposé à rembourser;
- le prêt aurait aussi pu être conclu à ces conditions avec un tiers indépendant (at arm's length), c'est-à-dire:
 - qu'un tiers indépendant aurait également accordé ce prêt;
 - que la société obtient pour le prêt une contrepartie appropriée (intérêt, sûreté);
 - que la société contrôle régulièrement la solvabilité de l'actionnaire ou des participants au pool aussi bien lors de l'établissement du cash pool qu'après comme un tiers indépendant;
 - que le prêt ne représente pas une accumulation des risques;
 - que l'article sur le but de la société prévoit expressément des prêts en faveur d'autres sociétés du groupe (cf. Blum, p. 707).

Il existe donc une limitation des prêts correspondant au montant des réserves libres, un agio éventuel y étant ajouté dans la pratique, s'il dépasse le seuil de 50 pour cent au sens de l'art. 671 al. 3 CO.

Conditions du marché

Le critère est de savoir si un prêt serait également accordé à un tiers selon les mêmes exigences. Il est difficile de répondre à cette question, car les conditions de l'octroi du prêt doivent être comparées avec celles qui peuvent être obtenues

sur le marché pour des transactions analogues. Les conditions applicables à un prêt non garanti d'une banque à un débiteur ayant le même rating que l'actionnaire, c'est-à-dire CP SA, devraient donc correspondre à celles du prêt de CH SA.

Accumulation des risques

La question de savoir si l'on peut parler d'une accumulation des risques non autorisée dépend chaque fois des circonstances particulières. Il ne semble pas qu'il existe un ratio généralement applicable. Le critère consisterait plutôt à savoir si, comparativement à tous les actifs de la société (y compris les réserves latentes), le montant du prêt porte préjudice aux intérêts de la société et de ses créanciers. Dans un arrêt du 25 mai 1981 (C. 3b, publié dans La Semaine Judiciaire (SJ) 104, 1982, p. 226 s.), le Tribunal fédéral a déclaré qu'un prêt dont le montant correspondait à 60 pour cent des actifs de la société n'était pas admissible, car il n'était pas compatible avec les objectifs statutaires et lésait les intérêts de la société et des tiers.

Le Tribunal supérieur de Zurich a en revanche considéré comme admissible l'octroi d'un prêt correspondant à neuf pour cent des actifs d'une société, à cause de ses réserves latentes importantes et facilement réalisables.

Exigences de la doctrine libérale

Pour la doctrine libérale, les mêmes critères sont applicables aux prêts up-stream, sauf celui du montant maximum correspondant aux réserves libres, en ce sens que le montant du prêt peut comprendre et même dépasser toutes les réserves et le capital-actions. Autrement dit, la situation au passif ne joue pas de rôle, et l'admissibilité dépend uniquement du respect des conditions du marché.

Critique

Il convient de remarquer ici que, selon l'opinion ci-dessus, le remboursement immédiat du capital-actions est possible même lors de la constitution d'une société anonyme, si les conditions du marché sont respectées pour le prêt. Il est toutefois douteux que cela soit compatible avec l'idée manifeste de protection du capital qui ressort de tout le Code des obligations.

Prêts à des sociétés soeurs (prêts cross-stream)

Il faut maintenant se demander si les commentaires sur les prêts up-stream s'appliquent aussi aux prêts à des sociétés soeurs. Il n'existe pas de réponse tranchée à cette question, mais on trouve dans la doctrine des opinions selon lesquelles les règles concernant l'octroi de prêts à des actionnaires sont également valables pour l'octroi de prêts à des sociétés

tés soeurs (Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftlicher Sicht, Diss. St-Gall 1996, p. 104; Blum (p. 706 et 712) traite de la même manière les sûretés et prêts up-stream et cross-stream).

A notre avis, il faut distinguer deux cas pour le traitement des prêts à des sociétés soeurs:

- les fonds parviennent à la société mère par le biais des sociétés soeurs (cas 1).
- les fonds ne parviennent pas à la société mère par le biais des sociétés soeurs (cas 2).

Cas 1: prêt cross-stream en tant qu'up-stream

Ce prêt à des sociétés soeurs doit être traité juridiquement comme s'il avait été fait à l'actionnaire. Les fonds de CH SA sont en l'occurrence quand même versés à la société mère par le biais des sociétés soeurs, ce qui doit conduire à l'application des règles (restrictives ou libérales) sur les prêts aux actionnaires.

Cas 2: prêt cross-stream en tant que cross-stream

Ici, les risques doivent être considérés comme plus faibles. En l'occurrence, les montants des prêts peuvent notamment dépasser les réserves libres de la société,

ce qui signifie que les critères de la doctrine libérale – le respect des conditions du marché – sont applicables.

Conséquences de la violation dans le cas 1

Si, en violation de l'art. 680 al. 2 CO, des fonds de CH SA sont versés à la société mère ou à des sociétés soeurs (cas 1) et sont perdus, la société mère de CH SA peut être tenue à réparation en raison de la renaissance de l'obligation de libérer ces fonds. L'entité suprême du groupe (en tant que centre de décision) devrait en outre être tenue à réparation à hauteur de la perte du fait de sa responsabilité.

Dans le contexte actuel, l'organe de révision devra agir avec prudence et ajouter une remarque sur l'art. 680 al. 2 CO dans son rapport, en mentionnant l'opinion restrictive de la doctrine.