

Info Finance Express

Numéro 12 - Juillet 2013

Table des matières

| | |
|--------------------------------|----|
| Édito | 1 |
| L'environnement réglementaire | 4 |
| Chroniques d'actualité | 7 |
| Les métiers et leurs pratiques | 8 |
| Chez Hogan Lovells | 23 |

2013

Édito

TEG

L'acceptation d'une offre vaut contrat

Le jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre dans l'affaire dite des "prêts toxiques" était très attendu.

Le litige opposait le département de la Seine-Saint-Denis et Dexia Crédit Local à propos de trois emprunts.

À titre principal, le département de la Seine-Saint-Denis, soutenant avoir souscrit un emprunt à caractère spéculatif et à haut risque, en demandait l'annulation. A titre subsidiaire, le département demandait la résolution du contrat pour manquement de la banque à ses obligations d'information, de conseil et de mise en garde. Enfin, à titre "infiniment subsidiaire", le département demandait l'annulation de la clause de stipulation d'intérêts prévue au contrat pour "défaut de mention et caractère erroné du TEG, et la substitution du taux légal au taux conventionnel".

Par trois jugements en date du 8 février 2013, le Tribunal de grande instance de Nanterre a rejeté les prétentions du département concernant l'annulation et la résolution du contrat, mais a accueilli la demande d'annulation de la clause d'intérêts pour défaut de mention du TEG.

En espèce, il semble que les différentes étapes de la conclusion des contrats de crédit entre Dexia et le département aient consisté en l'envoi par la banque d'une proposition de prêt, suivie quelques jours plus tard d'un fax de confirmation, puis deux mois plus tard de la signature d'un contrat de prêt.

L'article L. 313-2 du Code de la consommation stipule que le taux effectif global doit être mentionné "dans tout écrit constatant un contrat de prêt".

La mention du TEG ne figurait ni dans la proposition, ni dans le fax de confirmation. Toutefois, le TEG était expressément mentionné dans le contrat de prêt.

La question était donc de savoir à quel moment le contrat avait été conclu.

La banque soutenait que les parties n'étaient juridiquement liées qu'à compter de la date à laquelle elles avaient conclu le contrat de prêt lui-même et que le fax de confirmation avait pour objet uniquement de fixer les conditions financières du contrat à conclure mais ne constituait pas le contrat de prêt.

Le département, pour sa part, faisait valoir que le fax de confirmation comportait tous les éléments relatifs au prêt et présentait donc les caractéristiques d'un accord constatant le prêt.

Dans son jugement, le Tribunal considère que "avant d'établir l'instrumentum du contrat de prêt", Dexia, "à l'issue des pourparlers avec le département", lui a adressé un fax dans lequel elle "lui confirme les conditions de la transaction intervenue entre les parties".

Le Tribunal relève que le document adressé par Dexia au département indiquait "nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre accord sur cette opération...et signer la dernière page en nous la retournant, signée et dûment complétée de la mention "Bon pour accord" par la personne habilitée à engager l'emprunteur. Le contrat correspondant vous sera adressé dans les meilleurs délais". Enfin, le document portait la mention "cet accord constitue un engagement irrévocable de l'emprunteur".

Le Tribunal en conclut que les échanges préalables à la signature du contrat de prêt dans sa forme définitive étaient constitutifs d'un accord irrévocable entre les parties. Pour le Tribunal, la signature par l'emprunteur du fax de confirmation a opéré la rencontre des volontés des parties et constitue le véritable contrat de prêt, le document signé deux mois plus tard ne faisant que confirmer ce contrat de prêt.

Dans ces conditions, le Tribunal considère qu'il était impératif que le TEG figure sur le document de confirmation constatant le crédit et que sa mention ultérieure dans le contrat de prêt signé entre les parties n'a pas permis à l'emprunteur d'être informé du taux effectif global avant de contracter un engagement irrévocable. En conséquence, le tribunal annule la stipulation conventionnelle d'intérêts et y substitue le taux légal.

Dans la mesure où le TEG ne figurait pas dans le document constatant le crédit, le Tribunal n'a pas eu à se prononcer sur le caractère erroné ou non du TEG figurant dans le contrat de prêt.

La décision du Tribunal, à la suite de la constatation du moment auquel la rencontre des volontés des parties s'est opérée, fait application de la jurisprudence qui considère que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel mais consensuel. Ce n'est donc pas la mise à disposition du crédit qui forme le contrat mais l'accord des parties.

On sait que la mention du TEG est obligatoire dans tout contrat de prêt, même à caractère professionnel, quand bien même l'obligation légale de mention du TEG résulte aujourd'hui d'une disposition du Code de la consommation.

A la lumière de la décision du Tribunal de Nanterre, la pratique rédactionnelle des banques dans certains domaines devra peut-être être révisée lorsque les échanges précontractuels fixent irrévocablement et de manière certaine les conditions du crédit et l'engagement des parties, la signature du contrat définitif (le plus souvent sous forme standardisée) ne faisant l'objet d'aucune négociation et apparaissant alors comme la simple ratification d'un accord déjà intervenu.

Cependant, dans la grande majorité des opérations de crédits aux entreprises, les jugements susvisés ne devraient emporter aucune conséquence en ce qui concerne l'échange de documents précontractuels entre les parties (lettres de mandat ou term sheet par exemple) dans la mesure où ces documents ne matérialisent aucun accord des parties sur l'octroi d'un crédit.

En effet, en matière d'offre, le Code de la consommation fait uniquement obligation de mention du TEG dans la publicité et l'offre préalable de crédits visés par les articles L. 311-4 et suivants du Code de la consommation, ainsi que dans la publicité et l'offre préalable de crédits visés par les articles L. 312-4 et suivants du Code de la consommation (respectivement crédit à la consommation et crédit immobilier).

Ainsi, hors ces cas spécifiques, relevant du seul domaine de la protection du consommateur, il n'y a pas lieu à mention du TEG au simple stade de la formulation d'une proposition indicative ou de négociation du contrat. Le TEG devra être communiqué au moment de la rencontre des volontés.

Néanmoins, afin d'éviter tout litige, en pratique, il est important que les différents documents communiqués par les banques à leurs clients au stade de la négociation du crédit, et notamment dans le cadre des

lettres de mandat et term sheet signés en amont de la documentation elle-même, stipulent clairement que les termes et conditions ainsi communiqués sont purement indicatifs et ne constituent nullement une offre ou un engagement. Il conviendra d'ailleurs de préciser que tout engagement sera subordonné, le cas échéant, à l'accord des comités de crédit du prêteur et, en tout état de cause à la signature d'une documentation finale satisfaisante pour l'ensemble des parties. Dans ces conditions, la preuve de l'accord contractuel et de l'engagement irrévocable de l'emprunteur ne pourra résulter que de la signature du contrat de crédit proprement dit.

Dans l'espèce soumise au Tribunal de Nanterre, il n'était pas contesté que le TEG qui ne figurait pas, selon le Tribunal, dans le document constatant le crédit, figurait néanmoins dans le contrat de crédit conclu postérieurement. Cette mention était-elle susceptible de faire disparaître le vice affectant l'écrit constatant le prêt?

Le défaut de mention du TEG constitue une nullité relative de protection qui peut être invoquée par l'emprunteur, mais pas par la banque.

Conformément aux dispositions de l'article 1338 du Code civil, une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité peut être valablement ratifiée ou confirmée par un acte postérieur à condition qu'on y trouve "la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et de l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée".

Dès lors, la jurisprudence considère que le silence ou la conclusion d'un avenant, voire même l'exécution du contrat ne valent pas en soi confirmation.

En l'espèce soumise au Tribunal de Nanterre, il aurait donc été nécessaire que l'acte de prêt, signé entre les parties, porte à la connaissance de l'emprunteur l'absence de mention du TEG dans le fax de confirmation et la volonté de réparer cette omission à l'occasion de la formalisation du contrat de prêt.

On pourra peut-être se consoler en relevant que l'omission pure et simple de la mention du TEG dans un acte de prêt est susceptible d'être couverte par la prescription quinquennale qui court dès la signature du contrat. En effet, le point de départ de la prescription est constitué par la révélation de l'erreur ou la date à laquelle la partie lésée aurait dû s'apercevoir de cette erreur et il est aisé pour l'emprunteur de s'apercevoir de l'absence de mention du TEG dans un acte de prêt.

Si, par contre, le TEG, du fait du résultat d'une erreur de calcul, est inexact, le banquier encourt la même sanction de nullité de la stipulation du taux d'intérêt contractuel sans pouvoir bénéficier de la prescription

tant que l'emprunteur n'a pas connaissance de l'erreur commise par la banque dans le calcul concerné. On peut supposer que n'ayant pas les moyens de vérifier les calculs effectués par la banque, l'emprunteur n'aura, sauf circonstances exceptionnelles, pas connaissance de l'erreur et, partant, la prescription ne pourra pas courir.



Michel Quéré

T +33 1 53 67 18 08

michel.quere@hoganlovells.com



L'environnement réglementaire

LA CRÉATION DES ÉTABLISSEMENTS DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE PAR LA LOI DU 28 JANVIER 2013 TRANSPOSANT LA DIRECTIVE 2009/110/CE (DITE DME2)

Historique

Le statut des établissements de monnaie électronique ("**EME**") est né. Il est issu de la loi n°2013-100 du 28 janvier 2013¹ (la "**Loi**"). Cette Loi intervient avec plus de deux années de retard afin de transposer la Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009² concernant l'accès à l'activité des EME et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (la "**DME2**"). Par deux arrêtés et quatre décrets, la Loi est devenue définitivement applicable.

Le cadre juridique de la monnaie électronique ("**ME**") avait été créé par la Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000³ concernant l'accès à l'activité des EME et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (la "**DME1**"). L'expérience et la pratique ont cependant démontré que malgré les objectifs ambitieux de la DME1 et en raison notamment d'un cadre juridique trop strict, l'utilisation de la ME n'a pas connu l'essor escompté. La DME1 a donc été abrogée par la DME2 (directive d'harmonisation maximale) qui a pour ambition d'encourager le développement de la ME à travers un cadre juridique plus adapté.

La DME1 définissait les EME comme les établissements de crédit qui limitaient leur activité à l'émission, la mise à la disposition du public ou la gestion de ME. La DME2 soustrait l'émission de ME du monopole bancaire et crée un statut à part pour les EME. Désormais aux côtés des établissements de crédit, les EME (désignés ensemble les "**Émetteurs ME**") peuvent émettre de la ME.

Définition et champ d'application de la monnaie électronique (ME)

La Loi a défini largement la notion de ME comme la création d'unité de ME directement et immédiatement utilisable en contrepartie de la collecte de fonds, afin de prendre en considération toutes les innovations à venir. Ainsi, elle vise aussi bien la monnaie stockée sur un support électronique ou à distance sur un serveur. L'une des applications les plus courantes est le porte-monnaie électronique (*wallet*) qui permet de "stocker" de la monnaie électronique sur une carte de paiement, une carte à puce ou un téléphone mobile, mais on la retrouve aussi sous une forme virtuelle avec le compte en ligne. Les unités de ME sont remboursables sur demande du détenteur de ME.

Néanmoins, ne sont pas considérés comme de la ME les titres spéciaux de paiement dématérialisés soumis à des dispositions législatives ou réglementaires spécifiques ou à un régime spécial de droit public et qui en destinent l'usage exclusivement à l'acquisition d'un nombre limité de catégories de biens ou de services déterminés ou à une utilisation dans un réseau limité. L'arrêté du 17 juin 2013 a fixé la liste des titres spéciaux de paiement dématérialisés concernés, sont ainsi entre autres concernés : le titre-restaurant, le chèque emploi-service universel préfinancé ou encore le chèque-vacances.

Activités des EME

Introduits dans le Code monétaire et financier (le "**CMF**") aux articles L. 526-1 et suivants, les EME, outre la gestion et la mise à disposition de la clientèle de ME, peuvent fournir des services de paiement et des services connexes, comme par exemple des prélèvements, des virements ou des versements d'espèces sur un compte de paiement, mais ne peuvent effectuer des opérations de banque ni octroyer de crédit.

Le statut connaît certaines dérogations permettant à des entreprises d'émettre et de gérer de la ME sans pour autant adopter le statut d'EME. En effet, les entreprises peuvent déroger au statut d'EME si :

- l'émission et la gestion de la ME en vue de l'acquisition de biens ou de services est faite :

¹ À laquelle vous pouvez avoir accès en cliquant [ici](#).

² À laquelle vous pouvez avoir accès en cliquant [ici](#).

³ À laquelle vous pouvez avoir accès en cliquant [ici](#).

- uniquement dans les locaux de cette entreprise ; ou
 - dans un réseau limité de personnes acceptant ces moyens de paiement (dans le cadre d'un accord commercial avec elle) ; ou
 - pour un éventail limité de biens ou de services ; et
- à la condition que la capacité maximale de chargement du support électronique mis à la disposition des détenteurs de ME à des fins de paiement n'excède pas 250 euros.

Agrément et régime prudentiel

L'Autorité de Contrôle Prudentiel ("ACP"), avant d'accorder un agrément en tant qu'EME, apprécie différents critères relatifs à la gestion de l'entreprise, aux fonds propres et au contrôle interne mis en place au sein de l'entreprise. Par exemple un capital minimum de 350 000 euros est nécessaire. Ces exigences prudentielles sont proches de ceux imposés aux établissements de paiement. Ainsi, le formulaire d'agrément pour les EME est relativement similaire à celui existant pour les établissements de paiement.

Les EME sont également soumis à la réglementation relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, en ce compris l'obligation pour les EME ayant recours à des agents ou à des distributeurs, de désigner un représentant permanent. Au-delà de certains seuils, l'ACP peut demander à ce que ledit représentant permanent n'exerce aucune autre fonction pour ou au nom de l'EME.

L'exercice du passeport européen

Comme pour les autres prestataires de service de paiement, l'agrément accordé en France à un EME est valable dans les autres États de l'Espace Économique Européen ("EEE"). Il lui permet d'intervenir dans ces États, soit en établissant une succursale soit en recourant à une personne pour la distribution de ME, soit enfin par le biais de la libre prestation de services, sous réserve toutefois d'en avoir préalablement informé l'ACP dans les conditions prévues par la Loi. Réciproquement, l'EME agréé dans un autre État membre de l'EEE peut intervenir en France dans les mêmes conditions, sous réserve d'en avoir préalablement informé l'autorité de son État d'origine.

La distribution de monnaie électronique

Un Émetteur ME peut recourir à des intermédiaires chargés de la distribution, la distribution de ME étant définie comme l'activité de "*mise en circulation, de rechargement et de remboursement de la ME*". Les

distributeurs dont l'activité se limite à la seule distribution de ME sont dépourvus d'agrément (cela vise notamment les réseaux de petits commerçants).

L'arrêté du 2 mai 2013 précise que l'EME voulant recourir à un distributeur doit le déclarer à l'ACP et communiquer les informations relatives au distributeur ainsi qu'une description du contrôle interne mis en œuvre pour s'assurer notamment que les distributeurs se conforment aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de lutte contre le financement du terrorisme.



Sébastien Gros

T +33 1 53 67 16 23
sebastien.gros@hoganlovells.com



Marianne Maurin

T +33 1 53 67 47 49
marianne.maurin@hoganlovells.com

VEILLE LEGISLATIVE ET REGLEMENTAIRE

Autorités européennes de supervision

Le décret n°2013-388 du 10 mai 2013 portant adaptation des pouvoirs et missions des autorités de supervision en matière bancaire et financière en raison de la création des autorités européennes de supervision (JORF n°0108 du 11 mai 2013) achève la transposition de la directive 2010/78/UE du 24 novembre 2010, en ce qui concerne les compétences de l'Autorité bancaire européenne, l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles et l'Autorité européenne des marchés financiers. Ce décret détermine, par exemple, les modalités relatives à l'information devant être fournie aux autorités européennes de supervision et, le cas échéant, aux autorités nationales de supervision dans le cadre de groupes transfrontaliers.

Ce décret est entré en vigueur le 12 mai 2013

Création des sociétés de financement

L'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (JORF n°0148 du 28 juin 2013) intègre la réglementation de Bâle III en droit français et contribue à l'harmonisation des normes applicables aux établissements de crédit dans l'Union européenne. L'ordonnance modifie par exemple l'article L.511-1 I. du Code monétaire et financier qui distingue désormais deux catégories d'établissements bancaires : les établissements de crédit et les sociétés de financement. Le statut de société de financement permet aux établissements dont l'activité consiste à octroyer des crédits pour leur propre compte mais qui ne collectent pas de fonds remboursables du public de continuer à exercer leur activité en France en bénéficiant d'une réglementation prudentielle moins contraignante.

L'ordonnance entrera en vigueur à compter du 1er janvier 2014.

Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires

Les députés et les sénateurs ont adopté, le 5 juin 2013 et le 26 juin 2013, respectivement, en seconde lecture, le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 décembre 2012. Ce projet est articulé autour de quatre piliers principaux : l'encadrement des activités spéculatives des banques, l'intervention des autorités publiques lors d'une crise bancaire, la prévention des risques systémiques et la protection des consommateurs.



Maria Klass

T +33 1 53 67 48 01

maria.klass@hoganlovells.com



Chroniques d'actualité

MODIFICATION DES CLAUSES LMA

La *Loan Market Association* a publié le 20 mai 2013 une nouvelle version du modèle de convention de crédits multi-devises senior (prêt à terme et crédit revolving) de droit anglais pour les transactions *leveraged* intégrant certaines modifications concernant, notamment :

- **les déclarations réitérées** : la déclaration relative à l'absence de changement significatif défavorable (concernant l'activité, les actifs, la condition financière du groupe/de la société mère) depuis la date des états financiers initiaux ou des derniers comptes est dorénavant **répétée chaque jour / semaine / mois** (au choix) à compter de la signature de la convention de crédits (en plus des dates d'utilisation et de paiement d'intérêts) ;
- la **Debt Purchase Transaction** : pour rappel, il s'agit de la faculté pour le sponsor (ou un affilié) de "racheter" (par cession / sous-participation notamment) toute ou partie des Engagements d'un Prêteur (type de *debt buy back*). Dorénavant, le *Sponsor Affiliate* qui devient Prêteur suite à une Opération de Rachat de Dette doit **notifier à l'Agent le montant de l'Engagement concerné** (ou le montant de l'encours concerné), l'Agent doit le notifier à chaque Prêteur ;
- la **divulgaration des détails relatifs à un Prêteur par l'Agent** : désormais une clause a été ajoutée et prévoit notamment (i) la divulgation de l'identité et de l'Engagement de tout Prêteur **à la Société-Mère** si cette dernière le demande à l'Agent ; et (ii) la divulgation de l'identité et de l'Engagement de tout Prêteur **à un autre Prêteur** si ce dernier le demande parce qu'il considère que le premier Prêteur fait l'objet d'un Cas d'Insolvabilité (amenant à un statut de Prêteur Défaillant) ou s'il cesse d'avoir un *Investment Grade Rating* (nouvelle définition qui fixe le rating à BBB-) ; et

- **l'annexe Coûts Obligatoires** : comme annoncé pour la documentation *Investment Grade* (qu'elle soit de droit anglais ou de droit français), cette annexe a été supprimée.



Thomas Roy

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

Les métiers et leurs pratiques

Responsabilité du Banquier

RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CADRE D'UN LBO

*Cass. com., 27 mars 2012, n°12-20.077 et n°11-13.536
Cass. com., 16 octobre 2012, n°11-22.993*

Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis. Ce principe, posé à l'article L. 650-1 du Code de commerce, a suscité de nombreuses interrogations en doctrine, dirigées contre une rédaction aux contours indéfinis. Une explication par la Cour de cassation était attendue, et c'est par une lecture stricte des exceptions au principe d'irresponsabilité des créanciers ayant consenti un concours à un débiteur défaillant que la Cour de cassation s'est prononcée.

Par un premier arrêt en date du 27 mars 2012 (Cass. com., 27 mars 2012, n°12 20.077), la Cour de cassation a posé le principe selon lequel la responsabilité des créanciers ne peut être engagée que (i) si l'une des trois exceptions mentionnées par l'article L. 650-1 du Code de commerce (fraude, immixtion caractérisée ou garantie disproportionnée) est constatée et (ii) si les concours consentis sont en eux-mêmes intrinsèquement fautifs. Le raisonnement est ainsi effectué en deux temps. L'existence d'une fraude, d'une immixtion caractérisée ou d'une garantie disproportionnée prive le créancier du régime protecteur de l'article L. 650-1 du Code de commerce bien que sa responsabilité ne saurait être engagée de ce seul fait. Il reste alors à prouver le caractère fautif de son concours. À cet égard, la Cour de cassation a rendu un deuxième arrêt (Cass. com., 27 mars 2012, n°11-13.536) où elle a exigé que "l'intention frauduleuse" du créancier soit établie afin de retenir sa responsabilité. Dès lors, une simple négligence demeure impropre à caractériser une intention frauduleuse.

La Cour de cassation a par la suite confirmé son interprétation stricte de la faute. Dans un arrêt du 16 octobre 2012 (Cass. com., 16 octobre 2012, n°11-22.993), la Cour de cassation a fait sienne la définition de la faute formulée par le juge d'appel suivant laquelle est fautif un acte "qui a été réalisé en utilisant des

moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu, ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive". On le voit, la Cour de cassation, à l'inverse d'un droit souvent perçu comme davantage soucieux de la protection des emprunteurs, a fait le choix de se prononcer en faveur des créanciers du fait des concours qu'ils ont consentis et de limiter strictement les exceptions au principe de l'article L. 650-1 du Code de commerce. Tel est aussi le deuxième apport de l'arrêt du 16 octobre 2012 suivant lequel tout fournisseur de concours a vocation à bénéficier de l'immunité de l'article L. 650-1 du Code de commerce, quel que soit le cadre contractuel de ses relations avec le débiteur.

Cass. com., 30 octobre 2012, n°11-21.826

À l'occasion de l'acquisition des titres d'une société cible via un montage financier par LBO, un établissement bancaire s'était vu confier la mission d'organisation du financement global de l'opération d'acquisition. À la suite de la mise en liquidation judiciaire de la holding d'acquisition, l'emprunteur a recherché la responsabilité de la banque aux motifs d'un manquement à ses obligations contractuelles dans le cadre de la lettre de mission qui lui avait été confiée.

En l'espèce, la banque s'était uniquement fondée sur une étude de faisabilité commandée par les investisseurs qui affirmait la faisabilité juridique du montage LBO et n'était pas en mesure de produire le moindre document susceptible de concrétiser le travail qui lui avait été confié. Dès lors, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que l'endettement avait été excessif et avait conduit la holding d'acquisition à la liquidation judiciaire. La responsabilité de la banque au titre de son devoir de conseil a ainsi été retenue.

Il est ainsi rappelé que les établissements de crédit ils doivent procéder à une analyse suffisante de la rentabilité de la société cible dans le cadre des missions qui leur sont confiées et que la preuve qu'ils se sont acquittés en professionnel de leurs missions peut leur être demandée.

Cass. com., 8 janvier 2013, n°11-27.120

Une holding d'acquisition (la "Société Mère") a souscrit auprès d'une banque deux prêts en vue de financer (i) l'acquisition des titres d'une société cible (la "Filiale") et (ii) l'acquisition de l'immeuble abritant ladite Filiale, chacun des prêts devant être remboursé au moyen des loyers et dividendes versés à la Société Mère par la Filiale.

À la suite de difficultés financières, la Société Mère et la Filiale ont été mises en redressement judiciaire, puis en liquidation judiciaire et le mandataire liquidateur, commun aux deux sociétés, a assigné la banque, lui reprochant son soutien abusif.

La Cour d'appel de Paris a retenu la responsabilité de la banque suivant un argumentaire rigoureux confirmé par la Cour de cassation. Les juges du fond ont en effet relevé que seules les sommes versées par la Filiale pouvaient permettre à la Société Mère de rembourser les prêts. Or, la Filiale, en vue d'effectuer ces paiements, avait dû consentir des avances de trésorerie à la Société Mère pendant trois ans, réduisant d'autant sa capacité de financement, jusqu'à épuisement. Pour les juges, il était évident que la banque avait connaissance du caractère ruineux de la charge des emprunts pour la Filiale et du risque inéluctable d'un état de cessation des paiements de la Société Mère. Il a donc été jugé que la banque avait pratiqué une politique de crédit ruineux susceptible d'engager sa responsabilité et sur cette base, la banque a été condamnée à réparer le préjudice résultant de l'insuffisance d'actif de la Filiale.

Cet arrêt inédit intervient dans un contexte économique marqué par un ralentissement des opérations de LBO. Les banques, qui se retrouvent aujourd'hui confrontées à une dégradation des activités des sociétés cibles ne permettant plus aux holdings d'acquisition d'assurer le service de la dette, se retrouvent ainsi directement menacées par les investisseurs auxquels elles ont prêté leur concours. Ainsi, la Cour de cassation semble désormais exiger du banquier qu'il prenne en compte la situation de la société emprunteuse comme celle des sociétés liées, lors de l'octroi du crédit. En présence d'un montage déséquilibré, la banque pourra être tenue responsable de la faute commise lors de l'octroi du financement et condamnée à supporter la réparation du préjudice résultant de l'accroissement de l'insuffisance d'actif de la filiale, depuis l'octroi du financement en cause jusqu'à la date de l'ouverture de la procédure collective.



Sabine Bironneau-Loy

T +33 1 53 67 47 36

sabine.bironneau@hoganlovells.com

LA REPARATION DU PREJUDICE DU SOUTIEN ABUSIF NE COMPREND PAS LA PERTE DE VALEUR DES PARTICIPATIONS D'UNE SOCIETE HOLDING

Cass. com., 23 avril 2013, n°12-22.843

"Félix Potin, on y revient".

Après une longue procédure initiée en 1995, la liquidation judiciaire du célèbre épicier de la rue de Rennes donne lieu à un arrêt publié au Bulletin qui fait une application intéressante de la responsabilité du banquier pour soutien abusif à une société holding.

En l'espèce, le liquidateur judiciaire de la société Saier Investissements (la "société holding"), société tête-de-groupe du groupe Félix Potin, avait assigné une banque afin de voir retenue sa responsabilité au titre d'un soutien abusif.

Le 28 juin 2007, la Cour d'appel de Paris accueillait cette demande et déclarait la banque responsable à hauteur de la moitié de l'insuffisance d'actif alors caractérisée, soit 897 514 EUR - l'autre moitié étant imputée aux dirigeants reconnus également fautifs. Cet arrêt fut partiellement cassé sur le point du partage de responsabilité en ce que la banque était tenue de réparer entièrement le préjudice d'insuffisance d'actif de la société holding, à charge pour elle d'exercer d'éventuels recours contre les coauteurs du soutien abusif (Cass. com., 30 septembre 2008, n°07-17384).

Devant la Cour d'appel de renvoi le 11 février 2010, le liquidateur demanda à ce que le montant du préjudice soit porté à 50 422 038 EUR, soit l'intégralité de la dépréciation des participations de la société holding consécutivement au soutien abusif. La Cour d'appel de renvoi n'accueillit pas cette prétention et porta le montant de la réparation due par la banque à l'intégralité du montant figurant au dispositif de l'arrêt du 28 juin 2007, considérant que la cassation n'avait alors porté que sur le partage de la responsabilité et non sur l'étendue du préjudice.

Cet arrêt fut cassé en toutes ses dispositions au motif que la précédente cassation n'avait rien laissé subsister quant à la détermination du montant des dommages-intérêts de sorte que la Cour d'appel de renvoi ne pouvait s'y limiter (Cass. com., 15 février 2011, n°10-15.768). La seconde Cour d'appel de renvoi fixa alors le montant de l'insuffisance d'actif de la société holding à la somme de 5 425 508 EUR. Le liquidateur

judiciaire maintint sa demande de voir porter à 50 422 038 EUR le montant du préjudice résultant du soutien abusif et porta un nouveau pourvoi en cassation.

Au soutien du pourvoi, un raisonnement économique était développé afin de caractériser l'étendue du préjudice consistant en une insuffisance d'actif pour la société holding : puisque l'actif de la société holding est principalement composé de participations, alors l'insuffisance d'actif devrait s'entendre par la perte de valeur de ses participations postérieurement au soutien abusif de la banque. De là, selon le pourvoi, la baisse en valeur des participations de la société holding devrait être imputée au banquier fautif qui l'a soutenue abusivement.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Selon les juges du droit, *"les provisions correspondant à la dépréciation des titres des sociétés filiales, de même que les résultats exceptionnels, n'étant pas directement liés au soutien abusif de la banque, il n'y a pas lieu de les prendre en compte dans le calcul de l'aggravation de l'insuffisance d'actif"*.

La corrélation entre le soutien abusif et la dépréciation des participations n'apparaissant pas au regard des documents comptables versés aux débats, la Cour de cassation fait une application à la société holding de sa jurisprudence requérant un lien de causalité entre la faute du soutien abusif et le préjudice de l'insuffisance d'actif (Cass. com., 19 novembre 2003, n°00-19.584 ; Cass. com., 22 mars 2005, n°03-12.922). Dès lors, la banque n'est tenue de réparer que la seule aggravation avérée de l'insuffisance d'actif.

Régis Bourgueil

T +33 1 53 67 47 20

regis.bourgueil@hoganlovells.com

RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CADRE D'UNE INTRODUCTION EN BOURSE

Cass. com., 20 novembre 2012, n°11-28.699 et n°11-28.951

La Cour de cassation a eu à connaître de la nature juridique du contrat liant un émetteur à ses banques dans le cadre d'une introduction en bourse : mandat ou contrat d'entreprise?

Dans son arrêt du 20 novembre 2012 (Cass. com., 20 novembre 2012, n°11-28.699 et n° 11-28.951), la Cour a censuré par une cassation disciplinaire l'arrêt d'appel, laissant à la Cour d'appel de renvoi le soin de prendre parti sur la qualification juridique du contrat d'introduction en bourse.

En l'espèce, la Banque Delubac & Cie avait par acte du 7 août 2007 donné mission de procéder au montage de son introduction en bourse à la Banque Palatine, en qualité de banquier introducteur et à la société Invest Securities, en qualité de société de bourse. Le 31 octobre 2007, la Banque Palatine et la société de bourse avaient informé la Banque Delubac Cie qu'elles mettaient fin au contrat. Leur reprochant d'avoir rompu brutalement et abusivement ce contrat, la Banque Delubac Cie les a assignées en paiement de dommages-intérêts.

La Cour d'appel de Paris (CA Paris 25 octobre 2011), avait qualifié de mandat de droit commun le contrat d'introduction en bourse et considéré que la Banque Palatine et la société de bourse devaient indemniser la Banque Delubac Cie en application des dispositions de l'article 2007 du Code civil. Elle n'avait semble-t-il cependant pas analysé le contrat alors même que la Banque Palatine avait soutenu que la mission qui lui avait été confiée ne résultait pas d'un mandat, faute de représentation. Le critère classique de distinction du contrat d'entreprise et du mandat est en effet celui du pouvoir de représentation (C.civ art. 1984). Le mandat ne peut en outre porter sur des actes matériels (Cass. civ., 1^{ère} 28 novembre 2007, n° 05-13.153), du moins tant que ces actes ne sont pas l'accessoire nécessaire des actes juridiques objets du mandat. Lorsque les actes juridiques coexistent avec les actes matériels, un cumul de contrats conduira à l'application distributive des deux régimes contractuels.

Dès lors que la qualification de contrat d'entreprise est retenue, les dispositions de l'article 2007 du Code civil ne trouvent plus à s'appliquer. Et si l'article 2007 du Code civil est d'ordre public, le droit de renonciation du mandataire peut être aménagé contractuellement. Lorsque la faculté de résiliation ne procède pas du contrat, il appartient à la Cour de cassation de vérifier si les juges du fond ont bien recherché si la résiliation unilatérale était justifiée par l'existence d'une faute

grave (Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20.991). Or en l'espèce, la Banque Palatine reprochait à la Banque Delubac Cie une réticence d'informations indispensables à la bonne fin de sa mission de prestataire de services d'investissement. Ce dernier devait-il poursuivre vainement sa mission d'introduction en bourse ou était-il légitimement en droit de résilier unilatéralement le contrat?

Il appartiendra alors à la Cour de renvoi de connaître de cette affaire et de restituer l'exacte qualification au contrat d'introduction en bourse "sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée"(CPC, art., 12).



Ariane Berthoud

T +33 1 53 67 48 00

ariane.berthoud@hoganlovells.com

RESPONSABILITE POUR OCTROI ABUSIF DE CREDIT

Cass. com. 11 avril 2012, n°10-25.904

La responsabilité du banquier pour octroi abusif de crédit peut sembler paradoxale dans la mesure où l'emprunteur tire profit du crédit qui lui est consenti. En réalité, l'abus ouvrant droit à réparation tient plus aux contreparties et garanties du crédit qu'au crédit lui-même et c'est des cautions (par ailleurs dirigeante et associée) qu'est venu le coup dans cette espèce.

Appelées en garantie dans le cadre du remboursement du prêt consenti à la société emprunteuse, les cautions ont souhaité engagé la responsabilité du prêteur pour octroi abusif de crédit.

La chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir fait droit à leur demande, motif pris notamment de ce que le prêteur avait octroyé le crédit sans exiger que lui soient présentés les "éléments comptables prévisionnels" qui lui auraient permis "d'apprécier l'adaptation de ce crédit aux capacités financières de la société" emprunteuse.

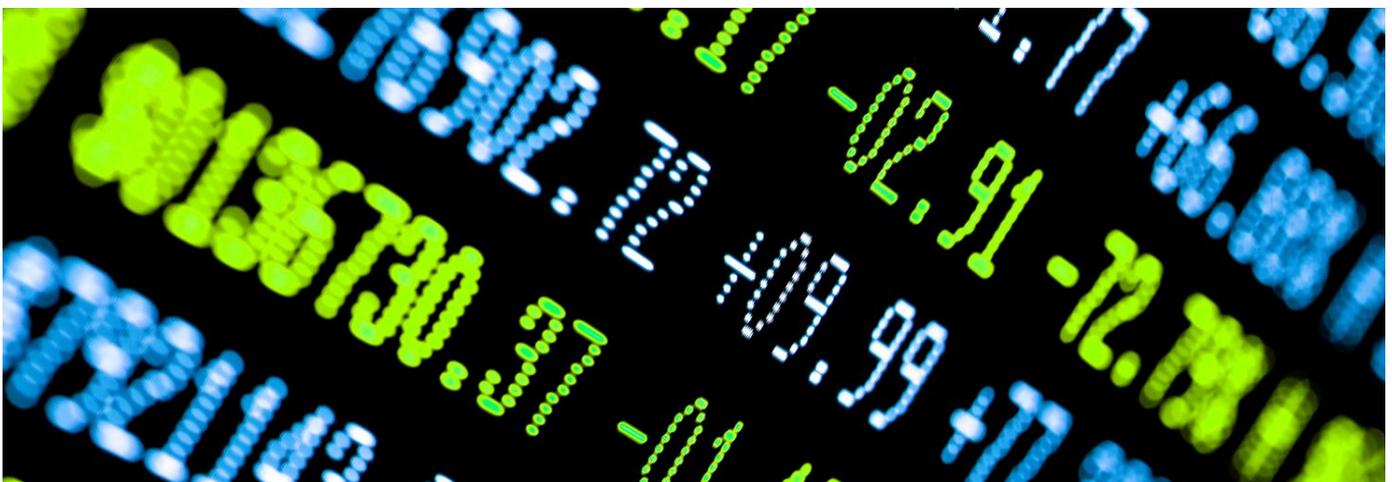
La chambre commerciale retient donc un comportement fautif de la banque qui a négligé de demander les éléments lui permettant de faire sa propre analyse de crédit, en se satisfaisant des recours dont elle disposait à l'encontre des cautions.



Louis-Jérôme Laisney

T +33 1 53 67 18 44

louis-jerome.laisney@hoganlovells.com



Les métiers et leurs pratiques

Droit des sûretés

LA COUR DE CASSATION STATUE EN FAVEUR DU PRINCIPE DE L'EXCLUSIVITE DU GAGE DES STOCKS SANS DEPOSSESSION DE DROIT COMMERCIAL

Cass. com., 19 février 2013, n°11-21.763

Une banque avait octroyé à une société un prêt garanti par un gage des stocks sans dépossession portant sur les stocks de marchandises de l'emprunteur, soumis aux dispositions des articles 2333 et suivants du Code civil et comportant un pacte commissaire. À la suite du non-paiement de deux échéances au titre du prêt, la banque résilie le contrat de prêt et notifie à l'emprunteur la réalisation du gage, puis revendique le stock dans le cadre de la procédure de redressement transformée en liquidation judiciaire ouverte entre temps à l'encontre de l'emprunteur.

La restitution du stock à la banque ordonnée par le juge-commissaire est contestée par le liquidateur, ce dernier remettant en cause la validité du gage des stocks en considérant que celui-ci ne pouvait relever que de l'article L. 527-1 du Code de commerce. Le Tribunal de commerce de Paris, approuvé par la Cour d'appel de Paris (CA Paris 3 mai 2011, RG n° 10/13656), rejette le recours à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire en statuant en faveur de la liberté contractuelle des parties aux motifs qu'elles pouvaient valablement choisir de soumettre leur contrat soit au gage de droit commun de l'article 2333 du Code civil soit au gage spécial portant sur les stocks visés à l'article L. 527-1 du Code de commerce.

Par un arrêt de principe en date du 19 février 2013 la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel en statuant que :

"S'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession".

La Cour de cassation affirme ainsi le principe de l'exclusivité du régime du gage des stocks de droit commercial dès lors que le gage (a) porte sur les éléments désignés à l'article L. 527-3 du Code de commerce et (b) garantit les obligations du constituant

au titre d'un crédit consenti par un établissement de crédit.

L'arrêt de la Cour de cassation du 19 février 2013 a attiré les critiques d'une large partie de la doctrine et des praticiens aux motifs qu'il est contraire (i) au principe de la liberté contractuelle en matière civile et commerciale à défaut d'interdiction expresse, (ii) à l'esprit de la réforme de 2006 dont l'objectif était d'élargir le périmètre des sûretés offertes aux créanciers et au premier chef aux banques et (iii) enfin, à la pratique des banques depuis l'introduction en 2006 du gage sans dépossession de droit commun.

Sur un plan pratique, cet arrêt entraîne d'abord le risque de remise en cause, au moyen d'une action en nullité, de la validité des gages de stocks existants soumis au droit commun dès lors que l'acte constitutif ne respecterait pas le formalisme imposé à peine de nullité par le Code de commerce : les mentions prévues à l'article L. 527-1 et le délai de quinze (15) jours à compter de la date de l'acte constitutif pour effectuer la publication du gage sur le registre spécial.



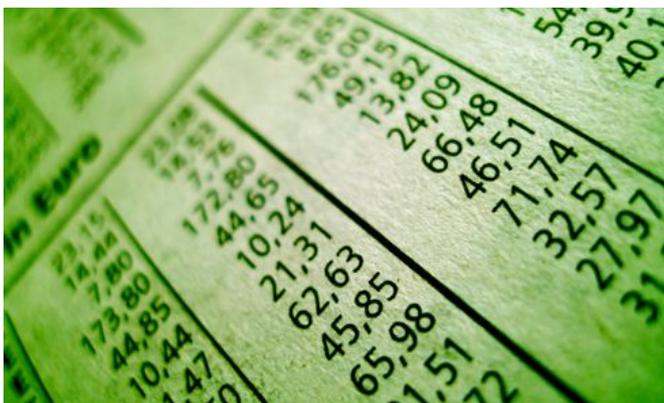
Il convient ensuite de s'interroger sur la portée du principe retenu par la Cour de cassation dans des situations complexes : lorsque le gage des stocks viendrait garantir à la fois les obligations du constituant mais aussi d'un tiers (par exemple, d'une société du même groupe) ou en présence des bénéficiaires autres que les établissements de crédit (mezzaneurs, obligataires, banques de couverture). Il est aussi légitime de soulever la question de l'articulation du régime du gage des stocks de droit commercial avec le régime du gage avec dépossession de droit commun (article 2337 alinéa 2 du Code civil) dès lors que les conditions retenues par la Cour de cassation sont réunies : une interprétation stricte de l'arrêt commenté viendrait mettre obstacle au recours au gage des stocks avec dépossession.

A défaut d'un texte législatif qui viendrait clarifier le dispositif, les parties et leurs conseils doivent faire preuve d'une rigueur particulière afin de s'assurer de la validité et l'efficacité des sûretés portant sur les stocks de marchandises.



Guergana Zabounova

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



RESPONSABILITE CONTRACTUELLE POUR CLOTURE D'UN COMPTE NANTI

CA de Paris, 20 décembre 2012, n°11-10.182

Le souci de préservation des actifs remis en garantie conduit généralement à prévoir, dans un nantissement de compte bancaire, l'engagement de ne pas clôturer le compte nanti. C'était ce qu'avait obtenu le bénéficiaire d'un nantissement de compte bancaire avant d'apprendre de la banque teneur de compte, au moment de réaliser sa sûreté, que le compte nanti était en cours de clôture.

Constatant ce manquement, le créancier nanti cherche à engager la responsabilité contractuelle du constituant, lequel lui oppose que le compte a été clôturé à l'initiative de la banque teneur de compte et que sa responsabilité ne saurait être retenue de ce fait.

On suppose que l'engagement était rédigé de manière large (un engagement de faire en sorte que le compte ne soit pas clôturé, par exemple) puisque la Cour d'appel de Paris retient l'existence d'une faute à la charge du constituant *"sans qu'il importe que la décision de fermer le compte ait été prise par la banque détentrice plutôt que par [lui]."*

Sans préjudice du droit généralement reconnu au prêteur de prononcer la déchéance du terme (dans le contexte d'un prêt) et de réaliser l'ensemble des sûretés dans une telle hypothèse, la méconnaissance de cet engagement de préservation de l'actif grevé constitue donc bien une faute contractuelle, sans que l'initiative d'un tiers puisse avoir valeur de cause exonératoire.

Cette faute contractuelle ouvre droit à réparation lorsque le créancier nanti apporte la preuve d'un préjudice, comme la perte d'une garantie. Le créancier nanti échoue ici à faire cette démonstration puisqu'un nantissement de fonds de commerce a été substitué au nantissement de compte bancaire, *"sans qu'il soit prétendu ou démontré que [cette] seconde sûreté [soit] moins efficace que la première."*



Louis-Jérôme Laisney

T +33 1 53 67 18 44
louis-gerome.laisney@hoganlovells.com

LA CLAUSE DE PORTE-FORT : UN ENGAGEMENT PERSONNEL FAISANT NAITRE UNE OBLIGATION DE RESULTAT

Cass. soc., 3 mai 2012, n°11-10.501

Cet arrêt rendu en matière sociale par la Cour de cassation confirme la position de principe selon laquelle la promesse de porte-fort comporte une obligation de résultat à la charge du promettant (cf. aussi Cass, civ 1^{ère}, 25 janvier 2005, n°01-15.926).

La promesse de porte-fort est un engagement personnel

Pour rappel, le principe est que la promesse pour autrui est prohibée. Ainsi, l'article 1119 du Code civil énonce qu'"on ne peut, en général, s'engager en son propre nom, que pour soi-même". Néanmoins, l'article 1120 du Code civil comporte une atténuation à ce principe en admettant la possibilité de se porter fort pour autrui. Notons que cette promesse doit s'analyser comme un engagement personnel du promettant plutôt qu'une «promesse pour autrui».

C'est ce que rappelle cet arrêt. Dans le cadre d'un contrat conclu entre une comédienne et un producteur pour le rôle d'Elvire dans la pièce Dom Juan de Molière au théâtre Marigny, la clause litigieuse était rédigée en ces termes : "*l'artiste, ayant créé le rôle pour lequel elle est engagée, a priorité de droit pour une éventuelle tournée, sachant que les conditions générales, notamment financières, feront l'objet d'un contrat ultérieur avec le ou les producteurs de la tournée*". A la fin des représentations au théâtre Marigny, la comédienne ne fut pas retenue pour la suite de la tournée. Le théâtre Marigny, n'étant finalement pas le producteur de la tournée, objecta à l'application de la clause que "*le droit de priorité ne pouvait s'appliquer que si le théâtre Marigny était le producteur de la tournée [et] que la clause précitée n'avait aucun effet sur les producteurs d'une tournée, non parties au contrat, qui ne pouvaient devenir débiteurs d'une obligation envers Mme X*".

La Cour de cassation ne retient pas cet argument et rappelle au contraire qu'il existe bien un engagement du théâtre Marigny à l'égard de la comédienne, cet engagement s'analysant en une promesse de porte-fort.

Conséquences de la promesse de porte-fort : naissance d'une obligation de résultat

Ici, la Cour de cassation confirme la solution déjà admise en 2005 : la promesse n'ayant pas été ratifiée par le tiers, le théâtre Marigny n'a pas satisfait à son obligation de résultat. La Cour rappelle ainsi que l'engagement de porte-fort n'est pas seulement de moyens.

En d'autres termes, il n'aurait pas suffi que le théâtre Marigny fasse ses meilleurs efforts pour obtenir que le nouveau producteur signe un contrat avec la comédienne mais bien qu'un nouveau contrat soit effectivement signé.

La logique indemnitaire du porte-fort d'exécution

Il est intéressant de rappeler à l'occasion de cet arrêt que la qualification de porte-fort, et notamment de porte-fort dit "d'exécution" (i.e. le promettant promet l'exécution d'une obligation par le tiers), induit une logique de garantie. En effet, la naissance d'une obligation de résultat rapproche le porte-fort d'exécution des garanties puisque le débiteur promettant s'engage *in fine* à indemniser le créancier en cas d'inexécution par le tiers de la promesse.



Sophie Lok

T +33 1 53 67 22 77

sophie.lok@hoganlovells.com



UNE DEMANDE DE RESTITUTION DE FONDS NE PEUT ETRE FORMEE PAR VOIE DE REVENDICATION

Cass. com., 22 mai 2013, n°11-23.961

Les agences de voyages ne vendent pas que du rêve, elles vendent aussi des billets d'avion. Dans le cadre de cette activité, elles sont donc amenées à recevoir, pour le compte des compagnies aériennes, les sommes versées par leurs clients au titre des billets émis.

C'est bien ce qui était arrivé dans le cas de cette agence, avant qu'elle ne soit placée en redressement judiciaire. Plusieurs compagnies aériennes avaient alors effectué auprès du juge commissaire une action en revendication des sommes perçues par l'agence de voyages.

Les compagnies faisaient valoir, au soutien de leur demande, que des biens fongibles peuvent faire l'objet d'une revendication, en cas de procédure collective, dans les conditions prévues à l'article L.624-16 alinéa 3 du Code de commerce.

Avec toute l'autorité d'un attendu de principe, la Cour de cassation déclare : "*une demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur*".

Il y a pourtant ce que la Cour dit, et ce qu'elle ne dit pas. Quelques mots d'explication sont nécessaires pour tenter d'éclairer cette décision.

Au départ, il y a cette idée que l'argent n'est pas un bien tout à fait comme les autres. D'où la difficulté de saisir toute sa nature juridique, au point que certains auteurs ont même douté qu'il soit un bien susceptible de propriété. Une véritable controverse doctrinale est née, dont l'un des enjeux est précisément d'admettre la revendication monétaire.

Pourtant, la jurisprudence ne semble pas suivre les tenants de la revendication. Par ailleurs, en tout cas jusqu'à une époque récente, personne n'a vraiment contesté que l'argent (les instruments monétaires) puisse être l'objet d'un droit de propriété (d'un droit réel, plus généralement). Car la propriété – de l'argent – est bien l'élément essentiel qui permet de trancher ultimement le débat sur la revendication.

Pour toutes les choses fongibles, autres que l'argent, qui sont remises à un détenteur précaire (un mandataire par exemple), l'action en revendication doit être reconnue au remettant qui a conservé son droit de propriété, même si celui-ci s'est déplacé d'un bien individualisé vers une quantité de biens définie par son caractère générique.

Mais l'argent n'est pas seulement un bien fongible. Il est aussi un bien qui se consomme par l'usage, ce que le Code civil désigne comme un bien consommable. Dès lors que la personne à qui il est remis peut en faire l'usage, l'argent peut être aliéné, ce qui est la prérogative du propriétaire. Il y a bien un lien entre l'acte de remettre une somme d'argent à une personne, avec le pouvoir d'en disposer et le fait de reconnaître à cette personne la qualité de propriétaire de la somme remise. C'est bien ce qui se passe dans le prêt à intérêts, qui donne à l'emprunteur le droit d'utiliser le capital. Et personne ne conteste au prêteur un droit personnel à restitution des sommes dues à l'échéance du prêt, et non une action en revendication.

Si l'on revient au cas d'espèce soumis à la Cour, il semble bien que, dans ses rapports avec les compagnies aériennes, l'agence de voyages n'avait pas le droit de faire usage des sommes reçues des acheteurs des billets. Si l'on s'en tient aux explications rappelées ci-dessus, l'agence ne pouvait pas devenir propriétaire des sommes reçues et l'action en revendication des compagnies aurait dû être recevable.

Comment expliquer la décision contraire? Précisément en allant chercher dans ce que la décision ne dit pas. En particulier le fait que l'importance des sommes en jeu ne permet pas de penser qu'il s'agissait d'espèces. Dès lors, on peut postuler que les montants litigieux avaient été déposés par l'agence de voyages sur un compte bancaire ouvert à son nom, voire sur un compte à affectation spéciale selon la pratique de certains mandataires professionnels (comme les syndicats de copropriété).

Même si sa nature scripturale n'est pas mentionnée dans la décision, la question était en réalité celle de savoir si les compagnies aériennes avaient une action possible contre la monnaie détenue en compte par l'agence de voyages.

Or, il se trouve qu'une jurisprudence de la Cour de cassation s'est développée sur ce cas, à partir de 1997, pour arriver à une solution en 2003 qui n'a pas été contredite par la suite. Pour la Cour, dès lors que les fonds détenus par un mandataire sont inscrits en compte, c'est la banque réceptrice qui en est propriétaire et l'action en revendication du mandant est donc sans objet. On peut rapprocher cette solution de l'article L.312-2 du Code monétaire et financier qui définit comme reçus du public "*les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer*".

La décision de 2013 commentée s'inscrit dans le droit fil de cette jurisprudence.

La question subsidiaire que l'on peut alors se poser est de savoir si les compagnies aériennes pouvaient agir contre la banque réceptrice des fonds.

La réponse d'une partie de doctrine est positive, qui voit ici réunies les conditions d'une action directe. Le droit de créance du déposant (l'agence de voyages) contre la banque dépositaire n'est que le prolongement de la créance du mandant (la compagnie aérienne). Les deux créances ont le même objet.

On voit bien toute l'utilité d'une telle action dès lors qu'elle se manifeste en cas de procédure collective du mandataire. Si le solde du compte bancaire est encore créditeur, le mandant peut invoquer, contre la banque réceptrice, un droit direct à la restitution des fonds.

Si l'agence de voyages avait pris la précaution de déposer les sommes reçues sur un compte à affectation spéciale, le recours des compagnies aériennes en serait renforcé car les conditions d'une action directe dite "parfaite" seraient réunies, c'est-à-dire qu'elles pourraient alors bénéficier d'une exclusivité sur l'affectation de ces sommes.

Mais telle n'était pas l'objet de la procédure ayant abouti à la décision de la Cour. On a pourtant du mal à imaginer que les compagnies soient passées à côté de cette « deuxième chance ».



Olivier Fille-Lambie

T +33 1 53 67 47 33

olivier.fille-lambie@hoganlovells.com



Les métiers et leurs pratiques

Procédure collective

ARRET DU COURS DES INTERETS DES PRETS CONCLUS SANS PRECISION DE DUREE ET DE MODALITES DE REMBOURSEMENT EN CAS D'OUVERTURE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE

Cass. com., 23 avril 2013, n°12-14.283

L'article L. 622-28 alinéa 1 du Code de commerce dispose que *"le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus"*. La Cour de cassation précise dans cette affaire l'étendue des exceptions à la règle de l'arrêt du cours des intérêts, destinées à encourager le crédit à moyen et long terme.

Lors de la cession de la quasi-totalité des parts représentant le capital d'une société, les parties ont convenu des modalités de remboursement par la société du solde de son compte courant d'associé au cédant. La société s'est engagée à rembourser le prêt selon un échéancier sur six années.

La société étant placée en procédure de redressement judiciaire, le cédant a déclaré sa créance de remboursement de prêt et a soutenu que les intérêts dus au titre du compte courant avaient continué à courir car l'acte de cession prévoyait un échéancier s'étalant sur six ans. Le prêt étant donc d'une durée égale ou supérieure à un an, l'exception à la règle de l'arrêt du cours des intérêts pouvait s'appliquer selon lui.

La Cour de cassation n'a pas validé ce raisonnement. Elle se place au moment de la conclusion de la convention de compte courant et non au moment de la cession des parts. En l'espèce, la convention de compte courant ne précisait ni la durée pendant laquelle la mise à disposition des fonds était accordée, ni les modalités de son remboursement. Elle décide les modalités de remboursement accordées lors de la cession des titres ne conféraient pas au compte courant la qualité de prêt à plus d'un an.

Cet arrêt se situe dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 29 avril 2003 (Cass. Com., 29 avril 2003, n°99-15.544), il avait déjà été jugé qu'un prêt conclu pour une durée initiale de six mois ne permettait pas au prêteur de bénéficier de la continuation du cours des intérêts, en dépit de prolongations successives portant sa durée à plus de 18 mois.



Gontran Simmonet

T +33 1 53 67 16 14

gontran.simmonet@hoganlovells.com



Les métiers et leurs pratiques

Contrat

ANNULATION DE VENTE D'IMMEUBLE – CONSEQUENCES SUR PRET CONSENTI A SOUS-ACQUEREUR

Cass. civ, 30 janvier 2013 n°11- 26074, 11-26648, 11-27970

Une SCI Montimm'Immo (la « SCI ») a vendu un immeuble à une société Gannets par acte authentique du 3 mars 1999 (la « Vente Initiale »). La société Gannets a ensuite revendu l'immeuble en trois lots à d'autres sociétés (les « Ventes Subséquentes »).

Le gérant de la SCI n'ayant pas le pouvoir de vendre l'immeuble, la Vente Initiale a été déclarée nulle, ainsi que les Ventes Subséquentes.

Les sous-locataires ont assigné les notaires en indemnisation de leur préjudice, et les établissements de crédit ayant consenti des prêts aux sous-acquéreurs des lots sont intervenus à l'instance et ont également sollicité l'indemnisation de leurs préjudices. Un des prêteurs (le « Prêteur ») avait consenti un prêt pour une durée de deux années, et l'échéance dudit prêt était intervenue avant la date d'annulation des ventes.

La Cour d'appel a décidé que les notaires étaient responsables de l'efficacité des actes de vente et qu'ils avaient en outre manqué à leur obligation de conseil, et les a par conséquent condamné à indemniser les sous-acquéreurs.

En revanche, la Cour d'appel a débouté le Prêteur de ses demandes en paiement de dommages-intérêts formées contre les notaires, au motif qu'à la date d'annulation de la vente le prêt était censé avoir été entièrement remboursé, le dommage que le prêteur a pu subir étant par conséquent dépourvu de lien avec la faute des notaires.

La Cour de cassation a cassé cette décision au motif que la nullité de la vente a pour conséquence la nullité du prêt, le prêteur ayant par conséquent perdu les intérêts conventionnels auxquels il avait droit, et subi un préjudice à hauteur de ces intérêts. Cette solution est différente de celle d'autres chambres de la Cour de cassation, en ce qu'elle considère que le prêt et la vente sont liés, de telle sorte que l'annulation ou la résolution de l'une doit entraîner l'annulation ou la

résolution de l'autre. Il est toutefois prudent de prévoir dans les contrats les conséquences de la nullité, résiliation ou résolution de contrats liés.



Richard Jadot

T +33 1 53 67 47 05

richard.jadot@hoganlovells.com



Les métiers et leurs pratiques

Cautionnement

PROTECTION DE LA CAUTION ET ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

Cass. civ., 30 janvier 2013, n° 11-10.588

L'arrêt commenté vient enrichir la réflexion sur le cautionnement de droit français dans un contexte international. En l'espèce, la banque russe *Gazprombank* avait consenti deux prêts à une société russe. Les prêts avaient été garantis par deux contrats de cautionnement solidaire souscrits par une personne physique. A la suite de l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre de la société débitrice à Moscou, la caution a été condamnée à verser à la banque une somme équivalente à environ 5,3 millions d'euros en vertu de son engagement de caution. Après le rejet des recours formés par la caution devant la Cour d'appel de Moscou, la banque russe a demandé l'exequatur en France des jugements rendus en sa faveur, la caution y ayant son domicile. Ce qui lui a été accordé par une juridiction de première instance, dont le jugement a été confirmé par la cour d'appel de Paris.

Dans son pourvoi, la caution remettait en cause la réunion de l'ensemble des conditions nécessaires pour accorder l'exequatur en l'absence de convention internationale. La Cour de cassation commence par rappeler dans un "attendu de principe", une jurisprudence bien établie, selon laquelle "pour accorder l'exequatur en l'absence de convention internationale comme c'est le cas entre la France et la Fédération de Russie, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondé sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure ainsi que l'absence de fraude".

En l'espèce, afin d'écartier la demande remettant en cause la compétence indirecte des juridictions russes et excipant de la fraude, la Cour d'appel dont le motif a été confirmé, avait relevé l'existence d'une clause attributive de compétence au profit des juridictions russes, qui n'avait pas été contestée par la caution, et le fait que les contrats de prêts ainsi que les contrats de cautionnement devaient être exécutés en Russie.

Concernant la conformité à l'ordre public international de fond, la caution avait invoqué l'article L.341-4 du Code de la consommation qui dispose en substance qu'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. La Cour d'appel avait écarté cette demande en considérant que la caution avait agi en qualité de dirigeant de la société débitrice, alors qu'il est constant dans la jurisprudence de la Cour de cassation que le caractère profane de la caution ou sa qualité de dirigeant averti est indifférent pour l'application de ce texte. La Haute juridiction affirmera néanmoins, en procédant à une substitution de motif, que l'article L.341-4 du Code de la consommation "édicte une norme dont la méconnaissance par le juge étranger n'est pas contraire à l'ordre public international". Au-delà du caractère discutable d'une telle solution, cette formule laconique devrait porter à la réflexion concernant la transparence des critères permettant de décider qu'une norme relève ou non de l'ordre public international, notamment dans les rapports économiques.

Quant à la conformité à l'ordre public international de procédure, le pourvoi invoquait des manquements procéduraux, et mettait notamment en cause l'influence de l'Etat sur la banque *Gazprombank*. Sur ce point, outre l'absence de preuve de la part du demandeur, la Cour de cassation s'en est remise aux constatations de la Cour d'appel, qui avait pu relever que des garanties procédurales suffisantes avaient été accordées à la caution, notamment en ce qui concerne sa représentation, les délais nécessaires pour exercer sa défense compte tenu des renvois qui lui ont été accordés et les recours qu'elle avait pu exercer.



Alex Bebe Epale

T +33 1 53 67 38 96

alex.bebeepale@hoganlovells.com

Les métiers et leurs pratiques

Droit des sociétés

L'OPPOSABILITE D'UNE DELEGATION A LA SOCIETE DELEGUEE EN CAS D'ABSENCE D'AUTORISATION PREALABLE

Cass. com., 15 janvier 2013, n°11-28.173

La chambre commerciale précise le champ d'application de l'article L.225-35 du Code de commerce : la délégation imparfaite ne constitue pas une garantie au sens de cet article vis-à-vis du délégué si elle n'est qu'un mode d'extinction de la dette de ce dernier.

En l'espèce, deux sociétés de transport aérien avaient conclu avec une société voyageuriste un contrat d'affrètement. Aux termes dudit contrat d'affrètement, l'affréteur s'engageait à régler les prestations fournies par les fréteurs à l'un de ses cocontractants qui rétrocéderait à l'autre les sommes qui lui étaient dues. Afin de financer son activité, le fréteur bénéficiant de la rétrocession avait souscrit une ouverture de crédit auprès d'une banque. Pour s'assurer des obligations de l'emprunteur au titre du crédit, la banque s'est vue consentir (i) un nantissement portant sur un compte de dépôt à terme appartenant au fréteur qui recevait les paiements de l'affréteur et (ii) une délégation de la créance détenue par l'emprunteur sur son co-fréteur.

Lors de la mise en liquidation judiciaire de l'emprunteur, la banque a réalisé le nantissement. Le constituant a assigné la banque en restitution des sommes résultant de la réalisation de ladite sûreté au motif que celle-ci n'avait pas été autorisée par son conseil d'administration et lui était donc inopposable. Les premiers juges du fond ont accueilli cette demande par une décision à l'encontre de laquelle la banque a interjeté appel. En appel, la banque s'est prévalu de la délégation pour justifier la réalisation du nantissement. La Cour d'appel a qualifié la délégation de garantie au sens de l'article L.225-35 du Code de commerce et a considéré qu'en l'absence d'autorisation préalable elle était inopposable au délégué.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel en se fondant sur le montant garanti au titre de la délégation de créance. Étant donné que le délégué "ne s'était obligé envers la banque qu'à concurrence du montant des sommes par elle dues" à l'emprunteur/déléguant au titre du contrat d'affrètement,

"l'engagement ainsi contracté par le délégué ne constituait, à son égard, qu'un mode d'extinction de sa propre dette envers le déléguant". Par conséquent, la délégation est opposable à la société déléguée sans autorisation préalable si les obligations de celle-ci au titre de ladite délégation sont limitées au montant dû au déléguant.



Maria Klass

T +33 1 53 67 48 01

maria.klass@hoganlovells.com



Les métiers et leurs pratiques

Divers

L'OBLIGATION D'INFORMATION RENFORCEE RESULTANT DE L'ORGANISATION DE REUNIONS D'INFORMATION

Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 2012, n°11-28.202

La première chambre civile met à la charge du prêteur qui organise des réunions d'information destinées aux emprunteurs une obligation d'information spécifique qui comprend une obligation de "s'informer pour informer en connaissance de cause".

En l'espèce, des époux se sont vus consentir un prêt par un établissement public industriel et commercial afin de financer l'acquisition d'un bateau dont l'exploitation s'est avérée déficitaire. Avant de souscrire le prêt, les emprunteurs avaient pris connaissance de l'étude réalisée par le prêteur concernant l'activité de bateliers qu'ils souhaitaient développer. Ladite étude n'était pas annexée au contrat de prêt et mettait en avant certains risques afférents à ladite activité. Les emprunteurs ont soutenu devant les juges du fond que le prêteur avait manqué à son devoir d'information.

La Cour d'appel a rejeté la demande en dommages et intérêts des emprunteurs en se fondant sur l'absence de manquement du prêteur à ladite obligation d'information. En particulier, elle a relevé que le rapport était un acte séparé et que le prêteur ne pouvait connaître l'évolution de l'activité rattachée au bien financé par le prêt.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel. Elle met en avant que la diffusion de l'étude précitée par le prêteur suivie de l'organisation de réunions d'information "aux fins d'examen des coûts de ce type de projets et de ses possibilités de financement" et la référence à l'étude permettant "d'ajuster précisément les capacités de remboursement des bateliers en remboursements effectifs" dans les lettres du prêteur adressées aux emprunteurs ont créé à sa charge une obligation de s'informer afin fournir des informations précises aux emprunteurs.

En raison de l'organisation des réunions d'informations, le prêteur ne pouvait pas se contenter d'énoncer des risques relatifs à l'investissement envisagé et devait fournir aux emprunteurs l'intégralité des informations

qu'ils auraient pu obtenir en se renseignant eux-mêmes de façon exhaustive. Ce devoir de s'informer pesant sur celui qui fournit une information avait déjà été énoncé dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 19 octobre 1994 (n° 92-21.543). Dans cette espèce, l'ASSEDIC avait été condamnée au paiement de dommages-intérêts à l'employée d'une caisse de mutualité agricole ayant démissionné sur la base de renseignements erronés qui lui avaient été fournis par un représentant des ASSEDIC au cours d'une réunion spécialement organisée pour le personnel de son établissement.



Maria Klass

T +33 1 53 67 48 01

maria.klass@hoganlovells.com



CESSION DE CREANCE : CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT AU RETRAIT LITIGIEUX

Cass. com., 15 janvier 2013, n°11-27.298

Cass. com., 26 mars 2013, n°11-27.423

La Cour de cassation vient d'apporter quelques précisions sur le régime du droit de retrait litigieux. Ce mécanisme, codifié à l'article 1699 du code civil, permet au débiteur d'une créance litigieuse dont la créance est cédée de se libérer de sa dette en remboursant le cessionnaire-retrayé du prix dont ce dernier s'est acquitté auprès du créancier-cédant. En permettant au débiteur cédé d'acquiescer - et ainsi d'éteindre par l'effet de la confusion - une créance litigieuse, ce droit de retrait litigieux connaît un usage croissant en pratique.

Dans un arrêt du 15 janvier 2013 (Cass. com., 15 janvier 2013, n°11-27.298), la Cour de cassation a posé que l'exercice du droit de retrait litigieux n'était pas subordonné à l'existence d'une intention spéculative des parties à la cession de créance. En l'espèce, une société disposant d'une créance d'indemnisation à l'encontre de son mandant au titre de la rupture de son contrat d'agent commercial, fait l'objet d'une liquidation amiable. Elle décide de céder ses créances sur le mandant et sur une société tierce à ses associés pour le prix global d'un euro. Contestant l'action en paiement de la créance exercée par les associés, le mandant les a notifiés de son intention d'exercer son droit de retrait litigieux.

La Cour de cassation a considéré que la cession de créances à deux sociétés distinctes pour un prix global ne fait pas obstacle à l'exercice d'un droit de retrait litigieux à l'égard d'une seule des créances cédées, dès lors que son prix est déterminable. Confirmant sa jurisprudence ancienne (Cass. com., 31 mars 1998, n°96-12.897) selon laquelle est licite la cession de droits litigieux à titre gratuit, elle jugea, au visa de l'article 1699 du code civil, que le droit de retrait litigieux du débiteur cédé peut s'exercer indépendamment du caractère onéreux ou gratuit de la cession de créances.

Dans un deuxième arrêt en date du 26 mars 2013 (Cass. com., 26 mars 2013, n°11-27.423), la Cour de cassation s'est prononcée sur l'exercice par une caution du droit de retrait litigieux. Une banque avait consenti deux prêts à une société dont le gérant s'était porté

caution en garantie du remboursement. À la suite de la mise en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire de la société emprunteur, la caution fut condamnée au paiement de diverses sommes au titre de son engagement. La banque céda les créances résultant du cautionnement et la caution notifia au cessionnaire-retrayé son intention d'exercer le retrait litigieux et assigna ledit cessionnaire en communication de documents en vue du calcul du prix de cession.

La Cour d'appel déclara irrecevable ces demandes aux motifs que le retrait litigieux ne pouvait être exercé que par un défendeur à l'instance. Or l'instance ayant été introduite par la caution, celle-ci n'avait pas la qualité exigée par l'article 1699 du code civil. La Cour de cassation censura le juge d'appel. Si la caution était demandeur à l'action introduite en vue d'obtenir les éléments lui permettant de calculer le montant de sa créance, celle-ci demeurerait défenderesse à l'instance qui avait pour objet la contestation du droit litigieux.

La Cour de cassation rappelle ainsi que c'est la qualité de défendeur à l'action en contestation de la créance qui compte. L'exercice du droit litigieux pouvant s'exercer sans forme particulière, au besoin par une action engagée à cette fin.



Amael Beauvallet

T +33 1 53 67 47 81

amael.beauvallet@hoganlovells.com

Chez Hogan Lovells

L'ACTUALITE DE NOTRE CABINET

Une présence au Brésil

Le 11 juillet dernier, Hogan Lovells a reçu les autorisations de l'ordre brésilien des avocats, à Rio de Janeiro et à São Paulo, pour le lancement de son activité au Brésil. Le bureau brésilien est situé à Rio de Janeiro.

Cette expansion au Brésil constitue une étape importante du développement de l'activité de premier plan de Hogan Lovells en Amérique latine. Le bureau de Rio de Janeiro fonctionnera en tant que Consultant Juridique Etranger ("Foreign Legal Consultancy") et proposera des services juridiques internationaux aux clients brésiliens et aux sociétés ayant des activités au Brésil et en Amérique latine ; il sera également amené à conseiller les sociétés étrangères cherchant à pénétrer le marché brésilien.

Claudette Christian, associée de la pratique Finance de Hogan Lovells, qui a beaucoup travaillé au Brésil depuis le milieu des années 1990, devient l'associée responsable du bureau de Rio de Janeiro.

Hogan Lovells ouvre un bureau au Luxembourg

Hogan Lovells ouvrira le 1^{er} août prochain un bureau au Luxembourg. Ceci s'inscrit dans sa stratégie de développement de ses pratiques fonds d'investissement et droit fiscal et permet par ailleurs au cabinet d'étendre sa présence au sein de marchés stratégiques pour ses clients.

Le bureau sera au départ constitué de deux associés : Pierre Reuter (Fonds d'investissement) et Jean-Michel Schmit (Corporate). Tous deux viennent de NautaDutilh et seront rejoints par quatre de leurs collaborateurs actuels. Avant de rejoindre NautaDutilh, Pierre et Jean-Michel avaient exercé leur pratique au sein de Linklaters.

PRIX & CLASSEMENTS

Nos classements 2013 chez Décideurs Stratégie Finance Droit :

- Financement d'actifs aériens : 2^{ème} rang – Excellent (Richard Jadot)
- Financement de projets : conseils des banques et des sponsors : 2^{ème} rang – Excellent (Olivier Fille-Lambie, Bruno Cantier, Ludovic Babin)
- Banque & Finance : 3^{ème} rang – Forte notoriété (Richard Jadot, Sabine Bironneau, Michel Quéré, Sharon Lewis, Philip Boys)
- Avocats en financement d'acquisition : 3^{ème} rang – Forte notoriété (Michel Quéré, Sabine Bironneau, Olivier Fille-Lambie, Xenia Legendre)

A LIRE CE MOIS-CI

"Les effets collatéraux de la réforme du report des déficits fiscaux" par **Bruno Knadjian**, paru dans **Option Droit & Affaires**, le 1^{er} juillet 2013.

"Pourquoi il faut intégrer les marchés financiers en Afrique centrale" par **Alex Bebe Epale**, paru sur le site **Jeune Afrique**, le 23 juillet 2013.

"Sécuriser le préfinancement des créances futures de CICE" par **Bruno Knadjian**, à paraître dans le n° 150, juillet/août de **Banque & Droit**.

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" ou le "Cabinet" est un cabinet d'avocats international comprenant Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP et leurs affiliés. 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. 1284549