

Info Finance Express

Numéro 11 – Mai 2013

Paris

Sommaire

EDITO	1
L'ENVIRONNEMENT RÉGLEMENTAIRE	3
CHRONIQUES D'ACTUALITÉS	7
LES MÉTIERS ET LEUR PRATIQUE	8
Droit des Sûretés	8
Procédures Collectives	13
Contrats	16
Droit des Sociétés	17
Cautionnement	18
CHEZ HOGAN LOVELLS	19



Édito

DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ – PANORAMA D'UN DROIT MOUVANT

Dans un contexte de crise persistante, Cécile Dupoux dresse un panorama des chantiers, nationaux et européens, de réforme du droit des entreprises en difficulté. Qu'en penser dans un contexte de crise persistante ?

Un point rapide du marché

Depuis septembre 2012, plusieurs tendances se dessinent : les praticiens relèvent un retour à la table des négociations de dossiers pourtant récemment restructurés, notamment pour les sociétés sous LBO. Les valorisations d'actifs sont encore trop éloignées de celles qui avaient initialement été prévues lors de la structuration.

De purement financières, les difficultés deviennent aussi opérationnelles. Les business plans dérapent et manquent de visibilité. Pour le deuxième tour, les discussions se durcissent et certains dossiers ont et auront du mal à trouver une solution dans un cadre amiable. L'ouverture récente de la première procédure de Sauvegarde Financière Accélérée (dite "SFA") pour imposer une solution négociée en conciliation est révélatrice. Autre fait notable : la taille des entreprises en difficulté et le nombre d'emplois en jeu augmentent significativement.

Dans ce contexte difficile, plusieurs réflexions sont en cours :

Une réforme de la loi de sauvegarde et des procédures préventives est à l'étude

Dans le cadre du *Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi*, une consultation de Place a été menée par la Chancellerie à la fin de l'année 2012. Les mesures qui seront retenues ne sont pas encore connues. Parmi les recommandations des praticiens plusieurs pistes d'amélioration de la loi reviennent régulièrement :

- Les procédures dites amiables (mandat ad hoc et conciliation) se terminent par un accord dans 69% des cas en moyenne depuis 2009. L'efficacité de ces procédures est avérée. Nos homologues dans certains pays européens cherchent d'ailleurs à s'en inspirer. Leur flexibilité est leur atout et il faut la préserver. En revanche, la confidentialité attachée à ces procédures, essence même de leur efficacité, est parfois violée, en raison d'un nombre important d'intervenants qui parfois peuvent trouver un intérêt à rendre publiques les difficultés de l'entreprise. La violation de la confidentialité est aujourd'hui sanctionnée par des dommages intérêts. Revenir à une sanction pénale pourrait permettre de renforcer l'efficacité de la confidentialité.
- Accélérer la recherche de toute solution et éviter que le débiteur ne "s'installe" en période d'observation, qui peut durer jusqu'à 18 mois, ralentissant ou bloquant toute

recherche de solution externe. Une première période de quelques mois de monopole de présentation d'un plan pour le débiteur pourrait être prévue. Ensuite, à défaut de présentation ou d'adoption du plan proposé par le débiteur lors de la première période, s'ouvrirait une seconde période au cours de laquelle les créanciers pourraient proposer à leur tour un plan où l'administrateur judiciaire pourrait rechercher des repreneurs.

Certains, et nous en sommes, appellent à aller plus loin en permettant dans certaines circonstances strictement encadrées la possibilité d'imposer une solution à l'actionnaire lorsque la valeur de l'entreprise est inférieure à celle de la dette. Les systèmes américains et plus récemment allemands ont adopté un tel mécanisme dit de *cramdown*.

- Le rééchelonnement des dettes sur une période de dix ans est destructeur. Il constitue une menace qui crispe inutilement les négociations. Il devrait être ramené à une période plus courte.
- Actuellement le plan doit être approuvé par le comité des établissements de crédit et par l'Assemblée Unique des Obligataires votant séparément. Ceci confère de fait un droit de veto aux obligataires alors que la précédente réforme a instauré le principe selon lequel le plan doit prendre en compte la subordination contractuelle. La fusion de l'Assemblée Unique des Obligataires au sein du comité des établissements de crédit permettrait de ne plus accorder aux obligataires ce droit de veto.
- L'effet protecteur de la période d'observation pourrait être renforcé afin de limiter la dégradation de la trésorerie du débiteur en cette période stratégique de négociations et de préparation du plan. Les divers lobbys ont permis de nombreuses exceptions au principe de la suspension des poursuites pendant la période d'observation (telles que les actions directes et le droit de revendication). Dès l'ouverture de la procédure, la société est ainsi souvent privée de trésorerie ce qui ne permet pas d'envisager sereinement la mise en œuvre d'une solution.
- Pour que la procédure épouse au mieux la réalité économique de l'entreprise en difficulté, il serait utile d'instaurer en France une notion similaire à celle européenne du COMI (*Center Of Main Interests*). Actuellement, le regroupement au sein d'un seul tribunal pour connaître de la procédure collective de filiales dépendant du ressort d'autres tribunaux ne peut être sollicité que par le tribunal saisi ou par le Parquet et a posteriori ce qui ne répond pas aux impératifs de rapidité et prévisibilité en la matière. Il est donc souhaitable que la société puisse demander elle-même le renvoi de l'affaire devant le même tribunal en se fondant sur une notion similaire à celle du centre des intérêts principaux du Règlement Européen.

- À l'instar de la SFA, la procédure de vérification du passif devrait être simplifiée en prévoyant par exemple que les créances figurant sur la liste des créances certifiées par le débiteur soient admises au passif, sauf contestation par le créancier.

Une réforme de la justice commerciale fait également l'objet de travaux en cours

Le Ministère de la Justice a lancé plusieurs groupes de travail sur l'efficacité de la justice commerciale. Est ciblée la création de juridictions spécialisées dans le traitement des difficultés des entreprises importantes ou dont l'activité couvre plusieurs régions et la mise en place de l'échevinage pour ces juridictions spécialisées.

Règlement n°1346/2000

Révision plutôt que réforme. Au niveau européen, la proposition de révision du Règlement Européen relatif aux procédures transfrontalières d'insolvabilité a été publiée par la Commission Européenne. Cette proposition était prévue par le Règlement lui-même après 10 ans d'application.

Au titre des principales mesures, citons notamment la suppression de l'exigence d'une procédure liquidative pour l'ouverture d'une procédure secondaire au sens du Règlement ce qui est une très bonne chose car la nécessité d'ouvrir une procédure de liquidation imposait des contraintes inutiles (telle que la limitation des délais pour trouver une solution). Il est aussi prévu une meilleure prise en compte du groupe de sociétés grâce à des obligations de coopération et de communication entre organes de la procédure – jusqu'à présent, la coordination entre syndics consistait principalement en un devoir d'information.

Enfin, l'application du Règlement à la procédure de sauvegarde serait confortée puisqu'il serait précisé que le texte s'appliquerait aux procédures d'insolvabilité comme à celles de pré-insolvabilité. Mais, il subsisterait toujours un doute s'agissant de la conciliation puisque le Règlement aurait vocation à ne pas s'appliquer aux procédures confidentielles.

Si cette proposition comporte donc quelques avancées, elle reste finalement assez minimaliste de sorte que le Professeur Menjuq a pu la qualifier d'évolution plutôt que de révolution.

État du droit social

Le droit social interfère de plus en plus avec le droit des procédures collectives et ses évolutions sont scrutées par les praticiens des procédures collectives.

L'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 retranscrit dans le projet de loi sur la sécurisation de l'emploi

Adopté en première lecture au Parlement, ce projet peut pacifier voire accélérer les procédures de licenciement économique mais il redonne le contrôle exclusif à l'Autorité Administrative.

Dans le cas de procédures collectives, l'Autorité Administrative serait amenée à valider ou homologuer le PSE après que la décision du Tribunal de Commerce sur l'issue de la procédure collective aura été rendue, ce qui est surprenant.

Évolution inquiétante en matière de co-emploi

Le co-emploi est la théorie selon laquelle des tiers apparents au contrat de travail conclu entre un employeur et un employé peuvent être qualifiés de co-employeurs sans même avoir été formellement parties au contrat de travail. Ainsi, un tiers pourrait être reconnu co-employeur et donc débiteur de l'employé, notamment pour les besoins de l'indemnisation d'un licenciement.

Récemment la jurisprudence a très largement ouvert les critères du co-emploi : en résumé, le co-emploi est caractérisé par une triple "confusion d'activité, d'intérêt et de direction".

En pratique, il nécessite une vraie ingérence dans la politique RH de la société. Toutefois des critères aussi larges que la "confusion d'activité, d'intérêt et de direction" permettent aux juridictions du fond de s'y engouffrer, d'en user voire d'en abuser au gré des circonstances. Il est donc aujourd'hui périlleux de quantifier précisément les risques sociaux et d'indiquer les critères précis et intangibles du co-emploi.

Tout actionnaire aujourd'hui selon la jurisprudence, mais pourquoi pas client ou prêteur pourrait un jour par une évolution de la jurisprudence se trouver attiré dans une procédure devant les juridictions civiles ou prud'homales sur le fondement du co-emploi. Plus que sur tout autre sujet, il est impératif et urgent de recadrer le débat sur ce thème.



Cécile Dupoux

T +33 1 53 67 46 96
cecile.dupoux@hoganlovells.com

L'environnement réglementaire

REFORM OF GERMAN CORPORATE RESTRUCTURING LAW

The revised German corporate restructuring law brought about material changes which have come into force on 1st March 2012. These changes – inter alia – concern the appointment of the responsible insolvency administrator, the so-called insolvency plan procedure and the German debtor in possession concept. Practical experience with the revised law during the last months shows that substantial improvements under the new law could be used to implement successful restructurings in short term periods.

Appointment of an insolvency administrator

One of the biggest points of criticism under the former insolvency law had been that it did not allow the creditors to exert influence on the selection and appointment of an insolvency administrator. This has changed under the new law. The creditors now at least have a certain say in this regard: according to the new law the preliminary creditors' committee may propose a person to be appointed as insolvency administrator. If such proposal is made unanimously the court has to appoint the proposed person unless it is of the opinion that such person isn't suited in the case at hand. In case the creditors' committee cannot agree on one candidate the court may appoint an administrator in its own discretion; anyhow the creditors' committee may set a certain corridor for the court's decision by drawing a profile of qualification.

However, it has to be noted that the creditors' influence is limited due to the fact that a preliminary creditors' committee only has to be appointed in cases where the debtors' business meets certain criteria with respect to its balance sheet total, sales revenues and number of employees within the recent business year. Generally speaking a preliminary creditors' committee has to be appointed in case of bigger companies.

Insolvency plan procedure

One of the biggest changes under the new law concerns the so-called insolvency plan procedure. The insolvency plan procedure allows restructuring a company by way of a court-sanctioned restructuring agreement among the creditors and is broadly similar to the US Chapter 11 plan. The insolvency plan procedure provided for by the former insolvency law had been implemented rarely. This was mainly because (i) creditors were able to materially delay the coming into effect of an insolvency plan by filing appeals against the insolvency court's approval of the insolvency plan and (ii) shareholders could not be integrated into the insolvency plan.

The new law resolves these problems. Now shareholders may be incorporated into the insolvency plan's regulations. This means that the plan can stipulate any corporate action as for example reductions or increase of share capital, contributions in kind or debt-to-equity-swaps.

Of course, debt-to-equity-swaps may not be implemented against the relevant creditor's will. Shareholders may object to such regulations within the plan but may – as every other creditor – be outvoted by application of the cram-down rules.

This opens new restructuring options and interesting possibilities, e.g. for distressed debt investors and investors seeking a loan-to-own strategy.

Furthermore, the new law reduces a creditor's possibilities to block the implementation of an insolvency plan. Whereas creditors (and shareholders) remain entitled to appeal against the approval of the insolvency plan by the court, the legal requirements for a successful appeal have been raised. For example, the insolvency plan may provide special funds for creditors who appeal against the approval of the insolvency plan and show credibly that the implementation of the insolvency plan is detrimental to them. In this case creditors cannot appeal against the plan and thereby delay the insolvency plan procedure. Whether such creditors indeed may claim payments from the aforesaid funds is subject to a separate proceeding after the implementation of the insolvency plan.

This helps to accelerate the implementation of insolvency plans and make insolvency plan procedures more predictable and reliable.

Debtor-in-possession

A further very important modification concerns the debtor-in-possession concept. Under the debtor-in-possession procedure the debtor in principal remains in charge and keeps the sole power of disposal regarding the insolvency estate. However, the debtor is monitored and supported by an experienced insolvency practitioner as so-called supervising trustee (Sachwalter).

Like the insolvency plan procedure the debtor-in-possession procedure tended to be side-lined in the recent years. The new law changes this as it stipulates that the court – if so requested by the debtor – must commence a debtor-in-possession procedure, unless it is of the opinion that doing so would disadvantage the creditors. In contrast to the former insolvency act the new law also provides for preliminary debtor-in-possession proceedings and the appointment of a preliminary supervising trustee.

Additionally, the debtor may apply for a special protective shielding period. Such shielding period is a very interesting option in cases the debtor's business can be restructured by way of an insolvency plan. The court-set shielding period, which lasts for three months at the utmost, shall enable the debtor to prepare an insolvency plan. The main advantage of the shielding period is that the debtor may give binding instructions to the court with respect to the appointment of the preliminary supervising trustee.

The court may only deviate from the debtor's proposal if it is obvious that the proposed trustee isn't sufficiently qualified. In most cases the preliminary trustee will also be appointed as 'final' trustee by the court due to practical reasons, when 'final' debtor-in-possession proceedings are opened.

It must be noted that the debtor may only apply for the aforesaid shielding period if it files for insolvency on the grounds of imminent illiquidity or over-indebtedness but not in cases the filing is made due to the debtor's actual inability to pay its debts as they fall due.

The shielding period may be terminated by the insolvency court *inter alia* in case the envisaged restructuring becomes unpromising or the preliminary creditors' committee applies for the termination but not in the case the debtor becomes illiquid during the shielding period.

In any case, the debtor should get in contact with its creditors early in order to prevent them from trying to terminate the shielding period and in order to get a feeling whether the envisaged insolvency plan would be accepted and supported by them.

If such harmonization with the creditors is possible the revised debtor-in-possession concept in connection with the newly established shielding period provides for an excellent option for restructuring from the debtor's perspective as it gives the debtor enough time to prepare a respective insolvency plan and to install a favored supervising trustee.

Miscellaneous

The new law also provides for additional requirements for the debtor's application for the opening of insolvency proceedings. For example the debtor must attach a schedule listing its creditors and such creditors' claims to the application and give particulars on its balance, sales revenue and the number of employees for the recent business years.

If these additional requirements are not met by the debtor the application for the opening of insolvency proceedings may be rejected by the insolvency court. Because of the material liabilities under criminal and civil law in case of improper or late filing the debtor's management now must be even more careful when preparing the insolvency filing.



Dr. Christian Herweg
Partner in the Munich office
LL.M. (Univ. Cambridge)
T +49 (89) 29012 165

CRÉATION DES ÉTABLISSEMENTS DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE

La loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (JORF n°0024 du 29 janvier 2013) transpose la Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements par le biais, notamment, de la création des établissements de monnaie électronique qui sont dotés d'un statut réglementaire propre et sont soumis à des exigences prudentielles moins contraignantes.

Cette loi est entrée en vigueur le 30 janvier 2013.

OBLIGATIONS DE VIGILANCE EN MATIÈRE DE SERVICES DE PAIEMENT EN LIGNE

Le décret n°2013-183 du 28 février 2013 relatif aux obligations de vigilance en matière de services de paiement en ligne pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (JORF n°0052 du 2 mars 2013) crée l'article R. 561-16-1 du Code monétaire et financier. Cette disposition permet aux établissements de crédit ou établissements de paiement qui fournissent un service de paiement en ligne, sous réserve que le risque de blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme soit faible, de ne pas procéder à la vérification de l'identité de leur(s) client(s) en relation d'affaires.

Ce décret est entré en vigueur le 3 mars 2013.



Maria Klass
T +33 1 53 67 48 01
maria.klass@hoganlovells.com



Vianney de Bagneaux
T +33 1 53 67 16 37
vianney.debagneaux@hoganlovells.com

RÉVISION DE LA NORME BÂLE III RELATIVE AU RATIO DE LIQUIDITÉ À COURT TERME (LCR)

Le 6 janvier 2013, le comité de Bâle a publié la version révisée du ratio de liquidité à court terme (LCR), annonçant ainsi une atténuation des nouvelles exigences de liquidité en matière de régulation bancaire. La première version de ce ratio avait été publiée en décembre 2010.

Le ratio LCR est une des principales règles introduites par la réforme Bâle III avec comme objectif le renforcement de la résistance (résilience) du secteur bancaire mondial par l'établissement d'une obligation pour les banques de conserver un encours minimum d'actifs liquides de haute qualité (HQLA, "High Quality Liquid Assets") afin de couvrir leurs besoins dans l'hypothèse d'une crise de liquidité qui durerait 30 jours.

La version révisée du ratio LCR étend ainsi la gamme des actifs éligibles comme HQLA et ajuste les taux applicables aux entrées et sorties attendues. Elle tire donc les enseignements des trois premières années d'observation de ce ratio.

Selon le calendrier de mise en œuvre progressive des normes Bâle III, le ratio LCR devrait continuer à faire l'objet d'une phase d'observation jusqu'au 1^{er} janvier 2015, date à laquelle il entrera en vigueur.



CHRONIQUE LIBOR : "THE WHEATLEY REVIEW " ET SES SUITES

À la suite des différentes procédures engagées au sujet du LIBOR (*London Interbank Offered Rate*) à la fin du mois de juin 2012, le Chancelier de l'Échiquier britannique a confié à Martin Wheatley (Directeur général du *Financial Services Authority* (FSA) et directeur général désigné du *Financial Conduct Authority* (FCA)) la mission de proposer une réforme du calcul du LIBOR.

Un document de travail a d'abord été publié le 10 août 2012 à l'attention des opérateurs du marché afin de recueillir leurs observations. Le rapport final a quant à lui été publié le 28 septembre 2012 avec pour objectif principal de restaurer la confiance des opérateurs et du public et l'intégrité des marchés financiers. *The Wheatley Review of LIBOR* propose dix recommandations afin de mener à bien la réforme du LIBOR.

Le rapport Wheatley propose d'abord que la soumission des taux et l'administration du LIBOR soient régulées et supervisées directement par le FSA (ces attributions ayant été reprises par le FCA depuis le 1^{er} avril 2013). Cette mission était jusqu'alors assurée par un organisme professionnel, le British Bankers Association (BBA), et échappait donc au contrôle du régulateur financier.

Le nouvel administrateur sera désigné par un comité indépendant, le *Hogg Tendering Advisory Committee for LIBOR* dirigé par Baroness Hogg, qui a lancé le 26 février 2013 une procédure d'appel d'offres (l'identité du nouvel administrateur sera en principe annoncée dans le courant de l'été 2013). Par ailleurs, toute tentative de manipulation ou manipulation avérée de l'indice de référence pourra être sanctionnée pénalement (ce type de manipulation étant dorénavant considéré comme un abus de marché au niveau européen).

La seconde grande série de recommandations du rapport Wheatley concerne l'encadrement des soumissions par les banques de leurs taux aux fins de la détermination du LIBOR. En effet, les taux soumis par les banques correspondaient aux taux auxquels elles estimaient pouvoir emprunter pour une durée et une devise déterminées.

M. Wheatley propose notamment d'établir un code de conduite qui encadrera le processus de soumission des taux par les banques et sera approuvé par le FCA. Par ailleurs, l'étendue des soumissions de taux en termes de maturités et de devises serait réduite alors qu'un nombre plus important de banques seraient appelées à soumettre leurs taux.

Il recommande enfin d'intégrer une dimension objective à la fixation du LIBOR en utilisant des données de transactions réelles (et non projetées). Cette nouvelle méthode de détermination du LIBOR devrait permettre de remédier au manque de transparence et à la subjectivité parfois reprochés au LIBOR mais également de diminuer le risque d'influence ou de conflit d'intérêts entre établissements financiers.

Le gouvernement britannique a accepté le 17 octobre 2012 l'ensemble des recommandations formulées dans le rapport Wheatley et a engagé, suivant une consultation de l'industrie financière et du public, les réformes nécessaires à la mise en œuvre du rapport, notamment via le *Financial Services Bill* devenu, à la suite de l'octroi du *royal assent* le 19 décembre 2012, le *Financial Services Act 2012* entré en vigueur le 1^{er} avril 2013.



Thomas Roy
T +33 1 53 67 22 92
thomas.roy@hoganlovells.com



Chroniques d'actualité

LIMITATION GÉNÉRALE DE LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS D'EMPRUNT

La loi de finances pour 2013 ("LF"), adoptée définitivement par le Parlement le 20 décembre 2012, instaure un dispositif de plafonnement global de déduction des charges financières des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés.

Ainsi, lorsqu'elles atteignent un montant au moins égal à 3 millions d'euros, les charges financières nettes ne sont déductibles du résultat imposable que pour une fraction de leur montant (85% pour les exercices 2012 et 2013, réduit à 75 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2014). Cette mesure s'applique selon des modalités différentes selon que l'entreprise est membre ou non d'un groupe fiscal.

Plusieurs constats semblent avoir incité à l'instauration de cette mesure. Par comparaison avec les régimes applicables au sein de l'Union européenne (Allemagne, Pays-Bas et Italie notamment), le régime français est apparu comme étant l'un des plus favorables, incitant ainsi de nombreux groupes internationaux à localiser en France une grande partie de leur endettement.

Par ailleurs, la déductibilité des charges financières a régulièrement été identifiée comme étant l'une des causes de l'écart de taux d'imposition entre les petites et les grandes entreprises. Enfin, la déductibilité des charges financières relatives aux investissements incite les entreprises à s'endetter plutôt qu'à renforcer leurs fonds propres.

AUGMENTATION DE CAPITAL PAR INCORPORATION D'UNE CRÉANCE RACHETÉE À UNE VALEUR DÉCOTÉE

Lorsqu'un repreneur rachète à une valeur décotée auprès d'un tiers des créances détenues sur une société cible puis les incorpore au capital de cette société, il était jusqu'à présent imposé sur un bénéfice virtuel correspondant à l'écart entre (i) la valeur de rachat des créances et (ii) la valeur comptable des actions souscrites (laquelle ne peut être inférieure à la valeur nominale des créances apportées).

La LF 2013 neutralise pour la détermination du résultat fiscal le produit comptable réalisé à cette occasion. Il prévoit que le produit imposable est égal à l'écart entre (i) la valeur de rachat des créances décotées et (ii) la valeur réelle des actions reçues en contrepartie de l'incorporation des dites créances.

Le nouveau dispositif neutralise ainsi le profit virtuel constaté chez l'apporteur lors d'une opération d'augmentation de capital libérée par compensation avec des créances liquides et exigibles, sous réserve que celles-ci aient été acquises auprès d'un créancier tiers non lié au repreneur ou à l'entreprise débitrice.



Bruno Knadjian

T +33 1 53 67 16 85

bruno.knadjian@hoganlovells.com



Les métiers et leur pratique

Droit des Sûretés

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA MENTION DU TEG

Sanction de la mention erronée, ou de l'absence de mention, du TEG

Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2012, n°11-23.034
TGI Nanterre, 8 février 2013, n°11-03.778, n°11-03.779 et n°11-03.780

Calcul du TEG et coûts des assurances

Cass. com., 12 juillet 2012, n°10-25.737 et n°11-21.687
Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2013, n°12-15.722

L'information relative au coût global du crédit devant être fournie par le prêteur à l'emprunteur concernant le calcul du TEG nourrit un contentieux important. Nous développons ci-dessous les problématiques liées à la sanction de la mention erronée (ou de l'absence de mention) du TEG et la question de l'inclusion des coûts des assurances dans ledit calcul.

Par un arrêt en date du 30 octobre 2012, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un emprunteur ayant agi en paiement de dommages-intérêts à l'encontre d'une banque. La Cour de cassation rappelle que la seule sanction applicable en cas de mention erronée du TEG est la substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel. Cette sanction ne pouvait pas être appliquée en l'espèce car l'emprunteur n'en avait pas fait la demande.

La substitution du taux légal au taux conventionnel permet également de sanctionner l'absence de mention du TEG, comme l'illustrent les trois jugements en date du 8 février 2013 rendus par le TGI de Nanterre par lesquels ce dernier a annulé le taux conventionnel applicable aux prêts consentis par Dexia au conseil général de Seine-Saint-Denis et lui a substitué le taux légal.

Si la sanction de la mention erronée (ou de l'absence de mention) du TEG est sans équivoque, en revanche, le calcul du TEG appelle des précisions concernant le traitement des coûts des assurances.

Par un premier arrêt en date du 12 juillet 2012 (n°10-25.737), la 1^{ère} chambre civile décide que les frais d'une assurance-incendie doivent être inclus dans ledit calcul dans la mesure où il existe un lien direct entre la souscription de l'assurance et la mise à disposition du prêt, que la banque bénéficie ou non d'une sûreté portant sur le bien assuré.

Le second arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile le même jour (n°11-21.687) confirme le principe retenu dans le premier arrêt en énonçant que : *"les frais relatifs à l'assurance-incendie ne sont intégrés dans la détermination du taux effectif global que lorsque la souscription d'une telle assurance est imposée par le prêteur comme une condition d'octroi du prêt"*. A contrario, la Cour de cassation a, par exemple, exclu du calcul du TEG les frais d'une assurance-décès car, en l'espèce, cette assurance était *"facultative et sa souscription ne conditionnait pas l'octroi du prêt"* (voir également l'arrêt n°10-25.737).

Enfin, par un arrêt en date du 6 février 2013, la 1^{ère} chambre civile a précisé que devaient être exclus du calcul du TEG les coûts d'une assurance-incendie dont la non-souscription n'était pas une condition préalable à l'octroi du prêt mais une obligation dont l'inexécution était sanctionnée par la déchéance du terme.



Maria Klass

T +33 1 53 67 48 01
maria.klass@hoganlovells.com



LA COMPENSATION OPÉRÉE ENTRE LA CRÉANCE DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS DE LA CAUTION ET SA DETTE À L'ÉGARD DU CRÉANCIER EST DÉNUÉE D'EFFET EXTINGTIF SUR LA DETTE PRINCIPALE.

Cass. com., 13 mars 2012, n°10-28.635

Cet arrêt du 13 mars 2012 aurait pu passer inaperçu - tant la situation soumise à la Cour de cassation était courante - si elle n'avait pas opéré un revirement de jurisprudence.

En l'espèce, les associés d'une société civile immobilière s'étaient portés caution d'un prêt contracté par la société auprès d'une banque. La caution poursuivie par la banque se prévalait du caractère disproportionné du cautionnement. Les juges condamnent la caution à exécuter son engagement, mais également la banque à lui payer des dommages et intérêts (pour le même montant), et ordonne la compensation entre les créances réciproques. La banque se retourne contre la SCI en pratiquant une saisie de l'immeuble lui appartenant.

La Cour de cassation était donc saisie de la question des conséquences, pour le débiteur principal, de la compensation opérée entre le créancier et la caution.

La solution retenue, qui s'inscrit dans une certaine évolution jurisprudentielle observée depuis plusieurs arrêts, est résolument en faveur du créancier. Par un attendu clair et précis, la Cour indique qu'*"il résulte de la combinaison des articles 1234, 1294, alinéa 2, et 2288 du code civil que la compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts, résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière, au titre de sa garantie envers ce même créancier, n'éteint pas la dette principale garantie mais, à due concurrence, l'obligation de la caution"*.

On peut toutefois s'interroger sur le fondement juridique de la décision - la compensation entre les créances de la banque et de la caution - pour justifier le recours de la banque à l'encontre de la SCI.

En effet, la SCI soutenait que la créance (de la banque) était éteinte précisément en raison de la compensation opérée par la caution, compensation qui équivalait à l'extinction d'une obligation si l'on se réfère à la règle émise par l'article 1234 du Code civil. On peut imaginer que le raisonnement du débiteur principal était le suivant : la caution a exécuté un paiement (par compensation) qui, par le jeu du mécanisme de cautionnement, a éteint à due concurrence la dette du débiteur principal à l'égard de la banque (tout en ouvrant à la caution un recours personnel et subrogatoire vis-à-vis du débiteur principal).

Toutefois, cette argumentation était difficile à suivre, au moins d'un point de vue pratique, car elle aurait abouti à admettre que la caution pouvait trouver dans ce droit de recours contre

le débiteur principal une source d'enrichissement quand bien même elle ne s'était pas appauvrie. Par ailleurs, il était difficile de reconnaître l'extinction de la créance de la banque (même si la compensation était la conséquence d'une faute de sa part, mais à l'égard seulement de la caution) alors que le prêt n'avait pas été remboursé.

Dans ces conditions, plutôt que la compensation, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple de reconnaître un nouveau cas de décharge de la caution (comme sanction de son caractère disproportionné), pour justifier, en droit, l'action du créancier à l'encontre du débiteur principal.

Même si tout le monde s'accorde à saluer la solution retenue, une nouvelle clarification par la Cour de cassation serait souhaitable.



Olivier Fille-Lambie
T +33 1 53 67 47 33
olivier.fille-lambie@hoganlovells.com

LES BIENS GREVÉS D'UNE INALIÉNABILITÉ CONVENTIONNELLE NE PEUVENT PAS FAIRE L'OBJET D'UNE HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

Cass. civ.1^{ère}, 23 février 2012, n°09-13.113

Une collectivité locale avait cédé deux terrains à bâtir à une société, à charge pour cette dernière de ne pas les revendre dans un délai de dix ans sans l'autorisation du conseil municipal.

La société a ensuite contracté un prêt bancaire conformément aux termes d'un acte notarié destiné au financement de l'acquisition des terrains et de la réalisation du projet de construction, sous diverses conditions, notamment l'affectation hypothécaire des terrains et constructions concernés au profit de la banque.

L'emprunteur est placé en liquidation judiciaire avant que le notaire responsable de l'inscription de l'hypothèque n'ait procédé à cette formalité. La banque poursuit le notaire en responsabilité aux motifs notamment que (a) la clause d'inaliénabilité affectant les biens hypothéqués les rend uniquement temporairement insaisissables mais n'empêche pas l'inscription de l'hypothèque et (b) le notaire n'a pas procédé à des vérifications concernant l'inaliénabilité des biens faisant l'objet de l'hypothèque.

La banque se trouve déboutée par les juges du fond, approuvés par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, aux motifs que (i) *"les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du*

Code civil" et (ii) le notaire n'était pas tenu de contrôler la véracité des informations d'ordre factuel fournies par les parties en l'absence d'éléments de nature à éveiller ses soupçons et qu'il avait établi l'acte de prêt en ignorant l'existence, dans l'acte de vente, dont il n'était pas le rédacteur, d'une clause d'inaliénabilité rendant impossible la prise d'une hypothèque conventionnelle.

Il convient de noter que, dans le premier moyen, la 1^{ère} chambre civile se positionne à l'encontre de la décision en date du 30 septembre 2008 rendue en la matière par la Chambre commerciale ; cette dernière avait en effet admis (en termes généraux laissant considérer que la décision serait de portée générale pour toute sûreté) la possibilité de constituer un nantissement sur un bien mobilier temporairement indisponible¹.

Toutefois, l'arrêt commenté ne semble pas revenir sur la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 30 septembre 2008 précité, selon laquelle les biens immobiliers frappés d'inaliénabilité temporaire, restant hors du commerce, ne peuvent pas faire l'objet d'une hypothèque conventionnelle mais peuvent en revanche être grevés d'une hypothèque judiciaire ou légale² dans la mesure où ces dernières constituent "un simple exercice d'une prérogative légale reconnue au titulaire d'une créance,...[n'étant] pas en soi un acte de disposition"³.

Il est difficile d'affirmer si la position de la 1^{ère} chambre civile est d'application générale ou s'il convient de la nuancer selon la nature de la sûreté, la nature du bien (mobilier ou immobilier) frappé d'inaliénabilité et/ou le caractère temporaire ou définitif de la clause d'inaliénabilité.

Dans le doute, une diligence particulière s'impose aux parties afin de s'assurer que tout bien compris dans l'assiette d'une sûreté quelconque ne fait pas l'objet d'une clause d'inaliénabilité prévue, le cas échéant, aux termes du contrat d'acquisition⁴ du bien concerné.



Guergana Zabounova
T +33 1 53 67 18 18
guergana.zabounova@hoganlovells.com

¹ Bull. civ. 2008, IVN° 165 ; dans son attendu, la chambre commerciale avait retenu que "...l'indisponibilité d'une valeur mobilière, quand elle est simplement temporaire, ne fait pas obstacle à son affectation en nantissement".

² Dans ce sens : Cass. civ 1^{ère} civ, 5 février 1985 (Bulletin 1985 I N° 53, p. 51) et Cass. civ 3^{ème}, 9 octobre 1985 (Bull. arrêts Cour de cassation, chambre civile, N° 152).

³ Cass. civ 1^{ère}, 5 février 1985 précité.

⁴ Hors les cas où la clause d'inaliénabilité affecte un bien donné ou légué (voir le régime particulier des clause d'inaliénabilité gravant ces derniers prévu à l'article 900-1 du Code civil).



LA PLURALITÉ DE DATES SUR UN BORDEREAU DAILLY

Cass. com., 3 juillet 2012, n°11-19.796

Par acte de cession du 31 octobre 2006, une société cède une créance à une banque le 3 novembre 2006, et cette dernière appose son tampon avec la mention "cession acceptée". Le gérant, caution solidaire de la société, est poursuivi en paiement par la banque et invoque l'irrégularité du bordereau de cession en raison de la mention de deux dates différentes.

La cour d'appel retient que la première date du 31 octobre est la date de cession et que la seconde date apposée par la banque vient confirmer la régularité de l'acte.

La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le gérant en ce qui concerne l'irrégularité du bordereau pour la pluralité de dates. Néanmoins, elle dénonce le raisonnement de la cour d'appel et rappelle que l'acte de cession ne comporte qu'une seule date de cession, la date du 3 novembre 2006.

En effet, en matière de cession de créances professionnelles par bordereau Dailly, c'est à la banque cessionnaire qu'il appartient d'apposer la date sur le bordereau lors de sa remise (C. mon. fin. art. L. 313-25, al.2).

Cette mention n'est pas une mention obligatoire du bordereau Dailly mais elle conditionne la prise d'effet de la cession entre les parties et son opposabilité aux tiers (C. mon. fin. art. L. 313-27, al. 1).

Ainsi, selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, en cas de pluralité de dates, c'est la date apposée par la banque qui doit être retenue comme unique date de cession, peu importe que celle-ci ne figure pas à l'emplacement désigné sur le bordereau.

Rappelons qu'en cas de contestation de la date portée au bordereau, il appartient à la banque cessionnaire de rapporter par tout moyen la preuve de l'exactitude de celle-ci (C. mon. fin. art. L. 313-27, al. 4). En l'espèce l'acte de cession portait la mention "cession acceptée" le 3 novembre 2006.



Vianney de Bagneaux
T +33 1 53 67 16 37
vianney.debagneaux@hoganlovells.com

LE CRÉANCIER GAGISTE N'EST PAS OBLIGÉ DE VÉRIFIER LA PROPRIÉTÉ DU CONSTITUANT SUR LA CHOSE GAGÉE

Cass. com., 11 septembre 2012, n°11-22.240

Une société avait vendu avec clause de réserve de propriété de la caséine à une autre société qui, pour financer son stock, avait gagé cette marchandise au profit des banques (gage sous l'ancien régime du Code civil). Après mise en liquidation judiciaire de cette dernière, la société venderesse revendiquait la marchandise. La société venderesse dans son pourvoi reprochait aux juges d'avoir fait prévaloir le gage sur la clause de réserve de propriété.

A l'appui de son pourvoi, la société arguait que les banques auraient dû vérifier si les marchandises n'étaient pas grevées d'une clause de réserve de propriété.

La Cour de cassation répond clairement qu'"aucune obligation ne pesait sur les banques en leur qualité de créancier gagiste de vérifier lors de la constitution du gage que les marchandises ne sont pas grevées d'une clause de réserve de propriété".



Sophie Lok
T +33 1 53 67 22 77
sophie.lok@hoganlovells.com



ENTRE CAUTIONNEMENT ET GARANTIE AUTONOME : L'APPRÉHENSION DE LA RÉFÉRENCE AU CONTRAT DE BASE

Cass. com., 2 oct. 2012, n°11-23.401

L'article 2321 du Code civil prévoit que le bénéficiaire d'une garantie autonome, à la différence du cautionnement, bénéficie de l'inopposabilité des exceptions et d'une sûreté personnelle indépendante de l'obligation qu'elle garantit.

Pour la jurisprudence récente, cette autonomie – critère fondamental de la séparation entre cautionnement, engagement accessoire, et garantie autonome, engagement indépendant – ne s'oppose pas à ce qu'il soit fait référence au contrat "de base" (celui qui fait naître l'obligation garantie) dans l'acte de garantie autonome⁵. La Cour de cassation précise toutefois qu'une garantie qualifiée d'"autonome" par les parties doit être requalifiée en cautionnement lorsque l'engagement du garant a en réalité pour objet la dette du débiteur principal⁶.

Dans un arrêt rendu le 2 octobre 2012 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, la garantie en cause faisait référence à un montant garanti dégressif en fonction de l'avancement des travaux prévus par le contrat de base. La Cour d'appel de Bordeaux avait requalifié l'acte en cautionnement au motif que la garantie faisait référence au contrat de base. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif que *"la référence au contrat de base ne modifie pas le caractère autonome de la garantie"* et que le garant s'engageait à verser au bénéficiaire *"une somme à sa première demande écrite sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit"*.

Cet arrêt vient donc réaffirmer, de manière encore plus univoque, la jurisprudence antérieure de la chambre commerciale en précisant que les garanties – même "glissantes" – constituent de véritables garanties autonomes dès lors qu'elles sont indépendantes dans leur mise en œuvre de l'obligation du débiteur garanti.



Benjamin Guilleminot
T +33 1 53 67 48 58
benjamin.guilleminot@hoganlovells.com



⁵ Cass. com., 31 mai 2011, n°10-14.979

⁶ En ce sens notamment : Cass. com., 8 octobre 2003, n°01-10.144 et Cass. com., 8 octobre 2003, n°02-12.807

Les métiers et leur pratique

Procédures collectives

PRÉCISIONS SUR LA CONFUSION DES PATRIMOINES FONDÉE SUR L'ANORMALITÉ DES RELATIONS FINANCIÈRES

Cass. com., 5 juin 2012, n°11-17.486

La liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'une société a été étendue à une Société Civile Immobilière ("SCI") qui avait confié l'exécution de plusieurs chantiers à la société débitrice.

L'article L. 621-2 du Code de commerce permet en effet d'étendre une procédure à une ou plusieurs autres personnes dans deux hypothèses, en cas de confusion de patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. Il était question de la première en l'espèce.

La SCI a formé un pourvoi contre la décision d'extension au motif notamment que la simple existence d'associés communs à deux sociétés n'est pas susceptible de caractériser à elle seule une confusion de patrimoines.

Elle reprochait également à la cour d'appel d'avoir déduit l'existence de flux financiers anormaux entre les deux sociétés de la seule absence de comptabilisation de la plus-value conférée à un actif par la réalisation de travaux sur celui-ci.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en se référant à un faisceau suffisamment caractérisé d'indices révélateurs de l'anormalité des relations financières entre les deux sociétés.

L'identité de dirigeants, de salariés, d'associés, de locaux mais aussi la réalisation de travaux effectués par la société débitrice au profit de la SCI sans qu'aucun contrat de construction, aucun devis de travaux, excepté quelques factures de faible montant et parfois raturées, n'aient été établis, sont autant d'éléments relevés par la cour d'appel.

Mais encore, les juges ont relevé que le décalage entre la valeur d'inscription au bilan des immeubles de la SCI et leur estimation – d'un montant 2,4 fois plus élevé – ne pouvait trouver sa source que dans la sous-facturation des travaux réalisés. La confusion de patrimoines pour anormalité des relations financières est ainsi caractérisée.

On retrouve dans cette espèce un critère bien connu de l'anormalité, l'absence de contrepartie suffisante à la prestation rendue par le débiteur.

Cette décision est originale en ce qu'elle se fonde sur la comptabilité de la SCI pour établir la preuve de cette sous-facturation.

La plus-value latente d'un montant important, qui n'avait certes pas à être comptabilisée, a permis de démontrer l'existence d'une sous-facturation, de conclure à l'anormalité des relations financières et ainsi de confirmer l'extension de la procédure de liquidation judiciaire à la société bénéficiaire des travaux.



Gontran Simonnet

T +33 1 53 67 16 14

gontran.simonnet@hoganlovells.com

OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 11-18.026

Ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire : le juge peut-il tenir compte des mobiles réels du demandeur ?

L'arrêt du 3 juillet 2012 est venu mettre un terme à l'affaire Sodimédical, dont la "faillite" a défrayé la chronique, dans un contexte économique particulier où était encore en étude la loi dite "Pétroplus" du 12 mars 2012. Il avait en effet été reproché à la société grand-mère de Sodimédical d'avoir artificiellement causé les difficultés de trésorerie de cette dernière et, il était soutenu que la demande d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de Sodimédical avait pour seul but de permettre des licenciements économiques et la prise en charge des coûts salariaux par le régime de garantie des salaires. L'arrêt rendu par la Cour de cassation n'est pas particulièrement innovant, mais le contexte dans lequel il intervient lui donne une importance particulière.

I. L'appréciation objective de la cessation des paiements de la société débitrice appartenant à un groupe

Dans l'arrêt du 3 juillet 2012, la Cour de cassation affirme une solution qui semble acquise, mais cette affirmation était d'autant plus nécessaire qu'il ne s'agissait pas d'une demande d'ouverture d'une sauvegarde, mais d'une liquidation judiciaire. En effet, comme l'indique clairement l'article L. 631-1 du Code de commerce, la cessation des paiements est caractérisée par l'impossibilité pour une entreprise de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

La cour d'appel saisie de la demande d'ouverture de la liquidation judiciaire de Sodimédical, pour rejeter cette demande, a relevé que s'il existe bien un passif échu à plus de quatre millions et demi d'euros, une grande partie de ce montant (environ quatre millions d'euros) représentait le montant du compte courant de la société mère.

La cour d'appel avait également relevé que malgré cette dette interne, la filiale était à jour de ses cotisations sociales et que lors de l'élaboration d'un précédent plan de sauvegarde de l'emploi, elle avait été en mesure de proposer une indemnité complémentaire de vingt mille euros à chaque salarié.

Ces éléments pourraient effectivement porter à croire que Sodimédical n'était pas vraiment en état de cessation des paiements, mais que la société mère avait volontairement utilisé le levier de la trésorerie interne du groupe pour mettre sa filiale en difficulté.

La Cour de cassation va invalider ce raisonnement, considérant que la cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à exclure l'état de cessation des paiements, lequel doit être caractérisé objectivement, pour chaque société du groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. En effet, le raisonnement de la cour d'appel ne permettait pas d'avoir une approche comparative et objective du passif exigible et de l'actif disponible, ce qui est pourtant nécessaire pour apprécier l'état de cessation des paiements.

S'agissant d'un groupe de sociétés, il est constant que chaque société du groupe est indépendante de ce point de vue et sa situation financière doit être appréciée indépendamment des capacités financières du groupe.

Cela avait déjà été affirmé par la Cour de cassation dans le cadre d'une sauvegarde, qui est certes soumise à des conditions d'ouverture différentes, mais avec des critères d'appréciation tout aussi objectifs (Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20.820).

II. L'absence de prise en compte des mobiles du débiteur en cas de cessation des paiements

C'est sur cette question que se situe l'apport de cet arrêt. En effet, l'analyse de la cour d'appel rapportée ci-dessus tendait à démontrer que la demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire de Sodimédical avait pour but, après l'échec de plusieurs plans de sauvegarde de l'emploi, de permettre des

licenciements dont la cause économique ne pourrait plus être contestée et de faire prendre en charge leur coût par la collectivité. La cour d'appel y voyait donc un possible détournement de la procédure collective, dont elle pensait pouvoir se prévaloir pour rejeter la demande d'ouverture.

La Cour de cassation a cassé cet arrêt, considérant que *"lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état"*. En effet, la prise en compte des mobiles du demandeur peut être critiquée, et ce pour deux raisons au moins.

Premièrement, d'un point de vue juridique, au regard de l'article L. 640-4 du Code de commerce, cela serait en contradiction avec l'obligation légale pour tout débiteur de déclarer sa cessation des paiements en demandant l'ouverture d'une liquidation judiciaire dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements (si son redressement est manifestement impossible et s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation).

De plus, économiquement, les mobiles réels du demandeur importent finalement peu, dès lors qu'il s'agit de prendre en compte de manière objective la situation financière de la société.

Dans l'affaire *"Cœur Défense"* jugée le 8 mars 2011, la Cour de cassation avait déjà affirmé que, s'agissant de la procédure de sauvegarde, le fait que le débiteur cherche à échapper à ses obligations contractuelles était sans incidence sur l'appréciation des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988).

On relèvera simplement que dans l'affaire *"Cœur Défense"*, la Cour de cassation avait réservé l'hypothèse de la fraude, qui n'a pas été reprise en l'espèce. L'explication serait peut-être dans le fait qu'à la différence de la sauvegarde judiciaire dont l'ouverture relève de l'initiative du débiteur, la liquidation est une procédure imposée.



Alex Bebe Epale
T +33 1 53 67 38 96
alex.bebeepale@hoganlovells.com

CONFLIT DE LOIS : ACTION EN NULLITÉ DE LA PÉRIODE SUSPECTE

Cass. com., 2 octobre 2012, n°10-18.005

Cass. com., 2 octobre 2012, n°11-14.406

Une décision d'ouverture de procédure collective par une juridiction allemande à l'encontre d'une société d'investissement de nationalité allemande a fait l'objet d'une procédure d'exequatur en France. L'administrateur allemand, alléguant une escroquerie au moyen de laquelle deux investisseurs français ont réalisé une plus-value, introduisit devant un tribunal français une action en nullité de la période suspecte de droit allemand en vue de réintégrer les bénéfices perçus dans l'actif de la société en procédure collective.

La Cour de cassation, saisie de la question de la loi applicable à une action en nullité dirigée contre un acte de la période suspecte, a écarté les dispositions du Règlement européen n°1346/2000 du 29 mai 2000 qui, aux termes de son article 1 alinéa 2, exclut de son champ d'application les procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'investissement.

C'est donc sur le fondement des règles de conflits de loi classiques applicables aux procédures collectives internationales que la Cour de cassation a énoncé un principe général largement soutenu en doctrine : l'action en annulation, révocation ou inopposabilité d'actes passés par le débiteur avant l'ouverture de la procédure collective et estimés préjudiciables aux créanciers relève de la loi de la faillite, soit en l'espèce la loi allemande. Ainsi, la procédure collective ouverte en Allemagne continue d'être soumise en France à la loi allemande.

Si la solution retenue s'agissant de l'efficacité en France d'une période suspecte étrangère était attendue au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation (Cass. com., 5 février 2002, n°98-22.682 et n°98-22.683) et de la position de la Cour de Justice de l'Union Européenne s'agissant d'une action révocatoire déclenchée par le syndic (CJUE, 12 février 2009, Affaire C-339/07, Christopher Seagon contre Deko Marty Belgium NV), la continuité des solutions entre le droit de l'Union Européenne et le droit international privé est d'un grand intérêt pour les créanciers aux procédures d'insolvabilité exclues du champ du Règlement n°1346/2000.

En effet, le choix de la loi de la faillite emporte des implications pratiques considérables s'agissant notamment de la définition de la période suspecte qui, en droit allemand et selon le syndic, autorise ce dernier à remonter jusqu'à quatre années avant l'ouverture de la procédure afin de recouvrer des bénéfices fictifs distribués par la société.

La Cour a également précisé, dans cette décision, que c'est la loi de la faillite qui détermine les modalités de l'obligation de remboursement, et par là, le taux légal applicable aux intérêts.



Amaël Beauvallet

T +33 1 53 67 47 81

amael.beauvallet@hoganlovells.com



Les métiers et leur pratique

Contrats

RÉSOLUTION DE CONTRAT – ANÉANTISSEMENT RÉTROACTIF

Cass. com., 3 mai 2012, n°11-17.779

Les sociétés Management Systèmes Bancaires et Interbancaires et Technologies ("Mansit") et GFI Monetic, devenue Galitt Monetic ("GM") ont conclu le 2 janvier 2007 un contrat de prestation de services d'assistance à la stratégie de développement ultérieurement étendu à l'assistance et à la gestion des ressources humaines de GM (le "Contrat").

Contestant la nature et la qualité des prestations réalisées par Mansit au titre du Contrat, GM a retenu ses paiements, puis à interrompu le Contrat.

Mansit a assigné GM en paiement d'une indemnité contractuelle de résiliation et de préavis, de factures impayées et de dommages-intérêts en réparation de son préjudice d'image.

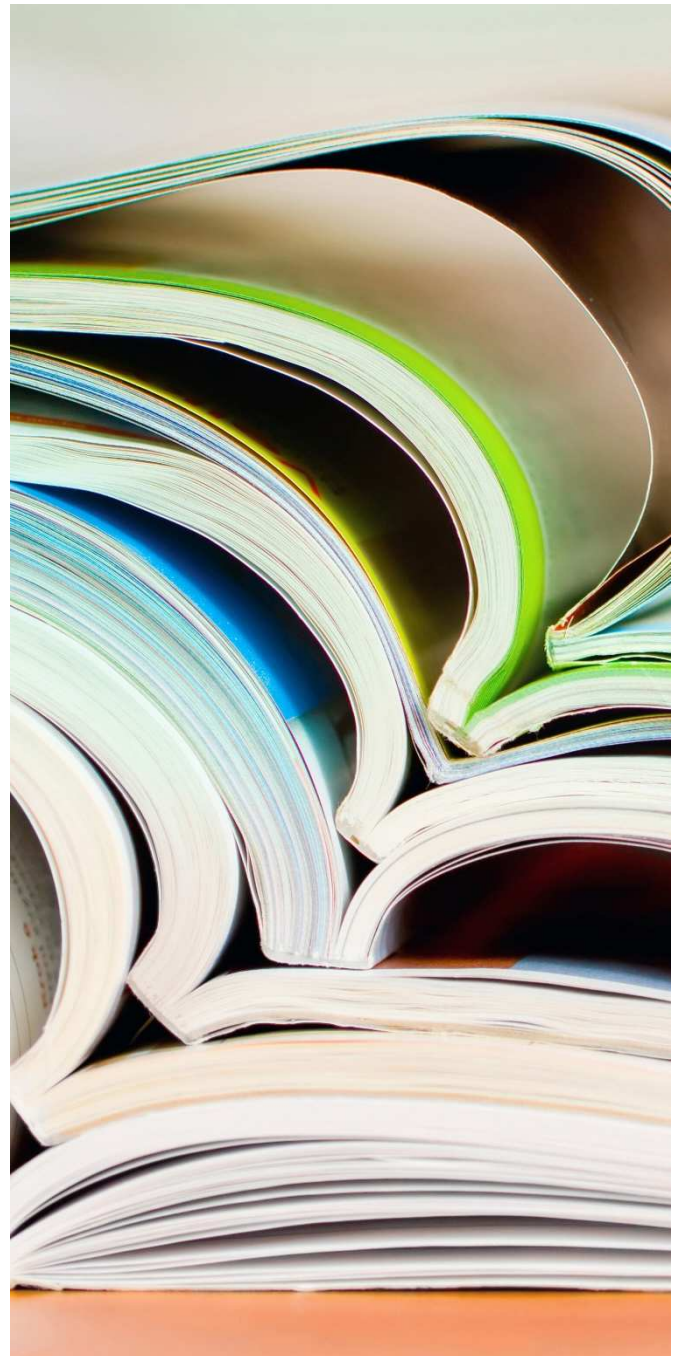
Dans un arrêt du 31 mars 2011, la cour d'appel de Paris a, du fait de la gravité des manquements de la société Mansit, constaté la résolution du Contrat au 30 juillet 2008 (la "Date de Résolution"), et a par conséquent débouté Mansit de ses demandes, sans tenir compte des prestations effectuées par la société Mansit antérieurement à la Date de Résolution.

Selon le pourvoi, la cour d'appel aurait dû (i) tenir compte des prestations effectuées antérieurement à la Date de Résolution et (ii) prendre en compte l'économie de la clause prévoyant une indemnité de résiliation au bénéfice du prestataire.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi et a ainsi confirmé sa jurisprudence selon laquelle le comportement grave d'un cocontractant permet à l'autre partie de mettre fin à tout moment au contrat, sans tenir compte des procédures de résiliation ou du terme contractuellement prévu. Du fait de la résolution du Contrat ainsi anéanti, le cocontractant fautif ne peut se prévaloir des stipulations contractuelles régissant les conditions et les conséquences de sa résiliation unilatérale.



Richard Jadot
T +33 1 53 67 47 05
richard.jadot@hoganlovells.com



Les métiers et leur pratique

Droit des sociétés

LE PRÊT DE CONSOMMATION D'ACTIONS TRANSFÈRE LA PROPRIÉTÉ DES TITRES PRÊTÉS

CA Nancy, ch. com., 4 juillet 2012, n°10-02.380

Le prêt de consommation portant sur une action entraîne le transfert de propriété de celle-ci en faveur de l'emprunteur. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Nancy en date du 4 juillet 2012 relatif à des prêts de consommation d'actions consentis à des membres d'un conseil de surveillance.

En l'espèce, le mandataire judiciaire d'une société anonyme placée en redressement judiciaire avait souhaité remplacer les membres du conseil de surveillance. Les statuts de la société prévoyaient que les membres du conseil de surveillance devaient détenir au moins une action de la société.

Le tribunal de commerce avait en conséquence autorisé le mandataire judiciaire à consentir des prêts de consommation d'actions aux futurs membres du conseil de surveillance (qui n'étaient pas à ce stade actionnaires de la société). Cette décision fut contestée par un actionnaire existant au motif que la condition relative à la propriété d'une action n'était pas respectée.

La cour d'appel rejette la demande de l'actionnaire et réaffirme le principe établi par l'article 1893 du Code civil selon lequel "*par l'effet du prêt de consommation, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée*".

L'applicabilité du prêt de consommation à une action peut paraître étonnante dans la mesure où celui-ci n'est en principe admis que pour des choses qui se consomment par l'usage.

La jurisprudence admet pourtant de longue date que le prêt de consommation peut s'appliquer à des titres dès lors qu'il est possible de substituer les titres prêtés par d'autres titres à la condition que ces derniers soient de même quantité, espèce et qualité.

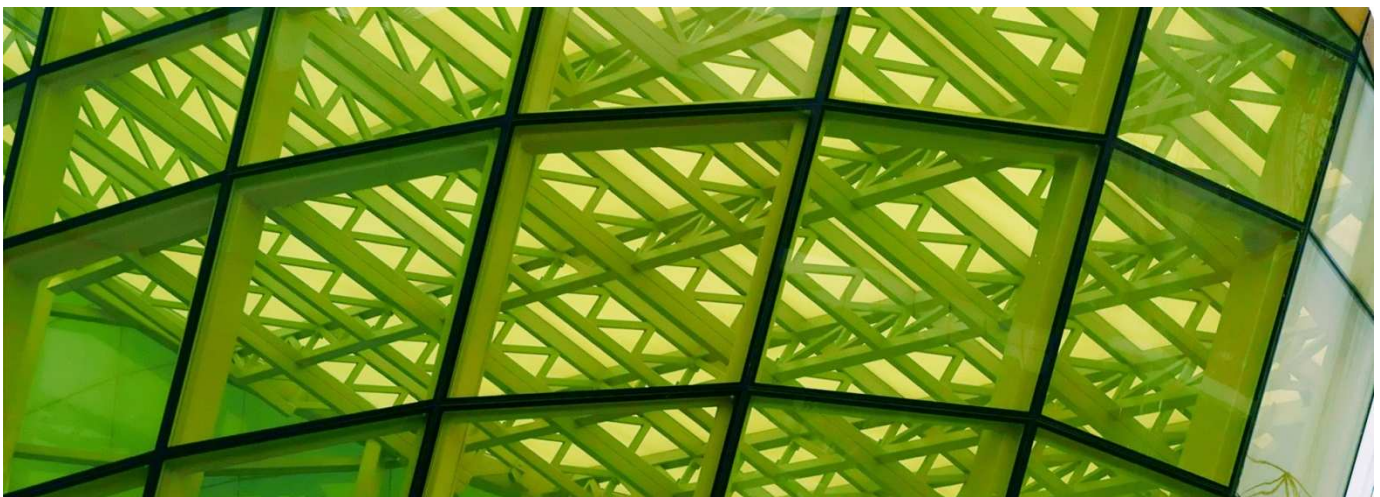
Ce principe de fongibilité des titres permet ainsi aux parties de convenir que le prêt de titres (par hypothèse non individualisés) donne le droit à l'emprunteur d'en disposer librement, à charge pour lui d'en restituer un nombre équivalent.

Cet arrêt nous donne également l'opportunité de rappeler quelques règles pratiques s'agissant des prêts de consommation d'actions :

- le transfert de propriété n'est effectif que si le prêt de consommation d'actions est inscrit sur le compte d'actionnaire ouvert au nom de l'emprunteur ; et
- les clauses d'agrément pouvant être prévues aux termes des statuts restent applicables en cas de prêt de consommation d'actions dans la mesure où ce dernier est assimilé à une cession d'actions. Le prêt de consommation d'actions est par conséquent soumis à toute procédure d'agrément, à l'image du nantissement portant sur des titres.



Thomas Roy
T +33 1 53 67 22 92
thomas.roy@hoganlovells.com



Les métiers et leur pratique

Cautionnement

DISPROPORTION DE L'ENGAGEMENT D'UNE CAUTION PERSONNE PHYSIQUE : PRÉCISION ET CONFIRMATION

Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2012, n°11-11.461
Cass. com., 10 juillet 2012, n°11-16.355

L'interprétation de l'article L. 341-4 du Code de la consommation sur le caractère disproportionné du cautionnement vient à nouveau de donner lieu à quelques contentieux devant la Cour de cassation.

Aux termes de cet article, *"un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation"*. Il ressort de cet article que le principe de proportionnalité s'applique indifféremment à toutes les cautions personnes physiques, averties ou profanes, professionnelles ou non, qu'elles aient ou non la qualité de dirigeant social.

Les cautions personnes physiques invoquent régulièrement le caractère disproportionné de leur engagement pour s'en libérer. La Cour de cassation, quelle que soit la chambre saisie, apporte ponctuellement des précisions à la fois sur les cautions bénéficiaires des dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation ainsi que sur les critères retenus pour apprécier le caractère disproportionné de l'engagement desdites cautions.

Ainsi, la première chambre civile dans sa décision du 4 mai 2012 affirme que ne présente pas un caractère disproportionné à ses biens et revenus, l'engagement de caution du gérant d'une société dont la cour d'appel a apprécié souverainement les facultés contributives au regard notamment des perspectives de développement de l'entreprise qu'il avait créée.

La Cour de cassation laisse ici de côté la qualité de dirigeant de la caution considérée comme caution avertie pour ne prendre en compte que les seules "perspectives de développement de l'entreprise".

La deuxième décision rendue par la chambre commerciale le 10 juillet 2012 confirme que le caractère averti de la caution est indifférent pour l'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

En l'occurrence, une cour d'appel avait retenu que la caution ne pouvait prétendre être profane et qu'elle n'était pas fondée à rechercher la responsabilité de la banque pour s'être fait consentir un cautionnement disproportionné. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et rappelle que dès lors que la qualité de la caution (avertie ou non) n'est pas un critère d'application du principe de proportionnalité, il appartenait à la cour d'appel de déterminer si l'engagement était, ou non,

manifestement disproportionné par rapport aux capacités financières de la caution.

Il ressort des arrêts qui précèdent qu'il appartient donc aux juges du fond d'apprécier la disproportion en fonction de critères classiques comme les biens, le patrimoine et les revenus de la caution ou encore de nouveaux critères comme les perspectives de développement de l'entreprise, peu importe la qualité de la caution, dirigeante ou non, ignorante ou non. La jurisprudence du célèbre arrêt Nahoum (Cass. com. 8 octobre 2002) rendue avant l'entrée en vigueur de l'article L. 341-4 du Code de la consommation qui limitait le principe de proportionnalité à la caution profane est donc bel et bien caduque.



Sabine Bironneau-Loy

T +33 1 53 67 47 36

sabine.bironneau@hoganlovells.com



Chez Hogan Lovells

L'ACTUALITÉ DE NOTRE CABINET

Nous avons emménagé dans de nouveaux locaux le 28 janvier dernier, au 17 avenue Matignon.



Nos locaux furent pensés par Pierre Dufau, l'un des architectes français les plus réputés des Trente Glorieuses, sur une parcelle qui avait précédemment accueilli l'hôtel particulier de Gustave Eiffel et de sa famille.

Le "17 avenue Matignon" répond aux critères de la certification "Haute Qualité Environnementale" (HQE) qui vise à réduire l'impact des bâtiments sur l'environnement lors de leur construction, leur rénovation et leur usage. Au-delà de la certification, il s'agit aussi d'une démarche environnementale qui nous engage tout au long de notre occupation de l'immeuble pour améliorer notre bilan énergétique.

À LIRE

"**Emprunts toxiques : une jurisprudence à haut risque**", par **Antoine Juaristi** et **Marin Le Touzé** paru dans Revue Banque d'avril 2013.

"**Les effets collatéraux de la réforme du report des déficits fiscaux**" par **Bruno Knadjian**, paru dans **Option Finance**, le 20 mai 2013.

PRIX & CLASSEMENTS

- Pour la première édition du "**Palmarès des avocats d'affaires**" organisé par **Le Monde du Droit en partenariat avec l'AFJE**, Hogan Lovells a reçu les **trophées d'argent dans les catégories Banque-Finance et Financement de projets**. Ce sont les juristes d'entreprise qui ont élu les cabinets d'avocats d'affaires les plus performants dans 20 catégories.
- **Michel Quéré** et **Olivier Fille-Lambie** figurent dans les classements **Chambers Global 2013**, respectivement pour les catégories Banque-Finance et Projets internationaux.
- **Notre position dans les classements M&A 2012 du Magazine des Affaires :**
 - Financements d'acquisition : 2^{ème} en volume
 - Fusions-Acquisitions : 9^{ème} en volume

ÉVÈNEMENTS

- **Journée de la femme – 21 mars 2013**

Chaque année, Hogan Lovells réunit ses clientes autour d'un cocktail à l'occasion de la journée de la femme. Cette année, l'évènement s'est déroulé dans nos nouveaux locaux et nos invitées ont pu découvrir les causes dédiées aux femmes que nous soutenons.

PUBLICATIONS

- **Un site dédié aux investissements en Afrique**

Hogan Lovells vient de lancer son site dédié à l'Afrique. Ce site s'adresse aux entreprises qui souhaitent investir en Afrique et qui cherchent des réponses aux questions juridiques auxquelles elles sont confrontées.

Pour accéder à ce site :
<http://www.hoganlovellsafrica.com/>

Pour toute question complémentaire ou si vous souhaitez obtenir une copie des articles ci-dessous nous vous remercions de bien vouloir nous contacter à l'adresse suivante : Paris-NewsletterFinance@hoganlovells.com

www.hoganlovells.com

Hogan Lovells a des bureaux à:

Alicante	Djeddah*	Jakarta*	Oulan-Bator	Silicon Valley
Amsterdam	Dubaï	Londres	Paris	Singapour
Baltimore	Düsseldorf	Los Angeles	Pékin	Tokyo
Berlin	Francfort	Madrid	Philadelphie	Varsovie
Bruxelles	Hambourg	Miami	Prague	Virginie du Nord
Budapest*	Hanoï	Milan	Riyad*	Washington DC
Caracas	Hô-Chi-Minh Ville	Moscou	Rome	Zagreb*
Colorado Springs	Hong Kong	Munich	San Francisco	
Denver	Houston	New York	Shanghai	

Hogan Lovells (Paris) LLP est un partnership à responsabilité limitée immatriculé en Angleterre et au Pays de Galles sous le numéro OC353350, dont le siège est situé à Atlantic House, Holborn Viaduct, Londres EC1A 2FG. Hogan Lovells (Paris) LLP est un bureau affilié de Hogan Lovells International LLP, partnership à responsabilité limitée immatriculé en Angleterre et au Pays de Galles.

Les termes "associé" ou "partner" désignent un membre ou un associé de Hogan Lovells International LLP, de Hogan Lovells US LLP ou de l'une leurs entités affiliées, ou un employé ou un consultant de statut équivalent. Certaines personnes, désignées comme associés ou partners, mais qui ne sont pas membres de Hogan Lovells International LLP, ne jouissent pas de qualifications professionnelles équivalentes à celles d'un membre.

Pour plus d'information sur Hogan Lovells, les associés et leurs qualifications professionnelles respectives, voir www.hoganlovells.com.

Lorsque des études de cas sont reprises, les résultats obtenus ne constituent pas une garantie de résultats similaires pour les autres clients. Publicité d'avocats.

© Hogan Lovells 2013. Tous droits réservés. 1259078

*Bureaux associés