

Prêt d'une société à son actionnaire: quelques points d'attention

5 juin 2023 - 07:00

| Marco Villa, FBT Avocats

3 minutes de lecture

Il est commun qu'une société fasse un prêt à son actionnaire. L'opération peut toutefois être nulle si certaines conditions ne sont pas respectées.



La société Foxtrott SA, active dans la location de jets privés, est administrée par M. Bravo, seul administrateur. Celui-ci est aussi actionnaire majoritaire de la société, à hauteur de 60%. Le solde de 40% est détenu à hauteur de 30% par M. Tango et de 10 % par Mme Alpha. Ni M. Tango ni Mme Alpha ne sont actifs au sein de Foxtrott SA. Madame Alpha est étudiante, tandis que M. Tango a sa propre raison individuelle de jardinier. M. Bravo souhaite acquérir une œuvre d'art, mais il n'a pas les liquidités nécessaires. Il envisage de faire en sorte que la société lui prête un montant de 50'000 francs, sans intérêts, pour une durée de 5 ans.

La situation décrite ci-dessus est fantaisiste, certes. Néanmoins, elle illustre efficacement les relations de faveur qui peuvent exister entre une société et un de ses actionnaires. Le tissu économique suisse étant largement constitué de PME et de sociétés familiales, les relations humaines jouent un rôle important dans les entreprises; l'actionnaire a souvent un rapport personnel avec la société. Dans ce contexte, l'actionnaire est susceptible d'obtenir de la société certaines prestations à des conditions de faveur. Quelques règles sont ainsi fixées par la loi et la jurisprudence pour encadrer les relations entre la société et son actionnaire.

Indépendamment des conditions du prêt, on prêtera attention à deux points:

- D'abord, il y a lieu de s'assurer qu'un prêt à l'actionnaire est admissible du point de vue de l'activité de la société. Concrètement, il s'agit de s'assurer que le but social, tel que formulé dans les statuts, permet d'octroyer un prêt à un actionnaire. Les statuts devraient d'ailleurs mentionner explicitement la possibilité pour la société d'octroyer des prêts aux actionnaires.
- Se pose ensuite une question de représentation. On évitera autant que possible le «contrat avec soi-même». Dans notre exemple, on évitera que M. Bravo, administrateur unique, ne s'octroie seul un prêt à lui-même de la part de Foxtrott SA. Une telle opération serait en principe nulle. Pour prévenir tout conflit d'intérêts et garantir la sécurité du droit, dans le cas d'une société avec plusieurs administrateurs, on fera signer le contrat par les administrateurs qui ne bénéficient pas du prêt. Si la société ne dispose que d'un seul administrateur qui est potentiellement le seul bénéficiaire du prêt de la société alors qu'elle comporte plusieurs actionnaires, cet administrateur veillera à faire approuver le prêt par une assemblée générale des actionnaires. Dans le cas ci-dessus, M. Bravo serait bien inspiré d'obtenir l'approbation de M. Tango et de Mme Alpha.

Lorsque le prêt est octroyé à des conditions plus favorables que celles du marché, plusieurs points de vigilance additionnels surgissent.

Sur les conditions du prêt, on retiendra la règle simple suivante: une transaction *at arm's length* est par principe admissible. Si une société prête de l'argent à son actionnaire aux mêmes conditions que le ferait un tiers, l'opération est légitime et n'est soumise à aucune restriction particulière. Les conditions *at arm's length* ne visent pas seulement le taux d'intérêt du prêt, mais également les garanties de solvabilité en vue du remboursement. Le fait de conclure le prêt *at arm's length* permet de s'épargner l'examen de plusieurs questions tout en offrant une bonne sécurité juridique.

Lorsque le prêt est octroyé à des conditions plus favorables que celles du marché, plusieurs points de vigilance additionnels surgissent.

Parce qu'il n'est pas consenti aux conditions du marché, le prêt ressemble à une distribution à l'actionnaire. Par conséquent, pour assurer la sécurité juridique, ce prêt devrait être décidé par l'assemblée générale, seule compétente pour décider de distributions de dividendes.

Dans le prolongement de ce qui précède, le prêt octroyé à l'actionnaire ne doit pas dépasser les fonds propres librement disponibles de la société. En effet, le capital social constitue le socle économique d'une société anonyme et est intangible ; les actionnaires ne peuvent pas en demander le remboursement (art. 680 al. 2 CO) et il est interdit à la société de (re)verser aux actionnaires le montant de leurs apports. Le capital social ne peut être remboursé que dans des cas exceptionnels, lors d'une réduction de capital ou d'une dissolution de la société. Si la société pouvait prêter à son actionnaire, à des conditions de faveur, des montants pris sur le capital social, l'interdiction du remboursement des apports ne serait pas respectée.

Pour cette raison, le Tribunal fédéral a précisé que, lorsqu'un prêt est accordé à un actionnaire à des conditions qui ne sont pas celles du marché, la société doit comptabiliser dans ses fonds propres une réserve spéciale de même montant, destinée à couvrir ce prêt (cf. par analogie le mécanisme prévu pour les actions propres – art. 659a CO). Après la comptabilisation de cette réserve, les fonds librement disponibles de la société sont réduits d'autant et la société ne pourra procéder à des distributions de dividendes que pour des montants librement distribuables, à savoir pour les fonds propres libres « excédant » une fois et demie le capital social (pour tenir compte de la réserve légale) plus le montant « bloqué » en lien avec le prêt octroyé.

Cette règle vise à éviter que l'actionnaire ne puisse percevoir une première fois l'argent sous forme de prêt, puis une seconde fois sous forme de dividende.

Un prêt octroyé à un actionnaire à des conditions favorables peut également entraîner des conséquences fiscales. En bref, on retiendra que le prêt doit porter intérêt au moins au taux minimal fixé par l'Administration fédérale des contributions. Si la société renonce au

remboursement du prêt par l'actionnaire, cela équivaut à une distribution de dividende. La société devient alors redevable de l'impôt anticipé pour un montant égal à 53,8 % du montant du prêt non remboursé, soit l'impôt anticipé au taux de 35% calculé sur une base «brut par net».

S'il est tentant pour un actionnaire, en particulier celui qui contrôle la société, de demander à celle-ci de l'aider financièrement, une telle démarche ne doit pas être entreprise à la légère. La loi et la jurisprudence ont établi un cadre qui vise à protéger la société (comme personne morale indépendante de ses actionnaires et administrateurs), les autres actionnaires et les créanciers. Ignorer ce cadre, c'est notamment s'exposer à des actions en responsabilité et à des problématiques fiscales.



Marco Villa

Associé et responsable du groupe Droit des sociétés et contrats

Marco Villa est associé et responsable du groupe Droit des sociétés et contrats de FBT Avocats SA. Spécialisé en droit contractuel et commercial, il conseille des particuliers, des sociétés commerciales et des banques dans leurs activités domestiques et transfrontalières, notamment dans le domaine des contrats bancaires et financiers, des opérations de fusion et acquisition, des accords d'agence et de distribution et des accords de coopération. Il possède également une vaste expérience dans le domaine du «private equity», ainsi qu'en matière de droit immobilier (transactions, baux, etc.).



FBT Avocats SA est une Etude pluridisciplinaire, implantée à Genève et à Paris, qui intervient dans des activités de niches, à dominante transfrontalière. FBT Avocats SA est l'une des Etudes les plus spécialisées en droit bancaire et financier de Suisse romande. Elle couvre par ailleurs le droit patrimonial de la famille, le droit des sociétés, le droit du travail et des assurances sociales, le contentieux civil, administratif et pénal et la scalité.