

Janusz Marty

L'Expert-comptable suisse 2015/4, S. 278 – 282

Cash Pooling - Le Tribunal fédéral précise les conditions auxquelles les prêts intragroupes peuvent être octroyés

Basel

burckhardt AG
Steinentorstrasse 23,
Postfach 258,
CH-4010 Basel

Zürich

burckhardt AG
Usterstrasse 12,
Postfach 1172,
CH-8021 Zürich

CASH POOLING

Le Tribunal fédéral précise les conditions auxquelles les prêts intragroupes peuvent être octroyés

L'arrêt du Tribunal fédéral du 16 octobre 2014 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_138/2014) a suscité de nombreux commentaires depuis sa publication. Au-delà des critiques dont il a fait l'objet, c'est en particulier la mise en œuvre des principes précisés dans l'arrêt qui retiendra l'attention. La présente contribution s'intéressera aux conditions imposées par le Tribunal fédéral pour satisfaire au test du tiers et, en cas d'échec, aux conséquences pour les sociétés suisses participant à un cash pool.

1. INTRODUCTION

Un nombre important de groupes de sociétés a recours à un système de cash pooling afin d'améliorer l'aperçu des liquidités du groupe, optimiser la gestion des liquidités du groupe et optimiser les intérêts à l'échelle du groupe. Le système de cash pooling permet à ces groupes de sociétés de regrouper les soldes de trésorerie des sociétés participant au cash pool auprès d'une société pivot. Les sociétés participantes sont liées à la société pivot par une convention de cash pooling dans laquelle sont établis les droits et obligations des sociétés participantes et de la société pivot. Cette convention peut prévoir qu'en fin de journée les montants dépassant un niveau de liquidités convenu seront automatiquement transférés des comptes des sociétés participantes sur le compte de la société pivot [1]. En revanche, si le niveau de liquidités convenu n'est plus approvisionné de manière suffisante sur le compte d'une société participante, la société pivot s'engage à verser le montant nécessaire pour que le niveau de liquidités convenu soit à nouveau atteint (*target balancing cash pooling*) [2]. La convention peut également prévoir que les comptes des sociétés participantes soient quotidiennement ramenés à zéro. Dans ce cas, toutes les liquidités disponibles sur le compte d'une société participante seront automatiquement transférées en fin de journée sur le compte de la société pivot (*zero balancing cash pooling*). Les créances des sociétés participantes à l'encontre de la société pivot sont qualifiées de prêts [3]. L'arrêt du Tribunal fédéral du 16 octobre 2014 nous rappelle

que la participation à un cash pool doit se faire dans le respect de certains principes juridiques. Dans un premier temps, nous allons prendre connaissance de l'état de faits. Ensuite, nous allons nous intéresser à certains considérants de l'arrêt au sujet de la notion de test du tiers, des restrictions d'utilisation des fonds propres librement disponibles et de l'utilisation de l'agio. Enfin, nous allons discuter des implications de cet arrêt pour les groupes de sociétés en Suisse.

2. ÉTAT DE FAITS

La société participante B (partie intimée) fait partie des sociétés du groupe C. La société C est actionnaire indirecte de la société participante B, qui est détenue directement, à 100%, par la société D. La société de révision A (partie recourante) était l'organe de révision des sociétés du groupe C. En 1991, la banque F et la société C ont mis en place un système de *zero balancing cash pooling*. La société G, filiale néerlandaise de la société C, a été choisie comme société pivot du cash pool. Chaque société participante a conclu avec la société pivot G un *Reciprocal Framework Agreement* aux termes duquel les sociétés participantes du groupe C et la société pivot G s'engageaient mutuellement à s'accorder des prêts. Chaque société participante du groupe C avait auprès de la banque F un ou plusieurs comptes qui étaient utilisés pour recevoir des paiements de tiers et faire des paiements à des tiers (comptes participants). La société pivot G quant à elle disposait de trois comptes (CHF, EUR et USD) (comptes principaux ou *Master Accounts*) qui servaient uniquement à la mise en œuvre du cash pool. A la fin de chaque journée, la banque F effectuait des paiements au débit ou au crédit des *Master Accounts* de la société pivot G de telle sorte que les comptes des sociétés participantes présentaient un solde comptable égal à zéro. En d'autres termes, un solde journalier positif sur le compte d'une société participante était transféré sur un des *Master Accounts* et un solde journalier négatif était ramené à zéro par un paiement effectué d'un des *Master Accounts*. Ces transferts entre les comptes de la société participante B et la société pivot G créaient des créances réciproques qui étaient



JANUSZ MARTY,
AVOCAT, VISCHER AG,
ZURICH

compensées.

En 2000, la société participante B a fait un bénéfice de CHF 43,67 millions. Après soustraction du report des pertes de CHF 14,5 millions, le bénéfice porté au bilan de la société participante B était de CHF 29,17 millions. Ses fonds propres se décomposaient comme suit:

Capital-actions: CHF 2,5 millions

Agio: CHF 2,43 millions

Réserves générales: CHF 1,25 million

Bénéfice porté au bilan: CHF 29,17 millions

Total: CHF 35,35 millions

La position *Loans to fully-cons. companies* (prêts aux entreprises intégralement consolidées) inscrite à l'actif du bilan de la société participante B affichait un montant de CHF 23,65 millions et se décomposait comme suit:

Créance d'un montant de CHF 16,5 millions à l'encontre de la société pivot G sur la base du *zero balance cash pooling*;

Créance d'un montant de CHF 7,2 millions à l'encontre de la société C (dépôts à terme).

Ces deux prêts étaient internes au groupe C et constituaient, d'une part, un prêt *cross-stream* en ce qui concerne le prêt à la société pivot G, et, d'autre part, un prêt *upstream* en ce qui concerne le prêt à la société C, actionnaire indirecte de la société participante B.

Sur la base du bénéfice porté au bilan de CHF 29,17 millions, le conseil d'administration a proposé à l'assemblée générale le versement d'un dividende de CHF 28,5 millions. Au début de l'année 2001, la société de révision A a examiné les comptes de l'exercice 2000 de la société participante B et a confirmé la légalité et la conformité de la proposition du conseil d'administration de la société participante B. En date du 20 avril 2001, une assemblée générale universelle de la société participante B a approuvé le versement de CHF 28,5 millions à titre de dividendes à son actionnaire unique, la société D. Le versement de ce montant a eu lieu en date du 28 juin 2001 par le biais du cash pool. Le mandat de la société de révision A a pris fin en juin 2001.

En raison de la détérioration de la solvabilité du groupe C, la banque F a résilié le 10 septembre 2001 le contrat de *zero balancing cash pooling* au 31 octobre 2001. En date du 5 décembre 2001, la société participante B était au bénéfice d'un sursis concordataire définitif. Le 27 mars 2002, la société pivot G a été déclarée en faillite.

La société participante B a fait valoir par le biais d'une action en responsabilité à l'encontre de la société de révision A que si les prêts octroyés aux différentes sociétés du groupe C avaient été correctement comptabilisés, le montant des dividendes versés à son actionnaire unique, la société D, n'aurait pas été de CHF 28,5 millions, mais plutôt de CHF 6,77 millions. Selon la société participante B, la société de révision A a approuvé le versement d'un dividende excédant de CHF 21,73 millions ce qui pouvait légalement être payé à titre de dividendes. Si le montant légalement disponible avait été versé à la société D, la société participante B aurait pu faire valoir un montant plus élevé dans la faillite de la société pivot G dans la mesure où le montant de CHF 21,73 millions serait resté dans le cash pool. La société participante B reproche en

particulier à la société de révision A de ne pas avoir indiqué dans son rapport l'existence d'une violation de l'interdiction du remboursement du capital selon l'art. 680 al. 2 CO.

3. CONSIDÉRANTS CHOISIS DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

3.1 En général. Le Tribunal fédéral a rappelé dans son arrêt qu'un des principes cardinaux du droit des sociétés est la protection du capital des sociétés. Afin d'assurer que ce principe soit respecté, il existe plusieurs dispositions impératives qui prévoient qu'une société anonyme doit disposer d'un actif net (actifs moins capitaux étrangers) équivalant au capital social et aux réserves liées. L'art. 680 al. 2 CO interdisant le remboursement du capital aux actionnaires est une de ces dispositions [4]. Une autre de ces dispositions est ancrée à l'art. 660 CO et concerne la part proportionnelle au bénéfice résultant du bilan à laquelle chaque actionnaire a droit.

Le Tribunal fédéral a en outre rappelé que les règles concernant la protection du capital encadrent également les prêts entre les sociétés d'un groupe et que, dans le cas d'un prêt *upstream* (c'est-à-dire d'un prêt d'une société à son actionnaire direct ou indirect), il faut se poser la question si ce prêt ne constitue pas en réalité, sous couvert de prêt, un versement de capital propre protégé à l'actionnaire et, par conséquent, une violation de l'interdiction du remboursement du capital (ce raisonnement est également valable pour le prêt *cross-stream* dans la mesure où le montant de ce prêt transite indirectement par la société mère, actionnaire du prêteur et de l'emprunteur, par le biais des participations).

Selon la doctrine majoritaire, un prêt octroyé à une société mère ou sœur constitue un versement relevant de l'interdiction du remboursement du capital quand le prêt n'est pas octroyé aux conditions du marché ou de tiers. Toutefois, aussi longtemps que le capital protégé de l'art. 680 al. 2 CO n'est pas compris dans le versement des dividendes, c'est-à-dire que le prêt octroyé d'une manière non-conforme aux conditions du marché ne provient pas du capital protégé, mais du capital propre librement disponible, il n'y a pas de violation de l'interdiction du remboursement du capital; au final, selon le Tribunal fédéral, un tel versement conduit toutefois à un blocage de fait du capital propre librement disponible correspondant au montant du prêt octroyé d'une manière non-conforme aux conditions du marché [5]. Si un prêt octroyé d'une manière non-conforme aux conditions du marché, présentant par là même un caractère de distribution (cachée) de dividendes, n'est pas pris en considération lors du versement de dividendes, alors le capital propre librement disponible serait utilisé deux fois, à savoir une fois pour le prêt et une fois pour le versement de dividendes. A cet égard, toujours selon le Tribunal fédéral, la doctrine a préconisé la création d'une réserve spéciale correspondant au montant dudit prêt par analogie à l'art. 659a al. 2 CO [6].

Le Tribunal fédéral a ensuite examiné les éléments qui ont permis au tribunal cantonal d'arriver à la conclusion que les prêts octroyés par la société participante B à la société pivot G et à la société D n'ont pas été octroyés d'une manière conforme aux conditions du marché. Les critères cités par le tribunal cantonal sont les suivants: les prêts n'ont pas été garan-

tis par des sûretés, il n'y avait pas de contrat de prêt écrit (le *Reciprocal Framework Agreement* ne traitant pas de chaque créance individuellement), les parties n'ont pas allégué (et la preuve n'a pas été offerte) qu'il existait un contrat réglant les sûretés ainsi que les conditions des intérêts et du remboursement du prêt avec la société pivot G, la société C a été débitrice de la société G qu'à une seule reprise durant la période de décembre 2000 à fin juin 2001 et la société de révision A ne s'est pas intéressée à la solvabilité de la société pivot G, ni de la société C, dont la fragilité financière était notoire. Dès lors qu'aucun contrat de prêt écrit réglant les conditions de remboursement du prêt n'avait été conclu et que les remboursements (réguliers) n'étaient pas documentés, le tribunal cantonal n'a pas retenu de volonté de remboursement des sociétés débitrices. En outre, la capacité de remboursement des sociétés débitrices était douteuse. Dès lors, le tribunal cantonal a conclu que les prêts n'avaient pas été octroyés aux conditions du marché et que le capital librement disponible de la société participante B était dès lors bloqué à hauteur du montant correspondant aux prêts, limitant ainsi le montant pouvant être distribué à titre de dividendes.

La société de révision A a recouru contre l'arrêt du tribunal cantonal et a contesté l'état de faits retenu, notamment les constatations au sujet du *Reciprocal Framework Agreement*. Ce contrat écrit aurait réglé les conditions des intérêts entre la société participante B et la société pivot G et ces conditions correspondraient aux conditions du marché. En outre, les modifications quotidiennes des soldes sur les comptes et la possibilité ainsi donnée de récupérer à tout moment la créance de la société participante B auprès de la société pivot G démontreraient, contrairement à l'avis du tribunal cantonal, non seulement la volonté, mais aussi la capacité de rembourser de la société pivot G.

Le Tribunal fédéral a estimé, non sans avoir déclaré que la participation à un cash pool par laquelle une société dispose de ses liquidités était en elle-même discutable au regard du test du tiers [7], qu'il n'était pas nécessaire de revenir sur les contestations en détail car, dans le cas particulier, la société de révision A ne contestait pas que la société participante B avait octroyé à la société pivot G un prêt sans avoir requis de sûreté. Cela vaut également pour la constatation du tribunal cantonal selon laquelle la société de révision A n'avait pas prétendu s'être intéressée à la solvabilité des sociétés débitrices (société C et société pivot G). Dès lors, sur la base de ces seules circonstances, un prêt sans sûreté d'un montant de CHF 16,5 millions ou CHF 7,2 millions respectivement ne peut pas être considéré comme un prêt correspondant aux conditions du marché. Pour déterminer s'il y a suffisamment de fonds distribuables, le jour du bilan est décisif, à savoir le 31 décembre 2000 dans le cas présent, et non le moment de la distribution. Ainsi, il importe peu que la société pivot G ait par la suite effectivement remboursé le prêt comme l'avait prétendu la société de révision A.

Le Tribunal fédéral a estimé que c'est dès lors à juste titre que le tribunal cantonal a considéré que les deux prêts internes au groupe d'un montant de CHF 16,5 millions (à la société pivot G) et CHF 7,2 millions (à la société C) n'avaient pas été octroyés à des conditions de tiers et que, par consé-

quent, dans l'optique de l'art. 680 al. 2 CO, ces prêts bloquaient le capital propre librement disponible, dans la mesure où le montant correspondant aux prêts n'était pas disponible pour un versement de dividendes.

3.2 Précisions au sujet de l'agio. La société de révision A a fait valoir qu'en dehors du montant du bénéfice porté au bilan d'un montant de CHF 29,17 millions, l'agio d'un montant de CHF 2,43 millions devait également être traité comme montant librement disponible n'étant pas soumis à l'interdiction du remboursement du capital de l'art. 680 al. 2 CO.

Une partie minoritaire de la doctrine estimait que l'agio n'était pas destiné à être distribué aux actionnaires, car il ne s'agissait pas d'une part de bénéfice au sens de l'art. 660 al. 1 CO. La doctrine majoritaire quant à elle estimait que l'agio pouvait être distribué aux actionnaires dans le cadre de l'art. 671 CO, en particulier de l'art. 671 al. 3 CO *a contrario* (pour autant que le montant de la réserve générale dépasse la moitié du capital-actions).

Le Tribunal fédéral a suivi la doctrine majoritaire. Dans le cas particulier, un montant de CHF 1,25 million était indiqué comme réserve générale et correspondait à la moitié du capital-actions de la société participante B. La condition de l'art. 671 al. 3 CO étant remplie, le montant de CHF 2,43 millions indiqué comme agio n'était pas soumis à l'interdiction du remboursement du capital. Ainsi, le montant disponible pour le versement de dividendes se calcule en déduisant les prêts octroyés aux actionnaires de la somme correspondant aux montants cumulés du bénéfice porté au bilan et de l'agio.

4. DISCUSSION

4.1 Test du tiers et distribution cachée de dividendes.

Au-delà de l'*obiter dictum* du Tribunal fédéral au sujet de la discutabilité participation d'une société à un cash pool [8], les prêts internes à un groupe peuvent être octroyés à condition toutefois que les fonds proviennent du capital librement disponible et que ces prêts soient octroyés à des conditions de tiers.

Il n'est pas nécessaire de revenir sur ce que regroupe le capital librement disponible, si ce n'est que l'agio fait également partie du capital librement disponible aux conditions indiquées au point 4.3 ci-dessous.

Les prêts internes à un groupe doivent satisfaire au test du tiers. Les critères retenus par la plupart des auteurs pour apprécier si le prêt satisfait au test du tiers sont les intérêts, le montant, la durée, la forme écrite et les possibilités de résiliation du prêt ainsi que les sûretés octroyées, en tenant compte de la capacité et de la volonté de remboursement de l'emprunteur [9]. Si l'emprunteur ne montre qu'une solvabilité limitée, des intérêts et des sûretés plus importants devraient être exigés [10]. Pourtant, selon le Tribunal fédéral, les faits retenus, à savoir que, d'une part, le prêt avait été octroyé sans que l'emprunteur ne donne de sûretés au prêteur, et, d'autre part, la société de révision A ne s'était à aucun moment intéressée à la solvabilité des sociétés débitrices, étaient des critères suffisamment à charge pour que le prêt octroyé par la société participante B à la société pivot G échoue au

test du tiers. Sur la base de ces seules circonstances et en ne tenant pas compte de la volonté de remboursement ou du remboursement effectif dudit prêt, le test du tiers n'a pas été satisfait.

Il faut retenir que sur la base de cet arrêt du Tribunal fédéral, l'octroi de sûretés et la solvabilité du débiteur sont des éléments importants, voire essentiels, pour satisfaire au test du tiers. Il n'est cependant pas clair si ces deux critères doivent être pris en considération de manière alternative ou cumulative [11]. Il n'est pas clair non plus si ces deux critères doivent être appliqués de manière restrictive à tous les prêts internes à un groupe ou s'il est possible de remplir d'autres critères – en-dehors des deux critères cités par le Tribunal fédéral – pour satisfaire au test du tiers. Le Tribunal fédéral a peut-être manqué une occasion de définir de manière plus approfondie les contours de ce qu'il fallait entreprendre et de fixer les critères à respecter pour satisfaire au test du tiers. Ceci est d'autant plus regrettable que le Tribunal fédéral a considéré que l'échec du test du tiers entraînait automatiquement une requalification du prêt en distribution cachée de dividendes [12].

Pour certains auteurs, la non satisfaction à certains critères ne doit pas automatiquement requalifier un prêt en distribution cachée de dividendes [13]. Les critères principaux pour définir si un prêt doit être qualifié de distribution cachée de dividendes sont la volonté et la capacité de remboursement du débiteur – et non d'autres critères tels que les intérêts – et seuls ces critères devraient être pris en considération, les autres critères ne devant être considérés que comme des indices [14]. En outre, si les intérêts du prêt ne devaient pas correspondre aux conditions du marché, alors la question de la violation du devoir de diligence du conseil d'administration ou de l'organe de révision devrait se poser, mais le prêt lui-même ne devrait pas être remis en question [15]. Le Tribunal fédéral a considéré que le prêt n'avait pas satisfait au test du tiers et qu'il importait peu de savoir si le prêt avait effectivement été remboursé car pour déterminer s'il y avait suffisamment de fonds distribuables, le jour du bilan était décisif et non le moment de la distribution. Cet échec du test du tiers a automatiquement entraîné une requalification du prêt en distribution cachée de dividendes.

4.2 Restrictions d'utilisation des fonds propres librement disponibles. Le Tribunal fédéral a considéré que les deux prêts internes au groupe n'avaient pas été octroyés aux conditions de tiers et que, par conséquent, dans l'optique de l'art. 680 al. 2 CO, le capital propre librement disponible était réduit d'un montant équivalents auxdits prêts.

Pour *Glanzmann/Wolf* [16], un prêt qualifié de distribution cachée de dividendes n'est pas une distribution formelle de dividendes [17]. C'est un acte simulé et, par conséquent, un acte juridique nul [18]. La société a dès lors une action en restitution à l'encontre de l'actionnaire [19]. Ainsi, cette créance (*Ersatzanspruch*) d'un montant égal au «prêt» remplace à l'actif du bilan les montants «prêtés». Pour *Blum*, la création d'une réserve spéciale ne convainc pas dans la mesure où un prêt ne satisfaisant pas au test du tiers – qui est considéré par le Tribunal fédéral comme une distribution cachée de

dividendes – doit également d'un point de vue comptable être traité comme une distribution cachée de dividendes. Dès lors, le montant correspondant à la distribution cachée de dividendes doit être déduit de l'actif et du passif du bilan (fonds propres librement disponibles) [20]. Par conséquent, la création d'une réserve spéciale n'est pas nécessaire [21].

Selon le Tribunal fédéral, un prêt ne satisfaisant pas au test du tiers provenant du capital propre librement disponible ne viole pas l'interdiction du remboursement du capital, mais conduit toutefois à un blocage de fait du capital propre librement disponible correspondant au montant dudit prêt [22]. Le Tribunal fédéral a suivi une position minoritaire selon laquelle les fonds propres librement disponibles doivent pouvoir à tout moment couvrir le prêt ne satisfaisant pas au test du tiers, également après la conclusion dudit prêt. Ainsi, si la couverture devait être insuffisante ultérieurement, le conseil d'administration du prêteur devrait faire en sorte que la partie du prêt qui n'est plus couverte par les fonds propres librement disponibles soit immédiatement remboursée par l'emprunteur [23]. Dès lors, les fonds propres librement disponibles sont bloqués *de facto* à hauteur du montant du prêt ne satisfaisant pas au test du tiers [24]. Le Tribunal fédéral a proposé qu'une réserve spéciale correspondant au montant du prêt ne satisfaisant pas au test du tiers soit créée sur le modèle de l'art. 659a al. 2 CO. Cette mesure permettrait d'éviter que les mêmes montants soient utilisés à plusieurs reprises.

Cette réserve spéciale mentionnée par le Tribunal fédéral s'inscrit au passif du bilan de la société. L'organe de révision devra alors vérifier la conformité des prêts avec ladite réserve lors de chaque exercice. D'éventuelles distributions de dividendes ne pourront être effectuées que si des fonds propres librement disponibles subsistent. Comme les fonds propres librement disponibles peuvent être réduits par d'éventuelles nouvelles réserves spéciales créées pour couvrir des prêts ne satisfaisant pas au test du tiers, il est possible qu'il faille compter avec une réduction considérable des montants pouvant être versés à titre de dividendes. Aussi, la création de cette nouvelle réserve spéciale conduira à une collaboration accrue entre les sociétés participant à un cash pool et les organes de révision.

4.3 Utilisation de l'agio. La question de l'utilisation de l'agio, qui a depuis plusieurs années fait débat dans la doctrine, a été tranchée et cela a eu pour effet de lever une certaine incertitude qui planait sur la qualification qu'il fallait lui donner. L'agio fait partie de la part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan à laquelle l'actionnaire a droit, pour autant que la loi ou les statuts prévoient sa répartition entre les actionnaires et pour autant que seule la part de l'agio dépassant la moitié du capital-actions soit versée.

5. CONCLUSION

Pour établir si un prêt (*upstream ou cross-stream*) à une société du groupe satisfait au test du tiers, le Tribunal fédéral s'est fondé sur les deux critères suivants: inexistence de sûreté et manque d'intérêt porté à la solvabilité du débiteur du prêt. Ces critères sont très restrictifs et la marge de manœuvre des

sociétés participant à un cash pool pour satisfaire au test du tiers est plutôt limitée. Une société ayant octroyé un prêt (*upstream ou cross-stream*) à une société du groupe doit faire en sorte que ledit prêt soit garanti par une sûreté. En outre, cette société devra surveiller de manière permanente la solvabilité des autres membres du cash pool. A défaut d'avoir mieux défini les critères pouvant être pris en considération pour la satisfaction du test du tiers, il est difficile de savoir quels autres critères pourraient être retenus. En outre, selon le Tribunal fédéral, un prêt (*upstream ou cross-stream*) à une société du groupe ne satisfaisant pas au test du tiers entraîne automatiquement une requalification du prêt en distribution cachée de dividendes. Afin d'éviter qu'une société utilise ses fonds propres librement disponibles à plusieurs reprises, une réserve spéciale devra être constituée par la société pour tout prêt ne satisfaisant pas au test du tiers. Le montant de cette réserve spéciale sera équivalent au montant dudit prêt, qui ne pourra pas dépasser le montant des fonds propres librement disponibles. La création de cette réserve spéciale entraînera une réduction des fonds propres librement disponibles de la société, ce qui aura pour conséquence la réduction de montants pouvant être versés aux actionnaires à titre de dividendes. Tant le conseil d'administration que l'organe de révision de sociétés faisant partie d'un cash pool doivent dès à présent revoir les contrats de cash pool existants, les adap-

ter, si nécessaire, et créer des réserves spéciales, si nécessaire. Aussi, les organes desdites sociétés doivent porter une attention accrue lors de la détermination des fonds propres librement disponibles pour le versement de dividendes. Ce qui précède est également applicable aux prêts (*upstream ou cross-stream*) octroyés à une société du groupe en-dehors d'un système de cash pooling. Sur une note plus positive, le Tribunal fédéral a tranché la question de la qualification de l'agio, qui fait partie de la part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan à laquelle l'actionnaire a droit. ■

Notes: 1) Les sociétés participantes et la société pivot disposent en général de comptes auprès de la même banque. 2) Le système de cash pooling peut être physique ou notionnel. Le cash pooling physique permet le transfert physique des avoirs du compte d'une société participante sur le compte d'une société pivot et vice versa. En revanche, dans le cash pooling notionnel, il n'y a pas de compensation physique des soldes de la société participante avec ceux de la société pivot, mais uniquement un calcul des intérêts. 3) Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, in: GesKR 2014, p. 265. 4) Un remboursement du capital reste néanmoins possible lors d'une réduction du capital-actions de la société. 5) Maurer Matthias/Handle Marco, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, in: GesKR 2013, p. 295. 6) La création de cette réserve spéciale n'est pas requise par la doctrine majoritaire. 7) Arrêt du Tribunal fédéral 4A_138/2014, C. 4.5: «Denn zunächst ist bereits im Ansatz fragwürdig, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin – wie hier die Beschwerdegegnerin – über ihre Liquidität verfügt, als solche überhaupt einem Drittmannstest standhält». 8) Voir N 8. Brand Patric A./Müller Thomas S., Konzerninterne Darlehen, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen (Swisscargo Entscheid), in: Jusletter 15. Dezember 2014, note marginale 26. Ces auteurs sont d'avis que la question ne se pose pas en premier lieu sous l'aspect de la préservation du capital, mais bien plus au regard des compétences intransmissibles du conseil d'administration d'une société participante et ses devoirs de diligence. 9) Blum Oliver, Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, in: GesKR 2014, p. 466;

Glanzmann/Wolf (N 3), p. 267; Maurer/Handle (N 5), p. 292. 10) Maurer/Handle (N 5), p. 292. 11) Brand/Müller (N 8), note marginale 13: pour ces auteurs, l'octroi de sûretés et (la prise en compte de) la solvabilité du débiteur doivent être pris en considération de manière cumulative. 12) Arrêt du Tribunal fédéral 4A_138/2014, C. 4.2: «Nach herrschender Lehre stellt ein Darlehen an eine Mutter- oder Schwestergesellschaft dann eine kapital-schutzrechtlich relevante Ausschüttung dar, wenn das Darlehen nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtet worden ist» ou «Denn bliebe das nicht zu Marktbedingungen ausgerichtete und damit Ausschüttungscharakter aufweisende Darlehen bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende unberücksichtigt, würde das freie Eigenkapital doppelt verwendet, nämlich im Zusammenhang mit dem erfolgten Darlehen einerseits und der geplanten Dividenden andererseits». 13) Glanzmann/Wolf (N 3), p. 268: pour ces auteurs, un écart manifeste entre les conditions du prêt octroyé et les conditions du marché entraîne une présomption (réfragable) que les parties n'ont pas l'intention de rembourser le prêt, et par conséquent, ont l'intention d'effectuer une distribution cachée de dividendes (la présomption peut être réfutée s'il peut être démontré que (i) le prêt est recouvrable (werthaltig) (un élément pouvant démontrer que le prêt est recouvrable est par exemple le remboursement dudit prêt) et (ii) l'écart manifeste est compensé par d'autres avantages (en particulier ceux découlant de l'appartenance à un groupe de sociétés)); Blum (N 9), p. 467 ss. 14) Blum (N 9), p. 467. 15) Blum (N 9), p. 467. 16) La position de ces auteurs mentionnée dans cette contribution a été prise suite à l'arrêt du tribunal cantonal du 20 janvier 2014, mais avant l'arrêt du Tribunal fédéral discuté dans cette contribution. 17) Glanz-

mann/Wolf (N 3), p. 271. 18) Glanzmann/Wolf (N 3), p. 264; Glanzmann Lukas, in: Revue suisse de droit des affaires et du marché financier 2011, p. 246: pour cet auteur, il est possible de guérir l'acte juridique avec une décision de l'assemblée générale sur la distribution de dividendes à hauteur du montant du prêt octroyé à l'actionnaire. 19) Glanzmann/Wolf (N 3), p. 266 et 271; Jagmetti Luca, in: SSHW – Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 267, 2007, p. 194 et 198. 20) Blum (N 9), p. 470 ss. 21) Blum (N 9), p. 472. 22) Arrêt du Tribunal fédéral 4A_138/2014, C. 4.2: «Solange das durch Art. 680 Abs. 2 OR geschütztes Kapital durch die Ausschüttung nicht berührt ist, d.h., der nicht zu Marktbedingungen geleistete Darlehensvertrag nicht aus dem geschützten, sondern aus dem freiem Eigenkapital herrührt, liegt zwar kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor; im Ergebnis führt eine solche Ausschüttung mit Blick auf eine Dividendenausschüttung aber zu einer faktischen Sperrung des freien Eigenkapitals im Umfang des ausgerichteten Darlehensbetrags.». 23) Maurer/Handle (N 5), p. 295. 24) Maurer/Handle (N 5), p. 295. Les auteurs ajoutent qu'un prêt octroyé à des conditions non-conformes au marché qui ne serait plus couvert par les fonds propres librement disponibles constituerait une violation de l'interdiction du remboursement du capital. Pour des raisons de transparence et pour éviter que les fonds propres librement disponibles soient utilisés à plusieurs reprises, les auteurs proposent la création d'une réserve spéciale correspondant au montant du prêt. Les auteurs proposent que les prêts constitués aux conditions du marché soient également couverts par des fonds propres librement disponibles car ces prêts constituent également un risque pour le capital propre protégé.