



Hogan  
Lovells

Engage

Finance Newsletter

N° 19

Décembre 2018



# Table des matières

---

<b>Edito .....</b>	<b>1</b>
<b>Entrée en vigueur de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 .....</b>	<b>1</b>
<b>Chroniques d'actualité.....</b>	<b>4</b>
<b>Titres seniors non préférés non structurés .....</b>	<b>4</b>
<b>Affaire des « emprunts toxiques » .....</b>	<b>6</b>
<b>Précisions sur le préavis applicable à la rupture de crédit aux entreprises et à la résiliation d'une convention de compte courant .....</b>	<b>8</b>
<b>Une société émettrice d'obligations ne peut participer au vote de l'assemblée générale des obligataires .....</b>	<b>9</b>
<b>Cautionnement intragroupe : mélange des genres entre objet social et intérêt social.....</b>	<b>10</b>
<b>Les risques juridiques du Brexit déclenchent la mise en place d'un nouveau modèle de convention-cadre de droit français pour les opérations sur produits dérivés.....</b>	<b>11</b>
<b>Pour nantir un compte de titres financiers, il suffit d'établir la déclaration de nantissement .....</b>	<b>14</b>
<b>Signature d'un contrat conclu à titre personnel et au nom d'une société .....</b>	<b>15</b>
<b>La Cour de cassation revient sur les conséquences de la résolution du contrat de vente sur le contrat de crédit-bail attaché .....</b>	<b>17</b>
<b>Hypothèse d'un no-deal Brexit : les conséquences de la perte du passeport européen sur les contrats bancaires et financiers .....</b>	<b>19</b>
<b>Le droit de retrait litigieux ne s'applique pas à une cession de créance à titre gratuit, rappelle la Cour de cassation.....</b>	<b>20</b>
<b>Sur la disproportion manifeste de l'engagement de la caution personne physique .....</b>	<b>21</b>
<b>Entreprises en difficulté.....</b>	<b>22</b>
<b>Adaptation du droit français au Règlement Insolvabilité – Suite et fin.....</b>	<b>22</b>
<b>Adaptation des annexes du Règlement Insolvabilité .....</b>	<b>24</b>
<b>Chez Hogan Lovells.....</b>	<b>25</b>





# Edito

## Entrée en vigueur de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016

La réforme du droit des obligations entamée avec l'ordonnance du 10 février 2016 vient d'entrer pleinement en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2018.

C'est l'occasion pour nous de faire un point sur quelques modifications substantielles que la loi de ratification du 20 avril 2018 a apportées à l'ordonnance ayant des conséquences en matière de droit bancaire et financier.

La ratification de l'ordonnance a suscité de nombreuses discussions au parlement et le texte finalement promulgué a opéré certaines clarifications et corrections au texte original de l'ordonnance.

On relèvera tout d'abord que la loi de ratification oblige les praticiens à faire une distinction entre le droit ancien (préalable à l'entrée en vigueur de l'ordonnance), le droit intermédiaire (entre la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance et la date d'entrée en vigueur de la loi de ratification) et, enfin, le nouveau droit applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi de ratification. Cette nécessaire gymnastique quant au droit applicable a récemment rappelée par la Cour de cassation.

Les articles du Code civil modifiés par la loi de ratification qui intéressent plus particulièrement le domaine bancaire et financier concernent la capacité des personnes morales et la représentation multiple, l'exécution en nature des obligations ainsi que les principes applicables en matière de monnaie de compte et de paiement.

Quelques précisions méritent également d'être apportées, relatives à la condition suspensive défaillie, l'opposabilité de la déchéance du terme à la caution, l'accord donné par avance par le créancier à la cession de dette et enfin en matière de contrat d'adhésion et d'imprévision concernant les contrats financiers.

### **La capacité des personnes morales**

Le nouvel article 1145 du Code civil, déjà modifié par l'ordonnance, est à nouveau modifié par la loi de ratification. Le texte issu de l'ordonnance qui avait limité la capacité des personnes morales « *aux actes utiles à la réalisation de leur objet... et aux actes qui leur sont accessoires* » avait soulevé de nombreuses critiques et interrogations sur la définition de l'acte utile et son rapport avec l'intérêt social.

Les parlementaires ont opté pour la suppression pure et simple de cette condition et l'article 1145 du Code civil renvoie désormais pour la capacité des personnes morales aux règles applicables à chacune d'entre elles.

### **La représentation multiple**

Une autre source de difficulté résultait de l'article 1161 du Code civil en matière de représentation multiple qui stipulait qu'un « *représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat...* ». Ce texte avait soulevé des difficultés d'interprétation concernant notamment les opérations dans lesquelles une seule personne était le représentant de plusieurs parties à l'acte, par exemple l'agent mandaté par les banques dans le cadre d'une convention de crédits. La loi de ratification règle le problème soulevé par l'ordonnance, d'une part, en limitant le champ d'application de l'article 1161 aux personnes physiques et, d'autre part, en précisant que l'interdiction de représentation multiple ne s'applique qu'à des parties « *en opposition d'intérêts* ».

### **L'exécution des obligations en nature**

L'ordonnance avait utilement posé le principe à l'article 1221 du Code civil que le créancier d'une obligation peut demander son exécution en nature, en faisant une exception pour les seuls cas où l'exécution de l'obligation est impossible ou où il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

La rédaction de l'article 1221 pouvait laisser craindre qu'un débiteur de mauvaise foi n'exécute pas son obligation de manière délibérée lorsque les dommages et intérêts qu'il aurait à verser seraient substantiellement inférieurs au coût d'exécution de son obligation. Certes le texte limitait l'exception au cas « *de disproportion manifeste* » et l'article 1104 du Code civil rappelait le principe de bonne foi dans l'exécution des contrats. Cependant pour écarter tout risque le législateur a limité les exceptions à l'exécution en nature au débiteur « *de bonne foi* ».

### **Monnaie de compte et de paiement**

Autre réforme substantielle, celle de l'article 1343-3.

Cet article introduit par l'ordonnance rappelait le principe de l'obligation du paiement en France des obligations de sommes d'argent en euro, en autorisant le paiement dans une autre devise « *si l'obligation... procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger* ».

Ce texte étant rédigé de manière estimée trop restrictive au regard de la jurisprudence, un certain nombre d'auteurs et de praticiens avaient craint que le législateur n'ait entendu revenir sur la position de la jurisprudence antérieure qui opérait une distinction entre paiement interne et paiement international. Le nouveau texte valide la jurisprudence antérieure en stipulant que « *le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger* ». Le texte va même plus loin en admettant la liberté contractuelle des parties, lorsqu'il s'agit de professionnels et que l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée.

Les interrogations relatives à la validité des clauses de paiement en dollars par exemple pour les financements d'avions, ou la possibilité de consentir des crédits multidevises à des

entreprises dont le groupe opère sur le plan international sont donc levées.

On notera également la modification apportée par la loi au Code monétaire et financier qui prévoit que le paiement peut avoir lieu en monnaie étrangère si l'obligation procède d'un instrument financier à terme ou d'une opération de change au comptant. Concernant les contrats financiers, on relèvera également le nouvel article 211-40-1 du Code monétaire et financier qui exclut l'imprévision pour les obligations qui résultent d'opérations sur titres et contrats financiers.

### **La condition suspensive défaillie**

L'article 1304-4 du Code civil disposait que « *une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif tant que celle-ci n'est pas accomplie* ».

La question se posait néanmoins de la possibilité pour le créancier de renoncer à une condition suspensive après sa défaillance. La réponse n'était pas claire. La loi de ratification vient préciser que la renonciation peut intervenir tant que la condition n'est pas accomplie « *ou n'a pas défailli* ». Il ne serait donc pas possible de renoncer à une condition défaillie, le contrat étant définitivement caduc du fait de la défaillance de cette condition suspensive. Cependant la question se pose de savoir si le texte est d'ordre public ou si contractuellement les parties peuvent accepter de renoncer à la condition défaillie. On notera à cet égard que le rapport au président de la république indique « *bien sûr la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant* ».

### **L'opposabilité de la déchéance du terme à la caution**

L'article 1305-5 stipulait, conformément à la jurisprudence, que « *la déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires* ». La loi de

ratification étend cette inopposabilité aux cautions.

La jurisprudence admet cependant la possibilité d'une stipulation contraire. Il n'y a pas de raison de penser que cette jurisprudence devrait changer du fait du nouveau texte.

### **Le consentement du créancier à la cession**

On notera la modification de l'article 1327-1 clarifiant la nécessité de l'accord du créancier en cas de cession de dette. Le texte issu de l'ordonnance stipulait « *le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession ou n'y est pas intervenu, ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte* ». L'utilisation du terme « ou » semblait relever d'une erreur de plume et la loi de ratification y substitue opportunément le terme « et ». Le régime de l'opposabilité de la cession de dette au créancier est donc clarifié. Si le créancier n'intervient pas à l'acte, mais qu'il a par avance donné son accord, la cession lui sera donc opposable lorsqu'elle lui aura été notifiée ou qu'il en aura pris acte. Si le créancier est intervenu à la cession, aucune notification n'est nécessaire.

### **Le contrat d'adhésion**

L'article 1171 disposait que dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations au contrat est réputée non écrite.

Il y avait un débat sur la nature des contrats d'adhésion, et notamment pour savoir si par extension, une telle notion pouvait être étendue par exemple à des contrats de place proposés à la signature d'emprunteurs ou de contrepartie. Le nouvel article 1171 vient clarifier le point et éluder le problème. Il précise « *toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties* ». Ainsi, le risque est restreint aux clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.

### **L'imprévision**

L'article 1195 du Code civil introduisait l'imprévision dans le droit des contrats. Son application aux contrats financiers (dérivés, swaps, futurs,...) s'avérait problématique et soulevait de nombreuses questions, notamment sur l'opportunité d'insérer une clause renonçant au bénéfice de l'article 1195 dans les contrats financiers.

La loi de ratification vient introduire un nouvel article L. 211-40-1 au Code monétaire et financier en prévoyant que l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations résultant d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier.



**Baptiste Gelpi**

Associé, Paris  
T +33 (1) 5367 2271  
baptiste.gelpi@hoganlovells.com



**Michel Quéré**

Associé, Paris  
T +33 (1) 5367 1808  
michel.quere@hoganlovells.com

# Chroniques d'actualité

## Titres seniors non préférés non structurés

Les titres de créance senior non préférés définis par l'article L.613-30-3-I 4° du Code monétaire et financier, sont des titres de créance émis par un établissement de crédit :

- de rang inférieur (junior) aux obligations et autres instruments senior préférés actuels ou futurs (c'est à dire qui entrent implicitement ou explicitement dans la catégorie définie à l'article L613-30-3-I 3° du Code monétaire et financier) émis par l'établissement de crédit ; et
- de rang supérieur (senior) aux obligations et autres instruments subordonnés actuels ou futurs émis par l'établissement de crédit.

Ces titres de créance senior non préférés au sens de l'article L.613-30-3-I 4° du Code monétaire et financier (i) ne seront remboursés, en cas de liquidation judiciaire de l'établissement de crédit émetteur, qu'après les porteurs des obligations et autres instruments senior préférés de l'émetteur, s'il reste des fonds disponibles, et (ii) peuvent faire l'objet, en cas de mise en œuvre de mesure de renflouement interne (suite à une procédure de résolution) affectant l'établissement de crédit émetteur, d'une conversion en capital de l'émetteur ou d'une dépréciation totale ou partielle avant les obligations et autres instruments senior préférés et après les obligations et autres instruments subordonnés, existants ou futurs.

Ces titres de créances doivent respecter la qualification de titres de créance « non structurés ».

Le décret n°2018-710 du 3 août 2018 précise les conditions dans lesquelles des titres de créance sont considérés comme non-structurés au sens du 4° du I de l'article L.613-30-3 du Code monétaire et financier.

- Ces titres ne peuvent comporter de dérivé incorporé. Le montant du remboursement et de la rémunération dus à l'échéance, ainsi que la date de chaque échéance, sont

connues et ne dépendent pas d'évènements futurs incertains.

- Le principal, les échéances de remboursement et les intérêts doivent tous être libellés en euro ou tous être libellés dans une unique devise.
- L'échéance initiale minimale des titres est supérieure à un an.
- Concernant la rémunération servie par les titres, si aucun versement d'intérêt n'est prévu, le titre doit être remboursable au pair ou au moins au pair. Si un versement d'intérêt est prévu, il doit être :
  - fixe (linéaire ou « ré-initialisable » à des dates prédéterminées à la date d'émission et la réinitialisation doit se faire sur la base d'un taux de marché usuel en matière financière) ; ou
  - indexé sur un taux d'intérêt reconnu à la date d'émission du titre comme tel par le Règlement Benchmark pour les transactions interbancaires (comme le « Libor », « l'Euribor », etc.), assorti (le cas échéant) d'une marge fixe, pouvant comporter un taux plancher à zéro, et pouvant faire l'objet d'une réinitialisation.
- Les options de remboursement anticipé ne sont autorisées qu'à l'initiative de l'émetteur, et à condition qu'elles soient habituellement prévues par la documentation de ce type d'instruments, à savoir :
  - pour des raisons fiscales ;
  - pour des raisons réglementaires ; ou
  - lorsqu'elles ont été prévues dans le contrat d'émission selon un calendrier préfixé.





**Katia Merlini**  
Associée, Paris  
T +33 (1) 5367 3838  
[katia.merlini@hoganlovells.com](mailto:katia.merlini@hoganlovells.com)



# Chroniques d'actualité

## Affaire des « emprunts toxiques »

### **Com. 28 mars 2018**

Pour la première fois, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'affaire des « emprunts toxiques » souscrits par des collectivités territoriales.

Depuis 2011, plusieurs communes avaient assigné leur banque en nullité de leurs contrats de crédit.

Cherchant à se délier de leurs engagements, les communes reprochaient notamment à la banque un manque d'information et de mise en garde, lors de la conclusion de leurs contrats de crédits structurés.

Le 21 septembre 2016, la Cour d'appel de Versailles avait rendu 4 décisions en chambres réunies, déboutant les collectivités locales.

La commune de Saint-Leu-la-Forêt s'étant pourvue en cassation, la Cour de cassation a eu, pour la première fois, l'occasion de se prononcer sur cette affaire d'emprunts structurés.

**Dans son arrêt très attendu du 28 mars 2018, la Cour de cassation rejette le pourvoi, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles en tous points.**

La Chambre commerciale considère, en effet, que:

- la commune était bien un emprunteur averti;
- le prêt ne pouvait être considéré comme un contrat spéculatif, dans la mesure où la commune n'avait pas cherché à s'enrichir;
- le contrat de prêt n'incorporait pas de contrat d'option;
- puisqu'elle exerce une partie de la puissance publique, la commune ne pouvait saisir la CEDH.

**Rappel des faits:** La commune de Saint-Leu-la-Forêt, pour financer la réalisation et rénovation d'équipements communaux, avait

régulièrement eu recours à des prêts consentis par Dexia Crédit Local (« **Dexia** »).

En 2007 et en 2010, la commune avait accordé à Dexia de nouveaux prêts ayant vocation à restructurer les prêts préexistants et à en refinancer un autre.

Le contrat prévoyait des prêts à taux fixe qui pouvaient se transformer en taux variable si le cours du franc suisse tombait sous un certain seuil. Les taux ayant évolué de manière défavorable pour la commune, celle-ci s'était retrouvé à devoir payer des intérêts très élevés. Cherchant à se délier de ses engagements, la commune avait assigné Dexia en annulation des deux contrats et en paiement de dommages-intérêts.

Le 21 septembre 2016, la Cour d'appel de Versailles l'avait déboutée. Malgré la présence d'un aléa (i.e. le taux d'intérêt variable), la Cour a considéré que les contrats n'en demeuraient pas moins des opérations de crédit et ne pouvaient être qualifiés de contrats spéculatifs ou d'instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du CMF.

Ayant à connaître les prêts litigieux à l'occasion du pourvoi de la commune de Saint-Leu-la-Forêt, la Cour de cassation a, à son tour, débouté la commune.

1) Le critère de finalité privilégié: le contrat n'était pas spéculatif dans la mesure où la commune n'avait pas cherché à s'enrichir:

La commune prétendait que les contrats, en raison de leur caractère spéculatif, avaient été conclus par le maire hors de leur champ de compétence.

Certes, en raison de la présence d'un taux d'intérêt variable, les prêts comportaient un aléa et étaient assortis d'une clause d'indexation complexe.

La Chambre commerciale confirme cependant qu'ils n'en demeuraient pas moins des opérations de crédit et ne pouvaient être qualifiés de contrats spéculatifs.

La présence d'aléa ne saurait suffire à lui seul à qualifier une opération spéculative. Ce qui importe, c'est l'objectif du contrat et non pas le risque encouru. La commune a cherché à préserver l'intérêt général en se finançant aux meilleurs taux. Elle n'a pas cherché à s'enrichir.

Validant le raisonnement de la Cour d'appel, la Cour de cassation retient donc également le critère de la finalité du contrat (plutôt que du risque) pour le qualifier. L'exposition à un risque - même illimité - ne suffit pas à établir le caractère spéculatif du contrat.

#### 2) La commune était un emprunteur averti:

Pour la première fois, la Cour de cassation reconnaît à une collectivité locale la qualité d'emprunteur averti, dispensant ainsi le banquier d'une obligation de mise en garde.

La Cour de cassation considère que « le caractère averti d'un emprunteur ne se présume pas et doit résulter d'une analyse concrète, au jour de la conclusion du prêt litigieux ».

La Chambre commerciale a fondé son analyse in concreto sur le faisceau d'indices suivant: •la commune était d'une certaine importance (« plus de 15 000 habitants »);

- elle avait eu recours, depuis plus de 30 ans, à une vingtaine d'emprunts auprès de différentes banques;
- le montant total emprunté s'élevait à plus de 15 millions d'euros;
- le maire était diplômé de sciences de gestion;
- la commune était dotée d'une commission financière d'une dizaine de personnes, ayant autorisé les emprunts ainsi que des « opérations de couverture de risques de taux de change »;

Compte tenu de toutes ces circonstances, la Chambre commerciale a conclu que la commune, en souscrivant ces prêts à taux variable, ne pouvait ignorer l'existence d'un risque.

#### 3) Le contrat de prêt n'incorporait pas de contrat d'option:

La Chambre commerciale juge que la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision en considérant qu'il n'y avait pas de contrat d'option dans le contrat de prêt structuré.

En effet, une option nécessite un choix de la part du bénéficiaire et donc une nouvelle manifestation de la volonté.

Or, en l'espèce, le fait que le franc suisse tombe sous le seuil fixé par le contrat a simplement déclenché la condition suspensive déterminée au moment de la signature du contrat. Il n'y a pas eu de nouvelle manifestation de la volonté.

La clause d'indexation du contrat de prêt ne comportait donc pas d'option.

La Cour de cassation aura certainement à se prononcer sur les éventuels pourvois d'autres communes prochainement.



**Pauline Larroque**

Knowledge Lawyer, Paris

T +33 (1) 5367 2292

pauline.larroque@hoganlovells.com



## Chroniques d'actualité

### Précisions sur le préavis applicable à la rupture de crédit aux entreprises et à la résiliation d'une convention de compte courant

**Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-19.136**

**Une banque peut rompre une relation contractuelle avec son client du moment qu'elle respecte les règles de forme applicables en la matière.**

Une société et sa gérante avaient, chacune, ouvert un compte courant dans les livres d'une banque et bénéficié de facilités de trésorerie. La banque a décidé de dénoncer ses concours et les conventions de compte courant à l'expiration du délai de préavis convenu de 60 jours, puis a assigné les débitrices en paiement. La Cour de cassation n'a pas retenu le caractère fautif des dénonciations par la banque et vient rappeler un certain nombre de solutions utiles en matière de délai de préavis, tant pour la rupture de crédit à durée indéterminée, que pour la résiliation d'une convention de compte courant.

Conformément au droit applicable, le prêteur souhaitant rompre un crédit à durée indéterminée accordé à une entreprise doit, après lui en avoir notifié son intention, respecter un délai de préavis minimal de 60 jours (sauf comportement gravement répréhensible de l'emprunteur, situation irrémédiablement compromise de ce dernier ou encore abus de droit, exceptions non caractérisées en l'espèce). La Cour de cassation précise que la situation de l'entreprise au moment de la rupture de crédit n'est pas une condition à cette dernière ; la jurisprudence a par ailleurs eu l'occasion de rappeler que l'application de ce délai de 60 jours était suffisante quelles que soient les circonstances, excluant ainsi toute considération des besoins de l'entreprise en question au moment de la rupture.

La Haute juridiction refuse également de retenir la faute de la banque s'agissant de la résiliation du compte courant dans le respect d'un préavis de 60 jours stipulé par le contrat d'ouverture de compte, un tel délai étant jugé suffisant. Ce dernier peut ainsi être considéré comme « raisonnable » pour parvenir à se faire ouvrir un nouveau compte courant et conforme aux

dispositions du Code civil en matière de résiliation de contrats conclus pour une durée indéterminée.



**Clémence Moulonguet**

Collaboratrice, Paris

T +33 (1) 5367 1638

[clemence.moulonguet@hoganlovells.com](mailto:clemence.moulonguet@hoganlovells.com)



## Chroniques d'actualité

### Une société émettrice d'obligations ne peut participer au vote de l'assemblée générale des obligataires

**Cass, com. 31 janvier 2018, n°15-14028 ; 15-14331**

Dans un arrêt non publié au Bulletin, la chambre commerciale de la Cour de cassation réaffirme le principe de neutralité du vote de l'assemblée générale des obligataires, selon lequel une société émettrice a l'interdiction de participer au vote, et l'étend aux manœuvres mises en place par la société émettrice afin de contourner l'interdiction.

En l'espèce, une société avait émis des obligations en juillet 1994, souscrites à 88% par une filiale de sa propre filiale. Dans un contexte de difficultés financières de la société émettrice, l'assemblée générale des obligataires, à laquelle la filiale participait, vote le 29 décembre 2011 un report de l'échéance des obligations du 31 janvier 2012 au 31 décembre 2021. Quelques semaines avant la tenue de l'assemblée obligataire, les parts de la filiale majoritaire avaient été cédées par la filiale de l'émetteur à condition que le report de l'échéance des obligations au 31 décembre 2021 soit voté, sans quoi la cession serait résolue.

Des porteurs minoritaires, estimant avoir fait l'objet d'une manœuvre illicite et d'une atteinte à leurs droits des obligataires du fait de la participation au vote de la filiale majoritaire, ont assigné l'émetteur en annulation de l'assemblée générale du 29 décembre 2011.

La Haute juridiction confirme la décision des juges du fond d'annuler la résolution, en sanctionnant le fait que la société émettrice s'était assuré le moyen de contourner l'interdiction pour elle de participer au vote, afin d'obtenir la prorogation de la date d'échéance des obligations.

Toutefois, en précisant que le pourvoi ne lui permet pas de se prononcer sur les motifs retenus par la cour d'appel, la chambre commerciale cantonne cette arrêt à l'espèce et ne peut répondre à la question qui s'était posée devant les juges du fond : « la participation indirecte d'un émetteur au vote à l'assemblée

des obligataires, c'est-à-dire par l'intermédiaire de sa filiale, est-elle valable? ». Si les juges du fond avaient condamné les manœuvres de l'espèce sur le fondement du principe sociétaire de neutralité et de l'exécution de bonne foi du contrat d'émission, le principe d'interprétation stricte des textes posé par l'arrêt de la chambre commerciale du 13 juin 1995 (n°94-21.003) n'est pas ici remis en question : sans texte explicite, l'interdiction de vote ne peut s'étendre aux obligataires dont la participation au capital de l'émetteur n'est qu'indirecte.



**Marie-Antoinette Rettori**

Collaboratrice, Paris

T +33 (1) 5367 4749

marie-antoinette.rettori@hoganlovells.com

## Chroniques d'actualité

### Cautionnement intragroupe : mélange des genres entre objet social et intérêt social

**Cass. Com. 14 février 2018**

Si une société à responsabilité limitée peut consentir une sûreté pour garantir les obligations d'un tiers, cette faculté reste néanmoins subordonnée à la démonstration de la conformité de l'octroi d'une telle garantie à l'objet social de la société garante (art. L 227-6 du Code de commerce). Tel n'est pas le cas pour les sociétés de personnes pour lesquelles la conformité à l'intérêt social est le critère déterminant afin d'apprécier la validité du cautionnement consenti au profit d'un tiers.

Par un arrêt en date du 14 février 2018, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue rappeler que, dans le cas d'une société à responsabilité limitée, l'existence d'un intérêt social n'est pas suffisant pour faire relever un cautionnement intra-groupe de l'objet social de la société garante lorsque celui-ci ne le mentionne pas expressément. Conformément aux dispositions du Code du commerce, un tel cautionnement peut dès lors être annulé lorsque le bénéficiaire du cautionnement connaissait ou ne pouvait ignorer que le cautionnement consenti n'était pas conforme à l'objet social de la société garante (art. L 227-6 du Code de commerce).

En l'espèce, une SAS s'était portée caution des engagements de son associé unique envers l'un de ses fournisseurs. L'existence d'un intérêt commun entre la SAS garante et son actionnaire principal avait été avancée afin de soutenir la validité du cautionnement. La Cour de cassation est néanmoins venue rappeler que cet intérêt commun n'est pas suffisant pour assurer la validité du cautionnement et qu'il ne saurait étendre l'objet social de la société garante au-delà des termes de ses statuts.

L'argumentation de la Cour de cassation, particulièrement laconique, laisse subsister quelques doutes quant à la nécessité de démontrer, outre le respect de l'objet social, l'existence d'un intérêt social de la société garante afin d'assurer la validité de la garantie consentie. Il y a tout lieu de penser que cela soit

le cas. En effet, un raisonnement fondé sur le seul critère du dépassement de l'objet social pourrait conduire à modifier l'objet social de la société garante au gré de ses besoins, vidant par là même de sa substance l'exigence d'absence de dépassement de l'objet social.



**Enzo Beule**

Trainee, Paris

[enzo.beule@hoganlovells.com](mailto:enzo.beule@hoganlovells.com)



## Chroniques d'actualité

### Les risques juridiques du Brexit déclenchent la mise en place d'un nouveau modèle de convention-cadre de droit français pour les opérations sur produits dérivés

Les modèles de contrats publiés par *L'International Swaps and Derivatives Association, Inc.* (l'« **ISDA** ») sont à ce jour largement utilisés par les intervenants de marché pour documenter leurs opérations sur produits dérivés régies par le droit anglais, le choix du droit anglais étant lui-même majoritairement appliqué pour les opérations sur produits dérivés entre cocontractants établis dans des Etats membres différents au sein de l'Union Européenne.

La perspective du Brexit soulève un certain nombre de questions quant à l'utilisation de cette documentation de droit anglais publiée par l'ISDA. En réponse à l'incertitude qui résulte de ces questions, l'ISDA vient de publier deux nouveaux contrats-cadres: l'un régi par le droit français et l'autre soumis au droit irlandais.

#### Les questions soulevées par le Brexit quant à l'utilisation de la documentation de droit anglais publiée par l'ISDA pour les opérations sur produits dérivés

Le 29 mars 2017, le Royaume-Uni a notifié au Conseil européen son intention de quitter l'Union européenne (l'« **UE** »), conformément à l'article 50 du traité sur l'UE. Cette notification a entraîné l'ouverture d'un processus de retrait complexe, inédit et dont les avancées sont tributaires des négociations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni. La seule certitude, à ce stade, est que le Royaume-Uni deviendra un pays tiers à l'UE à partir du 30 mars 2019. Une période de transition pourrait être mise en place, celle-ci ne devant pas s'étendre au-delà du 31 décembre 2020.

Cette perspective soulève deux questions principales dans le cadre de la documentation contractuelle de droit anglais publiée par l'ISDA pour les opérations de produits dérivés :

(a) le droit anglais, en tant que droit choisi par les parties, est-il toujours valable et reconnu par le juge français en tant que droit applicable aux transactions sur produits dérivés concernées ?

(b) un jugement rendu par le juge anglais en application d'une clause de juridiction renvoyant aux tribunaux anglais sera-t-il reconnu et pourra-t-il être exécuté en France relativement aux obligations résultant des transactions sur produits dérivés concernées ?

(1) Quant à la reconnaissance par les juges français du choix du droit anglais comme droit applicable, le Règlement UE 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « **Rome I** ») prévoit notamment que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le Règlement Rome I a un caractère universel en ce sens qu'il précise que « *la loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* » ; le Règlement Rome I prévoit la liberté de la loi applicable au contrat, y compris dans le cas où la loi désignée n'est pas celle d'un État membre de l'UE. A cet égard, les conséquences du Brexit et de la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne apparaissent donc limitées : le juge français saisi d'un contrat prévoyant que le droit anglais est le droit applicable au contrat donnera effet à cette clause de droit applicable. Les seules réserves limitant la liberté de choix des parties concernent l'ordre public international et les lois de police, ainsi que les cas de fraude, mais ces réserves existent déjà actuellement, indépendamment de la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne.

Concernant la reconnaissance par les juges britannique du choix du droit anglais comme droit applicable, le Règlement Rome I cessera de s'appliquer ; sous réserve d'un accord spécifique entre l'UE et du Royaume-Uni, les juges britanniques feront application du droit international privé commun en matière de contrats, ce qui se traduit en principe par un respect élevé de la liberté contractuelle en cas de choix de loi, a fortiori lorsque la clause de droit applicable est en faveur du droit anglais.

(2) Quant à la reconnaissance de la clause de juridiction applicable, l'article 25 du Règlement

UE 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « **Bruxelles I bis** ») pose le principe que « *si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes [...]* ». Ainsi, les clauses de choix de for sont valables lorsqu'elles renvoient à la compétence d'une juridiction d'un autre Etat membre et non d'un Etat tiers.

Cependant, il paraît probable qu'un juge français continuera de reconnaître la clause de juridiction renvoyant vers les tribunaux anglais lorsque le Royaume-Uni sera devenu un Etat tiers. Quant au juge britannique, en présence d'une clause de choix de for en faveur des juridictions anglaises, celui-ci s'estimera naturellement et logiquement compétent selon le droit international privé commun du Royaume-Uni.

En revanche, la circulation des jugements au sein de l'UE régie par le Règlement Bruxelles I bis cessera de s'appliquer en France aux effets des jugements rendus par les tribunaux du Royaume-Uni en France. Cela signifie que les jugements des juridictions du Royaume-Uni seront accueillis selon les conditions et la procédure d'exequatur du droit international privé commun applicable aux jugements émanant des pays tiers (alors que le Règlement Bruxelles I bis supprime cette exigence pour les jugements des juridictions européennes). La procédure de l'exequatur est une procédure de nature contentieuse et relève de la compétence du Tribunal de grande instance qui vérifie principalement que le jugement anglais soit considéré comme conforme, au fond et quant à la procédure suivie, à l'ordre public français.

### **Un nouveau modèle de contrat ISDA de droit français pour les opérations sur produits dérivés**

En réponse aux craintes des intervenants de marché concernant l'exécution des jugements, et l'efficacité des clauses de juridiction y afférentes, relatifs aux contrats sur produits dérivés régis par le droit anglais et conclus après le retrait effectif du Royaume-Uni de l'UE le 30 mars 2019 (ou, plus vraisemblablement, après la fin de la période de transition s'achevant le 31 décembre 2020), l'ISDA a donc publié, le 3 juillet 2018, deux nouveaux modèles de contrats-cadre: un contrat-cadre de droit civil, soumis au droit français et un contrat-cadre de *Common Law*, soumis au droit irlandais.

Les intervenants auront donc la possibilité de documenter leurs transactions sur produits dérivés par le biais d'une convention-cadre ISDA de droit français dont le contenu est très similaire au modèle existant de convention-cadre ISDA de droit anglais, mais qui est régie par un droit de l'Union Européenne et prévoit la compétence du tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel de Paris, les jugements émis par ces cours continuant à bénéficier des avantages prévus par les dispositions du Règlement Bruxelles I Bis en matière de procédures d'exécution.

Le projet de loi PACTE (pour « *Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises* »), publié le 19 juin 2018, propose par ailleurs d'adapter certains aspects spécifiques du droit français aux besoins de cette nouvelle convention-cadre ISDA de droit français.

(a) Ainsi, le droit français actuel ne permet pas la facturation d'intérêts capitalisés lorsque les intérêts soumis à capitalisation sont dus depuis moins d'un an. Le projet de loi PACTE prévoit donc la possibilité de modifier cette règle de capitalisation des intérêts dus depuis au moins un an (dite règle de l'« anatocisme ») pour les conventions-cadre régissant la conclusion d'opérations sur produits dérivés, afin que la capitalisation des intérêts soit possible lorsqu'il s'agit d'intérêt dus pour une



période inférieure à un an, ainsi que le prévoit le nouveau modèle de convention-cadre ISDA de droit français (et qui sur ce point reste donc inchangé par rapport au modèle existant de convention-cadre ISDA de droit anglais).

(b) De même, en droit français, le champ actuel des opérations de dérivés éligibles au régime dérogatoire de compensation-résiliation prévu par le Code monétaire et financier (qui assure l'efficacité des clauses de compensation et de résiliation des contrats sur produits dérivés conclus par une société de droit français même lorsque que cette entité fait l'objet de procédures collectives) exclue les opérations de change au comptant, les transactions sur métaux précieux ou encore les opérations sur quotas de CO<sub>2</sub>. Le projet de loi PACTE prévoit de supprimer cette exclusion, identifiée comme un frein au développement nouveau modèle de convention-cadre ISDA de droit français.



**Pauline Larroque**  
Knowledge Lawyer, Paris  
T +33 (1) 5367 2292  
pauline.larroque@hoganlovells.com



**Katia Merlini**  
Associée, Paris  
T +33 (1) 5367 3838  
katia.merlini@hoganlovells.com

## Chroniques d'actualité

### Pour nantir un compte de titres financiers, il suffit d'établir la déclaration de nantissement

#### **Cass. Com. 20 juin 2018**

Dans un arrêt destiné à la publication au Bulletin, la Cour de cassation confirme, pour la première fois à notre connaissance, que le nantissement de compte de titres financiers est parfait par la seule déclaration de nantissement signée par le constituant.

En l'espèce, pour déclarer un nantissement de compte de titres financiers inopposable à la procédure collective du constituant, une Cour d'appel avait retenu que la déclaration de nantissement n'a pas été notifiée à la société émettrice (alors que cette condition avait été prévue par les parties).

Or, d'après la chambre commerciale de la Cour de cassation, en statuant ainsi, alors que la constitution en nantissement d'un compte de titres financiers est réalisée, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par la seule déclaration de nantissement signée par le titulaire du compte, la Cour d'appel a violé l'article L.211-20 (anciennement article L. 431-4, I) du Code monétaire et financier.

La Cour de cassation déduit ainsi de la lettre de l'article L.211-20 du Code monétaire et financier que seule la déclaration de nantissement est indispensable pour réaliser le nantissement tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers.

Cette décision est parfaitement conforme à la lettre de l'article L.211-20 du Code monétaire et financier. Il semble cependant indispensable d'inscrire le nantissement dans le registre de mouvements de titres de la société émettrice car :

- (i) la propriété des titres financiers résulte « prima facie » de l'inscription au compte de titres financiers du titulaire (articles L.211-16 et L.211-17 du Code monétaire et financier) ; et
- (ii) seule l'inscription du nantissement sur le registre de mouvements de titres permet

aux tiers de vérifier la création du compte spécial affecté en nantissement.

C'est pourquoi, la pratique exige que le nantissement soit inscrit sur le registre de mouvements de titres afin de matérialiser le transfert des titres sur le compte spécial nanti et la mention d'affectation en nantissement dudit compte spécial.

En outre, il est d'usage que le teneur du compte de titres financiers soit également investi d'une mission de contrôle, notamment lorsque le créancier nanti a autorisé le constituant à disposer des titres financiers et des fruits et produits. Le teneur du compte de titres financiers doit donc être informé par écrit de ces modalités. En pratique, le teneur du compte de titres financiers pourra, soit comparaître à l'acte de nantissement, soit délivrer post signature de l'acte une attestation de nantissement contenant mention de son accord à sa mission.



**Alexandre Salem**

Collaborateur, Paris

T +33 (1) 5367 1614

[alexandre.salem@hoganlovells.com](mailto:alexandre.salem@hoganlovells.com)



# Chroniques d'actualité

## Signature d'un contrat conclu à titre personnel et au nom d'une société

### **Cass. Ch.com 9 mai 2018 (n°16-28.157)**

Sauf dispositions légales ou contractuelles contraires, la validité d'un acte ne suppose pas que le signataire qui intervient, à la fois à titre personnel et à titre de représentant d'une société, appose une double signature.

Telle est la solution retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt en date du 9 mai 2018, publié au bulletin.

En l'espèce, M.X, déclarant agir tant en son nom personnel qu'au nom de la société dont il est associé, signe un contrat d'entretien avec un prestataire mais seulement en qualité de représentant de la société. La société est mise en liquidation judiciaire et le prestataire assigne M.X en paiement en qualité de co-débiteur solidaire.

Les juges du fond rejettent cette demande, estimant que pour y faire droit, l'acte aurait dû être signé à titre personnel par l'associé.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa des articles 1134 et 1316-4 du Code civil (dans leur rédaction antérieure à la réforme du droit des obligations de 2016) au motif que « *la double qualité en laquelle intervient le signataire d'un acte juridique, d'une part à titre personnel et, d'autre part, en qualité de représentant d'un tiers, [n'impose] pas la nécessité d'une double signature comme condition de validité de cet acte* ».

Si la solution retenue par les juges du Quai de l'Horloge est inédite, elle n'est guère surprenante. En effet, faut-il rappeler que l'article 1367 du code civil dispose (au même titre que l'ancien article 1316-4 du code civil qu'il remplace, visé par la chambre commerciale dans cet arrêt) que « *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur* » ?

Ainsi, si la signature d'un acte n'est pas une condition de validité de cet acte, la double-signature ne devait pas l'être non plus. Bien entendu, cette règle connaît certaines

exceptions. A titre d'exemple, la signature d'un acte notarié est nécessaire à la constitution d'une hypothèque (voir l'article 2416 du Code civil et l'article 10 du Décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires).

Par analogie, il est possible de citer un arrêt de 2006, non publié au Bulletin, dans lequel la Cour de cassation a jugé que le gérant d'une société n'était pas tenu de payer les dettes contractées pour le compte de celle-ci car il avait contracté en sa seule qualité de gérant et non pour son compte personnel.

La différence ici tient principalement au fait que le nom du gérant était systématiquement indiqué sous la rubrique « *nom du représentant légal ou statutaire de la personne morale* » (Cass. 3e civ. 12-9-2006 n° 03-19.277 F-D : RJDA 4/07 n° 358). Il n'y avait donc pas de doutes quant à la qualité en vertu de laquelle agissait le signataire. L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 9 mai 2018 semble donc cohérent avec les solutions précédemment retenues.

Pour aller plus loin, profitons de cet arrêt pour mentionner la nouvelle rédaction de l'article 1161 du code civil, article qui, rappelons-le encadre la situation dans laquelle une personne intervient en qualité de représentant de plusieurs parties. Jusqu'alors, le texte prévoyait qu'un représentant ne pouvait agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté ce qui suscitait quelques interrogations quant à la représentation multiple

La nouvelle rédaction de l'article 1161, applicable à partir du 1er octobre 2018, cantonne cette disposition aux personnes physiques et limite la règle aux situations de conflits d'intérêts : « *En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts* » (disposition issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°

2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).



**Ouassila El Asri**  
Collaboratrice, Paris  
T +33 (1) 5367 4857  
[ouassila.elasri@hoganlovells.com](mailto:ouassila.elasri@hoganlovells.com)



## Chroniques d'actualité

### La Cour de cassation revient sur les conséquences de la résolution du contrat de vente sur le contrat de crédit-bail attaché

**Cass. Ch. mixte 13 avril 2018**

En 1980 puis 1985, la chambre commerciale avait retenu la nullité du contrat de crédit-bail pour défaut de contrepartie en raison de la disparition de la cause de l'obligation du crédit-preneur de payer un loyer.

Par la suite, dans une perspective économique, elle avait opéré un revirement de jurisprudence, refusant l'anéantissement du contrat de crédit-bail au motif que, malgré la disparition de la jouissance du bien et de la possibilité de l'acquérir *in fine*, la résolution de la vente ne privait pas de cause l'obligation du crédit-preneur, car le crédit-preneur continuait de bénéficier du transfert à son profit du droit d'agir contre le vendeur.

La première chambre civile, de son côté, restait fidèle à son approche en maintenant que, puisqu'il s'agit d'un bail et qu'il n'y a plus de jouissance possible, l'anéantissement de la vente emporte celui du contrat de crédit-bail.

Pour résoudre le conflit entre la première chambre civile et la chambre commerciale s'agissant des conséquences de la résolution du contrat de vente sur le contrat de crédit-bail, il avait été nécessaire de réunir à deux reprises une chambre mixte de la Cour de cassation (Cass. Chambre mixte, 3 mars 1989 ; Cass. Chambre mixte, 23 novembre 1990), laquelle avait déclaré que « *La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* ».

Par le présent arrêt rendu le 13 avril 2018, la Haute juridiction opère un revirement de jurisprudence. Après avoir rappelé que « *la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que la résolution du contrat de vente entraînait nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* », elle énonce que la sanction désormais retenue est celle de

« *la caducité, à la date d'effet de la résolution, du contrat de crédit-bail* » ainsi que l'inapplicabilité consécutrice des « *clauses prévues en cas de résiliation du contrat* ».

Sur le choix de la sanction, la Cour de cassation aligne le crédit-bail sur la location financière et le droit commun. Ce choix semble préférable à celui, auparavant retenu, de la résiliation en ce que la résiliation sanctionne l'inexécution d'une obligation, ce qui ne correspond guère à la situation appréhendée. Au contraire, la caducité sanctionne la disparition d'un des éléments essentiels du contrat. Si la sanction retenue a été favorablement accueillie par les commentateurs, son fondement semble avoir laissé la doctrine dubitative.

S'agissant du fondement, la Cour opère une distinction entre contrats concomitants ou successifs et crédit-bail mobilier. Elle rappelle que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants (Ch. mixte., 17 mai 2013, pourvois n° 11-22.768 et n° 11-22.927, Bull. 2013, Ch. mixte, n° 1) et que l'anéantissement de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres (Com., 12 juillet 2017, pourvoi n° 15-27.703, publié).

Au contraire, elle qualifie le contrat de crédit-bail mobilier de contrat accessoire au contrat de vente, pour en déduire que la mesure adaptée est cette fois aussi la caducité en ce qu'elle sanctionne la disparition d'un de ses éléments essentiels, à savoir le contrat principal en considération duquel il a été conclu. Par ailleurs, la distinction entre contrats concomitants ou successifs et crédits-bails mobiliers permet à la Cour de cassation d'affirmer que la jurisprudence applicable aux premiers n'est pas transposable aux seconds.

Relativement aux effets de la sanction, la solution retenue par la Cour de cassation dans le présent arrêt s'éloigne du compromis jusqu'alors adopté. En effet, la position précédente venait limiter l'anéantissement de

l'opération de crédit-bail à une résiliation partielle dans la mesure où elle laissait intacte la clause du contrat qui prévoyait la garantie donnée par le crédit-preneur. Les clauses qui organisent les conséquences de la résiliation du contrat demeuraient en effet efficaces. Désormais, les clauses prévues en cas de résiliation sont, en conséquence de la caducité et parce que celle-ci n'a pas été expressément envisagée par la clause, inapplicables. En l'espèce, la banque par la même a été condamnée à restituer au crédit-preneur les loyers que celui-ci avait versés. L'analyse purement juridique l'emporte donc sur la vision économique du crédit-bail.

**Rosalie Lechat**

Stagiaire IDCM, Paris  
Étudiante en Master 1 droit des affaires  
Magistère juristes d'affaires, Paris II  
Panthéon-Assas



## Chroniques d'actualité

### Hypothèse d'un no-deal Brexit : les conséquences de la perte du passeport européen sur les contrats bancaires et financiers

Le Royaume-Uni quittera l'Union européenne le 29 mars 2019. A ce jour, aucun accord de transition n'a été conclu. On peut donc redouter un « Hard Brexit ».

#### Perte du passeport européen

La place financière de Londres concentre une grande partie des activités bancaires, financières et d'assurance de l'Union européenne. Or, à compter du 29 mars 2019, les établissements britanniques deviendront des entreprises de pays tiers. A supposer l'absence d'un accord éventuel avec l'Union Européenne, l'absence d'obtention d'un statut d'équivalence ou l'absence de dispositions nationales dérogatoires, ces établissements ne bénéficieront plus du principe de reconnaissance mutuelle des agréments prévu par le droit européen. En d'autres termes, ils perdront leur passeport européen. Ce passeport permet à un établissement financier agréé dans un état membre d'exercer ses activités sur le territoire d'un ou plusieurs autres états membres, soit en libre prestation de services, soit en libre établissement.

#### Conséquences juridiques de la perte du passeport européen sur les contrats

Dans un rapport publié en juillet, le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) a étudié l'impact d'un « Brexit dur » sur les contrats bancaires, financiers et d'assurance.

Le HCJP a considéré que la perte du passeport n'entraînerait pas, en droit français, la nullité (*ab initio*) des contrats valablement conclus avant le Brexit.

1) La continuité des contrats conclus avant le Brexit ne devrait pas être remise en cause:

L'opérateur britannique pourra continuer à exécuter son contrat, dès lors qu'il n'y a pas de modification substantielle du contrat. En effet, une modification substantielle reviendrait à mettre en place un nouveau contrat. Par exemple, une transaction de marché (dérivés, repos, prêts-emprunts de titres) conclue avant

le Brexit entre un établissement financier britannique et une personne située en France pourra valablement s'exécuter après le Brexit. En revanche, une modification du montant du notionnel ou de la date d'échéance (et plus généralement, toute modification susceptible de constituer des « novations » à la transaction) constituent des modifications substantielles et ne seront donc pas autorisées.

2) La perte du passeport européen interdira le renouvellement du contrat après le Brexit car cela reviendrait à fournir un nouveau service:

Les opérateurs britanniques souhaitant fournir dans l'UE des nouveaux services bancaires, financiers ou d'assurance auront alors deux options:

- demander le régime de reconnaissance mutuelle des pays tiers, dans la limite de ce que ce régime permet;
- transférer une partie de son activité dans une structure réglementée et établie au sein de l'UE.



**Pauline Larroque**

Knowledge Lawyer, Paris

T +33 (1) 5367 2292

pauline.larroque@hoganlovells.com

## Chroniques d'actualité

### Le droit de retrait litigieux ne s'applique pas à une cession de créance à titre gratuit, rappelle la Cour de cassation.

**Civ. 1re, 17 janv. 2018, FS-P+B, n° 16-21.097**

En l'espèce, une société (le « **Vendeur** ») avait vendu à une autre (l'« **Acheteur** »), un terrain sous diverses conditions suspensives, l'acte de vente prévoyant le versement d'un complément de prix lors de la réalisation de ces conditions, sauf pour le Vendeur à préférer recevoir en paiement une partie de la surface de la galerie marchande que l'Acheteur projetait de construire. Par la suite, le Vendeur avait cédé sa créance conditionnelle de complément de prix à une société civile immobilière (la « **SCI** »). L'Acheteur ayant rétracté sa promesse de dation en paiement, la SCI l'avait assignée en exécution de ses obligations contractuelles et avait mis en cause les sociétés auxquelles l'Acheteur avait déjà revendu le terrain. La demande de résolution des ventes successives avait été jugée irrecevable mais l'Acheteur condamné à payer à la SCI le complément du prix.

A l'occasion de la dissolution amiable de la SCI et de l'attribution à ses associés de l'universalité de son patrimoine, droits et actions relatifs à la créance de complément de prix inclus, l'Acheteur avait notifié aux associés de la SCI l'exercice de son droit de retrait. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 31 mai 2016, avait alors estimé que ce droit de retrait avait été valablement exercé, en jugeant qu'« *une cession de créance à titre gratuit permettait l'exercice d'un tel droit* ».

Sur ce point, entre autres, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel, au visa de l'article 1699 du Code civil, en rappelant que « *le retrait litigieux n'est possible que si la cession du droit litigieux a eu lieu moyennant un prix* » que le retrayant (l'Acheteur) rembourse aux retrayés (les associés) pour mettre fin au litige. La Cour de cassation a ici estimé que le passage de la créance du patrimoine de la SCI au patrimoine de ses associés par le seul fait de la distribution du boni de liquidation faisant suite à la dissolution ne permettait pas de caractériser une cession ouvrant droit à

l'exercice du retrait litigieux. La décision de la haute juridiction a été rendue sur ce fondement quand bien même la créance de complément de prix avait été valorisée dans les comptes de la SCI à hauteur de 145 000 euros (et non à zéro euro), ce montant ne correspondant pas, selon les juges, à un prix réel de cession payé mais uniquement à une donnée comptable dont la valeur avait de surcroît été fixée à la date d'acquisition de la créance de complément de prix, soit à une date à laquelle cette créance n'était alors que conditionnelle.

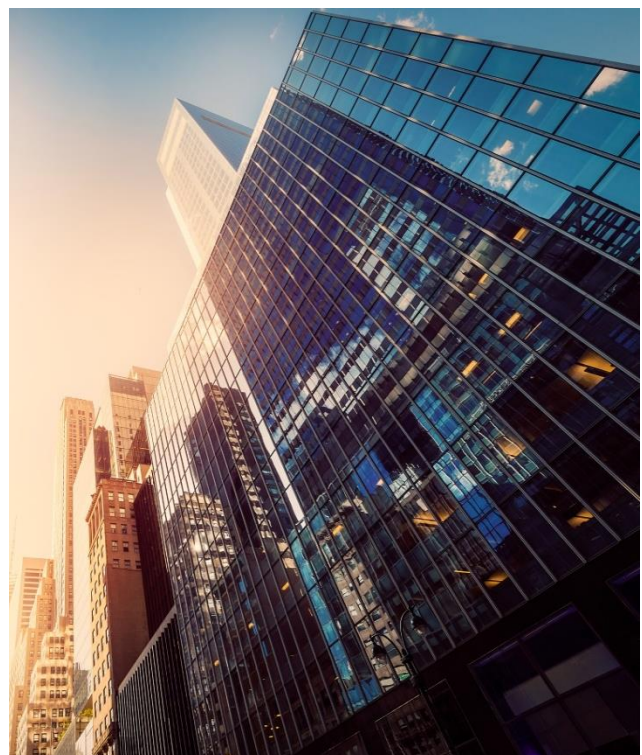


**Marie-Agnès Guillemare**

Senior Associate, Paris

T +33 (1) 5367 2371

marie-agnes.guillemare@hoganlovells.com





## Chroniques d'actualité

### Sur la disproportion manifeste de l'engagement de la caution personne physique

**Cass. Com., 28 février 2018, 16-24.841**

Au titre de l'article L. 332-1 du Code de la consommation le créancier professionnel est tenu de veiller à la proportionnalité de l'engagement de la caution personne physique au risque de ne pouvoir s'en prévaloir. Cet engagement ne doit pas être « *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* ». C'est sur cette notion de « *disproportion manifeste* » que revient la chambre commerciale dans un arrêt du 28 février 2018

Dans les faits, la banque a consenti, le 19 avril 2010 un prêt à une société à hauteur de 500 000 euros garanti par un cautionnement solidaire donné par le président de la société à concurrence de 260 000 euros. La société fait l'objet d'une procédure de sauvegarde et est mise en redressement et liquidation judiciaire. La banque assigne en paiement la caution, qui lui oppose la disproportion de son cautionnement puisqu'elle disposait d'un patrimoine d'environ 290 000 euros selon la fiche de renseignement fournie à la banque. Pour rejeter la demande de la banque, la cour d'appel estime que le montant du cautionnement était manifestement disproportionné, celui-ci étant « *pratiquement* » du montant du patrimoine de la caution et ses revenus mensuels étant grevés du remboursement de cet encours de trésorerie et du solde d'un prêt immobilier.

La chambre commerciale casse cet arrêt et rappelle que la disproportion suppose que la caution « *soit dans l'impossibilité manifeste de faire face à son engagement avec ses biens et revenus* ». Le poids du cautionnement, s'élevant ici à près de 90% du montant du patrimoine de la caution, ne constitue pas une disproportion manifeste tant que le patrimoine est supérieur au montant de la caution. Les hauts magistrats critiquent la position des juges en deux temps. D'abord en relevant un manquement à

caractériser véritablement la disproportion puisque ces derniers se basent sur une fiche de renseignement signée le 31 juillet 2008 soit presque 21 mois avant la signature du cautionnement. Et en appliquant une vision rigoriste de la disproportion au regard du patrimoine de la caution, qui se limite à la prévention du risque surendettement de cette dernière.

L'évocation de la disproportion manifeste par les cautions n'est pas rare car elle entraîne l'impossibilité pour la banque de se prévaloir du cautionnement. A ce jour une tautologie s'impose, l'admission de la disproportion emporte le rejet du cautionnement avec pour conséquence son inefficacité pure et simple, à défaut le cautionnement survit. Devant cette situation peu pratique, l'avant-projet de réforme des sûretés propose d'innover, et la commission constituée par l'Association Henri Capitant, propose l'application d'une proportionnalité entre le montant de la garantie et le patrimoine et revenus de la caution (selon l'article 2301 de l'avant-projet de réforme).



**Diane Ferriol**

Associate, Paris

T +33 (1) 5367 2290

diane.ferriol@hoganlovells.com

# Entreprises en difficulté

## Adaptation du droit français au Règlement Insolvabilité – Suite et fin

Le Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité est rentré en vigueur il y a un an, apportant des avancées significatives au droit européen de l'insolvabilité.

Après la partie législative du Livre VI du Code de commerce en novembre dernier, c'est au tour de la partie réglementaire de faire l'objet d'une adaptation mise en œuvre par le décret n°2018-452 du 5 juin 2018 pris pour l'application du règlement (UE) n°2015/848.

### Articulation entre procédure principale et secondaire

Aux termes du Règlement, la procédure principale est ouverte sur le territoire de l'Etat membre sur lequel le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La procédure secondaire ne concerne quant à elle que les établissements du débiteur.

Le décret précise certaines modalités d'articulation des procédures principales et secondaires.

Le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire en informera sans délai le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale et le débiteur, dans l'hypothèse où il n'est pas représenté par le praticien de l'insolvabilité, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Cette notification mentionnera notamment le délai et les modalités pour :

- s'opposer à la demande d'ouverture de la procédure secondaire, dans un délai de 20 jours à compter de la réception de la notification ; et
- solliciter la suspension de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité secondaire. Le praticien de l'insolvabilité peut en effet solliciter la suspension de l'ouverture de la procédure secondaire pour une durée maximale de trois mois afin de permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers (article 38, §3 du Règlement).

Le tribunal se prononcera sur la demande d'ouverture de procédure secondaire et, le cas échéant, sur la demande de suspension susvisée au cours de la même audience et par un même jugement.

### Nouvelles informations disponibles aux RCS et Bodacc

L'article 24 du Règlement prévoit la création de « registres d'insolvabilité » reprenant les informations concernant les procédures d'insolvabilité. Ces registres doivent notamment permettre aux juridictions qui ouvrent une procédure d'établir si des procédures liées au même débiteur sont en cours dans un autre Etat membre.

Afin de permettre l'interconnexion des registres d'insolvabilité prévue par le Règlement, seront mentionnés sur le registre du commerce et des sociétés (RCS) de la société et au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc) :

- la nature principale, secondaire ou territoriale de la procédure d'insolvabilité ;
- la juridiction compétente pour connaître du recours à l'encontre de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour un motif de compétence internationale ; et
- le délai pour former ce recours.

Le jugement d'ouverture fera également l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés et au Bodacc comportant les mentions susvisées ainsi que l'indication notamment du délai imparti pour la déclaration des créances.

### Engagement du praticien aux fins d'éviter la multiplication des procédures secondaires

L'article 36 du Règlement a ouvert la possibilité au praticien de l'insolvabilité, pour éviter l'ouverture d'une procédure secondaire source de complications, de s'engager à respecter les droits de répartition et de priorité prévus par le droit national qui auraient été conférés aux créanciers si une procédure d'insolvabilité avait été ouverte dans cet Etat membre.

Le Code de commerce indique que c'est le juge-commissaire qui est compétent pour autoriser le mandataire de justice désigné dans la procédure principale à ne pas ouvrir de procédure d'insolvabilité secondaire (article L. 692-7 du Code de commerce).

Le décret précise les modalités de cet engagement :

1. le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale notifiera l'engagement qu'il se propose de prendre aux créanciers locaux connus du débiteur ;
2. l'accord de chaque créancier sera recueilli par écrit par le praticien de l'insolvabilité (ou par voie électronique si le créancier y consent) ;
3. en cas d'accord, le praticien saisira le tribunal de commerce concerné par requête aux fins de d'homologation de cet engagement en y joignant l'engagement unilatéral, la liste des créanciers locaux et la preuve de leur accord.

Le défaut de réponse des salariés et des créanciers publics dans le délai de soixante jours à compter de la réception de la proposition d'engagement vaut refus de l'engagement. Le défaut de réponse des autres créanciers locaux dont les droits sont affectés, dans ce même délai, vaut approbation de l'engagement.

### **Suspension des opérations de réalisation en cas de procédure secondaire ouverte en France**

L'article 46 du Règlement prévoit la possibilité pour le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale de demander à la juridiction qui a ouvert la procédure secondaire la suspension en tout ou en partie de la procédure de réalisation des actifs.

Le décret précise ainsi que dans l'hypothèse où une cession d'actif (cession de l'entreprise ou d'un élément d'actif) est envisagée par le tribunal, le mandataire de justice de la procédure secondaire en informera sans délai, par lettre recommandée avec avis de réception (ou, en cas d'accord, par courrier électronique avec avis de réception), le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale en indiquant le délai dont il dispose pour solliciter la suspension de cette cession.

Le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale pourra solliciter par requête, auprès du tribunal ou du juge-commissaire compétent pour ordonner la cession, la suspension de la cession envisagée dans les 24 jours suivant la réception de la notification.

### **Déclaration de créances des créanciers situés dans un autre État membre**

En application de l'article 54 du Règlement qui énonce les règles d'information des créanciers, le mandataire judiciaire devra informer les créanciers étrangers de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, de l'obligation de déclarer leurs créances, du délai de déclaration des créances et des sanctions encourues en cas de dépassement du délai.

A défaut, les délais de déclaration de créances ne leur seront pas opposables.

L'information devra être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou, s'ils y ont consenti, par courrier électronique avec demande d'avis de réception.

Les créances devront être déclarées en langue française ou accompagnées d'une traduction en langue française, laquelle pourra être fournie jusqu'à ce que le juge-commissaire statue sur l'admission de la créance.

Le décret, entré en vigueur le 8 juin 2018, peut être consulté en intégralité en [cliquant ici](#).



**Romain de Menonville**

Counsel, Paris

T +33 (1) 5367 4792

romain.demenonville@hoganlovells.com



**Pierre-Jean Martinez Chenard**

Collaborateur, Paris

T +33 (1) 5367 2279

pierre-

jean.martinezchenard@hoganlovells.com

# Entreprises en difficulté

## Adaptation des annexes du Règlement Insolvabilité

Modification de la liste des procédures d'insolvabilité et des praticiens de l'insolvabilité entrant dans le champ d'application du Règlement Insolvabilité.

Le 27 juin 2017, le Règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (le « **Règlement** ») entrant en vigueur, apportant des avancées significatives au droit européen de l'insolvabilité. Ses annexes A et B énumèrent les procédures d'insolvabilité et les praticiens de l'insolvabilité auxquels le Règlement s'applique pour chaque Etat Membre.

Plusieurs Etats membres (Croatie, Portugal et Belgique, entre autres) ont notifié dernièrement la Commission Européenne de la modification de leur droit national de l'insolvabilité, témoignant d'une volonté partagée des pays de l'Union Européenne de se doter d'un droit de l'insolvabilité à l'efficacité renforcée.

Le Règlement (UE) 2018/946 du Parlement Européen et du Conseil en date du 4 juillet 2018 procède à l'adaptation de l'annexe A, introduisant notamment :

- en ce qui concerne le Portugal, une « *procédure spéciale par accord de paiement* » pour les débiteurs (autres que des sociétés) rencontrant de sérieuses difficultés financières sans être insolvable ;
- en ce qui concerne la Croatie :
  - une procédure de pré-insolvabilité permettant une restructuration financière accélérée ;
  - une « *procédure d'insolvabilité pour les consommateurs* » pour les débiteurs personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle ; et
  - une « *procédure d'administration extraordinaire pour les entreprises ayant une importance systémique pour la Croatie* ».

Par ailleurs, par une loi entrée en vigueur le 1er mai 2018, la Belgique a réformé les pouvoirs de

son juge délégué à la procédure. Cette modification entraîne sa suppression de l'annexe B du Règlement, listant les praticiens de l'insolvabilité pour chaque Etat membre.

Le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui peut être consulté [en cliquant ici](#), reste applicable. En revanche, il conviendra désormais de se référer aux annexes du Règlement (UE) 2018/946 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2018 qui peut être consulté [en cliquant ici](#). Ce dernier est entré en vigueur le 26 juillet 2018.



**Romain de Menonville**

Counsel, Paris

T +33 (1) 5367 4792

romain.demenonville@hoganlovells.com



**Pierre-Jean Martinez Chenard**

Collaborateur, Paris

T +33 (1) 5367 2279

pierre-

Jean.martinezchenard@hoganlovells.com



## Chez Hogan Lovells



### Evénements et conférences

#### **Conférence sur les financements dans le secteur aérien**

Le 27 juin, les associés Alexander Prémont, Bruno Knadjian et Robert Fugard, ont échangé sur les financements dans le secteur aérien avec l' *Aircraft Financing Insurance Consortium* (« AFIC »), consortium d'entreprises d'assurances qui garantissent les prêts consentis pour l'acquisition d'appareils.

\*\*\*

#### **Introduction au droit des financements**

Le 1<sup>er</sup> octobre, l'équipe bancaire a eu le plaisir d'accueillir une quarantaine de clients pour une journée de formation inédite sur le droit des financements. Après un rappel des étapes du financement d'acquisition LBO par Sabine Bironneau et Isabelle Rivallin, Alexander Premont et Sophie Lok ont présenté la lettre de mandat. S'en est suivi un exposé sur les déclarations et engagements par Michel Quéré et Luc Bontoux. Olivier Fille-Lambie et Maria Klass ont ensuite présenté les cas de défaut et cas de remboursement anticipé obligatoire. Après un rappel des sûretés par Clémence Moulonguet, Alexandre Salem et Louis Reynold de Seresin. Romain de Ménonville et Pierre-Jean Martinez Chénard ont clôturé la formation avec les clauses de défaut et l'efficacité des

sûretés en procédures collectives. Compte tenu du succès de cette journée, l'équipe souhaite renouveler l'expérience en 2019.

#### **9 octobre: Paris RegTech Forum en partenariat avec OpenLaw, le Cercle Montesquieu et la LJA – Sharon Lewis & Winston Maxwell**

**11h00 – 19h00 @ Salons de l'Aéroclub de France, Paris 16<sup>ème</sup>**

\*\*\*

#### **Conférence « Automotive and Mobility »**

Le 11 octobre, les associés Patrick Ayad (Munich), Peter Watts (Londres), Lance Bultena (Washington DC), Sharon Lewis, Winston Maxwell, Xavier Doumen, François Brunet, Christine Gateau et Christelle Coslin ont échangé sur le futur de l'industrie automobile en France et de l'évolution de modes de transports alternatifs.

\*\*\*

#### **Hogan Lovells a organisé pour la première fois dans ses locaux l'atelier Pro Bono BaSE Catalyst**

Le bureau de Paris a organisé un atelier Pro Bono le mardi 9 octobre dernier. Plusieurs équipes, composées d'avocats du cabinet et de juristes de plusieurs grands groupes, ont assisté trois associations sur des questions juridiques.

Cet événement s'inscrit dans le cadre du programme *HL Base Catalyst* de Hogan Lovells. Ce programme consiste à organiser une assistance juridique bénévole à des entrepreneurs sociaux, en réunissant des avocats du cabinet et des juristes d'entreprises clientes du cabinet. Cette action vise à soutenir le développement de ces entrepreneurs sociaux et à leur permettre d'accroître les retombées sociales et/ou environnementales positives de leurs entreprises.

« Nous sommes très heureux de la tenue de cet atelier Pro Bono avec les équipes juridiques de nos clients. Nous trouvons important que les

*collaborateurs de notre cabinet s'investissent dans des projets avec des entrepreneurs sociaux ; nous sommes d'autant plus enthousiastes lorsque nous pouvons partager ce type d'initiatives avec nos clients et vivre ainsi avec eux un moment privilégié en œuvrant ensemble pour une cause sociale »* a ajouté Katia Merlini, associée responsable du Pro Bono de Hogan Lovells à Paris.

\*\*\*

## **24 octobre: life science**

### ***Women's Forum 2018***

Le thème du forum de cette année qui s'est tenu au Carrousel du Louvre autour du thème « Bridging humanity for inclusive progress ».

Le 15 novembre, Sharon Lewis et Katia Merlini sont intervenues sur les questions de parité hommes-femmes.

\*\*\*

### ***Course des lumières***

Dans le cadre de la Course des Lumières à Paris, 42 coureurs d'Hogan Lovells se sont mobilisés, le 24 novembre, pour la lutte contre le cancer. Malgré la pluie et les événements parisiens, l'événement s'est déroulé dans une ambiance festive, pour la plus grande joie des participants. Cette édition 2018 a permis de récolter 220 000 euros au profit de l'Institut Curie.

\*\*\*

### **Cocktail annuel des collaborateurs**

Nos jeunes collaborateurs ont accueilli, le 29 novembre, plus de 70 clients et alumni pour le traditionnel cocktail annuel.

\*\*\*

### ***Séminaire Brexit***

Le 3 décembre, les intervenants d'exception ont débattu sur les enjeux du Brexit auprès de nos associés Michel Quéré, Rachel Kent, Sébastien Gros, Vincent Fidelle.



*Journée de formation - droit des financements, le 1er octobre dernier*



*Course des lumières, le 24 novembre dernier*



**Alicante**  
**Amsterdam**  
**Baltimore**  
**Birmingham**  
**Bruxelles**  
Budapest  
**Caracas**  
**Colorado Springs**  
**Denver**  
**Dubaï**  
**Düsseldorf**  
**Francfort**  
**Hambourg**  
**Hanoï**  
**Hô-Chi-Minh Ville**  
**Hong Kong**  
**Houston**  
Jakarta  
**Johannesbourg**  
**Londres**  
**Los Angeles**  
**Louisville**  
**Luxembourg**  
**Madrid**  
**Mexico**  
**Miami**  
**Milan**  
**Minneapolis**  
**Monterrey**  
**Moscou**  
**Munich**  
**New York**  
**Oulan-Bator**  
**Paris**  
**Pékin**  
**Perth**  
**Philadelphie**  
**Rio de Janeiro**  
**Rome**  
**San Francisco**  
**São Paulo**  
**Shanghai**  
Shanghai FTZ  
**Silicon Valley**  
**Singapour**  
**Sydney**  
**Tokyo**  
**Varsovie**  
**Virginie du Nord**  
**Washington, D.C.**  
Zagreb

#### **Nos bureaux**

Bureaux associés

## **[www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)**

"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, voir [www.hoganlovells.com](http://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.

©Hogan Lovells 2017. Tous droits réservés.