

Info Finance Express

Septembre 2010

Paris



Edito

LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION DES CRÉANCIERS CONTRE LES "SAUVEGARDES HOSTILES"

Les opérations de financement d'acquisitions d'ensembles immobiliers ou de rachats de sociétés à effet de levier reposent traditionnellement, entre autres sûretés, sur des nantissements de comptes titres assortis de pactes commissoires portant notamment sur les titres de la société détenant l'actif financé.

L'objectif du créancier, en cas de difficultés, est de prendre le contrôle de l'actif à travers la réalisation du nantissement de comptes titres. Cependant, l'ouverture d'une procédure collective (y compris l'ouverture d'une procédure de sauvegarde) suspend les droits des créanciers de réaliser les sûretés consenties en leur faveur.

L'affaire Coeur Défense a en outre soulevé un certain nombre d'interrogations et attisé certaines craintes quant aux effets de l'ouverture "hostile" d'une procédure de sauvegarde au bénéfice d'une société holding. En effet, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde non concertée fait craindre aux créanciers une fragilisation de leur situation, d'avantage que dans le cadre de procédures de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le débiteur conservant le contrôle de la société sous sauvegarde.

Dans cette affaire, il s'agissait du financement de l'acquisition d'un immeuble. Le montage, classique, passait par une société holding de droit luxembourgeois. Cependant, les difficultés soumises aux tribunaux à cette occasion peuvent également se rencontrer dans le cadre d'opérations de financement d'acquisition à effet de levier.

Même si l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 25 février 2010¹ ainsi que l'arrêt rendu le même jour dans le cadre de l'affaire Mansford apportent des réponses de nature à rassurer les créanciers, les praticiens ont récemment mené des réflexions pour proposer de nouveaux schémas à même de mieux sécuriser les créanciers.

Les pistes explorées concernent notamment la localisation de certaines sûretés dans des pays autres que la France, la possibilité pour les créanciers d'exercer certains droits de vote ou de veto relatifs à certaines décisions sociales sans avoir au préalable à mettre en œuvre les nantissements de comptes titres qu'ils détiennent, la possibilité pour les créanciers de prendre le contrôle de la société détentrice de l'actif ou d'une société mère par l'exercice de bons de souscription d'actions ou la conversion d'obligations préalablement souscrites, la mise en place d'outils dissuasifs de recours à une procédure de sauvegarde sans discussion ou concertation préalable par le renforcement de



clauses contractuelles ou la capitalisation des prêts d'actionnaires et enfin le recours à des mécanismes juridiques de sûretés jugés plus protecteurs des droits des créanciers (fiducie-sûreté, garantie financière...) dont les effets ne sont pas paralysés par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Une première solution consiste à mettre en place des sûretés réelles hors de France, sur le territoire d'un autre Etat membre. En effet, l'article 5 du Règlement Européen 13466-2000 sur les procédures d'insolvenabilité permet à un créancier de mettre en œuvre les sûretés réelles dont il peut bénéficier sur le territoire d'un autre Etat membre malgré l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard de son débiteur principal en France. Cette solution peut s'avérer particulièrement utile lorsqu'il existe la possibilité de mettre en place des sûretés réelles (par exemple : nantissement de compte titres ou nantissement de compte bancaire) sur le territoire d'un autre Etat. En ce qui concerne le nantissement de compte titres, il sera nécessaire que celui-ci porte sur les titres d'une société étrangère elle-même détenue par une société étrangère. La réalisation du nantissement permettra au créancier de prendre le contrôle indirect de la société française éventuellement placée en procédure de sauvegarde.

Une autre solution consisterait à permettre aux créanciers d'exercer un droit de vote ou de veto sur certaines décisions sociales sans avoir, au préalable, à mettre en œuvre les nantissements de comptes titres qu'ils détiennent. Une action de préférence ou d'une catégorie spécifique pourrait ainsi être créée au niveau de la société française concernée ou de sa maison mère éventuellement étrangère, dont l'objet serait d'octroyer au créancier des droits spécifiques (comme par exemple un droit de révocation des dirigeants) dans certaines circonstances prédéterminées. La forme juridique de la société dictera la possibilité d'avoir recours à ce mécanisme. Lorsque la société est constituée sous forme de SAS, la souplesse de ses règles de fonctionnement laisse ouvertes différentes options (par exemple : droit de veto statutaire, démembrément, nue-propriété usufruit, voire même cession temporaire de la propriété). Si la création d'une action spécifique au profit des créanciers n'est pas possible commercialement, des mécanismes contractuels de substitution peuvent être envisagés.

Les créanciers pourraient encore dans certaines circonstances déterminées à l'avance, prendre le contrôle de la société française ou de sa mère éventuellement étrangère, soit par l'exercice d'une option d'achat consentie sur les titres de la société française ou de sa maison mère, soit par l'exercice de bons de souscription d'actions qui leur auraient été préalablement attribués. Ces bons seraient rétrocédés à la société mère à la fin de l'opération de financement s'ils n'ont pas été exercés. L'exercice de l'option ou des BSA permettrait aux créanciers de prendre le contrôle de la société malgré l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et la suspension éventuelle de leurs droits de poursuite. Cependant, le seul exercice des BSA, s'il permet de diluer l'actionnaire de référence, n'en permet pas l'éviction. Celle-ci devra résulter d'une convention spécifique.

La fiducie-sûreté permettra aux créanciers d'exiger la remise du bien et, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente de celui-ci en cas de défaut de paiement de la dette garantie. Toutefois, la fiducie-sûreté ne confère aux créanciers une protection efficace contre le risque de procédure collective que lorsque le constituant n'a pas l'usage ou la jouissance des biens remis en fiducie. En pratique, le champ d'application de la fiducie-sûreté risque donc d'être limité.

Lorsque les circonstances le permettent, les parties peuvent également envisager la mise en place de garanties financières sous le régime de l'article L. 211-38 du Code monétaire et financier. L'avantage principal de cette sûreté est qu'elle peut être mise en œuvre même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une procédure collective. Cependant, les limites posées par la loi² quant aux obligations garanties et la qualité des parties empêchent l'utilisation des garanties financières comme mode standardisé de sécurisation du créancier.

Enfin, de nouvelles clauses contractuelles sont apparues permettant de mieux informer les créanciers et de permettre une discussion avec ces derniers en amont de toute procédure de sauvegarde. Ces clauses reposant essentiellement sur le respect des obligations contractuelles, il convient de s'efforcer d'en assurer l'exécution forcée dans la mesure permise par la loi.

En outre, il convient de s'assurer que les droits octroyés aux créanciers n'ont pas pour effet de transformer ces derniers en dirigeants de fait de la société concernée.

Ainsi, la panoplie juridique offerte par la réglementation européenne de la faillite, le droit des sociétés français, le renforcement des stipulations contractuelles et, dans une certaine mesure, le droit des sûretés français, permettent aux créanciers et à leurs débiteurs d'envisager différents mécanismes adaptés à chaque cas particulier, permettant de répondre aux besoins de financement des emprunteurs et à la demande de sécurisation des créanciers, sans pour autant peser sur la gestion au quotidien des actifs financés et remis en garantie.



Michel Quéré

T +33 1 5367 1808

michel.quere@hoganlovells.com

1 CA Paris, 9ème Ch., 25 février 2010 SA Eurotitrisation contre SARL Dame Luxembourg : Jurisdata n° 2010-100225.

2 Les obligations garanties doivent être des obligations financières sur instruments financiers lorsque l'une des parties seulement est une "entité qualifiée" (essentiellement un établissement de crédits).

L'Environnement Réglementaire

DÉCISION DE LA COMMISSION DES SANCTIONS DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS (AMF) DU 8 JANVIER 2009

E et Y détenant chacun une importante participation (40,45% pour E et 18,68% pour Y) dans une société X, cotée sur le compartiment B de l'Eurolist Euronext Paris, ont signé un protocole d'accord avec un fonds d'investissement Z en vertu duquel ils se sont engagés à céder tout ou partie de leur participation. Après une période de négociation, les accords définitifs de mise en œuvre de cession ont été conclus.

Pendant la période de négociation, deux acteurs de marché ont réalisé d'importantes acquisitions de titres de la société X qu'ils ont revendus dès la reprise de la cotation qui avait été suspendue à la suite de la publication du communiqué annonçant la cession des participations de E et Y, réalisant ainsi une importante plus value. L'AMF reprochait à ces acteurs de marché d'avoir acquis les titres de la société X alors qu'ils détenaient une information privilégiée, en l'occurrence l'imminence de la cession de la participation de E dans la société X.

Par cette décision, l'AMF rappelle les conditions devant être remplies par une information pour être qualifiée de privilégiée et donne une liste d'indices démontrant la détention d'une information privilégiée.

Il ressort de l'article 621-1 du Règlement général de l'AMF qu'une information privilégiée est une information présentant un caractère précis, non public et ayant une influence sensible sur le cours de l'instrument financier. En l'espèce, l'AMF décide qu'est précise "une information qui implique l'existence d'un projet suffisamment défini entre les parties pour avoir des chances raisonnables d'aboutir, peu important l'existence d'aléas quant à la réalisation effective de ce projet". L'AMF précise également que, lorsque le projet de cession prévoit un prix supérieur au cours de bourse, il s'agit bien d'une information ayant une influence sensible sur le cours du titre en question.

En outre, par cette décision l'AMF confirme une jurisprudence constante selon laquelle le régulateur n'a pas l'obligation d'établir les circonstances dans lesquelles l'information privilégiée est parvenue jusqu'à la personne qui l'a utilisée. En effet, la détention de l'information privilégiée peut résulter d'un ensemble d'indices concordants. En l'espèce, l'AMF décide que constituent des indices concordants : le volume des achats réalisés, la concentration des opérations sur une courte période, l'absence d'opération significative effectuée antérieurement sur le titre en question, l'absence d'intérêt économique et la réalisation des opérations alors que la société avait annoncé avoir reçu une notification de redressement fiscal.



Baptiste Gelpi
T +33 1 5367 2271
baptiste.gelpi@hoganlovells.com

ENTREPRISE INDIVIDUELLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (EIRL)

Cons. const. 10 juin 2010, déc. n°2010-607

Par une décision en date du 10 juin 2010 (Cons. const. déc. n°2010-607), le Conseil constitutionnel a validé la plupart des dispositions de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ("EIRL").

Le Conseil constitutionnel émet toutefois des réserves sur l'application de l'article L. 526-12 nouveau du Code de commerce, en vertu duquel la déclaration d'affectation du patrimoine est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à cette déclaration (*Voir "Actualités Législatives" Hogan Lovells (Paris) LLP* du mois de mai 2010). Le Conseil constitutionnel juge cette loi conforme à la Constitution pourvu que les créanciers antérieurs soient personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable.

Cette loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011.



Guergana Zabounova

T +33 1 5367 1818
guergana.zabounova@hoganlovells.com



CRÉDIT À LA CONSOMMATION

Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010

La Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 (J.O du 2 juillet 2010) portant réforme du crédit à la consommation encadre la publicité et la distribution des crédits, améliore l'information des consommateurs et leur permet de choisir entre plusieurs types de crédits à la consommation.

La publication des décrets et arrêtés pour l'application de cette loi est prévue à la fin de l'année 2010.

(Voir "Actualités Législatives" Hogan Lovells (Paris) LLP du mois de juin 2010).

Guergana Zabounouva

ACTUALISATION DE LA DOCTRINE DE L'AMF RELATIVE AUX OPCVM

L'AMF a actualisé les trois documents ci-dessous relatifs aux OPCVM, afin de prendre en compte les bonnes pratiques relevées par elle en la matière :

- le guide d'élaboration des prospectus des OPCVM ;
- la synthèse des constats effectués lors de l'examen du comportement des OPCVM ; et
- le guide des bonnes pratiques pour la rédaction des documents commerciaux.

(Voir "Actualités Législatives" Hogan Lovells (Paris) LLP du mois de juin 2010)

Guergana Zabounouva

LES CESSIONS DE PARTICIPATION DANS LES PERSONNES MORALES À PRÉPONDÉRANCE IMMOBILIÈRE

Instruction du 31 mai 2010 (BOI 7 D-2-10)

L'administration fiscale a publié une Instruction en date du 31 mai 2010 (BOI 7 D-2-10) concernant les droits d'enregistrement applicables aux cessions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière.

L'article 43 de la loi de finance rectificative pour 2009 (Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009) a précisé le champ d'application territorial du droit d'enregistrement de 5% prévu au 2° du I de l'article 726 du Code général des impôts.

Selon l'administration, relèvent du droit proportionnel de 5% de l'article 726 du Code général des impôts, toutes les cessions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière, quels que soient leur nationalité et le lieu où elles sont réalisées, qu'elles soient ou non constatées par un acte.

(Voir "Actualités Législatives" Hogan Lovells (Paris) LLP du mois de juin 2010).

Guergana Zabounouva

TAUX D'USURE

Le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie a déterminé les seuils de l'usure pour le deuxième trimestre 2010, par un avis en date du 27 juin 2010 (J.O. du 27 juin 2010).

Les taux fixés par cet avis sont applicables à compter du 1er juillet 2010.



Louis-Jérôme Laisney

T +33 1 5367 1844

louis-jerome.laisney@hoganlovells.com

NOUVEAUX SEUILS DE L'INTERDICTION DE PAIEMENT EN ESPÈCES DE CERTAINES CRÉANCES

Le décret n°2010-662 du 16 juin 2010 (J.O. du 18 juin 2010) précise les nouveaux montants de l'interdiction générale de paiement en espèces prévue au paragraphe I de l'article L. 112-6 du Code monétaire et financier.

Le seuil (plafond) est fixé à EUR 3 000 pour les débiteurs résidant fiscalement en France ou agissant pour les besoins d'une activité professionnelle. Il est porté à EUR 15 000 si le débiteur échappe à ces deux critères.

Les autres dispositions de l'article L.112-6 du Code monétaire et financier restent inchangées notamment en ce qui concerne les paiements effectués entre personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, pour lesquels les seuils précités ne sont pas applicables.

Cette publication met un terme à la procédure en manquement initiée en 2008 par la Commission européenne contre la France, pour défaut de transposition de la directive 2005/60/CE du Parlement européen relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, dans les délais (la transposition aurait dû intervenir au plus tard le 15 décembre 2007).



Sophie Lok
T +33 1 5367 2277
sophie.lok@hoganlovells.com



Les métiers et leur pratique

MOYENS DE PAIEMENT

Assouplissement du formalisme cambiaire

Cass. com. 26 mai 2010, FS-P+B, n°09-14.561

La chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment fait une entorse à la rigueur du formalisme cambiaire. L'article L. 511-1 du Code de commerce exige en effet que le lieu de création d'une lettre de change soit mentionné sur la traite elle-même (L. 511-1 I 7°), mais accepte, lorsque cette mention est omise, de considérer "*le lieu désigné à côté du nom du tireur*" comme le lieu de création de la lettre de change (L. 511-1 V Code de commerce).

Par son arrêt du 26 mai 2010, la chambre commerciale est venue élargir le champ de ce "*formalisme de substitution*" en validant une lettre de change sur laquelle l'indication du lieu ne figurait pas sur le recto de la traite, à côté du nom du tireur, mais au verso.

Louis-Jérôme Laisney

RESPONSABILITÉ DU BANQUIER

Obligations du prestataire de services d'investissement

Cass. com 2 février 2010, Pourvoi n°08-20150

Un investisseur a conclu avec un prestataire de services d'investissement ("PSI") une convention portant sur l'ouverture d'un compte de dépôt, sur la transmission d'ordres de bourse ainsi que sur la réalisation d'achats et ventes à découvert. Le compte ayant présenté une position débitrice, le PSI a liquidé les positions de l'investisseur après que l'appel en couverture soit resté sans réponse et a assigné ce dernier en paiement du solde débiteur. Par voie de demande reconventionnelle, l'investisseur reproche au PSI trois fautes : la violation de l'obligation de vérifier la situation financière du client, la violation de l'obligation de se renseigner sur la situation du client et la violation des règles relatives à la couverture.

Concernant l'obligation de vérifier la situation financière du client, la haute juridiction décide que l'obligation de s'enquérir de la situation financière du client s'imposait alors même que ce dernier avait conservé la gestion de son portefeuille sans conseil. Elle sanctionne ainsi la Cour d'appel qui avait jugé qu'une telle obligation ne s'imposait pas en l'absence d'un mandat de gestion confié au PSI. Notons toutefois que cette solution ne vaut que pour les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 avril 2007 transposant la directive MIF. En effet, le nouvel article L. 533-13 du Code monétaire et financier limite désormais l'obligation de s'enquérir de la situation financière du client aux services d'investissement relatifs au conseil en investissement et de gestion de portefeuille pour compte de tiers.

Quant à l'obligation de se renseigner sur la situation du client, elle conduit à vérifier que l'investisseur dispose de la connaissance et de l'expérience nécessaires pour comprendre les risques liés aux opérations envisagées et impose au PSI de fournir à son client les informations et mises en garde appropriées. Cette obligation s'applique quel que soit le service d'investissement. En l'espèce, la Cour d'appel avait jugé cette obligation remplie puisque le client avait pris connaissance des annexes de la charte du PSI, avait répondu

au questionnaire d'évaluation de ses aptitudes et avait déclaré disposer d'une expérience suffisante en matière d'investissement et avoir une connaissance suffisante des produits financiers et des mécanismes boursiers. Pour la Cour de cassation, ces éléments ne démontrent ni que le PSI a procédé à l'évaluation des compétences de son client s'agissant de la maîtrise des opérations spéculatives envisagées et des risques encourus dans ces opérations ni que le PSI a fourni une information adaptée en fonction de cette évaluation.

Deux remarques peuvent être faites par rapport à cette décision : d'une part, le PSI ne doit pas se contenter de déclarations de compétences générales en matière d'investissement, il doit s'assurer que les connaissances et l'expérience du client permettent la compréhension des risques présentés par l'opération envisagée dès lors que celle-ci est considérée comme spéculative ; d'autre part, l'obligation de s'enquérir des connaissances et de l'expérience du client interdit au PSI de se contenter d'une auto-évaluation de ses compétences réalisée par le client.

Quant à la violation des règles relatives à la couverture, la Cour de cassation fait application d'une solution désormais bien établie selon laquelle la couverture permet d'assurer aussi bien le bon fonctionnement du marché que la protection des intérêts des clients. Par conséquent, le client peut invoquer le non-respect de cette obligation par le PSI.



Vincent Fidelle

T +33 1 5367 1891

vincent.fidelle@hoganlovells.com

Soutien abusif : Appréciation de la situation irrémédiablement compromise du débiteur

Cass. com 11 mai 2010, n°09-12.906 et 09-13.347

L'article L. 650-1 du Code de commerce permet de poursuivre un créancier (le plus souvent bancaire), lorsqu'il s'est rendu coupable d'une fraude dans l'octroi d'un crédit à un débiteur qui a fait l'objet, par la suite, d'une procédure collective (plus largement sur cette question, voir Avis d'Experts : "Nouvelles incertitudes sur la responsabilité du banquier pour soutien abusif").

La fraude peut être caractérisée par l'octroi d'un concours alors que le créancier est conscient de la situation irrémédiablement compromise de son débiteur. Il serait tentant, dans ces conditions, d'engager la responsabilité des banques, généralement au fait de la situation financière de leurs débiteurs, dès lors qu'est constatée une insuffisance d'actif.

L'arrêt du 11 mai 2010 dissuade une telle initiative de la part des tiers, en rappelant que "*la situation irrémédiablement compromise d'une société s'apprécie à la date du prêt qui lui est consenti.*" La responsabilité du banquier ne saurait donc être engagée à raison du seul maintien d'un crédit en dépit de la dégradation manifeste de la situation de son débiteur.

Louis-Jérôme Laisney

Point de départ de la prescription faute de mention du TEG

Cass. com. 16 mars 2010, P+B, n°09-11.236

La chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment précisé le point de départ de l'action en nullité de l'intérêt conventionnel en cas d'absence de stipulation de TEG. Celle-ci court à compter du "*jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global*". Il semble qu'à la suite de la réforme de la prescription (Loi n°2008-561 du 17 juin 2008), la Cour de cassation ait choisi une formulation similaire à celle du nouvel article 2224 du Code civil qui dispose que "*les actions personnelles ou mobilières se prescrivent à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer*".

Au visa de l'article 1907 du Code civil ("*le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit*") et de l'article L. 313-2 du Code de la consommation selon lequel le TEG doit être mentionné "*dans tout écrit constatant un prêt*", la chambre commerciale en déduit logiquement que le point de départ de l'action en nullité est, dans le cas d'un découvert, "*la réception de chacun des écrits indiquant ou devant indiquer le TEG appliqué*".

Sophie Lok

DROITS DES SÛRETÉS

Cession (Dailly) de créance à titre de garantie - créance cédée supérieure à la créance garantie

Cass. com. 9 février 2010, F-P+B, n°09-10.119

L'actualité jurisprudentielle apporte son lot de décisions en matière de cession Dailly. Cette fois, il s'agit de l'application de la cession Dailly à titre de garantie lorsque le montant de la créance cédée excède celui de la créance garantie.

Dès lors que la loi ne permet pas de trancher la question, deux hypothèses sont permises. Dans la première, la garantie joue à plein, le cessionnaire est autorisé à recevoir la totalité de la créance cédée, quitte à restituer l'excédent au cédant. Dans l'autre cas, la garantie est devenue automatiquement caduque pour la partie de la créance cédée excédant la créance garantie et le cessionnaire ne pourra recevoir que ce qui lui revient.

La décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 février 2010 consacre cette deuxième hypothèse.

En droit strict, la solution est critiquable. A compter de la notification, le débiteur ne peut plus se libérer entre les mains du cédant et il n'est pas illogique que le cessionnaire puisse obtenir la totalité du paiement de la créance cédée. En outre, le raisonnement s'affranchit du principe d'indivisibilité des sûretés réelles, selon lequel la sûreté porte sur la totalité de la créance cédée et pas seulement sur la partie de cette créance correspondant au montant de la créance garantie.

La solution a le mérite de protéger le débiteur cédé, sans altérer la position du banquier cessionnaire, qui devra tout de même s'assurer que les sommes reçues du débiteur couvrent bien la totalité de sa créance (qu'elle soit alors exigible ou non).



Olivier Fille-Lambie

T +33 1 5367 4733

olivier.fille-lambie@hoganlovells.com

GARANTIE À PREMIÈRE DEMANDE : RUGD - FORMALISME

Cass.com. 30 mars 2010 F-P+B, n°09-12701

L'invité de cette première lettre juridique (voir l'Interview) n'aura pas manqué de relever cette décision portant sur une garantie à première demande soumise aux Règles et Usances Uniformes relatives aux Garanties sur Demande ("RUGD").

L'intérêt qu'elle suscite repose tout d'abord sur la nature du contentieux, à savoir l'action en responsabilité civile du donneur d'ordre vis à vis du garant de premier rang.

Les faits de l'espèce relèvent d'une opération classique d'exportation d'équipements par une société dans le domaine de la défense (Eurocopter). Le contrat n'est pas exécuté en raison d'un refus d'exportation. L'acheteur (un organisme iranien) se retourne contre le garant de premier rang (une banque iranienne) qui appelle en garantie la banque française contre-garante. Eurocopter désintéresse cette dernière et assigne les deux banques en responsabilité pour avoir payé, respectivement le bénéficiaire et le garant de premier rang, en violation des stipulations des garanties.

La Cour de cassation confirme qu'un tel recours est possible, sur le fondement du droit commun des obligations. Le donneur d'ordre peut en effet rechercher la responsabilité du garant lorsque celui-ci a payé le bénéficiaire à tort. Il en va de même du contre-garant qui s'est libéré en violation des termes de la contre-garantie.

En l'occurrence, la garantie, qui était expressément soumise aux RUGD - dans leur version de 1992 (les RUGD 458) - prévoyait bien que le garant devait payer "dès réception d'une déclaration écrite du bénéficiaire énonçant que le contractant a manqué à l'exécution de ses obligations issues du contrat". Mais cette justification n'était pas suffisante au regard de l'article 20 des RUDG qui exigeait que le bénéficiaire indique en outre en quoi le contractant avait manqué à ses obligations. Ce qui n'avait pas été fait dans le cas d'espèce.

La référence aux RUGD n'est pas anodine pour les garants qui peuvent se voir rattraper, comme dans le cas présent, par un formalisme auquel ils n'auraient pas expressément renoncé, et qui s'impose vis à vis du donneur d'ordre dès que celui-ci a effectivement subi un préjudice en supportant les conséquences du paiement effectué à tort.

Olivier Fille-Lambie

CESSION DE CRÉANCE CIVILE À TITRE DE GARANTIE ET NANTISSEMENT DE CRÉANCE

Cass. com. 26 mai 2010, F-P+B, n°09-13.388

La chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment précisé les conséquences de la solution qu'elle avait dégagée dans un arrêt remarqué du 19 décembre 2006. Par cet arrêt, la Cour de cassation avait affirmé qu'"en dehors des cas prévus par la loi, [la cession de créance à titre de garantie] constitue un nantissement de créance." Pas de transfert de propriété, donc, pour le bénéficiaire d'une telle cession de créances de droit commun, mais un simple droit de préférence sur le produit de ces créances.

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 26 mai 2010, la Cour d'appel de Paris avait considéré que le produit des loyers cédés échus postérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire du cédant devait rejoindre l'actif de la procédure, dans la mesure où la cession de ces créances ne constituait, aux yeux des juges du fond, qu'une "modalité de remboursement du prêt" (CA Paris, 1ère ch. civ. sect. A, 17 février 2009).

Par son arrêt du 26 mai 2010, la Cour de cassation censure cette interprétation puisque la Cour d'appel avait constaté que la cession de créance avait été consentie "en garantie du remboursement du prêt." Il lui appartenait dès lors de tirer les conséquences de cette constatation en reconnaissant le droit de préférence du créancier nanti (l'article 2363 du Code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 était inapplicable en l'espèce puisqu'il s'agissait d'une cession de créance antérieure à cette ordonnance) sur les créances cédées, même échues postérieurement au jugement d'ouverture.

Louis-Jérôme Laisney

Procédures Collectives

LA CLAUSE DE SUBSTITUTION DE GAGE

Cass. com. 26 mai 2010, P+B, n°09-65.812

Dans le cadre de plusieurs arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 mai 2010 - dont un est publié au Bulletin, la chambre commerciale confirme la validité de la clause de substitution de gage dans les termes suivants : "la substitution de nouvelles marchandises, de nature et de qualité différentes de celles initialement gagées, ne peut résulter que de l'exécution d'une clause de substitution conventionnelle, résultant d'un accord de volontés des parties, disposant que les biens substitués seront remplacés par le débiteur constituant par la même quantité de choses équivalentes".

En l'espèce, une société avait vendu des noix de jambons avec réserve de propriété à une société qui s'avéra être défaillante. La société venderesse revendiqua la marchandise. Mais un gage tournant sur la marchandise (dont la tierce détention était assurée par des magasins généraux) avait été antérieurement constitué au profit des banques.

A ce stade, nous savons déjà que les banques gagistes seront préférées à la venderesse avec réserve de propriété dès lors que les banques gagistes sont de bonne foi (le droit de rétention des banques sur les marchandises permettant de s'opposer à l'action en revendication de la venderesse). Ceci n'était pas contesté en l'espèce.

Ce que la société venderesse opposait ici était la non fongibilité des marchandises - noix de jambons livrées comme produit finis vs. jambons livrés à affiner - en vue de remettre en cause la validité de l'assiette du gage constitué par les banques. Sans fongibilité des marchandises, pas de gage tournant et faute de gage, pas de droit de rétention des banques sur les marchandises substituées.

Dans sa décision, la chambre commerciale confirme expressément la validité du gage tournant sur des biens "de nature et de qualité différentes" pourvu que "les biens substitués soient remplacés par le débiteur constituant par la même quantité de choses équivalentes".

Elle semble ainsi assouplir les conditions de validité de la clause de substitution de gage en laissant aux parties la faculté de rendre conventionnellement fongibles certaines marchandises. Néanmoins, notons que pour confirmer la décision de la cour d'appel, elle relève dans le même temps qu'un accord de volontés antérieur prévoyait que les deux produits "pouvaient être assimilés pourvu que la valeur de chaque pièce soit identique".

Ainsi, le libéralisme de la chambre commerciale concernant la clause de substitution doit être nuancé par l'appréciation que porteront les juges du fond sur les exigences de quantité, d'équivalence et de valeur et l'accord contractuel entre le constituant et le créancier.

Sophie Lok

DATE DE CESSATION DES PAIEMENTS PROVISOIRES CONTESTÉE PAR LE DÉBITEUR)

CA Paris 23 février 2010, pôle 5, ch.8, n°09/12128

Les circonstances ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris sont particulières : la déclaration de cessation des paiements, déposée par le représentant légal de quatre sociétés, avait précisé que la date de cessation des paiements était "à déterminer par le tribunal" et les juges du fond avaient fixé provisoirement cette date "au vu de l'ancienneté des inscriptions des priviléges" existants à l'encontre desdites sociétés.

La Cour d'appel de Paris a déclaré recevable l'appel des sociétés considérant, d'une part, que celles-ci avaient un intérêt légitime pour contester la date dès sa fixation, car il s'agit d'une décision pouvant leur faire grief permettant de justifier le prononcé de la nullité des actes énoncés aux articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce et, d'autre part, qu'en l'absence de disposition légale contraire, l'indication "à déterminer par le tribunal" n'a pas pour effet de priver une société débitrice de toute faculté de contestation de la date retenue par le tribunal, d'autant que cette date est provisoirement arrêtée par la juridiction consulaire au regard des éléments d'appréciation en sa possession au jour où elle statue.

Par ailleurs, le jugement entrepris est infirmé et la date de cessation des paiements est fixée au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective au motif que l'ancienneté des inscriptions des priviléges à elle seule ne saurait caractériser la cessation des paiements des sociétés en cause.

Guergana Zabounouva

EXTENSION DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE À UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

Cass. com. 13 avril 2010, n°19-12642

Après l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société de droit français Médiasucre Internationale par jugement du Tribunal de commerce de Marseille, le liquidateur a assigné devant ce même tribunal la société de droit italien Rastelli Davide et C. aux fins d'extension de la procédure à son encontre au motif que les patrimoines des deux sociétés étaient confondus. Le Tribunal de commerce s'est déclaré incompétent après avoir relevé que la société Rastelli avait son siège social en Italie et n'avait aucun établissement sur le territoire français, et après avoir conclu (i) que la procédure d'extension s'analyse en une procédure d'ouverture et (ii) qu'en conséquence les dispositions de l'article 3 du Règlement européen, relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE n°1346/2000 du 29 mai 2000), qui désigne comme compétent le tribunal du lieu du centre des intérêts principaux du débiteur, par présomption, le tribunal du lieu de son siège statutaire, est compétent en l'espèce. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a infirmé cette décision statuant que les juges consulaires étaient compétents, d'une part, sur la base de l'article L. 621-2 du Code de commerce qui donne compétence au tribunal ayant ouvert la procédure initiale pour statuer sur la demande d'extension, et, d'autre part, considérant

Droit des contrats

que le Règlement européen n'avait pas à s'appliquer dans la mesure où ses dispositions ne concernent que l'ouverture de la procédure, et non son extension.

La Cour de cassation a décidé de renvoyer à la Cour de justice de l'Union Européenne deux questions préjudicielles. La première concerne la compatibilité du Règlement européen avec le principe de droit interne de l'unicité de la procédure collective en cas de confusion des patrimoines de deux sociétés dont les sièges statutaires sont situés dans deux Etats membres.

La deuxième est relative à la qualification de la procédure d'extension en une procédure d'ouverture ou en une procédure dérivée de la procédure initiale. En effet, si, comme l'a affirmé la société de droit italien, l'extension de la procédure collective s'analysait en une décision d'ouverture, donc en une procédure autonome, l'application de l'article 3 du Règlement européen devrait s'imposer. En revanche, si l'extension était considérée comme appartenant à la catégorie des actions qui sont annexes à la procédure initiale, la règle de droit interne relative à l'unicité de la procédure collective devrait s'appliquer.

Guergana Zabounouva

VERS UNE RÉVISION DU RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE CE 1346/2000 DU 29 MAI 2000 RELATIF AUX PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

L'article 46 du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE n°1346/2000 du 29 mai 2000) prévoit, au plus tard le 1er juin 2012, la remise par la Commission Européenne au Conseil et au Comité économique et social d'un rapport relatif à son application accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le Règlement.

A cette occasion, le dispositif européen pourrait ainsi être amélioré pour prendre en considération l'évolution du monde des entreprises (consolidation du capital par le développement des groupes de sociétés transfrontaliers, intervention croissante des fonds d'investissement...) et les orientations nationales communes du traitement de leurs difficultés (développement des procédures de restructuration de la dette du débiteur, traitement en amont d'un état d'insolvabilité, amélioration de l'accessibilité des procédures, accroissement des pouvoirs attribués aux dirigeants de la société débitrice). Une éventuelle révision devrait régler certains conflits de compétence entre les juridictions des Etats membres (et, notamment, ceux relatifs aux procédures annexes : voir à ce sujet le renvoi précité par la Cour de cassation - Cass.com. 13 avril 2010, n°19-12642) en introduisant de nouvelles règles de conflits de loi.

Guergana Zabounouva

LA SANCTION DE LA MAUVAISE FOI DU CRÉANCIER DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Cass. Civ. 3e, 9 décembre 2009, pourvoi n° 047-19923

Dans cette affaire, peu après la conclusion d'un contrat de bail commercial, le preneur a été placé en liquidation judiciaire et, contrairement à la clause d'agrément au profit du bailleur et en dépit de l'opposition de ce dernier, le bail a été cédé à un tiers. La Cour d'appel de Montpellier avait estimé que l'application de ladite clause d'agrément était soumise à l'existence du fonds de commerce faisant l'objet du bail, ce qui n'était pas le cas en l'espèce et que dans la mesure où le bailleur connaissait cette situation, sa mauvaise foi était ainsi établie.

La chambre civile de la Cour de cassation a suivi l'interprétation de la chambre commerciale dans son grand arrêt du 10 juillet 2007 : si l'article 1134 du Code civil permet au juge de sanctionner l'exécution déloyale des conventions, il n'en reste pas moins que ce texte ne doit pas être le fondement d'une modification judiciaire des stipulations contractuelles.

Guergana Zabounouva

L'interview



Entrevue avec **Georges Affaki**, membre du Comité Exécutif et Responsable des Financements Structurés, CIB Legal, BNP Paribas. M. Affaki a présidé le groupe international qui a rédigé les récentes Règles Uniformes relatives aux Garanties sur Demande (RUGD 758) de la Chambre de Commerce Internationale.

Pourquoi de nouvelles RUGD ?

L'encours des garanties indépendantes dans le monde s'élève à plusieurs centaines de milliards d'euros. Ils sont le pivot indispensable de toute obligation de faire ou de payer dans tout contrat et dans tous les secteurs. Or, la description de la défaillance du donneur d'ordre qui doit être le prélude à l'appel de la garantie, engendre souvent des négociations dures et des termes sibyllins qui se révèlent être de véritables pièges pour l'une ou l'autre des parties. En 1991, la CCI a relevé le défi d'uniformiser la pratique des garanties indépendantes. Les premières RUGD - 458 - sont entrées en vigueur en avril 1992. Petit à petit, elles ont gagné la confiance des opérateurs du marché : la Banque Mondiale, la CNUDCI, la Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils, et de nombreux législateurs et régulateurs les ont endossées ou incorporées dans leurs modèles de garanties types.

Dix-sept ans après, il était temps pour la CCI de mettre à profit les commentaires transmis par des banques et des entreprises sur leur expérience avec les RUGD. On a noté aussi que des pratiques importantes n'avaient pas été couvertes dans la version 458 pour leur conserver une concision nécessaire à une première tentative de codification : la notification de garanties, les amendements, les transferts, ou encore les normes d'examen documentaire.

En outre, certaines des règles, à l'usage, se sont révélées être peu précises telles que les standards de "soin raisonnable" et de "délai raisonnable". Enfin, certaines règles devaient être repensées pour répondre à l'impératif de traitement équilibré que prônent les RUGD. C'est le cas de l'ancienne règle sur la force majeure, désormais rénovée à l'article 26. Dans un environnement échaudé par la crise où les garanties sont appelées plus que jamais à combler le manque de confiance entre les parties, il était temps que la CCI révise les RUGD. La révision fut réalisée avec des moyens importants en un temps record : deux ans et demi (2007-2009), 600 séries de commentaires nationaux de 52 pays et cinq projets successifs culminant par une adoption unanime par le Comité exécutif de la CCI le 3 décembre 2009. Les nouvelles RUGD 758 sont entrées en vigueur le 1er juillet 2010.

Quels sont les principaux attraits de ces nouvelles règles ?

Les nouvelles RUGD 758 sont bâties sur un équilibre indispensable entre les attentes légitimes de toutes les parties. Ainsi le donneur d'ordre a le droit d'être informé de la survenance des principales étapes de la garantie (entrée en vigueur, réduction, appel, etc.), mais ne peut exiger qu'une demande conforme lui soit soumise pour accord avant paiement. Sinon, la garantie n'est plus irrévocabile ou autonome. De plus, étant à l'initiative de l'émission, le donneur

d'ordre doit protéger le garant des aléas de sa mission, pour autant que le garant ait exécuté ses obligations conformément aux instructions. Le bénéficiaire, quant à lui, peut s'attendre à un engagement irrévocabile et indépendant du contrat sous-jacent. Mais il doit aussi préciser – mais non prouver – la défaillance du donneur d'ordre qui motive son appel. Les nouvelles RUGD 758 lui offrent en outre une extension de la garantie pour une période déterminée dans le cas où la force majeure empêcherait le garant de recevoir une demande en paiement, de l'examiner, ou de la payer. Il bénéficie donc d'une protection accrue comparée à une garantie non régée par les RUGD.

Pris entre des intérêts potentiellement divergents du donneur d'ordre et du bénéficiaire, le garant doit être assuré que son rôle se limitera à se conformer aux instructions d'émission, et à examiner toute présentation pour vérifier sa conformité aux termes de la garantie sans avoir à adjuger des litiges issus du contrat sous-jacent ou déterminer la survenance de faits liés à ce contrat. Les nouvelles RUGD 758 expriment sans aucun doute le caractère indépendant de la garantie qu'elles régissent (article 5) et, surtout, son caractère exclusivement documentaire. En effet, à l'instar des règles des crédits documentaires, les nouvelles RUGD déclarent sans effet toute condition dont la survenance ne peut être vérifiée par un document, une date, ou une constatation à partir des propres livres du garant (article 7). Cette règle, ainsi que les nombreuses autres innovations dans les RUGD 758 assureront, je n'en doute pas, leur succès. D'ailleurs, plusieurs garanties RUGD 758 ont été émises dès le premier jour d'entrée en vigueur des règles.

Qu'attendez-vous des acteurs ?

Ghandi disait : "Il faut que nous soyons le changement que nous souhaitons voir dans le monde". Banques et entreprises réclament depuis des années une pratique sereine et standardisée des garanties indépendantes. Les nouvelles RUGD 758 offrent pour la première fois le potentiel de transformer ce vœu en réalité. Pour cela, les banques doivent prendre l'initiative d'éduquer leurs clients, correspondants et régulateurs sur les avantages des RUGD 758. On ne peut continuer avec des modèles de garanties partiaux et déséquilibrés.

Les avocats ont un rôle de soutien décisif, car ils sont le conseil avisé des banques et des entreprises lors de la négociation, la rédaction et l'appel des garanties. Une pratique constante édifiant les RUGD 758 en ossature indispensable des garanties indépendantes créera rapidement l'environnement harmonisé qui bénéficiera à l'ensemble des acteurs. Naturellement, la CCI sera toujours prête à aider. Elle a déjà adjoint à la brochure 758 des modèles-types de garanties et des clauses optionnelles très pratiques. Elle se prépare à publier un guide pour les RUGD 758. Elle peut aussi répondre aux demandes d'interprétation de ses règles ou offrir ses services de règlement des litiges issus de garanties RUGD que ce soit par son système d'expertise accéléré DOCDEX ou par son arbitrage bien connu si les parties viennent à le choisir. Quelle que soit la garantie que nous rédigeons : bonne fin, de passif, de paiement, etc., en France, dans le Golfe ou ailleurs, un choix s'impose : les RUGD 758.

Chez Hogan Lovells

ÉVÉNEMENTS

- Le 20 mai dernier, une équipe d'associés Hogan Lovells des départements Corporate (Robert Follie), Real Estate (Jean-Pascal Bus) et Bancaire (Richard Jadot), a animé au cabinet un séminaire sur l'état et les perspectives du marché des nouvelles énergies (solaire, éolien).
- Le 3 juin, Jean-Marc Albiol (Droit social) et Edith Boucaya (Corporate) ont animé avec des membres de l'AFJE un séminaire sur la délégation de pouvoirs.
- Le 8 juin, Winston Maxwell (Corporate) a organisé un séminaire sur les perspectives de la 4G aux Etats-Unis et en France.

AVIS D'EXPERTS

- Olivier Fille-Lambie et Louis-Jérôme Laisney, de notre équipe de droit bancaire, ont publié un article intitulé "La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués ?" dans le numéro de mai de *Droit & Patrimoine*.
- Michel Quéré, Olivier Fille-Lambie et Louis-Jérôme Laisney, de notre équipe de droit bancaire, ont publié une chronique intitulée "Prêt à portée ou le retour de la monnaie" dans le numéro de juin-juillet du *Magazine des Affaires*.
- Louis-Jérôme Laisney, de notre équipe droit bancaire, a publié un article intitulé "Nouvelles incertitudes sur la responsabilité du banquier pour soutien abusif" dans le numéro d'avril de la revue Lamy *Droit des Affaires*.
- Le numéro du 12 mai de RIA comprend un article d'Antoine de Brosses qui traite du principe de reconnaissance mutuelle et de son caractère essentiel aux entreprises qui effectuent du commerce intra-communautaire.

- Winston Maxwell, l'un des spécialistes de Hogan Lovells en droit de l'Internet, a publié un article dans *Légipresse* (numéro de juin) traitant de la neutralité du net et de la liberté d'expression.
- Philip Boys et Marouane El Idrissi, de l'équipe marché de capitaux, ont publié dans *Le Journal des Sociétés* du mois de juin un article sur le débat en cours à propos de la standardisation des principes, de l'éthique et des standards de la finance islamique.
- Option Droit & Affaires* a fait paraître le 16 juin un numéro dans lequel Dominique Ménard, spécialisé en droit de la propriété intellectuelle, donne un avis d'expert sur l'émergence prévisible des contentieux relatifs aux "Trade Secrets".
- Cécile Derycke et Thomas Rouhette ont publié en juillet dans *Le Monde du Droit* divers articles traitant de l'évolution récente en matière de responsabilité du fait des produits.
- Notre équipe de droit social a publié le 6 juillet des articles de droit comparé sur le thème de l'obligation de reclassement dans *La Semaine Juridique - Social*. Etats des lieux en France, en Allemagne, au Royaume-Uni et en Espagne.

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



www.hoganlovells.com

Hogan Lovells a des bureaux à:

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

“Hogan Lovells” ou le “Cabinet” désigne les cabinets d'avocats internationaux comprenant Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP, Hogan Lovells Worldwide Group (une association suisse - “Swiss Verein”), et leurs entreprises affiliées, dont chacune constitue une personne morale distincte. Hogan Lovells International LLP est une société à responsabilité limitée immatriculée en Angleterre et au Pays de Galles sous le numéro OC323639. Siège social et établissement principal : Atlantic House, Holborn Viaduct, Londres EC1A 2FG. Hogan Lovells US LLP est une société à responsabilité limitée immatriculée dans le District de Columbia. Le mot “associé” désigne un membre d’Hogan Lovells International LLP, un associé d’Hogan Lovells US LLP, ou un salarié ou consultant ayant des compétences et un statut équivalents, ou un associé, membre, salarié ou consultant dans l'une ou l'autre des entreprises affiliées bénéficiant d'un statut équivalent. Des classements et cotes provenant d'annuaires juridiques et autres sources peuvent faire référence aux anciens cabinets Hogan & Hartson LLP et Lovells LLP. Lorsque des études de cas sont reprises, les résultats obtenus ne constituent pas une garantie de résultats similaires pour les autres clients. Notification pour l'État de New York : Publicité d'avocats.

© Hogan Lovells 2010. Tous droits réservés. 7325_EUn_0910

*Bureaux associés