

Crédits Covid-19 dans le cadre d'une transmission d'entreprise

par Laura Colliard, participante CAS volée 2020, à titre personnel

1. Introduction

Nous souhaiterions tous voir la problématique des crédits Covid reléguée à un lointain passé. Il reste cependant des risques juridiques liés à ces prêts que les cédants et les acquéreurs ignorent parfois.

La présente newsletter se concentre sur la mesure « crédits et cautionnements solidaires à la suite du coronavirus » - communément nommée Crédit Covid-19, mais l'ensemble des mesures d'aides devrait être pris en considération par les parties dans le cadre d'une transmission d'entreprise.

Dans le cadre d'une transmission d'entreprise, il conviendra de vérifier si des mesures d'aides ont été allouées à l'entreprise concernée afin de cerner les risques que celle-ci ou ses organes (actuels ou futurs) ne se retrouvent dans une situation périlleuse.

2. Historique

Au début de la pandémie, en mars 2020, plusieurs mesures d'aides financières ont été mises en place par l'Etat dans l'urgence « *en vue d'atténuer les conséquences de la pandémie de coronavirus pour l'économie et la société* »¹, parmi lesquelles le Crédit Covid-19. Ces différentes mesures ont été assorties de restrictions visant à ce que les fonds ne soient pas détournés de leur but initial, restrictions que les entrepreneurs oublient parfois, volontairement ou involontairement. Certains preneurs de crédit ont ainsi fait l'amalgame entre ces mesures et les aides à fonds perdus et ont pensé à tort, par exemple, que le crédit Covid-19 ne doit pas être remboursé.

Si le but du crédit Covid-19 est détourné, les conséquences peuvent être lourdes, avant, pendant ou après la transmission d'une entreprise.

Une mise à disposition simplifiée et une réglementation stricte et complexe

La mise en place rapide des crédits Covid-19 visait à « éviter les cas de rigueur et à apporter un soutien ciblé, rapide et sans formalités excessives aux entreprises » touchées par la crise. L'Ordonnance du 25 mars 2020 sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, ci-après : « OCaS-COVID-19 ») vise ainsi à fournir en particulier aux travailleurs indépendants et aux PME un accès rapide et non bureaucratique aux crédits bancaires, c'est-à-dire aux liquidités pour leur permettre de supporter leurs charges fixes des mois à venir malgré des pertes de revenus².

¹ Lundi 23 mars 2020, 18H40 Communiqué de presse- <https://www.parlament.ch/PRESS-RELEASES/PAGES/MM-FINDEL-2020-03-23.ASPX>

² Commentaire de l'ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19) Berne, le 25 mars 2020 <https://covid19.easygov.swiss/wp-content/uploads/2020/03/erlaeuterungen-notverordnung-solidarbuergschaften-fr-20200325.pdf>

Les crédits Covid-19 étaient ainsi mis à disposition sous 48 heures en complétant un simple formulaire (la convention de crédit figurant à l'annexe 2 de l'OCas-COVID-19) et en le transmettant à une banque. 136'731 demandes ont été enregistrées pour un volume de crédit de CHF 13'933'466'298³. L'OCas-COVID-19 a par la suite été transposée en droit ordinaire dans la loi fédérale du 18 décembre 2020 sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus (Loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus, LCaS-COVID-19⁴).

3. Utilisation illicite des fonds et responsabilité

La loi prévoit des restrictions liées à l'utilisation des fonds d'une entreprise qui bénéficie du crédit Covid-19. Ces restrictions s'appliquent pendant toute la durée du cautionnement solidaire (art. 2 al. 2 LCaS-COVID). Cette disposition essentielle vise à éviter que les bénéficiaires des crédits cautionnés utilisent les fonds dans un but contraire au but visé par la loi, ainsi qu'à maintenir une certaine pression liée au remboursement du prêt cautionné⁵.

Sont notamment prohibés la distribution de dividendes (peu importe la forme de ces dividendes) et de tantièmes, ainsi que le remboursement d'apports de capital. Cette interdiction peut compromettre fortement une opération de transmission, notamment lorsqu'elle est financée par une holding d'acquisition avec crédit bancaire puisqu'il n'est plus possible de verser les dividendes à la société mère et qu'il devient de facto impossible de rembourser la dette contractée lors de l'acquisition de l'entreprise. A noter cependant qu'à partir du 1.1.2021 il reste possible de payer des intérêts et des amortissements à des sociétés proches lorsque ces obligations de paiement existent *avant* à la date de signature de la convention de crédit COVID-19⁶. Cette possibilité ne peut par contre pas être prévue pour un prêt contracté après la date de signature de la convention de crédit COVID-19.

Il est important de rappeler que les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration du preneur de crédit ainsi que toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de sa liquidation répondent personnellement et solidairement à l'égard des créanciers, du donneur de crédit, de l'organisation de cautionnement et de la Confédération du dommage qu'ils leur causent en violant intentionnellement ou par négligence les prescriptions de l'article 2 de la LCaS-COVID-19 liées aux restrictions à l'utilisation des fonds (art. 22). En tant que spécialistes des transmissions d'entreprises, nous devrions donc vérifier le respect de la LCaS-COVID-19 et informer nos mandants de cette problématique de la responsabilité.

Risques et conséquences directes

Les crédits COVID-19 ont été octroyés sur la base d'une auto-déclaration du preneur de crédit. Dans le contexte de l'urgence, un examen préalable complet et détaillé de toutes les demandes de crédits était impossible, les donneurs de crédits se focalisaient donc sur les aspects formels du contrôle. Il est donc nécessaire, afin de prévenir, combattre et poursuivre les abus, de

³ [Crédits Covid-19 - EasyGov](#)

⁴ Loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, LCaS-COVID-19 ; RS 951.26

⁵ Message concernant la loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus, FF 2020 8165, p. 8188s.). <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2182/fr>

⁶ Conseil national Session d'hiver 2021 Sixième séance 06.12.21 14h30 21.8080 <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=55080>

soumettre à une sanction pénale et de poursuivre d'office l'obtention frauduleuse des crédits COVID-19, qui sont en fin de compte cautionnés par l'État, de même que certains procédés relevant du droit des sociétés et des prêts.⁷

Une disposition pénale a ainsi été introduite dans la loi (art. 25 LCas-COVID-19). Tombe sous le coup de cette disposition quiconque obtient intentionnellement un crédit COVID-19 en fournissant de fausses indications ou viole une ou plusieurs prescriptions de l'art. 2, al. 2, par exemple l'interdiction générale de distribuer des dividendes.

Par la signature de la convention de crédit ou de la demande de crédit, le preneur de crédit confirmait que les indications fournies étaient complètes et véridiques. Si tel n'était pas le cas, il s'expose donc à une sanction pénale au sens de l'art. 25 LCas-COVID-19. Un éventuel repreneur de la société doit alors bien vérifier que la loi a été respecté.

4. Le transfert du crédit Covid-19 : base légale et procédure

Sauf exceptions citées dans la LCaS-COVID-19, le prêt Covid n'est pas transférable à une autre entité. En effet, selon l'article 2 alinéa 6 LCaS-COVID-19, « *le preneur de crédit n'est pas autorisé à transférer les droits et obligations qui découlent de la relation de crédit. Si un transfert a tout de même lieu, il ne déploie aucun effet sur le crédit cautionné en vertu de l'OCaS-COVID-19. Est en revanche autorisé le transfert dans le cadre d'une restructuration au sens de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion. Le donneur de crédit approuve un tel transfert pour autant qu'il soit lié au transfert de tous les actifs et passifs ou au moins de la partie essentielle de l'entreprise du preneur de crédit, ou à une transformation du preneur de crédit. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que le donneur de crédit exige une garantie. L'art. 493, al. 5, deuxième phrase du code des obligations (CO) ne s'applique pas aux transferts qui sont autorisés conformément au présent alinéa. L'organisation de cautionnement est informée de la restructuration par écrit ou par voie électronique* ».

Le transfert du crédit Covid-19 est donc légal en vertu de l'art. 2 al. 6 LCas-COVID-19 lorsqu'il est lié à une opération de fusion ou de transformation au sens de la LFus ainsi qu'à une opération de scission et de transfert de patrimoine au sens de la LFus pour autant qu'il soit lié un transfert *de la partie essentielle de l'entreprise du preneur de crédit*. La loi répond ainsi aux besoins économiques des entreprises liés aux restructurations, qui permettent par exemple de faciliter le règlement d'une succession dans les entreprises familiales (scission) ou d'assurer la croissance de l'entreprise (transformation / transfert de patrimoine d'une entreprise individuelle dans une société de capitaux). Restent cependant incompatibles avec le but de l'OCAS-COVID-19 et donc interdites les restructurations qui servent au transfert à l'étranger d'actifs et de passifs du preneur de crédit⁸. Evidemment, le transfert du prêt ne doit pas engendrer d'opération prohibée (remboursement du prêt des actionnaires ou de proches, distribution de dividende, remboursement de capital, etc)⁹.

⁷ Message concernant la loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus, FF 2020 8165, p. 8214s.) <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2182/fr>

⁸ Message concernant la loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus, FF 2020 8165, p. 8192 <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2182/fr>

⁹ Art. 2 LCaS-COVID-19

Les successions à titre singulier, soit le transfert de droits et obligations découlant de la relation de crédit, par exemple au moyen de cessions au sens de l'art. 164 CO, restent interdites (cf. ch. 12 de la convention de crédit figurant à l'annexe 2 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19).

La LCas-COVID-19 n'est donc pas un obstacle à la transmission de l'entreprise en tant que telle. Mais les opérations inhérentes aux règlements du cédant ou la restructuration qui précède parfois la transmission peuvent impliquer une utilisation illicite des fonds au sens de l'article 2 LCas-COVID-19. Voici quelques exemples en lien avec cette loi:

- Transmission des parts sociales par succession ou donation : licite.
- Transmission des parts sociales à ses héritiers et remboursement du prêt actionnaire pour assurer la retraite de cet actionnaire : illicite car ce remboursement est prohibé par l'article 2 al. 2 LCas-COVID-19.
- Transfert des actifs dans une autre entité juridique : licite sous conditions strictes. Il faut que le transfert soit réalisé en application de la LFus et que ce transfert soit lié à la partie essentielle de l'entreprise du preneur de crédit. Ceci dit l'immeuble d'exploitation à propre usage de la société peut à priori rester dans la société transférante. La question de loyers de tierces personnes doit être considérée car le chiffres d'affaires et/ou l'EBITDA de la société d'exploitation pourra être impacté.

5. Conclusion

Les contrôles effectués dans le cadre d'une transmission d'entreprise devraient toujours intégrer la question de la licéité de l'opération par rapport à la loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus (LCaS-COVID-19) et les ordonnances d'application. Cette loi prévoit des restrictions liées à l'utilisation des fonds d'une entreprise qui bénéficie du crédit Covid-19 et des responsabilités lourdes en cas d'utilisation contraire à la loi. Ces restrictions s'appliquent pendant toute la durée du cautionnement solidaire. En outre, les restructurations qui précèdent parfois les transmissions d'entreprises ne peuvent être effectuées que si certaines conditions strictes sont satisfaites. Enfin, le remboursement du prêt de l'actionnaire, qui en généralement prévu lors de la transmission, est illicite lorsque l'entreprise a sollicité un prêt COVID.

Lorsque les contrôles montrent que l'entreprise n'a pas respecté la LCaS-COVID 19, il conviendra parfois de renoncer à l'acquisition de cette entreprise ou du moins d'adapter le prix à la baisse, par exemple si on doit s'attendre au remboursement rapide du prêt qui bénéficie toujours d'un taux d'intérêt bas.

La stratégie la plus simple reste de rembourser complètement le(s) crédit COVID avant la transaction de transmission d'entreprise.

 CRÉDITS COVID-19 		
<p>2 SEMAINES </p> <p>ont été nécessaires pour lancer le plan d'aide économique le plus conséquent de toute l'histoire de la Suisse.</p>	<p>100% </p> <p>est le pourcentage à hauteur duquel les crédits jusqu'à 500'000 francs sont couverts par la Confédération. Les crédits compris entre 500'000 francs et 20 million de francs sont couverts à 85% par la Confédération et à 15% par la banque.</p>	<p>138'000</p> <p>Environ 138'000 crédits Covid-19 ont été accordés pour un montant total de environ 17 milliards de francs entre le 26 mars 2020 et le 31 juillet 2020.</p> 
<p>40 MRD DE FRANCS</p> <p>représentait le montant maximal couvert par le fonds de garantie de la Confédération pour les PME.</p> 	<p>10 minutes était le temps nécessaire pour remplir, en sept étapes, une demande pour un crédit Covid-19 jusqu'à 500'000 francs.</p> 	
<p>START-UPS</p> <p>ont pu solliciter un crédit cautionné à 65% par la Confédération et à 35% par le canton dans le cadre d'un programme spécifique pour les start-ups. Un tel crédit a été accordé à 359 start-ups.</p>	<p>125 BANQUES</p> <p>ont participé au programme d'octroi des crédits transitoires aux entreprises qui en avaient besoin.</p>	<p>8 ANS </p> <p>est en règle générale la durée d'un crédit Covid-19 accordé. Dans des cas de rigueur, la durée peut être prolongée jusqu'à 10 ans.</p>
<p>© DFAE, Présence Suisse 2021 / Source: Département fédéral des finances DFF, Secrétariat d'Etat à l'économie SECO</p>		