



Collection lausannoise
CEDIDAC

Damiano Canapa / Jean-Luc Chenaux / Edgar Philippin
(éditeurs)

Développements récents en droit commercial VIII

Unil



Stämpfli Editions

Le droit à l'information du prêteur

FRÉDÉRIC ROCHAT, Dr en droit, LL.M. (Columbia '04)
Avocat, associé, Kellerhals Carrard, Lausanne

Table des matières

I. Introduction et contexte.....	24
A. Créanciers volontaires et involontaires	24
B. Les enjeux relatifs à l'information des créanciers.....	24
II. Les droits à l'information prévus par la loi	25
A. L'article 958e CO.....	25
B. Aperçu d'autres dispositions	27
III. Les clauses contractuelles relatives à l'information du prêteur	28
A. Principes généraux	28
1. But de l'information	28
2. Différents types de clauses d'information	29
3. Limites au droit d'information.....	30
4. Quelques contextes typiques.....	32
B. Les clauses d'information contractuelles en général.....	33
1. Information au moment de l'octroi du prêt.....	33
2. Information périodique	33
3. Information <i>ad hoc</i>	34
4. Information sur demande du prêteur.....	35
5. Droit de vérification du prêteur	36
C. Clauses d'information dans certains contextes particuliers	36
1. Emprunteurs cotés	36
2. Prêts convertibles ou à option.....	37
3. Les crédits COVID	37
IV. Bibliographie	38

La présente contribution s'inscrit dans le cadre d'une journée d'études juridiques consacrée au financement des entreprises. Elle a pour objet l'analyse des droits que le prêteur peut faire valoir à l'encontre de l'emprunteur pour obtenir des renseignements à son sujet. Après une introduction présentant les enjeux liés à la communication d'informations, j'examinerai dans un premier temps les droits – limités – que la loi suisse réserve au prêteur pour identifier,

dans un second temps, les obligations contractuelles que le prêteur peut exiger avant de consentir son prêt.

I. Introduction et contexte

A. Créanciers volontaires et involontaires

La loi suisse contient de nombreuses règles destinées à protéger les droits des créanciers soucieux d'assurer l'exécution de leurs créances. Il serait vain de chercher à en faire une liste exhaustive. Je me limite à mentionner les règles de la LP, dont c'est la fonction essentielle pour les créances pécuniaires (notamment le séquestre¹ et l'action révocatoire²), celles du Code pénal punissant notamment les infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes³ et celles du droit des sociétés protégeant le capital et l'actif social (règles sur la souscription et la libération du capital, procédure de réduction de capital, constitution de réserves et restrictions à leur utilisation, restitution de distributions indues, avis au juge en cas de surendettement), destinées à garantir autant que possible la capacité d'une société à faire face à ses engagements.

Les règles énoncées ci-dessus visent à protéger tant les créanciers volontaires, qui ont choisi d'entrer en relation avec le débiteur dans le cadre d'une relation contractuelle – typiquement un contrat de prêt – que les créanciers involontaires, par exemple les victimes d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime. C'est à ces derniers que les normes impératives de protection du droit suisse sont principalement destinées, puisqu'ils ne peuvent pas négocier à l'avance des droits ou garanties avec leur débiteur encore insoupçonné.

B. Les enjeux relatifs à l'information des créanciers

S'agissant plus particulièrement des droits des créanciers à l'information, le droit suisse est très parcimonieux. Cela s'explique en partie par le fait que cette préoccupation concerne essentiellement les créanciers volontaires, qui s'inscrivent dans une relation organisée qui leur permet de se protéger par la négociation de droits contractuels. Mais cela tient aussi aux risques liés à la divulgation de l'information : en l'absence d'un devoir de fidélité du bénéficiaire, la communication d'informations sensibles met celui qui les révèle en danger d'un usage abusif.

¹ Art. 271 ss LP.

² Art. 285 ss LP.

³ Art. 163 ss CP.

Ce principe trouve son expression par exemple en droit de la société anonyme, où l'actionnaire n'est soumis à aucune obligation légale de fidélité⁴ et jouit d'un droit d'information très limité. Selon l'article 697 CO, il ne peut demander des renseignements qu'au conseil d'administration et à l'organe de révision, lors de l'assemblée générale, et seulement dans la mesure où ces renseignements sont nécessaires à l'exercice de ses droits, étant précisé que la société peut les refuser lorsqu'ils compromettraient le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection ; et les livres et la correspondance ne peuvent être consultés qu'en vertu d'une autorisation expresse de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, pour autant que le secret des affaires soit sauvegardé.

Dans les structures corporatives où le destinataire de l'information est soumis à des obligations de loyauté, le droit à l'information est ouvert plus largement : en droit de la Sarl, par exemple, l'article 802 CO (droit aux renseignements et à la consultation) précède immédiatement son corollaire de l'article 803 CO (devoir de fidélité et interdiction de faire concurrence).

Dans un contexte contractuel, l'étendue des droits d'information consentis dépendra du degré d'ingérence reconnu comme nécessaire par les parties : plus le risque pris par le créancier est important, plus celui-ci sera légitimé à exiger une information détaillée et complète. Dans les contrats de prêts bancaires, par exemple, il est fréquent de trouver des clauses selon lesquelles l'emprunteur doit fournir des rapports plus détaillés et plus fréquents lorsque certains critères de risque sont atteints.

II. Les droits à l'information prévus par la loi

A. L'article 958e CO

L'article 958e CO, applicable aux entreprises soumises à l'obligation de tenir une comptabilité commerciale, traite de la publication et de la consultation des comptes et distingue à cet égard les sociétés cotées ou débitrice d'emprunts par obligations (al. 1) des autres sociétés (al. 2).

Les premières doivent révéler à toute personne qui en fait la demande (et donc pas uniquement à des créanciers) leurs comptes annuels individuels et les comptes annuels consolidés accompagnés des rapports de révision dans les douze mois qui suivent leur approbation⁵.

⁴ BÖCKLI, § 1, N 19 s.

⁵ Les règles relatives à la cotation posent des exigences complémentaires sur l'étendue et le mode de publication des documents sociaux. Voir pour SIX Swiss Exchange AG,

Les autres sociétés ne sont tenues de fournir des renseignements sur leur situation financière que de manière limitée :⁶

- *Légitimation*. Le créancier doit démontrer qu’il est effectivement créancier. À cet égard, la jurisprudence exige que le créancier rende sa créance hautement vraisemblable⁷. En outre, le créancier doit rendre hautement vraisemblable son intérêt digne de protection à la consultation, à savoir que la satisfaction de sa créance doit apparaître compromise⁸. L’intérêt de la société à la préservation de ses secrets d’affaires sera mis en balance avec l’intérêt du créancier à la consultation⁹.
- *Étendue*. Le droit à l’information porte sur la consultation du rapport de gestion et des rapports de révision.
- La société doit donner accès au seul rapport de l’organe de révision à l’assemblée générale (art. 728b al. 1 CO), non au rapport détaillé de l’organe de révision au conseil d’administration de l’article 728b alinéa 1 CO. Le droit à la consultation ne porte pas sur les notes d’audit ou les documents internes à la société.
- Le rapport annuel, lorsqu’il en existe un¹⁰, peut contenir des informations importantes sur les affaires de l’entreprise, y compris des éléments prospectifs (notamment l’état des commandes et mandats, les activités de recherche et développement)¹¹.
- La loi ne précise pas expressément de limite de temps pour la consultation, mais il est admis que ce droit ne porte que sur les comptes du dernier exercice en date¹². Vu l’exigence de présenter les chiffres de l’exercice précédent dans les comptes (art. 958d al. 2 CO), le créancier a de fait accès aux informations comptables des deux dernières années.

l’art. 49 du règlement de cotation ainsi que la Directive Devoirs d’annonce réguliers (DDAR) du 19 août 2021, disponible sur le site <<https://www.ser-ag.com/fr/home.html>> (consulté le 14 janvier 2022). Pour BX Berne eXchange, voir l’art. 14 du règlement de cotation (*listing rules*) ainsi que les autres règles sur les obligations de reporting régulier (<https://www.bxswiss.com/regulatory-information>) (consulté le 14 janvier 2022).

⁶ Voir également à ce sujet DUPASQUIER, p. 34 s.

⁷ CR CO II-TORRIONE/BARAKAT, art. 958e, N 9 et réf. cit.

⁸ Le créancier devra présenter au juge des éléments indiquant que la société débitrice fait face à des difficultés financières (BSK OR II-NEUHAUS/SUTER, art. 958e, N 7).

⁹ ATF 137 III 255 ; TC/VD, JdT 2020 III 155. Le créancier doit démontrer l’existence de circonstances permettant objectivement de croire à l’existence de difficultés financières de la société. La requête ne doit pas apparaître comme destinée à satisfaire la simple curiosité du créancier. Le juge peut également autoriser que la société caviarde certaines informations transmises au créancier. Voir également CR CO II-TORRIONE/BARAKAT, art. 958e, N 10 s. ; BSK OR II-NEUHAUS/SUTER, art. 958e, N 7.

¹⁰ Les sociétés non soumises au contrôle ordinaire sont dispensées d’établir un tel document (art. 961 ch. 1 *a contrario*).

¹¹ Art. 961c al. 2 CO. Voir toutefois n. [14] ci-dessous.

¹² BSK OR II-NEUHAUS/SUTER, art. 958e, N 9.

- Le créancier n'a pas le droit de recevoir une copie des documents : la consultation a lieu au siège de la société¹³. À mon avis, le créancier doit en principe avoir le droit d'effectuer lui-même des copies des documents soumis à sa consultation, dès lors que rien ne lui interdit de prendre le temps nécessaire à copier manuellement les informations qui lui semblent pertinentes. Ce n'est que dans des cas très particuliers qu'on pourrait imaginer que la société puisse refuser au créancier de lever des copies¹⁴.

B. Aperçu d'autres dispositions

Le droit suisse des contrats reconnaît le plus souvent un droit des parties d'obtenir certaines informations de ses cocontractants. De telles obligations, dont l'étendue varie selon la nature des relations, sont expressément prévues, notamment à charge du mandataire en faveur du mandant (art. 400 CO), à charge de l'entrepreneur en faveur du maître d'œuvre (art. 364 CO)¹⁵, entre l'employé et l'employeur (art. 321a CO)¹⁶.

D'autres dispositions servent de base légale aux droits de créanciers d'obtenir des informations (spontanément ou sur demande) dans certaines circonstances. Relevons en particulier, sans prétention à l'exhaustivité :

- le droit d'obtenir des documents de poursuites (qui suppose de rendre vraisemblable un intérêt légitime, art. 8a LP)¹⁷ ;
- les appels aux créanciers dans le cadre de la réduction de capital (art. 733 CO), de la liquidation (art. 742 CO), de la fusion (art. 25 LFus) ou de la scission (art. 45 LFus) ;
- les informations à fournir au public (et non seulement aux créanciers) par les sociétés cotées en bourse (prospectus, rapports périodiques, publicité événementielle, franchissements de seuils, transactions du management)¹⁸ ;
- la loi sur le crédit à la consommation, qui régit l'étendue et les modalités de traitement des informations concernant les emprunteurs concernés (art. 23 LCC) ;

¹³ BSK OR II-NEUHAUS/SUTER, art. 958e, N 8.

¹⁴ Les documents consultables – le rapport de gestion et les rapports de révision – sont établis à l'intention des actionnaires, non soumis à une obligation de fidélité légale, de sorte qu'ils ne devraient *a priori* pas contenir de secrets d'affaires.

¹⁵ Le devoir d'information de l'entrepreneur est rattaché à l'art. 364 CO, cf. CR CO I-CHAIX, art. 364, N 8.

¹⁶ Le devoir d'information de l'employé est rattaché à l'art. 321a CO, cf. CR CO I-WITZIG, art. 321a, N 11.

¹⁷ CR LP-DALLÈVES, art. 8a, N 6 ; ATF 115 III 81.

¹⁸ Cf. *supra*, p. [1] *ad. n.* [5] et les sites internet cités pour les règles applicables des bourses concernées.

- les lois fiscales, qui permettent, à certaines conditions, de consulter des informations sur d'autres contribuables.

III. Les clauses contractuelles relatives à l'information du prêteur

Compte tenu de la portée limitée des dispositions légales, les prêteurs sauvegardent en pratique leurs intérêts en négociant en leur faveur des droits à obtenir des informations précises de la part de l'emprunteur.

A. Principes généraux

1. But de l'information

Une grande partie des droits d'information contractuels visent à garantir le respect des engagements de l'emprunteur, notamment le respect des garanties (*representations and warranties*) données sur la situation de l'emprunteur au moment de la conclusion du contrat et celui des engagements (*covenants*) que l'emprunteur accepte de prendre pendant la durée du prêt.

L'information permettra au prêteur de mettre en œuvre les droits qu'il se sera réservé d'exercer en cas de réalisation de certains événements :

- le droit de mettre fin au contrat de prêt en cas de violation des garanties ou des engagements, ou lorsque certains autre événements se réalisent, par exemple le dépassement de certains ratios financiers (typiquement, ratios d'endettement, de profitabilité ou de liquidités), un changement de contrôle de l'emprunteur (typiquement à la suite de la vente de la société), un défaut de l'emprunteur dans le contexte d'une autre obligation (*cross-default*) ;
- le droit d'augmenter le taux d'intérêts lorsque le risque pour le prêteur augmente, généralement matérialisé par le franchissement de certains ratios précités ;
- le droit d'imposer des pénalités financières lorsque certains événements se produisent (y compris la violation d'une obligation d'informer) ;
- la mise en œuvre de sûretés, par exemple l'avis aux débiteurs cédés de payer en mains du prêteur lorsque le contrat de prêt prévoit la cession fiduciaire des créances en faveur du prêteur¹⁹ ;

¹⁹ Les contrats prévoient généralement la cession au prêteur, à titre fiduciaire, des débiteurs de l'emprunteur, dite cession étant effective dès la signature du contrat de prêt pour garantir l'efficacité de la sûreté, mais conservée confidentiellement entre les parties au contrat de prêt, le prêteur conférant à l'emprunteur un mandat d'encaissement

- l'exercice d'un droit d'influencer les décisions de l'emprunteur (p.ex. un droit de véto sur certaines décisions d'investissement ou de distributions).

L'emprunteur n'a pas intérêt à ouvrir trop largement le droit à l'information :

- la sauvegarde de ses secrets d'affaires impose le maintien des informations sensibles dans un cercle aussi restreint que possible de personnes ;
- la compilation et la préparation des informations représentent également une charge pour l'emprunteur, qui doit rester en adéquation raisonnable avec l'intérêt du prêteur à gérer son risque.

Le contrat prévoira souvent une gradation dans l'étendue et la granularité de l'information en fonction de la situation plus ou moins saine de l'emprunteur, de manière à tenir compte de l'intérêt croissant du prêteur à être informé dans la mesure où son risque augmente.

2. Différents types de clauses d'information²⁰

Information spontanée ou sur demande. Les clauses d'information prévoient généralement, d'une part, une information spontanée de la part de l'emprunteur sur certains points spécifiques (comptes et rapports périodiques, annonce d'événements particuliers, remise de calculs de ratios, etc.) et, d'autre part, une information sur requête du prêteur.

Information écrite ou orale. L'information peut consister en des rapports ou communications écrites, mais le prêteur sera bien inspiré de se réserver aussi le droit de mener des entretiens (périodiques ou sur requête) avec les responsables de l'emprunteur, pour avoir une meilleure compréhension de la situation concrète de l'entreprise.

Information dynamique. Contrairement aux investisseurs, qui prennent des parts au capital d'une société, il est rare qu'un prêteur souhaite déléguer un représentant au sein des organes sociaux de l'emprunteur. Au-delà des intérêts convenus sur le montant du prêt, le prêteur ne profite en principe pas du bénéfice lorsque l'emprunteur réalise des affaires florissantes. Étant mieux protégé que l'actionnaire en cas de difficultés financières, il a moins d'intérêt à s'investir dans un suivi régulier des affaires de l'emprunteur, d'autant que

des débiteurs cédés. Le mandat d'encaissement est révoqué, et les débiteurs sont notifiés de la cession (avec instruction de payer au prêteur-cessionnaire) en cas de défaut de l'emprunteur.

²⁰ Pour une présentation des différents types de droits à l'information, voir DUPASQUIER, p. 37 ss.

l'attention et l'énergie qu'il pourrait consacrer à cette activité sont susceptibles de lui faire endosser une responsabilité d'organe de fait²¹.

3. *Limites au droit d'information*

L'emprunteur cherchera à limiter le droit à l'information du prêteur pour tenir compte de plusieurs facteurs.

- *Confidentialité.* Malgré les clauses de confidentialité imposées aux prêteurs dans les contrats, le risque d'utilisation abusive des informations reçues ne peut être exclu et leur diffusion doit être limitée dans la mesure du possible. Le conseil d'administration a notamment l'obligation de sauvegarder les secrets d'affaires, et doit par conséquent s'assurer que les informations sensibles transmises à des tiers, notamment les prêteurs, ne seront pas utilisées ou divulguées au-delà de ce qu'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de ces derniers.
- *Pluralité d'emprunteurs.* Lorsqu'il y a plusieurs prêteurs, il convient de définir ceux qui recevront les informations nécessaires à la supervision des affaires de l'emprunteur. Il est fréquent que les prêteurs s'organisent pour déléguer à l'un d'entre eux le soin de gérer la relation de prêt avec l'emprunteur ; on parle alors généralement de prêt syndiqué. Le contrat de prêt, ainsi que le contrat séparé réglant les modalités de la syndication, désigneront généralement un prêteur chargé de coordonner la gestion du prêt : vérification du respect des ratios et autres engagements de l'emprunteur, coordination ou centralisation des paiements, etc. Le contrat réservera le droit des autres prêteurs d'être informés régulièrement, et de consentir à la prise de décisions importantes dans des situations délicates, y compris de possibles modifications contractuelles.
Dans ce contexte, l'emprunteur cherchera à limiter l'étendue des informations partagées avec un large cercle de prêteurs, du moins lorsqu'il n'existe pas de signal d'alarme justifiant une attention accrue de leur part. Il arrive que les contrats de prêt prévoient la possibilité de titriser tout ou partie des créances des prêteurs et, ainsi, de multiplier le nombre de créanciers. Il est judicieux de définir, pour ce cas également, l'étendue des informations que les prêteurs initiaux seront habilités à communiquer aux titulaires des parts de prêt titrisées.
- *Attention du management.* L'emprunteur tentera de limiter les informations à fournir au prêteur de manière à ce qu'elles ne provoquent pas une surcharge inutile pour ses équipes²². Les documents qui sont de toute manière requis dans l'organisation interne de l'emprunteur (comptes annuels, comptes

²¹ À ce sujet, voir notamment DUPASQUIER, p. 40 et réf. cit. en n. 51.

²² DUPASQUIER, p. 32.

et rapports intermédiaires à l'intention du conseil d'administration) seront aisément mis à disposition. En revanche, lors de l'établissement des engagements (*covenants*) et des ratios, l'emprunteur sera bien avisé de s'assurer que les informations nécessaires à leur calcul ou leur vérification soient disponibles sans requérir un travail excessif.

- *Égalité de traitement* ? Le principe d'égalité de traitement applicable aux actionnaires d'une société anonyme ne vise pas les prêteurs. Le droit d'information du prêteur est de nature contractuelle, liant les parties au contrat, de sorte que les droits accordés à un prêteur ne doivent pas nécessairement être étendus à d'autres (prêteurs ou actionnaires). En revanche, le droit de l'insolvabilité vise à la protection égale des créanciers dans la faillite. Ainsi, un prêteur qui a pu, grâce à l'information privilégiée dont il dispose, protéger ses intérêts et obtenir un remboursement à un moment où la société savait (ou devait savoir) qu'elle ne serait pas en mesure de faire face à toutes ses obligations, sera exposé à l'obligation de le restituer à la masse en faillite en vertu des prétentions révocatoires (art. 285 ss LP).
- *Responsabilité du prêteur*. Le prêteur doit prêter garde à ce que les informations qu'il reçoit, et les conséquences que le prêteur en tire, ne l'amènent pas à exercer sur l'emprunteur une influence décisive, au risque de se trouver exposé à une responsabilité d'organe de fait^{23 24}. Sans entrer ici dans les détails de cette responsabilité, hautement casuistique, le prêteur doit être conscient qu'en cas de difficultés financières de l'emprunteur, il s'exposera s'il formule des recommandations sur certaines mesures de

²³ TF, 4A_133/2021 du 26 octobre 2021 : « *La responsabilité fondée sur [l'art. 754 CO] incombe [...] non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 132 III 523 consid. 4.5 ; ATF 128 III 29 consid. 3a ; TF, arrêt 4A_294/2020, précité, consid. 3.1). Pour qu'une personne soit reconnue comme administrateur de fait, il faut qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage (ATF 136 III 14 consid. 2.4 ; 132 III 523 consid. 4.5).* »

²⁴ La notion d'organe de fait a pour but de rendre responsable celui « *qui tire les ficelles en coulisses, en se servant de paravents ou d'un homme de paille* ». Les personnes qui peuvent avoir une influence sur la volonté sociale, mais dont les actes visent à protéger leurs intérêts légitimes (p.ex. créanciers, fournisseurs, banques) n'agissent en principe pas dans une position typique d'organe, ce qui doit les protéger contre ce risque de responsabilité, tout en précisant qu'il « *peut en aller différemment si la personne concernée (p.ex. une banque) s'immisce dans la gestion et exerce une influence décisive sur la volonté sociale* » (CR CO II-CORBOZ, art. 754 CO, N 8, 10). Voir aussi ZEN RUFFINEN/BAUEN, p. 324 s. et réf. cit. en n. 1262, ainsi que la thèse de HEINZER consacrée à cette problématique.

redressement, voire s'il exerce des droits de veto que le contrat de prêt pourrait lui réserver. Ainsi, pour le prêteur, le risque de perdre tout ou partie de son prêt se double de celui de devoir répondre vis-à-vis des autres créanciers de l'emprunteur du dommage qu'il pourrait avoir contribué à causer par ses exigences, voire ses suggestions.

4. Quelques contextes typiques

L'information du prêteur prend diverses formes, selon les situations. J'en distingue quatre ci-dessous, sans entrer dans les considérations structurelles de chacune de ces catégories :

- *Prêt bancaire opérationnel*. Dans un tel contexte, la banque se renseignera préalablement à l'octroi du prêt (*due diligence* de l'emprunteur), puis se réservera le droit d'être informée sur la marche des affaires de la société pendant la durée du prêt.
- *Prêt pour financer une acquisition*. Outre l'information sur l'emprunteur, le prêteur devra effectuer une *due diligence* sur la société cible, pour s'assurer du niveau de risque et de la probabilité que les profits générés par l'investissement dans la société cible permettent à l'emprunteur de rembourser le prêt octroyé.
- *Prêts mezzanine*. Pour les prêts à haut risque (notamment des prêts non garantis à des sociétés qui ne sont pas encore profitables, ou qui procèdent à un emprunt important pour développer rapidement leurs activités), le prêteur cherchera généralement à obtenir un accès au conseil d'administration (souvent par un poste d'observateur, moins exposé à la responsabilité que celui d'administrateur²⁵), pour suivre les développements dans une perspective dynamique, et non seulement par des rapports périodiques.
- *Prêts convertibles ou à option*. Certains contrats de prêt permettent à l'emprunteur de convertir tout ou partie du prêt en capital de l'emprunteur (prêts convertibles), ou alors d'obtenir, en plus des intérêts, le droit de souscrire des actions de l'emprunteur à des conditions favorables (*equity kicker*). Ces prêts nécessiteront généralement que le prêteur puisse procéder à une *due diligence* de la société emprunteuse préalablement à l'exercice (ou non) de son droit de conversion ou d'option. Il se réservera en outre des droits d'accès au conseil d'administration à l'instar des prêteurs mezzanine²⁶.

²⁵ DUPASQUIER, p. 39 s.

²⁶ Voir sur cette question la contribution de Frank GERHARD dans cet ouvrage, p. 39 ss.

B. Les clauses d'information contractuelles en général

1. Information au moment de l'octroi du prêt

Avant l'octroi du prêt, le prêteur procédera à un audit (*due diligence*) de l'emprunteur, dont l'ampleur variera en fonction du risque encouru par le prêteur, variant notamment selon la solidité financière de l'emprunteur, la taille de l'emprunt par rapport au bilan de l'emprunteur, les rapports préexistants entre les parties. Cet audit de l'emprunteur portera bien sûr avant tout sur sa situation financière actuelle, mais aussi parfois :

- sur les autres crédits contractés, et les sûretés octroyées, par l'emprunteur dans le cadre d'autres obligations de crédit ;
- sur le plan d'affaires pour déterminer l'usage prévu des fonds empruntés et valider les hypothèses de rentabilité ;
- sur des aspects réglementaires propres au prêteur, notamment les informations sur l'emprunteur de type *know your customer (KYC)*, en matière de lutte contre le blanchiment ou la corruption, de détermination de typologie de la clientèle, *etc.* ;
- sur les aspects de documentation sociale de l'emprunteur (statuts, règlement d'organisation), pour s'assurer que l'emprunteur ait les pouvoirs nécessaires de prendre les engagements au titre du contrat de prêt, notamment la présence de clauses statutaires, voire de décisions sociales, adéquates lorsque des filiales s'engagent comme garantes du prêt²⁷ ;
- sur d'autres aspects typiques de *due diligence* (contrats avec les clients et fournisseurs, immobilier, employés et prévoyance, fiscalité et charges sociales, protection des données, propriété intellectuelle, environnement, *etc.*).

Le contrat prévoira généralement une garantie de l'emprunteur que les informations fournies sont exactes, tant à la date de signature du contrat de prêt qu'à la date de tirage du prêt (en une ou plusieurs fois). L'emprunteur se verra souvent requis de signer à chaque tirage une confirmation expresse que les garanties demeurent valables, la réception par le prêteur de cette confirmation étant une condition à son obligation de mettre les fonds à disposition.

2. Information périodique

L'emprunteur s'engage à fournir régulièrement au prêteur des informations comptables et financières, notamment :

²⁷ Sur ces questions, voir notamment CHENAUX, p. 559 ss.

- des bilans, comptes de résultats, flux de trésorerie périodiques, statutaires et/ou consolidés avec les comptes des filiales ; le prêteur exige parfois que les comptes établis selon les règles du CO soient adaptés à un standard comptable international (IFRS, US GAAP) ou du moins que lui soit remise une liste des points de divergence entre les deux référentiels comptables ;
- les ratios financiers prévus contractuellement, ainsi que des plans de liquidités (souvent sur les 12 prochains mois, en ligne avec les exigences de l'article 958a al. 2 CO sur la continuité d'exploitation) ;
- certains postes spécifiques, tels que les investissements, la structure d'endettement, les postes hors bilan (garanties, *etc.*) et les sûretés.

Le prêteur pourra également être tenu de fournir régulièrement d'autres informations, notamment son budget, la composition de son actionnariat, les rapports des réviseurs et du conseil d'administration à l'assemblée générale, la correspondance échangée avec les réviseurs (*management letters*), voire les rapports de la direction au conseil d'administration.

Certains contrats exigent encore que les organes de l'emprunteur (par exemple le directeur financier) signent périodiquement des déclarations selon lesquelles les engagements sont respectés, les ratios tenus, les primes d'assurances payées.

Des séances d'informations du management à l'intention des prêteurs, ou leur invitation à l'assemblée générale, sont également envisageables, quoique plus rares en pratique²⁸.

La fréquence des informations périodiques sera fonction des relations entre les parties, des risques encourus (ou perçus) par le prêteur. Il n'est pas rare que le contrat prévoie que les rapports soient plus rapprochés et détaillés lorsque la société se trouve en défaut ou qu'elle franchit certains seuils de risques prédéfinis. Alternativement, les prêteurs insistent souvent sur l'exigence contractuelle d'informations fréquentes et détaillées, mais renoncent en pratique à les recevoir dans leur intégralité tant qu'ils estiment avoir un contrôle suffisant du risque.

3. *Information ad hoc*

La plupart des contrats de prêt prévoient également des obligations de l'emprunteur d'informer immédiatement le prêteur de la survenance de certains événements importants.

Le cas principal est celui des *cas de défaut*, notamment le franchissement de ratios, la violation d'engagements (*covenants*), ou l'introduction de procédures

²⁸ DUPASQUIER, p. 39.

d'insolvabilité (dépôt de bilan, requête d'ajournement de faillite ou de sursis concordataire).

Certains *nouveaux développements* doivent être annoncés spontanément, tels que le lancement de nouvelles lignes d'affaires, l'acquisition d'une entreprise, la conclusion, la perte ou la violation de certains contrats importants, la survenance de sinistres (même s'ils sont assurés), des litiges ou procédures importants (notamment en matière environnementale ou en cas d'enquêtes pénales ou administratives ou de litiges avec des employés, du moins lorsque certains seuils de matérialité sont atteints).

De même, l'emprunteur devra informer des importantes évolutions dans son organisation sociale, notamment des modifications statutaires, les mutations au sein du conseil d'administration et de la direction, le changement d'organe de révision, ainsi que des changements significatifs dans l'actionnariat (changement de contrôle, augmentation ou réduction du capital, modification d'une convention d'actionnaires). Dans la mesure où le contrat n'exige pas un consentement du prêteur, ou ne fixe pas au moins le respect de conditions financières minimales, le prêteur sera informé de toute décision de distribution de dividendes.

Enfin, les contrats contiennent fréquemment une clause générale exigeant une information du prêteur sur tout événement ayant un effet négatif important sur la situation de l'emprunteur (*material adverse change*). Cela implique de définir un seuil de matérialité, parfois en pourcentage du total du bilan ou du chiffre d'affaires de la société, mais également par la nature des événements pouvant porter atteinte à l'image ou à la réputation du prêteur.

4. *Information sur demande du prêteur*

Le prêteur peut également se réserver de demander des informations spécifiques, par exemple :

- des entretiens avec la direction de l'emprunteur, en particulier avec son directeur financier ;
- des entretiens avec l'organe de révision ;
- une visite des locaux de l'emprunteur ;
- des renseignements sur tout élément factuel, notamment sur des points requis pour des raisons de *compliance*.

5. *Droit de vérification du prêteur*

Le prêteur se réservera contractuellement le droit de vérifier l'exactitude des informations fournies par l'emprunteur. Ce droit précisera les modalités que le prêteur devra respecter pour exercer son droit, notamment en réglant les heures durant lesquelles la consultation est possible, le délai minimum de préavis avant d'exercer la consultation, ainsi que les mécanismes de sauvegarde des secrets d'affaires de l'emprunteur. À ce dernier égard, les parties pourront prévoir un mécanisme de vérification par un expert indépendant, lequel sera soumis à des obligations de confidentialité envers le prêteur, permettant de valider l'exactitude des éléments fournis par l'emprunteur sans exposer ce dernier à révéler des informations sensibles. Un tel mécanisme contractuel se rapproche du contrôle spécial des articles 697a et suivants CO.

C. **Clauses d'information dans certains contextes particuliers**

1. *Emprunteurs cotés*

Il n'est pas rare que le prêteur exige que l'emprunteur coté lui communique spontanément toutes les informations publiées par ce dernier en vertu des règles applicables à la cotation. À l'inverse, l'emprunteur coté devra introduire dans le contrat de prêt des cautèles à son obligation d'informer : il ne saurait être contraint de divulguer des informations en violation des règles de communication applicables. En particulier, lorsque les informations communiquées au prêteur ne sont pas encore publiques (par exemple parce que la communication d'une transaction au marché est différée en raison d'un besoin légitime d'en conserver le secret²⁹), ce dernier devra s'engager à les maintenir confidentielles et être pris en compte dans l'élaboration du plan d'urgence à mettre en œuvre en cas de fuite.

²⁹ Cf. art. 54 du règlement de cotation de SIX Swiss Exchange : « *L'émetteur doit assurer, en cas d'utilisation d'un report de l'annonce événementielle, au moyen de règles et de processus internes adaptés et clairs, la confidentialité du fait ayant une influence sur les cours pendant toute la durée du report de l'annonce événementielle. En particulier, l'émetteur doit prendre les mesures organisationnelles nécessaires pour que les faits confidentiels soient communiqués uniquement aux personnes qui en ont besoin pour exécuter les tâches qui leur sont confiées. S'il se produit une fuite, le marché doit en être informé immédiatement, conformément aux dispositions de l'art. 53 RC.* »

2. Prêts convertibles ou à option

Les prêts convertibles ou à option sont fréquemment utilisés dans le contexte de sociétés *start-up*, qui ne produisent pas encore de bénéfices et présentent donc des risques significativement supérieurs aux emprunteurs traditionnels. Le prêt convertible est souvent une étape intermédiaire avant la souscription d'actions de la société : le prêteur bénéficie de la protection accordée au créancier jusqu'à la conversion (pour autant qu'il ne soit pas nécessaire de postposer sa créance en raison d'un bilan surendetté), tout en profitant du potentiel de plus-value lié à la détention d'actions en cas de conversion. De plus, le prêt convertible permet de reporter la discussion sur la valorisation de la société à une date ultérieure, soit celle d'un tour de financement sous forme d'actions. Les parties au prêt convertible conviennent alors que la conversion interviendra au moment d'un prochain tour de financement avec un rabais sur le prix de souscription.

Dans ce contexte, il n'est pas rare que le contrat de prêt octroie au prêteur des droits à l'information identiques à ceux que la convention d'actionnaires confère aux actionnaires, notamment l'accès aux rapports du management, ainsi que les documents communiqués au conseil d'administration, aux actionnaires et aux autres créanciers, le cas échéant. En outre, le prêteur se réserve souvent un droit de veto sur certaines décisions importantes de la société, à l'instar d'un actionnaire minoritaire important.

Nous avons déjà évoqué ci-dessus³⁰ le besoin de permettre au titulaire d'une créance de prêt convertible ou de prêt à option de pouvoir procéder à une *due diligence* de l'emprunteur avant de prendre une décision sur l'exercice de son droit de conversion ou d'option.

3. Les crédits COVID

Dans un souci de donner aux entreprises un accès simple et rapide à des aides d'urgence en relation avec les mesures sanitaires dues au COVID-19, la Confédération a fait appel au système bancaire. Elle a ainsi notamment octroyé aux banques suisses, par l'intermédiaire des organismes régionaux de cautionnement, des garanties pour tous les crédits consentis aux entreprises à concurrence de CHF 500'000.–, sans intérêts, moyennant que certaines conditions soient réalisées. Et par souci de gain de temps, les informations fournies par les preneurs de crédit, qui sont pour l'essentiel limitées à la vérification des

³⁰ Cf. *supra*, p. 7.

conditions à l'octroi du crédit, ont été présumées vraies, sans que le prêteur n'ait une obligation (ou une incombance) de les vérifier.

Ce n'est pas le lieu de présenter le système des crédits COVID, mais il paraît intéressant de relever un cas très particulier de fixation par la loi des informations requises de l'emprunteur pour permettre au prêteur de bénéficier de garanties étatiques. La vérification des informations fournies intervient *a posteriori*, par un devoir d'examen imposé à l'organe de révision³¹, ainsi que par des vérifications de l'autorité au moyen de recoupement de données disponibles entre les différents services de l'administration³².

IV. Bibliographie

Peter BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009 ; **Jean-Luc CHENAUX**, Financement intragroupe et Cash Pooling : Quelle évolution ? in RSDA 2017, p. 552 ss ; **Louis DALLÈVES/Bénédict FOËX/Nicolas JEANDIN (éds)**, Poursuite et faillite, Commentaire romand, Bâle 2005 (cité : CR LP-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Ulysse DUPASQUIER**, Le droit aux renseignements de l'investisseur, Reprax 2020, p. 30 ss ; **Boris HEINZER**, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client, Bâle 2001 ; **Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ/Rita TRIGO TRINDADE (éds)**, Code des obligations II, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CR CO II-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Luc THÉVENOZ/Franz WERRO (éds)**, Code des obligations I, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Rolf WATTER/Hans-Ueli VOGT (éds)**, Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2022 (cité : BSK OR II-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Marie-Noëlle ZEN RUFFINEN/Marc BAUEN**, Le conseil d'administration, Zurich 2017.

³¹ Art. 23 LCaS-COVID-19 : « Si l'organe de révision du preneur de crédit constate, dans le cadre d'un contrôle restreint ou ordinaire des comptes annuels ou des comptes de groupe, une violation d'une prescription de l'art. 2, al. 2, il lui impartit un délai approprié pour régulariser la situation. Si celle-ci n'est pas régularisée dans le délai impartit, l'organe de révision doit informer l'organisation de cautionnement compétent. »

³² Art. 11 LCaS-COVID-19 : « Les organisations de cautionnement, les donneurs de crédit, les services compétents de la Confédération et des cantons, le CDF et la BNS peuvent traiter, apparier et se communiquer mutuellement les données personnelles et informations nécessaires à la gestion, à la surveillance et au règlement des crédits et des cautionnements fondés sur l'OCaS-COVID-19 et la présente loi ainsi qu'à la prévention, à la lutte et à la poursuite en matière d'abus. »