

Info Finance Express

Décembre 2010

Paris



Edito

ADOPTION DE LA SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE

Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

La loi de régulation bancaire et financière vient d'introduire une nouvelle procédure hybride dans le droit français des procédures collectives : la sauvegarde financière accélérée. Hybride parce qu'elle succède obligatoirement à une procédure de conciliation et parce qu'elle n'a d'effet qu'à l'égard de certains créanciers. Le principe d'égalité des créanciers se trouve ainsi sacrifié pour les besoins du pragmatisme.

Le nouvel article L 628-1 du Code de commerce permet en effet au débiteur de demander l'ouverture d'une sauvegarde financière accélérée, pourvu qu'il soit *"engagé dans une procédure de conciliation en cours"* et qu'il puisse justifier *"avoir élaboré un plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part [de ses créanciers financiers] pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai"* d'un mois (prorogeable une fois). Si le plan proposé au stade de la conciliation n'a pu recueillir l'accord de tous les créanciers participants, cette nouvelle procédure pourra donc permettre au débiteur de surmonter l'opposition des créanciers récalcitrants, s'ils sont minoritaires et entrent dans la catégorie des créanciers financiers.

Quels sont donc ces créanciers financiers qui, aux termes de l'article L 628-1 alinéa 3 du Code de commerce, sont seuls concernés par cette sauvegarde financière accélérée ? Il s'agit des membres du comité des établissements de crédit et, s'il y a lieu, des obligataires. La sauvegarde financière accélérée présente donc l'avantage de préserver la relation commerciale entre le débiteur et ses fournisseurs, lesquels continueront d'obéir aux conditions de leurs contrats conclus avec le débiteur.

Si le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée, le conciliateur sera amené à se prononcer *"sur le déroulement de la conciliation et sur les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers"* financiers. Au vu du rapport du conciliateur, le tribunal pourra décider d'ouvrir cette procédure et le comité des établissements de crédit et l'assemblée générale des obligataires, s'il y a lieu, devront se réunir pour se prononcer sur le projet de plan dans un délai écourté à huit jours à compter de sa réception.

Les créanciers devront en principe adresser leur déclaration de créances au mandataire judiciaire dans les conditions du droit commun. Mais les nouvelles dispositions font une faveur aux créanciers financiers ayant préalablement participé à la procédure de conciliation en simplifiant leurs démarches. En effet, le débiteur devra établir une liste des créances à la date de l'ouverture de la sauvegarde financière accélérée, qu'il fera certifier par le commissaire aux comptes ou, à défaut, par l'expert-comptable, avant de la déposer au greffe du tribunal. Chaque créancier sera alors informé par le mandataire judiciaire des caractéristiques de ses créances, telles qu'elles figurent sur cette liste. Sans nouvelle manifestation de leur part, leurs créances seront *"réputées déclarées, sous réserve de leur actualisation."*

Le tribunal pourra alors arrêter le plan de sauvegarde et le faire adopter par les créanciers financiers dans le délai d'un mois, prorogeable une fois, à compter de l'ouverture de la procédure. A défaut, le tribunal devra mettre fin à la procédure de sauvegarde financière accélérée, ce qui devrait autoriser le débiteur à demander l'ouverture d'une sauvegarde "classique" (qui affectera cette fois-ci l'ensemble de ses créanciers), s'il satisfait encore aux conditions de l'article L 620-1 du Code de commerce : ne pas être en cessation des paiements et justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.

L'un des principaux intérêts de cette nouvelle procédure réside précisément dans l'adoption du plan au sein du comité des établissements de crédit et de l'assemblée générale des obligataires, le cas échéant. La procédure de conciliation est en effet régie par la règle de l'unanimité des créanciers. Si, comme le présuppose cette nouvelle procédure, l'unanimité n'a pu être atteinte en raison de la réticence d'une minorité de créanciers – inférieure à un tiers –, la règle de la majorité des deux tiers, applicable aux comités devrait permettre d'adopter le plan de sauvegarde financière accélérée.

C'est donc bien pour vaincre cette réticence qu'a été instituée cette nouvelle procédure et le dispositif adopté apparaît assurément pragmatique de ce point de vue. Quelques observations semblent néanmoins pouvoir être exprimées. A commencer par les conditions d'ouverture restrictives de cette nouvelle procédure.

En effet, est seul éligible à la procédure de sauvegarde financière accélérée le débiteur qui n'est pas ou plus en état de cessation des paiements et qui fait l'objet d'une conciliation en cours. En outre, le renvoi opéré par l'article L 628-1 aux conditions de l'article L 626-29 laisse entendre que cette nouvelle procédure n'est ouverte qu'aux débiteurs pour lesquels la constitution d'un comité de créanciers est obligatoire. La sauvegarde financière accélérée serait donc limitée aux entreprises employant au moins 150 salariés et réalisant au moins 20 millions d'euros de chiffre d'affaires. Faut-il y voir un choix politique, le sauvetage de grandes entreprises étant considéré comme seul capable de justifier l'atteinte faite au pouvoir de blocage des créanciers minoritaires ? Toujours est-il que ces limites devraient rendre l'ouverture de cette nouvelle procédure assez peu fréquente en pratique.

Il aurait été souhaitable par ailleurs que les créanciers financiers soient accompagnés dans leurs efforts par les administrations fiscales et sociales définies à l'article L 626-6 du Code de commerce. L'ajout de ces administrations dans la catégorie des créanciers financiers visés par la nouvelle procédure aurait eu, espérons-le, un effet incitatif sur les autres créanciers financiers, en même temps qu'il aurait facilité la sauvegarde de l'entreprise.

On peut enfin regretter la brièveté de cette procédure, limitée à un délai d'un mois, certes prorogeable une fois. Il est à craindre en effet que ce délai soit trop court pour éteindre les réticences qui n'ont pu être vaincues au stade de la conciliation.

A tous égards, la sauvegarde financière accélérée fait figure de procédure "passerelle" et n'aura vocation à intervenir que dans un contexte très particulier : celui d'un plan de conciliation préalable, élaboré par une grande entreprise en difficultés, qui n'aurait pas abouti, du fait de la réticence d'une minorité de ses créanciers financiers.



Sabine Bironneau-Loy

T +33 1 53 67 47 36

sabine.bironneau@hoganlovells.com



L'environnement réglementaire

CODE DES TRANSPORTS

Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010

L'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative des transports (JO du 3 novembre 2010) a codifié à droit constant les principales lois en matière des transports (le "Code"). Le Code est divisé en six parties : "Dispositions communes" (partie 1), "Transport ferroviaire ou guidé" (partie 2), "Transport routier" (partie 3), "Navigation intérieure et transport fluvial" (partie 4), "Transport et navigation maritimes" (partie 5) et "Aviation civile" (partie 6), et est entré en vigueur le 1er décembre 2010.

Le dispositif codifié rassemble les dispositions de (a) quatre codes dans leur intégralité : le Code de l'aviation civile, le Code des ports maritimes, le Code du travail maritime et le Code des pensions de retraite des marins français et (b) deux codes partiellement : le Code du domaine fluvial et de la navigation intérieure et le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande.

Le Code incorpore également des dispositions qui n'avaient jamais fait l'objet d'une codification : notamment celles relatives au transport ferroviaire et aux conditions d'exploitation commerciales des transports routiers, fluviaux et maritimes et de la sécurité maritime.

En revanche, certains textes relatifs à la responsabilité du transporteur ne sont mentionnés qu'à titre de renvoi : tel est le cas des articles du Code de commerce relatifs à la responsabilité du transporteur routier, fluvial et aérien (articles L. 133-1 à L. 133-9 du Code de commerce par renvoi de l'article L. 1432-1 du Code) et les dispositions de la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 (par renvoi de l'article L. 6421-4 du Code) ; d'autres textes régissant la matière des transports sont exclus du Code : tel est le cas du Code de la route et le Code de la voirie routière.



Guergana Zabounova

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

EIRL : PRÉCISIONS SUR LA GARANTIE DES ENGAGEMENTS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

Réponse ministérielle à la question n°80164 de M. Michel Hunaut

En créant l'EIRL, la loi du 15 juin 2010 a permis aux entrepreneurs de distinguer leur patrimoine personnel de leur patrimoine professionnel, affecté à leur seule activité commerciale. Toutefois, les établissements de crédit peuvent continuer de soumettre l'octroi de leurs concours à la fourniture d'une garantie personnelle par l'entrepreneur. Par une réponse ministérielle du 19 octobre 2010, le gouvernement a tenté de décourager cette pratique en rappelant qu'OSEO et la SIAGI peuvent s'engager en tant que garants de l'entrepreneur jusqu'à 70% du crédit demandé. OSEO a par ailleurs déclaré vouloir respecter l'esprit de l'EIRL en limitant ses recours aux seuls actifs affectés à l'activité de l'entrepreneur, ce qui permettra d'assurer une protection effective du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel.



Louis-Jérôme Laisney

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

Les métiers et leurs pratiques

RESPONSABILITÉ DU BANQUIER

SANCTION DU TEG ERRONÉ DANS UNE OFFRE DE PRÊT IMMOBILIER

Cass. 1^{ere} civ., 30 septembre 2010 n°09-67.930

Attention au calcul du TEG ! Dans un arrêt du 30 septembre 2010, la première chambre civile de la Cour de Cassation rappelle que la déchéance du droit aux intérêts est opposable à la banque si la mention du TEG est erronée dans l'offre préalable d'un prêt immobilier. Les moyens du pourvoi, assez développés, concluent en effet que le taux mentionné était inférieur à celui réellement pratiqué.

À cet égard, l'emprunteur se prévalait de deux fondements distincts.

Le premier concernait les dispositions de l'article L313-2 du Code de la consommation (sur l'insertion du TEG dans l'écrit constatant le prêt). Ici, la cour d'appel déclare l'action de l'emprunteur irrecevable car enfermée dans le délai de prescription quinquennale, ce que la Cour de Cassation approuve.

Néanmoins, l'emprunteur se prévalait également des dispositions de l'article L312-33 4° du Code de la consommation (sur les sanctions encourues en cas de non respect du contenu de l'offre préalable) pour demander la déchéance du droit aux intérêts de la banque. Cette fois, la cour d'appel déclare l'action de l'emprunteur recevable car soumise à la prescription décennale (avant la réforme de la prescription) mais déboute l'emprunteur au motif que l'article en question ne s'applique pas au calcul du TEG. C'est dans ce contexte que la Cour de Cassation casse l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, au double visa de l'article précité et de l'article L312-8 3° (sur le contenu de l'offre préalable de prêt).

Elle confirme ainsi que, dans la mesure où le TEG erroné est mentionné dans l'offre préalable, la déchéance des intérêts est encourue. Rappelons néanmoins que la sanction est laissée à l'appréciation du juge qui peut ne prononcer qu'une déchéance partielle.



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

PRÉCISIONS SUR LA RESPONSABILITÉ DU BANQUIER POUR SOUTIEN ABUSIF

Cass. Com. 11 mai 2010, n°09-66552 : Société Crédit Agricole Alsace Vosges c/ Société Protechnic

Il semble que l'action en responsabilité pour soutien abusif constitue encore, aux yeux de certains créanciers, le moyen d'obtenir le paiement de leurs créances en souffrance, en cas de procédure collective de leur débiteur. En l'espèce, une société avait consenti plusieurs avances à une autre société de son groupe avec laquelle elle avait conclu une convention de trésorerie. La société emprunteuse ayant été mise en liquidation judiciaire, la société prêteuse a déclaré sa créance à la procédure et a parallèlement tenté d'engager la responsabilité de leur banquier commun.

Faisant droit à sa demande, la Cour d'appel de Colmar (CA Colmar 26 février 2009) a condamné la banque à qui elle reprochait d'avoir "*permis la poursuite d'une exploitation ruineuse et sans aucune perspective de rétablissement*" en dépit de sa "*connaissance précise de la situation financière de la société*" emprunteuse en liquidation.

Mais la Cour de cassation censure cette décision en relevant qu'"*en l'absence d'anomalies apparentes devant attirer l'attention d'un professionnel normalement vigilant [...] le banquier qui [...] se borne à exécuter les ordres de virement de son client [...] n'engage pas sa responsabilité.*" La Cour de cassation rejette donc la responsabilité de la banque pour soutien abusif lorsqu'elle n'a pas elle-même consenti les avances et qu'elle s'est contentée d'exécuter les ordres de son client. Dès lors qu'elle n'agit pas en tant que prêteur, la banque voit donc sa responsabilité limitée aux hypothèses dans lesquelles elle aurait manqué à son devoir de vigilance.

Louis-Jérôme Laisney

DEVOIR D'INFORMATION, DE CONSEIL DU BANQUIER ET SES SUITES

CA Paris, 5 ch. 6, 15 avril 2010, n°08-07163, Synapsis (première espèce) et CA Paris, 5 ch. 6, 15 avril 2010, n°08-09880, Consorts Defforey/de Galbert c/ Institut de France, HSBC Private bank France et HSBC Private wealth managers (seconde espèce)

Par deux arrêts en date du même jour, la Cour d'appel de Paris vient préciser les conséquences du défaut d'information, de conseil ou de mise en garde, dans le cadre des obligations du banquier.

Dans la première espèce, un agent immobilier ayant réalisé une opération exceptionnelle avait décidé de placer la trésorerie excédentaire provenant de cette opération auprès d'une banque en souscrivant des parts d'un fonds commun de placement. Le placement étant fortement volatile, il avait subi des pertes importantes de plus de 50%, ayant pour conséquence la mise en cause de la banque par son client pour manquement à ses obligations d'information, de conseil et de mise en garde.

La Cour d'appel constatant qu'aucun document d'information n'avait été remis par la banque à son client, dont les "*compétences* [étaient] *parfaitement étrangères aux opérations de bourse*", sanctionne un manquement de la banque à son obligation d'information ayant causé un dommage s'analysant en la perte d'une chance.

Selon l'appréciation des juges du fond, l'agent immobilier a perdu la chance de "*n'avoir pas pris la décision d'investir sur le support en cause si l'information adaptée avait été fournie*". La réparation du préjudice est donc calculée sur le fondement de cette perte de chance, ce qui exclut, en principe, la réparation intégrale du préjudice réellement subi.

Dans la seconde espèce, les clients d'une banque reprochaient à cette dernière la réalisation défectueuse d'un montage juridico financier.

Un client se trouvant en possession de très nombreux titres négociables accepte la proposition de la banque visant à "*diminuer l'exposition aux risques boursiers de son patrimoine, constitué d'un seul titre, et à alléger son imposition*".

La banque ne respecte par les modalités de l'opération, telle qu'acceptée par ses clients, ce qui cause des pertes importantes à ses clients, contraints dès lors de contracter un prêt relais.

Les juges du fond retiennent deux fautes à l'encontre de la banque : d'une part, une absence d'accord des parties, et d'autre part, un manquement à son obligation d'information et de conseil, "*en s'abstenant de donner des informations à ses cocontractants sur le schéma effectivement exécuté*".

S'agissant de la première faute, il semblerait plus juste d'affirmer que la banque engage sa responsabilité pour avoir manqué à une obligation essentielle du contrat en modifiant l'opération, ladite modification allant à l'encontre de la volonté du client.

S'agissant de la seconde faute, les juges sanctionnent une absence de conseil de la banque et décident que la banque est tenue responsable des pertes subies par le client.

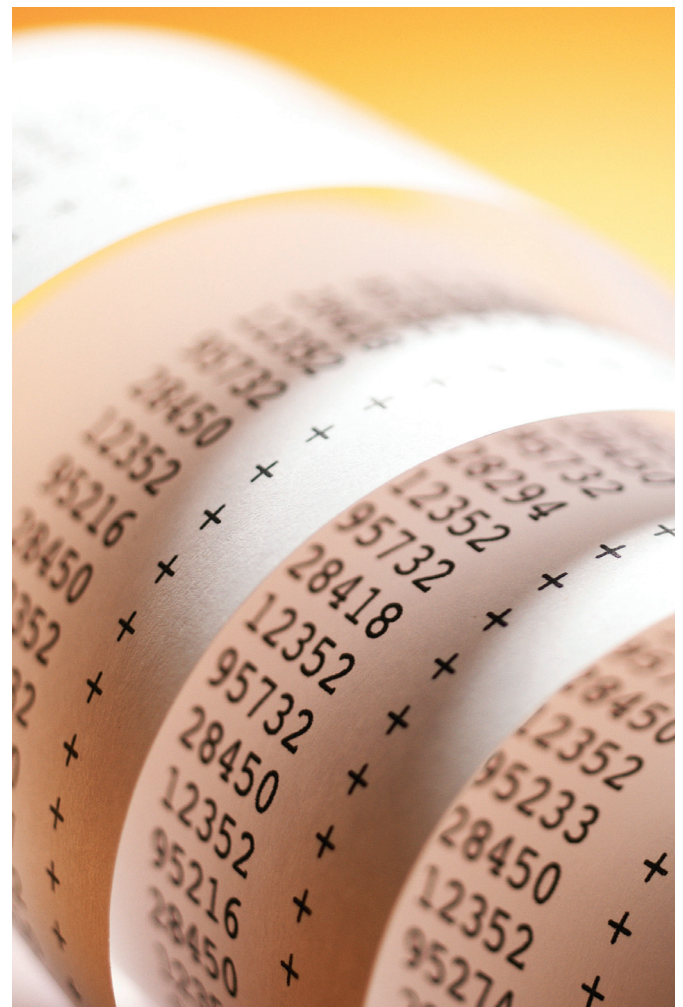
De manière générale, dans le cadre d'un contrat d'ingénierie financière, telle que prévu par l'article L311-2 5° du Code monétaire et financier, les juges du fond consacrent un devoir absolu de conseil à l'égard du client profane.



Anne Ziolo

T +33 1 53 67 16 37

anne.ziolo@hoganlovells.com



MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE (PRÉCISIONS GÉNÉRALES SUR LA QUALITÉ D'EMPRUNTEUR NON AVERTI ET INCIDENCE SPÉCIFIQUE DU MONTAGE FINANCIER SUR L'APPRÉCIATION DES JUGES)

CA Paris, 5 ch. 6, 8 octobre 2009, n°08-07163, SA Banque Palatine c/ SARL il Vicolo

La banque a pour obligation de mettre en garde l'emprunteur sur les caractéristiques et les risques du prêt qu'elle s'apprête à consentir, sous peine d'engager sa responsabilité. Par cet arrêt, la Cour d'appel de Paris confirme une jurisprudence déjà établie, en appuyant son raisonnement (i) sur la notion de client "non averti" et (ii) sur les caractéristiques du montage financier en cause.

Le prêt avait été consenti à une société en formation composée de deux associés, l'un ayant exercé en qualité de chef de rang et l'autre en qualité d'agent immobilier, afin de financer l'acquisition d'un fonds de commerce de restauration. Les connaissances de l'un étaient donc exclusivement orientées vers la restauration et la profession de l'autre lui permettait de connaître des caractéristiques du prêt en question. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a considéré que ces compétences ne suffisaient pas à faire d'eux des emprunteurs avertis, à même de mesurer les risques inhérents à cette opération financière.

La Cour d'appel de Paris a donc considéré que la qualité d'emprunteur averti se caractérise par la réunion sur la même tête (i) d'une compétence en matière financière et (ii) d'une connaissance approfondie en termes d'activité.

La banque aurait donc dû exercer son devoir de mise en garde en informant les associés des risques. Par cette absence de conseil, elle a, par voie de conséquence, commis une faute dont elle doit réparation.

La Cour d'appel de Paris confirme ainsi une décision de Cour de cassation (Cass. 1ère civ., 30 avril 2009, N0. 07-18.334 : Juris-Data n°. 2009-047953 ; JCP G 2009, act. 256, obs. L. Dumoulin) selon laquelle l'assistance reçue par l'emprunteur non averti, même préalablement à la signature de la convention de prêt, ne dispense pas la banque de son devoir de mise en garde : *"la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie."*

En outre, la position de la Cour d'appel de Paris a semble-t-il été renforcée par les caractéristiques du prêt, celui-ci ayant la forme d'un prêt in fine, c'est à dire remboursable en une seule fois à l'échéance d'une période qui était en l'espèce de dix ans. Le montage financier a en effet été considéré par la juridiction d'appel comme "très rarement utilisé pour financer l'achat d'un fonds de commerce et en outre manifestement inadapté", faisant courir un risque excessif aux emprunteurs qui n'en

n'ont pas été avertis, ainsi aggravé par les caractéristiques inappropriées du prêt.

Anne Ziolo

Droit des sûretés

LOI APPLICABLE À UN CONTRAT DE CAUTIONNEMENT CONSENTI EN GARANTIE D'UN CONTRAT DE PRÊT

Cass. Com. 8 juin 2010, n°08-16298 et 08-16485

En l'espèce, une société française exploitant un restaurant en France a souscrit un emprunt auprès d'un établissement de crédit anglais, par un acte sous seing privé soumis au droit anglais. En garantie de ce prêt, les trois associés de la société ont accepté de se porter cautions solidaires de cet engagement par un acte notarié établi à Paris. La créance de la banque a ensuite été cédée à une banque suisse.

A la suite de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société, la banque cessionnaire a poursuivi les cautions en exécution de leurs engagements et celles-ci ont été condamnées solidairement au paiement des sommes dues. Pour contester cette décision, les cautions faisaient grief à l'arrêt d'avoir refusé d'appliquer la loi anglaise comme loi applicable au contrat de cautionnement.

Les cautions réclamaient l'application de la loi anglaise désignée comme loi applicable au contrat de prêt au motif notamment que le cautionnement est régi en principe par la loi applicable au contrat principal. L'acte notarié qui constatait le cautionnement comportait une clause de loi applicable et de juridiction pour le moins ambiguë, dans laquelle il était stipulé que *"les litiges et contestations de toutes sortes auxquelles les présentes pourront donner lieu, tant pour leur validité que pour leur interprétation ou leur exécution, seront soumis aux tribunaux de Paris (...) le tout sous réserve de l'application de la loi anglaise et de l'attribution de juridiction aux tribunaux britanniques contenues dans la convention d'ouverture de crédit et auxquelles la présente clause ne présente pas une exception."*

La Cour de Cassation s'est prononcée en faveur de l'application du droit français, sur le fondement de l'article 3 de la Convention de Rome de 1980, qui dispose que *"le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause"*. La Cour a estimé qu'il résultait d'une façon certaine des dispositions du contrat de cautionnement que les parties avaient choisi de soumettre ce contrat au droit français. A l'appui de ce fondement, la Cour relève que le contrat porte des références traditionnelles au droit français, une référence à l'article 877 du Code civil et relève surtout le fait que le contrat de cautionnement attribue compétence aux tribunaux de Paris. En effet, c'est bien ce dernier élément qui semble emporter la conviction de la Haute Cour d'un choix de loi implicite en faveur de la loi française puisqu'elle affirme *"que le contrat de cautionnement attribue compétence aux tribunaux de Paris et que c'est donc le droit français qui s'applique à ce dernier."*

Cette décision, rendue conformément aux dispositions de la Convention de Rome (aujourd'hui remplacée par le Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 (dit "Règlement Rome I") sur la loi applicable aux obligations contractuelles), permet tout de même de s'interroger sur l'existence en l'espèce d'une véritable volonté des parties de soumettre l'acte de cautionnement au droit français.



Camille Bakouch

T +33 1 53 67 22 92

camille.bakouch@hoganlovells.com

Procédures collectives

RÉFORME DU PLAN DE CONTINUATION

Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

La Loi de régulation bancaire et financière simplifie les plans de sauvegarde et de redressement judiciaire tout en préservant le droit des créanciers. Ainsi, en l'absence de comité de créanciers, ceux-ci devront être consultés individuellement pour toute conversion de leurs créances en participation au capital. Par ailleurs, les délais de paiement ne pourront excéder la durée du plan, sauf s'ils résultent de stipulations antérieures convenues avant le jugement d'ouverture et si leur maintien est ordonné par le juge. Enfin les créances non contestées pourront être réglées à titre provisionnel dès que la décision arrêtant le plan sera devenue définitive.

Louis-Jérôme Laisney

SAUVEGARDE / COMPTABILISATION DES VOTES DES DÉTENTEURS DE TITRES SUBORDONNÉS

Cour d'appel de Versailles – 18 novembre 2010 – RG 10/01433

La Cours d'appel de Versailles était saisie d'un appel formé par des détenteurs de titres super subordonnés (TSS).

Dans le cadre de leur participation à l'assemblée unique des obligataires (AUO) appelée à se prononcer sur le plan de sauvegarde de la société Technicolor (ex Thomson), les droits de vote des porteurs de TSS au titre du nominal de l'émission avaient été supprimés et leurs droits de vote avaient été limités à 6% du nominal (correspondant à l'actualisation du montant des intérêts).

Les porteurs de TSS demandaient à la Cour de prononcer la nullité de l'AUO, la réouverture de la procédure de sauvegarde et dire que les porteurs de TSS devaient être exclus du plan de sauvegarde.

La Cour juge la demande des porteurs recevable : ayant le droit de participer à l'AUO, ils ont un intérêt à agir en justice pour contester la régularité des votes et peuvent agir sans passer par le représentant de la masse.

La Cour décide ensuite que, même subordonnée, la créance de remboursement des porteurs de TSS est une créance certaine, inconditionnelle et d'un montant déterminé, née à la date du contrat d'émission et qu'elle doit donc être incluse dans le plan de sauvegarde pour son montant impayé (en l'occurrence le montant nominal, la Cour constatant qu'il n'existait pas de créance impayée au titre des intérêts).

La Cour considère que même si le plan d'apurement ne comporte aucun paiement au titre de la créance des TSS dont l'exigibilité intervient postérieurement à la fin du plan de sauvegarde, les titulaires de TSS ne peuvent être exclus de l'AUO et peuvent, comme tous créanciers obligataires, se voir imposer un abandon total ou partiel de leurs créances et une conversion de leurs créances en titres de capital.

La Cour considère enfin que l'irrégularité du mode de calcul des droits de vote des titulaires n'entraîne pas la nullité de l'AUO. En effet, même en calculant les votes des titulaires de TSS sur la base du nominal de leur créance, le résultat du vote de l'AUO serait resté largement supérieur aux 2/3 requis pour l'adoption du plan.



Michel Quéré

T +33 1 53 67 18 08

michel.quere@hoganlovells.com

DÉCLARATION DE CRÉANCE À TITRE DÉFINITIF

Cass. com. 5 octobre 2010, n° 09-16558

Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle deux règles applicables à la déclaration de créances dans le cadre d'une procédure collective : (1) la déclaration à titre définitif ne peut dépasser le montant pour lequel a été effectuée la déclaration à titre provisionnel et (2) une déclaration à titre définitif additionnelle peut être admise dans les cas prévus par la loi à condition toutefois de respecter les délais.

En l'espèce, le mandataire judiciaire, désigné dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire de la société Les Gourmets, avait contesté, en soulevant la forclusion encourue du fait de la première demande définitive, d'abord devant la Cour d'appel de Poitiers puis devant la Cour de cassation, l'admission d'une créance d'URSSAF ayant fait l'objet, dans le délai imparti par le tribunal pour l'établissement de l'état des créances, (a) d'une déclaration de créance provisoire et (b) de deux déclarations de créances à titre définitif dont la deuxième annule et remplace la première, et modifie à la hausse le montant précédemment indiqué.

Il convient de rappeler que, conformément aux dispositions de l'article L. 622-24 du Code de commerce, l'URSSAF bénéficie d'un régime dérogatoire au droit commun de la déclaration des créances : leurs créances, qui n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration, sont admises à titre provisionnel pour leur montant déclaré, à condition que l'établissement définitif des créances soit effectué dans le délai imparti par le tribunal au mandataire judiciaire en application de l'article L. 624-1 du Code de commerce.

La Cour de cassation, après avoir constaté que la deuxième déclaration définitive de l'URSSAF (i) avait porté sur un montant inférieur à celui indiqué dans sa déclaration provisionnelle et (ii) avait été effectuée dans le délai légal prévu à l'article L. 624-1 du Code de commerce, en déduit l'absence de forclusion et rejette le pourvoi.

Guergana Zabounova

RANG DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE DANS LA PROCÉDURE DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

Cass. Com. 21 septembre 2010, n° 09-68604

L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 21 septembre 2010 précise la situation du créancier hypothécaire sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985.

Dans le cadre de l'admission de sa créance au passif de la société RIB mise en liquidation judiciaire, la banque-créancier hypothécaire forme un pourvoi contestant le quatrième rang (derrière la créance super-privilegiée des salariés, les frais de justice et le privilège des salariés) qui lui avait été attribué pour l'hypothèque conventionnelle de premier rang consentie à son profit par le juge-commissaire puis par la Cour d'appel de Reims.

La Cour d'appel avait interprété l'article L. 621-32 du Code de commerce (dans sa rédaction issue de la loi du 25 janvier 1985 précitée) comme reléguant la créance hypothécaire derrière les frais de justice et les créances des salaires ne bénéficiant pas du super-privilege des salaires, ceci sans rechercher si lesdites créances étaient ou non nées postérieurement au jugement d'ouverture. La Chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel en confirmant la priorité du créancier hypothécaire sur les frais de justice et les créances des salariés non super-privilegiées nées postérieurement au jugement d'ouverture sur le fondement de la loi de 1985 précitée.

Il convient de rappeler le régime actuel prévu par l'article L. 641-13 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 : les créances de frais de justice nées régulièrement après le jugement d'ouverture "pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé" bénéficient d'un rang supérieur à celui du créancier hypothécaire ; tel ne sera pas le cas des créances de frais de justice nées antérieurement au jugement d'ouverture ou nées postérieurement mais ne s'attachant pas aux besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé, ces deux catégories de créances seront primées par celle du créancier hypothécaire. Aussi, en ce qui concerne les créances des salariés dépourvues du super-privilege et postérieures au jugement d'ouverture, celles-ci seront réglées après la créance du créancier hypothécaire.

Guergana Zabounova



Droit des contrats

UNE DISCRÈTE ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION ?

Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67.369, SA Soffimat c/ SAS SEC, Juris-Data n°201-010742

On connaît le rejet de principe de l'imprévision en droit privé, figé dans le marbre des prétoires depuis l'arrêt du Canal de Craponne (Cass. civ. 6 mars 1876) qui avait refusé de réévaluer une redevance de trois sous convenue trois siècles plus tôt, au motif que *"les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"* (article 1134 C. civ.). Depuis bientôt 135 ans, l'arrêt retient l'attention par la consécration qu'il apporte à la force obligatoire des contrats, quelque inéquitable qu'ait pu devenir l'exécution du contrat pour l'une des parties. *"La consigne n'a pas changé"* se plaint l'allumeur de réverbère au Petit Prince de Saint-Exupéry. *"C'est bien là le drame ! La planète d'année en année a tourné de plus en plus vite, et la consigne n'a pas changé !"*

Par un arrêt du 29 juin 2010, non destiné au Bulletin, la Cour de cassation a semblé ouvrir une brèche dans cette jurisprudence séculaire en affirmant, au visa de l'article 1131 du Code civil, *"qu'en statuant [...] sans rechercher [...] si l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature [...] et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale."*

Défaut de base légale, le revers paraît sévère et le revirement d'autant moins *"sérieusement contestable"*. Plusieurs indices incitent pourtant à relativiser la portée de cette décision. A commencer par le fait qu'elle n'ait pas eu les honneurs du Bulletin. On remarquera ensuite que, bien que l'arrêt vise l'article 1131 du Code civil et fasse référence à l'absence de *"contrepartie réelle"* pour l'une des parties, la Cour de cassation ne se prononce pas sur la cause, comme on aurait pu s'y attendre. C'est que cet arrêt a été rendu au sujet d'une décision de référé et la Cour de cassation renvoie aux juges du fond le soin de constater un déséquilibre entre les obligations des parties et d'en déduire, le cas échéant, l'absence de contrepartie pour l'une d'elles, un tel défaut étant de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation de la partie lésée.

Dans les faits, l'augmentation du prix des matières premières avait eu pour effet de bouleverser l'équilibre d'un contrat de maintenance conclu pour une durée de douze ans. En d'autres termes, l'exécution du contrat coûtait plus cher au débiteur qu'elle ne lui rapportait. En invitant les juges du fond à rechercher si le débiteur recevait encore une *"contrepartie réelle"* à l'exécution de son obligation, la Cour de cassation a retenu une analyse économique du contrat.

Que faire alors du contrat jugé économiquement déséquilibré ? Faut-il autoriser le juge à réajuster les obligations des parties ou simplement inviter les parties à les renégocier de bonne foi ?

En rendant sa décision au visa de l'article 1131 du Code civil, la Cour de cassation prend une position plus radicale encore. Dès lors qu'est constatée l'absence de contrepartie réelle pour une partie, c'est la cause qui fait défaut, c'est à dire l'une des conditions essentielles du contrat, telles qu'énoncées par l'article 1108 du Code civil. Or, la disparition de la cause est ordinairement sanctionnée par la caducité du contrat (Cass. civ. 1ère 30 octobre 2008, n°07-17.646). Impossible donc, pour les parties, de renégocier de bonne foi. Une fois la caducité constatée par le juge, il leur faudra conclure un nouveau contrat si elles entendent poursuivre leurs relations à des conditions plus équitables.

Tels pourraient être les enseignements de cette décision, si les juges du fond décidaient d'emboîter le pas de la Cour de cassation. Il ne s'agit là que de droit prospectif et, sauf événement imprévisible, l'arrêt du 29 juin 2010 ne saurait aujourd'hui être regardé comme un revirement...

Louis-Jérôme Laisney

EMPLOI DE LA LANGUE FRANÇAISE DANS LES GROUPES INTERNATIONAUX FRANÇAIS

CA Paris, Pôle 2, Ch. 2, 1er octobre 2010, n°08/23998

La loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française a imposé l'usage obligatoire – mais non exclusif – du français, langue de la République aux termes de la Constitution, dans des domaines déterminés, tels que l'information des consommateurs, le monde du travail, l'enseignement, l'audiovisuel et les services publics.

Par l'arrêt précité, la Cour d'appel de Paris réaffirme la portée de ce principe dans les relations de travail au sein des grands groupes internationaux français. Elle retient en effet une interprétation stricte des dispositions de l'article L.1321-6 du Code du travail prévoyant que tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail doit être rédigé en français, à moins qu'il ne s'agisse d'un document reçu de l'étranger ou destiné à des étrangers.

Au cas d'espèce, un syndicat de pilotes – le syndicat Alter – voulait obtenir de la direction d'Air France la traduction de divers documents rédigés en anglais comportant des instructions techniques à l'attention des pilotes et des mécaniciens de la compagnie (fiches Atlas, documents techniques d'utilisation des appareils, enseignements assistés par ordinateur, documentation relative à la légende des cartes).

En première instance, le Tribunal de grande instance de Bobigny avait débouté le syndicat de ses demandes, écartant l'application de l'article L.1321-6 du Code du travail au motif notamment que les pilotes d'Air France sont dans l'obligation, pour obtenir leur licence et exercer leurs fonctions, dans l'obligation de maîtriser l'anglais, langue commune dans le secteur aéronautique.

La Cour d'appel de Paris, après avoir relevé que la connaissance par les pilotes d'Air France des documents litigieux est nécessaire pour l'exécution de leur travail au sens des dispositions précitées, a jugé que "l'exception de traduction" dont bénéficient les documents reçus de l'étranger ou destinés à des étrangers ne trouvait pas à s'appliquer en l'espèce. Elle a en conséquence ordonné sous astreinte la mise à disposition des documents en cause en langue française.



Benoît Thirion

T +33 1 53 67 47 47

benoit.thirion@hoganlovells.com



L'interview



Après avoir accompagné des investisseurs dans la reprise d'entreprises en redressement judiciaire, Guillaume Cornu s'est rapidement spécialisé dans les missions de conseil en restructuration financière des entreprises en difficulté, notamment dans le cadre de procédures de prévention. Depuis bientôt 20 ans, **Guillaume Cornu** a pu développer une

expérience reconnue sur le marché du retournement ainsi qu'un relationnel important et de proximité avec l'ensemble de ces acteurs, qu'il exerce aujourd'hui au sein du cabinet Ernst & Young.

En quoi la sauvegarde financière accélérée constitue-t-elle un dispositif pragmatique ?

La sauvegarde financière accélérée répond à un besoin du marché. Jusqu'à nos jours, la sauvegarde a été peu utilisée car elle intervient le plus souvent dans un contexte d'urgence. Or, la sauvegarde n'est pas une procédure d'urgence. Le succès de cette procédure suppose une préparation efficace en amont : suspendre le paiement de certains créanciers, examiner les opportunités de négociations avec les créanciers, rechercher une solution amiable. Dans les faits, il est rare que l'on se trouve dans une situation où la sauvegarde est la procédure la plus appropriée et on a le plus souvent recours au mandat ad hoc, qui permet de prendre le temps de travailler et de chiffrer les différents scénarii (solution amiable, sauvegarde, redressement judiciaire). Force est de constater que, dans la plupart des cas que j'ai pu connaître, soit on décide de trouver une solution amiable, négociée, soit on constate que le débiteur est en état de cessation de paiements, auquel cas on s'orientera vers le redressement judiciaire. En tout état de cause, un bon redressement judiciaire est préférable à une mauvaise sauvegarde, notamment sur le plan de l'optimisation de la trésorerie. On constate au demeurant que de nombreuses sauvegardes ont rapidement basculé en redressements judiciaires. Quand on rentre en sauvegarde, il faut déjà préparer la manière dont on veut en sortir. Dans la pratique, les solutions qualifiées de "pre-packaged plans", qui avaient fait l'objet d'une préparation en amont, ont parfois conduit à des situations de blocage, car le caractère amiable de la solution requiert l'unanimité des participants. Lorsque cette unanimité ne pouvait pas être atteinte, on s'orientait vers une procédure de sauvegarde. Or, la sauvegarde est une procédure collective qui a un impact sur le business, notamment sur les fournisseurs, qui ne peuvent pas être désintéressés immédiatement. En d'autres termes, même lorsqu'elle était préparée par un "pre-packaged plan", la sauvegarde pouvait conduire à une détérioration des situations pour lesquelles un accord amiable aurait été possible et préférable. De ce point de vue, la sauvegarde financière accélérée est très pragmatique puisqu'elle n'affecte pas les fournisseurs et permet au débiteur de discuter avec ses créanciers financiers pour élaborer un "pre-packaged plan" qui devra permettre de mettre fin aux difficultés du débiteur. Par conséquent, cette nouvelle procédure pourrait apporter une

réponse efficace aux problématiques de LBO et, plus largement, aux préoccupations de certaines situations de blocage là où pourtant il y avait une volonté de trouver une solution in bonis de la part de la plupart des acteurs du dossier.

A quel type de sociétés cette nouvelle procédure s'adresse-t-elle ?

Ce sont aux sociétés qui font l'objet de LBO que l'on pense en premier, mais pas uniquement. Dans les autres cas, la sauvegarde financière accélérée se révélera appropriée lorsque la négociation amiable du plan n'aura pas permis de recueillir l'accord de tous les financiers. De manière générale, je ne crois pas à la situation non préparée. D'où l'importance de réunir autour du chef d'entreprise une équipe complémentaire et expérimentée qui sera mobilisée sur la recherche d'une solution. Le restructuring est un métier d'équipe et d'expérience ! Pour autant, cette nouvelle procédure ne sera pas adaptée à toutes les situations. Le redressement judiciaire peut, lui aussi, présenter certains avantages, notamment lorsque le débiteur connaît des problématiques de restructurations sociales. Nous assistons en ce moment à un retour aux procédures de redressement judiciaire, notamment en raison de la conjoncture économique, mais également du fait d'une certaine fragilité des entreprises après la crise que nous venons de connaître.

Que pensez-vous du fait que certains financiers – comme les créanciers publics, par exemple – ne soient pas compris parmi les créanciers financiers ?

Je pense que c'est dommage. Si la sauvegarde financière accélérée est plutôt dédiée aux LBO, il existe différents types de LBO. Lorsqu'il n'y a pas de problématique de "cash" immédiat ou de restructuration opérationnelle lourde de la cible, il n'y a pas de raison pour que les créanciers publics interviennent dans la négociation. En revanche, lorsque l'on intervient sur un LBO avec une société en portefeuille, dans un secteur qui connaît des difficultés, qui a besoin de "new money" opérationnel, notamment pour financer des mesures de restructuration, le débiteur sera tenté d'utiliser tous les leviers possibles (augmentation de la participation de l'actionnaire principal, maintien ou extension des lignes de crédit court terme, etc.). Parmi ces leviers, et notamment si l'emploi est en jeu, le débiteur s'adressera aux créanciers publics sur les dossiers les plus importants. Dans ce type de situations, il aurait été intéressant que les créanciers publics soient associés à la négociation. Dans le cadre de pourparlers amiables, le débiteur pourra toujours négocier des moratoires, mais sur des périodes moins longues que le délai de dix ans de la sauvegarde.

Les créanciers financiers pourront se voir imposer, dans le cadre d'une sauvegarde financière accélérée, un plan qu'ils ont refusé en phase de conciliation. Cette atteinte aux intérêts de certains créanciers financiers est-elle, à vos yeux, proportionnée aux objectifs de cette nouvelle procédure ?

L'objectif de cette nouvelle procédure est de parvenir à un accord sur un plan élaboré de manière concertée. Même si cette procédure est contraignante pour les créanciers récalcitrants, cela me semble positif lorsque le débiteur (c'est à dire le plus souvent, son actionnaire) a consenti des efforts, lorsque le plan est adopté

Chez Hogan Lovells

ÉVÈNEMENTS

- Le 29 octobre dernier, Antoine Juaristi et Martin Le Touzé (département Contentieux bancaire), ont animé au cabinet un séminaire sur le thème : Les manquements et délits d'initié : définition et répression.
- Le 18 novembre dernier, une équipe d'associés de notre département Bancaire (Richard Jadot) et du département Contentieux bancaire (Antoine Juaristi), ont animé avec les membres de la Revue Banque un séminaire sur le thème : Panorama de jurisprudence bancaire et financière 2009-2010.
- Le 25 novembre dernier, le département Droit public / PPP – Financement de projets du cabinet a organisé, en coopération avec l'*International Project Finance Association (IPFA)*, un séminaire sur les problématiques actuelles et les perspectives du financement des projets PPP en France.

Ce séminaire, qui a réuni un public nombreux autour d'intervenants de haut niveau, a permis de dresser un constat de l'état du marché et de tracer les évolutions – attendues et/ou souhaitables – à venir, en combinant une approche thématique (le financement bancaire et par obligations, les mécanismes juridico-financiers récemment institués par le gouvernement) et une approche sectorielle (le point de vue des sponsors, des prêteurs, de l'Etat dans le domaine de la défense, etc.).

Les échanges ont montré que, dans un contexte marqué par une dette publique élevée et des conditions de financement dégradées, les outils juridiques à la disposition de l'Etat, des collectivités publiques et de leurs partenaires privés, notamment le contrat de partenariat, sont de nature à répondre aux besoins en infrastructures et en bâtiments à un coût raisonnable, sous réserve de certaines évolutions à la fois exogènes (l'amélioration du contexte économique et financier) et endogènes (la sélectivité accrue des projets, la baisse des commissions bancaires,

le maintien de certains dispositifs incitatifs, la professionnalisation des acheteurs publics).

- Le 26 novembre dernier, Michel Debroux et Omblin Ancelin (*Antitrust*, Droit de la concurrence et de la réglementation économique) ont animé au cabinet un séminaire sur le thème : Opérations de M&A et enquêtes de concurrence.
- Le 8 décembre dernier, Michel Quéré (de notre département Bancaire) et Baptiste Gelpi (Marchés de Capitaux) ont animé au cabinet un séminaire sur le thème : Propositions de structures afin de renforcer la position des créanciers.

HOGAN LOVELLS CLASSÉ EN TÊTE POUR LES CONCESSIONS/PPP 2010 PAR LE MAGAZINE DES AFFAIRES

Nous sommes heureux d'annoncer que Hogan Lovells, à travers l'équipe Droit public / PPP – Financement de projets, a été désigné en 2010, par le Magazine des Affaires, comme premier cabinet français dans le domaine des concessions et les DSP par la valeur des opérations (plus de 14 milliards d'euros), et deuxième cabinet français en matière de contrats de partenariat par la valeur des opérations (avec plus de 10 milliards d'euros).

AVIS D'EXPERTS

- Olivier Fille-Lambie, Ariane Marceau-Cotte et Louis-Jérôme Laisney de notre département Bancaire, ont publié deux articles intitulés "Vers un nouveau droit du gage OHADA" et "Les sûretés sur les meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'Acte uniforme sur les sûretés" dans le numéro de novembre de la revue Droit et Patrimoine.

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. 7557_EUn_1210

*Bureaux associés