

Newsletter No.

112

Cash pooling et financements intra-groupes: Très récemment, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt concernant l'assistance financière, respectivement les arrangements financiers intra-groupes et le cash pooling. L'affaire concernait le cash pool de SAirGroup et, plus spécifiquement, des prêts *up-* et *cross-stream* sans sûretés accordés par une filiale à des entités (emprunteurs) au sein de SAirGroup faisant face à des difficultés financières. Le Tribunal fédéral a analysé les conditions de ces prêts et a conclu qu'au vu des circonstances spécifiques (en particulier de l'absence de garantie, de l'importance des sommes prêtées et, dans une certaine mesure, de la situation financière difficile des emprunteurs), les prêts n'avaient pas été octroyés aux conditions du marché (*arm's length*). Ainsi, en relation avec une distribution de dividendes, le montant prêté à titre de prêts *up-* et *cross-stream* aurait dû être déduit du capital à libre disposition de la société prêteuse. La présente Newsletter résume les points clés de cet arrêt et se penche brièvement sur ses conséquences potentielles pour les sociétés suisses participant à des arrangements financiers intra-groupes.

Cash pooling et financements intra-groupes: Arrêt du Tribunal fédéral

Le 16 octobre 2014, le Tribunal fédéral suisse (TF) a rendu un arrêt concernant les arrangements financiers intra-groupes (4A_138/2014). Dans le cadre d'une affaire concernant le cash pool du SAirGroup, le TF a décidé que les prêts *up-* et *cross-stream* limitent la possibilité de distribution future de dividendes lorsqu'ils ne sont pas accordés aux conditions du marché (*arm's length*). Malheureusement, le TF n'a pas saisi cette opportunité pour établir des critères clairs permettant de décider si et quand l'on peut considérer qu'un prêt respecte les conditions du marché. Néanmoins, se penchant sur un problème séparé, le TF a confirmé que l'agio payé par les actionnaires (*additional paid-in capital*) peut leur être (re)distribué.



Par **Dominik Hohler**
lic. iur., LL.M., Avocat
Direct +41 58 658 56 25
dominik.hohler@walderwyss.com



Simon Kehl
M.A. HSG in Law, LL.M., Avocat
Direct +41 58 658 56 06
simon.kehl@walderwyss.com



et **Chloé Terrapon Chassot**
MLaw, Avocate
Direct +41 58 658 55 37
chloe.terrapon@walderwyss.com

Contexte de l'arrêt

Une filiale (le prêteur) au sein de SAirGroup, aujourd'hui en faillite, a introduit une action contre son organe de révision pour avoir, selon elle, confirmé à tort la licéité d'une distribution de dividendes. Des prêts *up-* et *cross-stream* accordés par ladite filiale dans le cadre de l'accord de cash pooling du groupe étaient au centre du problème. En substance, le prêteur argumentait que le montant des dividendes versés dépassait le montant des réserves librement distribuables (calculées à la date du bilan), puisqu'un montant correspondant aux prêts *up-* et *cross-stream* aurait dû être déduit de ces réserves.

Prêts *up-* et *cross-stream* et distribution subséquente de dividende

L'arrêt confirme essentiellement l'approche adoptée par la pratique et la doctrine. Cependant, le TF n'a malheureusement pas saisi cette opportunité pour fixer une liste claire de critères permettant de déterminer si un prêt est accordé ou non aux conditions du marché, une question d'une importance pratique capitale.

Prêts aux conditions du marché

En se référant à la doctrine suisse établie, le TF confirme que les prêts accordés aux conditions du marché sont toujours admissibles du point de vue de la protection du capital.

Que signifie « aux conditions du marché » ? La question ne trouve toujours pas de réponse claire

Sans spécifier comment se déterminent exactement les conditions du marché et ainsi sans établir de standard fiable,

le TF a décidé que le prêt (*cross-stream*) accordé dans le cas présent ne remplissait pas les conditions du marché. En se référant à la décision de l'instance précédente, le TF note que les prêts n'étaient pas garantis par des sûretés et que, malgré l'existence d'un accord-cadre concernant le cash pool, aucun accord écrit concernant le remboursement, les intérêts ou une quelconque sûreté n'avait été conclu. La situation financière incertaine des deux emprunteurs est également prise en compte dans l'analyse. Selon l'instance précédente, dans de telles conditions, il n'était possible d'admettre ni une intention ni une volonté de remboursement (*Rückzahlungsabsicht oder Rückzahlungswille*) de la part des emprunteurs. L'argument souvent invoqué en pratique selon lequel le prêteur tire (vraisemblablement) un bénéfice de l'accord de cash pooling n'a pas été pris en considération.

Malheureusement, le TF ne précise pas s'il aurait admis que les conditions du marché étaient respectées si tous les éléments discutés avaient été réunis. Ainsi, la question de savoir si les critères de la documentation du prêt, de ses sûretés et/ou de la situation financière stable de l'emprunteur, chacun pris individuellement, permettent d'affirmer qu'un prêt est accordé aux conditions du marché, reste ouverte. L'on peut s'attendre à de nombreuses discussions avec les sociétés d'audit à ce sujet dans le futur.

Allant au-delà du raisonnement de l'instance précédente, le TF aborde également la question de savoir s'il est même possible dans l'absolu pour une société de participer à un cash pool *zero balancing* en respectant les conditions du marché. Finalement, le TF laisse la question ouverte puisque les prêts, s'élevant à plusieurs millions de francs suisses, n'étaient pas garantis par des sûretés et avaient été accordés sans prendre en considération la situation financière des sociétés bénéficiaires. Sur cette toile de fond, le TF conclut que les prêts n'ont pas été octroyés aux conditions du marché (*nicht unter Drittbedingungen ausgerichtet*).

Des prêts ne correspondant pas aux conditions du marché limitent les distributions futures de dividendes

Le TF retient que l'un des principes fondamentaux du droit suisse des sociétés, l'interdiction de remboursement du capital-actions (*Verbot der Einlagenrückgewähr*), dont le but est la protection du capital-actions d'une société et des réserves correspondantes, limite également l'octroi de prêts *up-* et *cross-stream* lorsque ces derniers ne correspondent pas aux conditions du marché.

Le TF précise que l'octroi d'un prêt *up-* ou *cross-stream* ne correspondant pas aux conditions du marché ne constitue pas nécessairement une violation de l'interdiction de remboursement du capital-actions, aussi longtemps que le montant du prêt est couvert par les réserves libres à disposition de la société. Cependant, un tel prêt a comme conséquence qu'un conseil d'administration prudent devra bloquer un montant correspondant, qui ne sera dès lors plus disponible pour des distributions futures de dividendes. Tout prêt *up-* ou *cross-stream* ne correspondant pas aux conditions du marché viole l'interdiction de rembourser le capital-actions dans la mesure où il dépasse les réserves libres à disposition de la société. Par ailleurs, le montant du prêt doit être déduit du montant des réserves libres à disposition pour dé-

terminer le montant pouvant être distribué à titre de dividendes.

Date pertinente

En outre, le TF retient que la date pertinente pour déterminer si une société possède suffisamment de réserves libres à disposition pour distribuer des dividendes est la date du bilan et non la date de la distribution desdits dividendes.

L'agio n'est pas soumis à l'interdiction de remboursement du capital-actions

Finalement, le TF règle une question depuis longtemps controversée en doctrine suisse en précisant que l'agio, y compris les réserves issues d'apports de capital, n'est pas protégé par l'interdiction de remboursement du capital-actions, mais peut au contraire être distribué comme dividendes (pour autant que toutes les autres conditions d'une distribution de dividendes soient réalisées).

Jusqu'alors, la doctrine suisse minoritaire était d'avis que l'agio n'était pas destiné à être re(distribué) aux actionnaires puisqu'il ne fait pas partie du bénéfice à libre disposition de la société. La doctrine majoritaire (en accord avec la pratique de la plupart des sociétés d'audit), était quant à elle d'avis que l'agio doit être traité comme une réserve générale, soumis uniquement aux dispositions pertinentes applicable à ces réserves sans aucune protection additionnelle, en particulier pas l'interdiction de remboursement du capital-actions.

Toute incertitude à cet égard est maintenant écartée. Le TF a reconnu que l'agio fait partie – *ex lege* et sans qu'aucune décision de l'assemblée générale ne soit nécessaire – des réserves générales. Un tel agio peut dès lors être librement distribué, pour autant et dans la mesure où il couvre, avec les autres réserves générales, plus de la moitié de la valeur nominale du capital-actions (ou vingt pour-cent pour les sociétés holding). Ceci corres-

pond également à la solution adoptée en droit fiscal suisse depuis l'introduction du principe de l'apport de capital (*Kapitaleinzugprinzip*), qui admet la licéité des (re) distributions d'agio, solution à laquelle s'aligne maintenant le droit des sociétés.

Implications pratiques

En substance, une fois la tempête passée, on réalise que l'arrêt confirme largement la doctrine établie. L'on peut cependant déplorer que le TF n'ait pas saisi cette opportunité pour établir une liste de critères fiables permettant de vérifier si un prêt respecte ou non les conditions du marché. La pratique juridique devra continuer de vivre avec cette incertitude.

Voici les quelques points clés à retenir de cet arrêt :

- Comme c'était déjà le cas avant cet arrêt, les prêts *up-* et *cross-stream* accordés aux conditions du marché sont admissibles du point de vue de la protection du capital.
- Bien qu'il discute les conditions du marché et certains de leurs indices potentiels en attachant une importance considérable à la sûreté du prêt, son montant et la situation financière de son bénéficiaire, le TF a manqué l'opportunité de fixer définitivement les critères qui doivent être remplis par un prêt pour être considéré comme respectant les conditions du marché. Ainsi, l'on peut s'attendre à des évaluations plus complexes des cash pools et arrangements comparables dans le futur et à de longues discussions avec les auditeurs concernant les conditions des prêts intra-groupe.
- S'ils ne remplissent pas les conditions du marché, les prêts *up-* et *cross-stream* ne peuvent être octroyés que pour des montants couverts par les réserves librement distribuables. De tels prêts *up-* et *cross-stream* limitent de futures distributions de dividendes, dans la mesure où le capital librement distribuable est de facto bloqué à concurrence du montant du prêt.

– Finalement, les (re)distributions d'agio, y compris les réserves issues d'apports de capital, sont admissibles si et dans la mesure où l'agio et les autres réserves générales dépassent la moitié de la valeur nominale du capital-actions ou vingt pour-cent pour les sociétés holding.

En conséquence, puisque l'arrêt du TF ne parvient pas à établir des standards clairs pour les arrangements financiers intra-groupes, il faut s'attendre à ce que la planification des liquidités et les

accords de cash pooling des sociétés suisses deviennent de plus en plus complexes. Les discussions avec les auditeurs vont s'intensifier puisque les cash pools vont devoir faire l'objet d'examens plus approfondis, respectivement d'un réexamen attentif. Les sociétés suisses participant ou prévoyant de participer à des arrangements financiers up- ou cross-stream seraient bien avisées de réexaminer leur documentation de prêt et, si nécessaire, de considérer la possibilité d'introduire des sûretés (plus strictes), un contrôle approprié de la situation financière des bénéficiaires et/ou de réduire les montants des prêts excessifs.

La Newsletter de Walder Wyss commente les nouveaux développements et les thèmes d'actualité importants du droit suisse. Ces commentaires n'ont pas pour objectif de fournir des conseils juridiques dans des cas particuliers. Avant d'agir ou de se fonder sur les commentaires et informations fournis dans la Newsletter, les destinataires sont invités à requérir des conseils spécifiques sur les points qui les concernent auprès d'avocats de leur choix.

© Walder Wyss Ltd., Zurich, 2014