

Sur la planète Corporate

(Private Equity - M&A - Contracts - Tax)

Mai 2009



Please contact **Christophe Salamon** Christophe.salamon@dl.com; **Stephen Walters** Stephen.walters@dl.com; **Nicola Mariani** Nicola.mariani@dl.com, **Olivier Chambord** Olivier.chambord@dl.com, or your Dewey & LeBoeuf relationship attorney.

www.dl.com

En cas de changement de circonstances: doit-on permettre la révision judiciaire d'un contrat pour "imprévision" ?



La théorie de l'"imprévision" admet la modification d'un contrat ou sa résolution quand des circonstances économiques postérieures à la conclusion du contrat rendent son exécution excessivement difficile ou beaucoup plus onéreuse sans pour autant qu'elle soit impossible.

En France, il n'y a pas à l'heure actuelle de reconnaissance de la théorie de l'imprévision pour les contrats de droit privé. La justification de cette absence est que le Code Civil français consacre l'autonomie de la volonté en droit des contrats (Article 1134: "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*"). Ce raisonnement a clairement été reconnu dans l'arrêt Canal de Craponne¹: "*Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*". Aujourd'hui comme hier, le juge judiciaire ne peut donc toujours pas réviser un contrat en dépit du profond bouleversement que son économie interne aurait subi à la suite d'un changement imprévu des circonstances ayant conduit à sa conclusion, alors même qu'une telle révision constituerait une solution propre à sauver le contrat d'une inexécution fatale et qu'elle garantirait sa pérennité.

Il faut toutefois préciser que la théorie de l'imprévision est reconnue depuis fort longtemps en France en ce qui concerne les contrats administratifs par les juridictions administratives, permet d'indemniser en cas de survenance d'événements affectant l'exécution du contrat². L'événement doit être imprévisible, extérieur aux parties et doit bouleverser l'économie du contrat. L'idée étant de ne pas imposer aux cocontractants une modification extérieure à leur volonté qui modifierait l'économie générale du contrat Enfin, les circonstances en cause doivent être temporaires.

Jusqu'à présent, l'immixtion du juge judiciaire dans le contrat a été perçue comme un risque d'instabilité et d'insécurité contractuelle; les contractants étant les meilleurs juges de leurs propres intérêts.

Toutefois, si l'on envisage de manière pragmatique le rôle du juge, notamment lorsque la justice et la pérennité du contrat l'imposent, on peut alors considérer, à l'instar de nombreux autres systèmes juridiques, qu'il serait temps d'admettre la révision judiciaire pour imprévision en droit privé français.³ Par ailleurs, il convient aussi de relever que les projets d'harmonisation du droit européen du contrat⁴, comme les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international⁵ consacrent

¹ Canal de Craponne, 6 mars 1876, Cour de Cassation.

² Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, 30 mars 1916, Conseil d'état

³ Les textes de plusieurs Etats européens (Allemagne, Pays-Bas, Grèce, Portugal et Italie) consacrent la théorie de l'"imprévision". De son côté, le droit anglais a longtemps refusé de reconnaître la théorie de l'"imprévision" car celle-ci se heurtait – comme en droit français- au principe de la force obligatoire des contrats. Cependant, les juridictions anglaises ont été amenées à changer de position en 1863 dans un arrêt Caldwell v. Taylor (1863 – 3 B & S 826). Cet arrêt exposa pour la première fois le concept de la "*frustration*" qui reconnaît au juge le pouvoir de constater la disparition du contrat dans le cas d'une impossibilité de réalisation d'une obligation contractuelle par l'une des parties provenant d'une cause étrangère. La position anglaise est originale en ce que les juges ne peuvent modifier les termes du contrat. Leur pouvoir se limite à constater la disparition du contrat.

⁴ Art.6:111 des Principes du droit européen du contrat et art.157(5) de l'Avant-projet de Code européen des contrats.

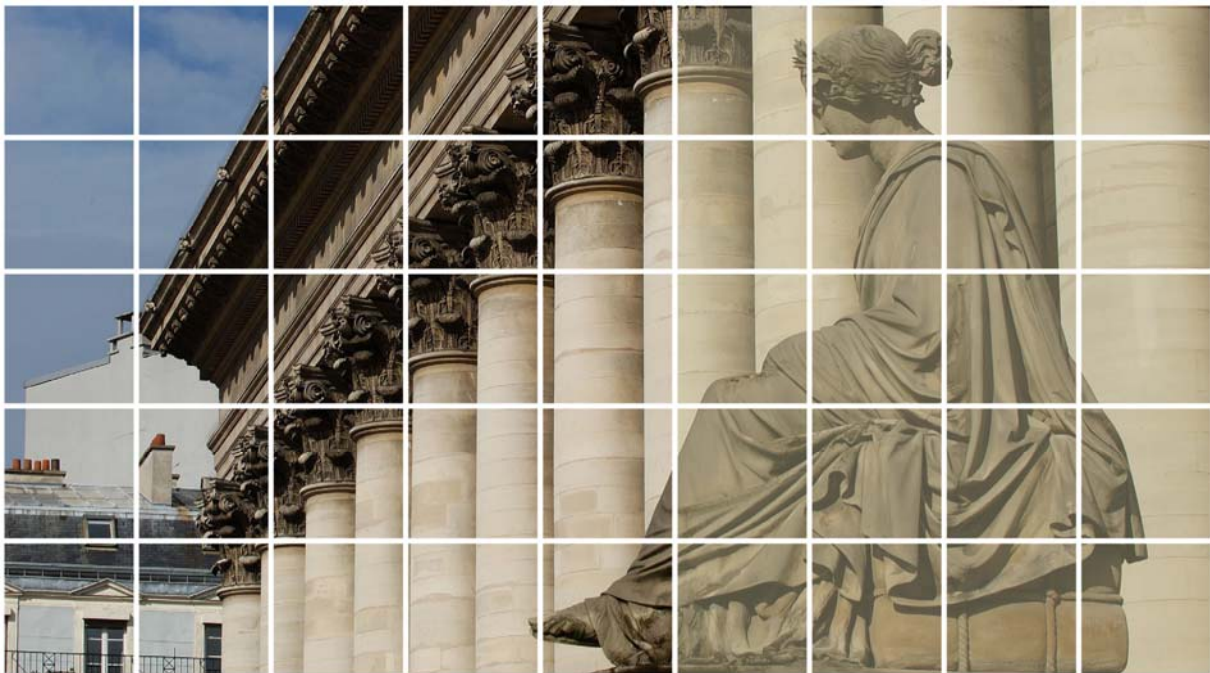
⁵ Ils prévoient la possibilité pour le tribunal d'agir en cas d'"avantage excessif" à travers une mission ou des pouvoirs d'adaptation (articles 3.10.2 et 3.10.3). Par ailleurs, ils définissent dans l'article 6.2.2 la situation de "*hardship*" et dans l'article 6.2.3 déterminent les solutions apportées à cette situation. Il convient pour les parties qui veulent faire jouer la théorie de l'imprévision d'insérer dans leur contrat des clauses de "*hardship*" qui fonctionnent dès qu'un événement ou un changement de circonstances non imputable à la partie qui l'invoque

eux aussi la révision judiciaire pour imprévision. Il serait peut être temps d'accepter l'idée qu'en cas de changement de circonstances, l'intervention du juge ne soit plus appréhendée comme un délit d'ingérence, mais au contraire envisagée dans l'intérêt du contrat, comme un remède exceptionnel et salutaire contre les sinistres contractuels provoqués par de nouvelles circonstances (non envisagées à l'époque par les parties contractantes), seul susceptible d'assurer la pérennité du contrat en cas de crise, sans qu'insécurité juridique ou instabilité économique s'en suivent.

Tel est le sens du récent projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie dont il semble à peu près acquis désormais qu'il aboutira⁶. Le projet de texte exige que l'exécution du contrat devienne excessivement onéreuse pour l'une des parties, en raison d'un changement imprévisible et insurmontable dont celle-ci n'avait pas accepté d'assumer le risque. Dans cette hypothèse, à défaut de renégociation amiable, le juge pourra, si les parties en sont d'accord adapter le contrat, ou à défaut y mettre fin. Afin d'éviter les contestations dilatoires, il est en outre précisé que la partie qui demande la renégociation doit continuer à exécuter ses obligations dans l'attente de la décision du juge⁷.

Si le débat autour de l'adaptation de notre droit peut paraître théorique, les applications pratiques de ces nouveaux dispositifs pourraient très vite trouver un écho dans la pratique des affaires. En effet, comment le nouvel office du juge s'articulera-t-il avec le rôle d'un mandataire ad hoc ou du conciliateur lorsqu'un emprunteur estimera, par exemple, que la dette LBO qui pèse sur lui est devenue excessivement onéreuse compte tenu de la forte dégradation de son "*business plan*" du fait de l'évolution défavorable, initialement imprévue, de son marché? Il y a là toute une réflexion à mener et un nouveau champ d'investigation à envisager.

Christophe Salamon



entraîne pour elle des conséquences lourdes non envisagées lors de la conclusion du contrat et des charges financières excessives.

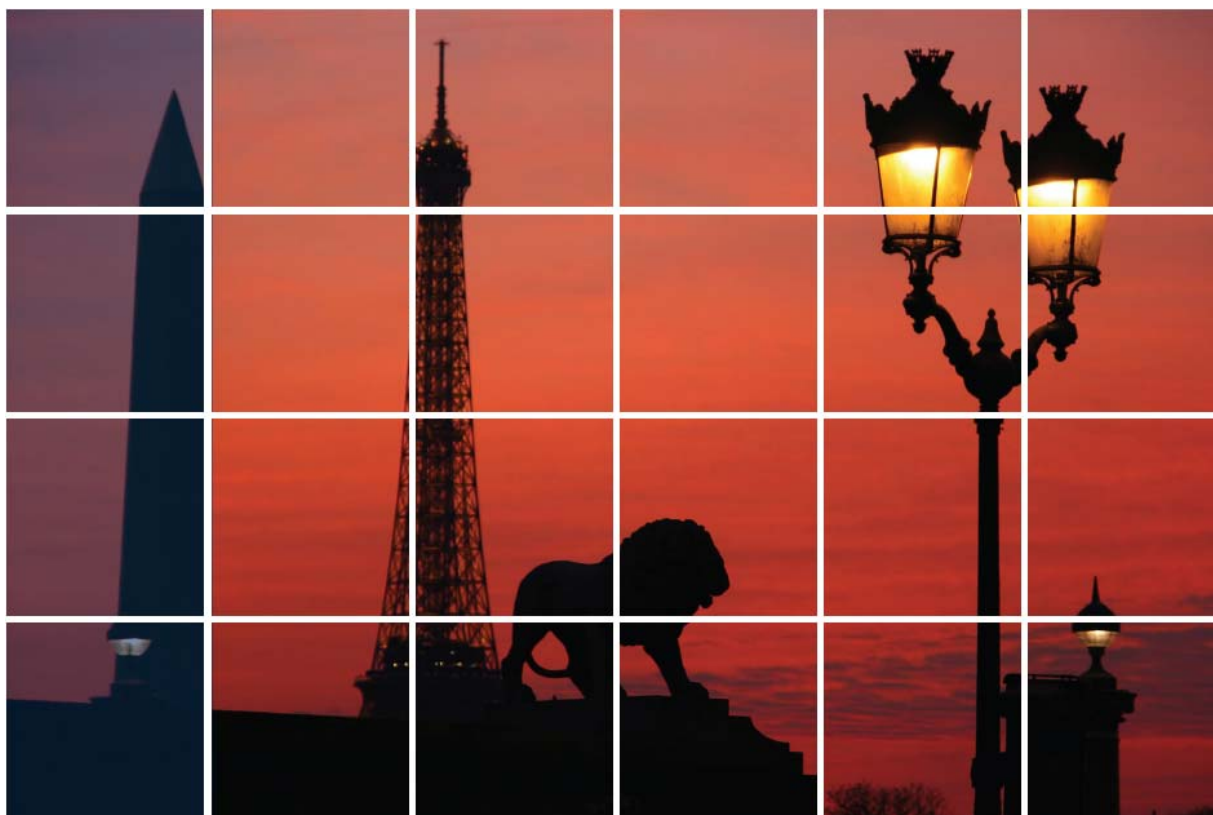
⁶ Consultable à cette adresse:

http://www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_reforme_du_droit_des_contrats.htm

⁷ Article 136 du projet portant réforme du droit des contrats.

Sommaire

LES ACTEURS...	5
LEUR MÉTIER...	5
Avant-contrats et opérations préliminaires	5
Fiscalité	6
Contrats d'acquisition et de cession	7
Pactes d'actionnaires	7
Autour des sociétés cotées - Offres Publiques – P2P – PIPES	8
ET LEUR ENVIRONNEMENT....	10
Droit des sociétés et droit des contrats	10
Droit Social	13
Fusions – Apports partiels d'actifs – Réorganisation	13
Energie	14
Financement	15
Procédures collectives - Sauvegarde – Mandats ad hoc	16
NEWS FROM THE THAMES	16



Les acteurs...

Partage de la valeur ajoutée, partage des profits et écarts de rémunérations en France, Mission présidée par Jean-Philippe Cotis, Directeur général de l'Insee

http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/dossiers_web/partage_VA/rapport_partage_VA.pdf



Ce rapport a été commandé par le Président de la République au Directeur de l'Insee pour faire un état des lieux de l'évolution du partage de la valeur ajoutée.

Ce rapport, long de 90 pages met en lumière quelques données intéressantes :

- Il existe une grande diversité de situation des entreprises non financières : seule une PME sur six distribue des dividendes, et le partage de la valeur ajoutée varie fortement d'une entreprise à l'autre;

- Actuellement les profits des entreprises se partagent en un peu plus du tiers pour le revenu du capital (36%), la moitié pour l'épargne (57 %) et le reste pour la

participation et l'intéressement (7%);

- le rapport souligne que le choix d'une protection sociale élevée explique en partie la croissance très faible des salaires nets depuis vingt ans;

- l'intéressement et la participation occupent un place réduite mais croissante : 1,5 % de la valeur ajoutée actuellement contre 0,5% en 1990.

Le rapport pointe, enfin, l'agrandissement de l'écart entre les très hauts revenus et le salaire médian, ainsi que le rapprochement entre le salaire médian et les salaires les plus faibles.

Marie Lavie de Rande



Leur métier...

Avant-contrats et opérations préliminaires

Pas de réalisation forcée pour la promesse unilatérale rétractée

[Cass. civ. 3^e 25 mars 2009, n° 08-12.237](#)



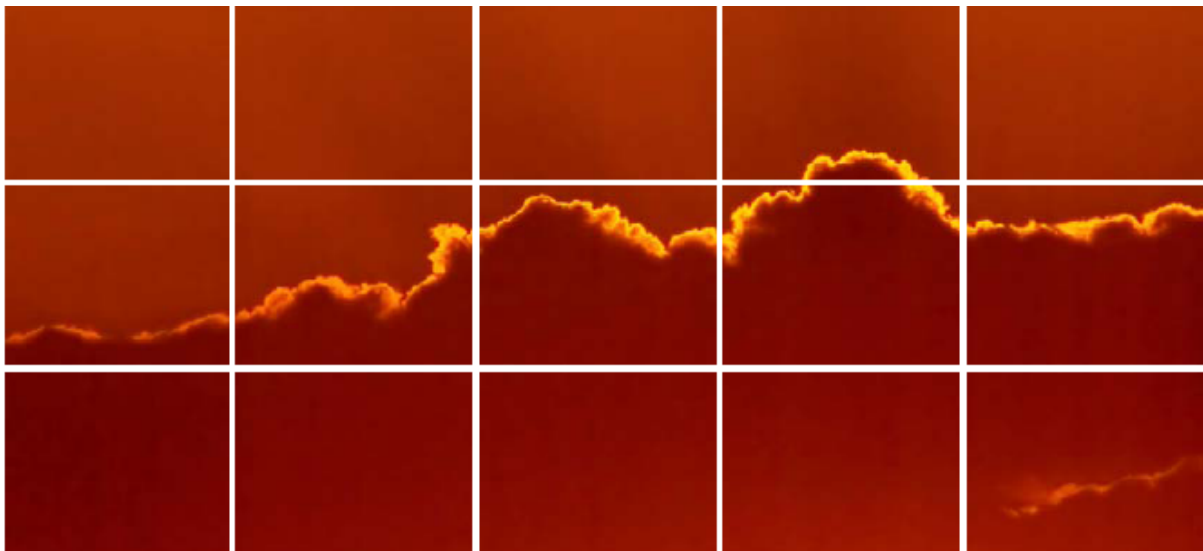
Pour faire obstacle à la cession d'un bien ayant par ailleurs fait l'objet d'un pacte de préférence, la jurisprudence pose deux conditions : l'une tient à la connaissance que le cessionnaire avait de l'existence du pacte et l'autre à ce que le cessionnaire savait que le bénéficiaire du pacte avait l'intention de se prévaloir de son droit de préférence.

S'agissant du conflit entre le bénéficiaire d'une promesse synallagmatique de vente et du bénéficiaire d'un pacte de préférence, la Cour indique dans cet arrêt que l'appréciation de la satisfaction des conditions se fait à la date de signature de la promesse synallagmatique, celle-ci valant vente conformément aux termes de

l'article 1589 du Code civil.

On en déduit donc que, s'agissant d'une promesse unilatérale, la satisfaction des conditions devrait être appréciée non pas à la date de signature de la promesse unilatérale, mais à la date de la levée d'option.

Pierre François



Fiscalité

Illégalité de la retenue à la source prélevée sur des dividendes de source française distribués à des fonds de pension néerlandais au titre du principe communautaire de libre circulation des capitaux.

[Conseil d'Etat 13 février 2009, n°298108, Stichting Unilever Pensioenfonds Progress](#)



L'application de la retenue à la source prévue par l'article 119 bis, 2 du CGI aux dividendes distribués par des sociétés françaises à des fonds de pension néerlandais constitue une restriction au principe communautaire de libre circulation des capitaux. Sur la base de ce constat, le Conseil d'Etat a reconnu l'illégalité des instructions administratives (4 J-1-05 du 25 février 2005 et 4 J-2-05 du 28 avril 2005) qui prévoient explicitement l'application de

cette retenue à la source.

Il résulte de la combinaison des dispositions des articles 206, 5-c, 206, 1 et 207, 1-5° bis du CGI qu'un organisme à caractère non lucratif établi en France est assujéti à l'impôt sur les sociétés à raison des revenus de capitaux mobiliers dont il dispose à l'exception des dividendes reçus de sociétés françaises. Cette exonération vise notamment les organismes ayant pour objet de servir des pensions de retraite, tel qu'une caisse de retraite de base ou complémentaire, ou une société mutualiste, dont la gestion est désintéressée et dont les activités non lucratives restent significativement prépondérantes.

Le Conseil d'Etat retient que ce régime d'exonération s'applique en raison du caractère non lucratif des associations, fondations et autres organismes en cause et non pas à raison d'une charge d'intérêt général qui pèserait sur les seuls organismes résidents de France. Dès lors, l'administration n'est pas fondée à soutenir que la restriction à la liberté de circulation des capitaux serait justifiée par l'existence d'une différence de situation objective entre organismes français et néerlandais. Par ailleurs, l'administration ne démontre pas l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général, telle que la nécessité de sauvegarder la cohérence du régime fiscal ou l'efficacité des contrôles fiscaux, de nature à justifier la discrimination invoquée.

Soumettre les dividendes distribués par des sociétés françaises à des fonds de pension étrangers à la retenue à la source revient ainsi à les assujéti à une imposition à laquelle échappent les organismes français similaires.

La portée de cet arrêt devrait être étendue au-delà des fonds néerlandais, à des fonds européens, et même à des fonds asiatiques ou nord américain dès lors que leurs activités revêtent un caractère non lucratif selon les critères du droit fiscal français.

**Jean Goncalves
Bérangère Richard**



Contrats d'acquisition et de cession

Valeur probatoire de l'ordre de mouvement d'actions et rôle de la société émettrice, Bulletin Joly Sociétés, n° 2, février 2009

[Cass. civ. 3^e, 16 septembre 2008, n° 07-17.892, Sté Noga Hôtels Cannes c/ Sté Cible financière](#)

Bien que les closings d'opérations d'acquisition soient organisés de telle sorte que des litiges, comme celui

traité par cet arrêt, ne se produisent pas, l'existence même de cet arrêt suffit à établir que l'inconcevable se produit parfois.

Ainsi, une société cible, dont les statuts ne stipulent pas de clause d'agrément, peut-elle refuser de transcrire un ordre de mouvement dans le registre de mouvement de titres ?

A cette question, la Cour de cassation répond que ce refus ne peut être fondé que sur une action de la société cible visant à contester la cession.

La présentation d'un ordre de mouvement suffit-il à faire présumer la propriété du bénéficiaire sur les titres concernés ?

La réponse est ici négative. Seule, l'inscription en compte permet d'établir la propriété du cessionnaire.

Pierre François

Cession de parts sociales : défaut d'écrit et manquement à l'obligation de délivrance, Dalloz actualités, 29 avril 2009

[Cass. com. 7 avril 2009, n° 08-15.593](#)



La Cour de cassation confirme qu'il appartient au cédant de parts sociales de SARL d'établir un écrit signé dans la mesure où c'est sur lui que pèse l'obligation de délivrance des parts sociales.

En l'espèce, le cessionnaire avait versé au cédant le prix pour l'achat de parts sociales d'une SARL, mais la cession des parts n'avait été constatée par aucun écrit signé. Par conséquent, le cessionnaire, ne pouvant procéder à aucune des formalités nécessaires pour rendre la cession effective (opposabilité de l'opération à la société et aux tiers), a pu demander la résolution de la cession sur

le fondement du manquement du cédant à son obligation de délivrance (article 1610 du Code civil).

Audrey Ben Ayoun

Pactes d'actionnaires

Pacte de préférence : date d'appréciation de la connaissance du pacte

[Cass. civ. 3^e 25 mars 2009, n°07-22.027](#)



Par un arrêt en date du 25 mars 2009, la Cour de cassation sanctionne les juges du fond qui ont pu admettre la réalisation forcée d'une vente alors qu'il apparaissait que le promettant s'était rétracté avant la levée de l'option.

Le 20 août 2004, des époux consentent à la Société d'Aménagement Foncier et d'Etablissement Rural (SAFER) d'Alsace une promesse unilatérale de vente concernant diverses parcelles de terre. Les



promettants retirent leur promesse le 25 août par lettre recommandée et la SAFER lève l'option le 7 septembre, puis assigne les vendeurs en réalisation forcée de la vente.

Les premiers juges rejettent cette demande mais la cour d'appel infirme le jugement et accueille la demande de la SAFER, retenant qu'en l'absence de délai imparti au bénéficiaire pour lever l'option, il appartenait aux vendeurs, qui souhaitaient revenir sur leurs engagements, de mettre en demeure le bénéficiaire de la promesse d'accepter ou de refuser la promesse ; en l'absence de cette formalité, la "dénonciation" de la promesse était sans effet.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa des articles 1101 et 1134 du Code civil, reprochant aux juges de ne pas avoir recherché si le promettant s'était rétracté avant la levée de l'option.

Cette décision souligne la nécessité pour le bénéficiaire d'exiger la fixation d'un terme à la promesse unilatérale de vente afin de se prémunir contre le risque de rétractation intempestive du promettant.

Louis Néret



Autour des sociétés cotées - Offres Publiques - P2P - PIPES

Retour du délit de « dîner en ville », Bulletin Joly Bourse, n° 1, janvier-février 2009

[Sanct. AMF 1re sect., 9 oct. 2008, A et B](#)

La direction des enquêtes et de la surveillance des marchés (DESM) n'a pas réussi à convaincre la Commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) qu'un manquement d'initié (équivalent réglementaire du délit d'initié) concernant les titres de la société Locindus était constitué. Il était reproché à un certain M. A d'avoir procédé à des achats alors qu'il avait connaissance de la conclusion d'un accord préliminaire de coopération entre le Crédit Foncier de France et Icade en vue de la prise de contrôle de la société Locindus. L'information privilégiée lui aurait été transmise par un certain M. B, associé gérant d'une société de conseil en fusions-acquisitions, notamment à l'occasion d'un déjeuner qui a précédé de quelques heures la passation des ordres d'achat litigieux.

En l'espèce, la Commission des sanctions de l'AMF a considéré dans sa décision en date du 9 octobre 2008 *"qu'il ne résulte pas du rapprochement entre, d'une part, la portée qu'il y a lieu d'attribuer aux indices invoqués par la notification de griefs - observation étant faite que le seul fait que MM. A et B entretenaient des relations professionnelles et personnelles régulières et ont déjeuné ensemble quelques heures avant les interventions à l'achat de M. A, ne saurait, en lui-même, revêtir une valeur probante suffisante - et, d'autre part, les indications données par M. A, que seule la détention d'une information privilégiée puisse expliquer l'opération à laquelle M. A s'est livré sur le titre Locindus"*. A côté de l'indication presque anecdotique du fait qu'un déjeuner d'affaires ne suffit pas à rapporter la preuve d'un manquement d'initié, on retiendra que les conseils du défendeur ont pu utilement "minimiser" l'importance d'une éventuelle communication d'informations privilégiées en vantant la maîtrise des évolutions du marché et la pertinence des analyses qui avaient conduit leur client à anticiper l'offre sur Locindus.

Louis Néret

L'AMF lance une consultation publique sur son projet de règlement général concernant les franchissements de seuil de participation et les déclarations d'intentions, AMF, 28 avril 2009

<http://www.amf-france.org/affiche.asp?Id=8923&lang=fr>



L'ordonnance n°2009-105 en date du 30 janvier 2009 prise en application de l'article 152 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie relative aux rachats d'actions, aux déclarations de franchissement de seuils et aux déclarations d'intentions a modifié le régime des franchissements de seuils et des déclarations d'intentions. Dans la perspective de l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 2009, de l'ensemble du nouveau dispositif législatif et réglementaire, l'AMF a élaboré un projet de modification de son règlement général qu'elle soumet à consultation publique jusqu'au 27 mai 2009.

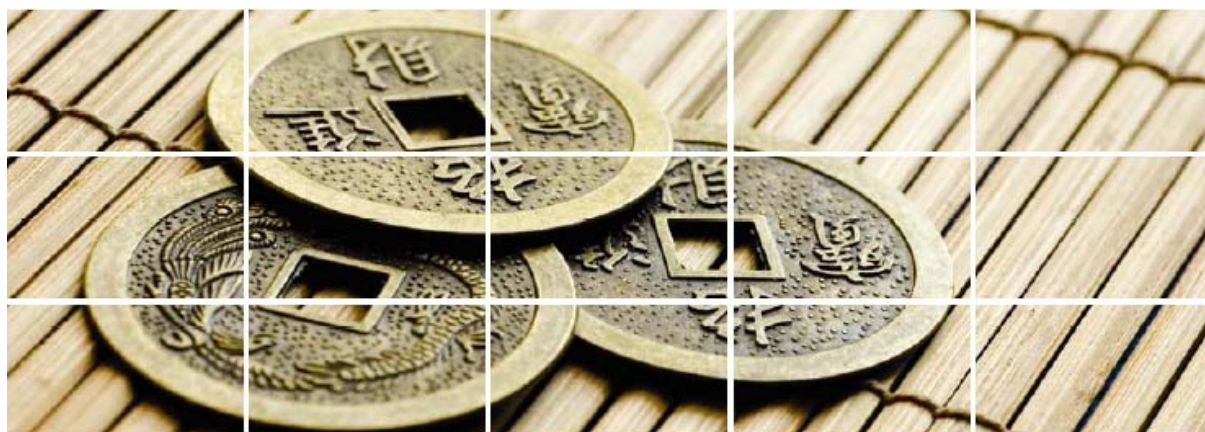
Sur les franchissements de seuil, les principales propositions de modification portent sur les points suivants :

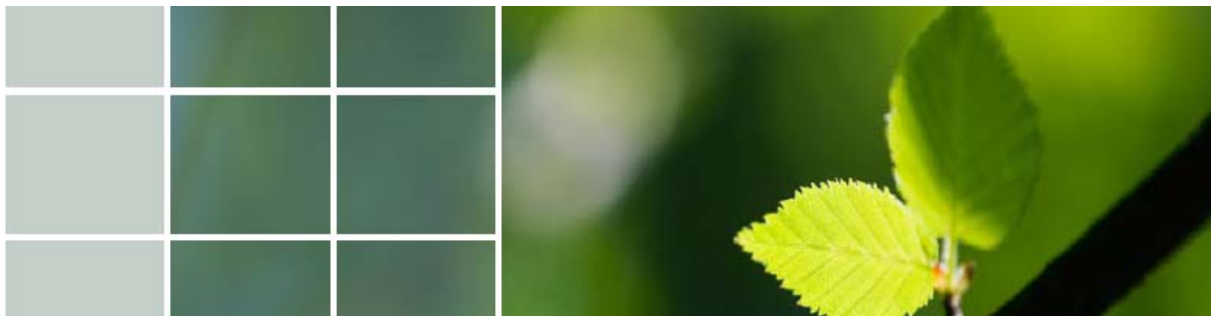
- les modalités de calcul du seuil déclenchant l'obligation de déclaration, en particulier la question du régime applicable aux dérivés et les modalités de prise en compte des différents titres financiers ;
- le cas particulier du portefeuille de négociation des prestataires de services d'investissement ;
- le contenu de la déclaration de franchissement de seuil ; et
- pour Alternext, la fixation à 50% et 95% des seuils dont le franchissement doit être déclaré à l'AMF, en plus de la déclaration à l'émetteur.

Sur les déclarations d'intentions, les principales propositions de modification portent sur le régime, les modalités et le contenu de la déclaration, et notamment sur :

- le renforcement de la précision de l'information déclarée, avec, par exemple, une information sur le financement de l'acquisition de la participation, sur les garanties etc. ; et
- pour les sociétés de gestion de portefeuille agissant dans le cadre normal de leur activité, l'introduction de la possibilité d'utiliser une formule-type disponible dans une instruction de l'AMF, lors du franchissement des seuils de 10% et 15%.

Louis Néret





Et leur environnement....

Droit des sociétés et droit des contrats

Démembrement et option de paiement du dividende en actions, JCP E, n°14, 2 avril 2009

[Cass. com. 3 mars 2009, n°07-20.515, Cts Gruaz c/ Sté Ukoba](#)



En l'espèce, les nus-proprétaires des actions d'une société demandaient la nullité des opérations ayant conduit une société anonyme à ouvrir à ses actionnaires une option de paiement du dividende en actions ou en numéraire. En effet, l'usufruitier ayant opté pour le paiement en numéraire alors que d'autres actionnaires avaient opté pour le paiement en actions avait subi l'effet de la dilution. Les nus-proprétaires reprochaient alors à l'usufruitier d'avoir opté pour ce paiement alors qu'une telle décision relevait selon eux de la compétence du nu-proprétaire. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi des nus-proprétaires en considérant que l'exercice de l'option appartient au seul usufruitier, a fortiori lorsque les statuts de la société sont silencieux sur l'attribution du droit de vote concernant le paiement du dividende.

Marine Giovannangeli

De la responsabilité personnelle des dirigeants d'une SA cotée jugés trop généreux envers leur prédécesseur, Bulletin Joly Sociétés, n° 2, février 2009
T. com. Nanterre 3e ch., 3 décembre 2008, n° 2005F01378, SA Valauret c/ N. et a.

Le Tribunal de Commerce de Nanterre a jugé recevable l'action *ut singuli* engagée par la société Valauret, actionnaire de la société Rhodia, à l'encontre des dirigeants de cette dernière. En l'espèce, le tribunal a retenu la responsabilité personnelle des dirigeants de Rhodia pour avoir, notamment, versé une indemnité transactionnelle de rupture à des anciens cadres dirigeants de la société, ce versement étant, notamment, intervenu en violation des dispositions relatives aux conventions réglementées.

Marine Giovannangeli

Dispense pour certaines SAS de nommer un CAC

[Décret n° 2009-234 du 25 février 2009 portant diverses mesures destinées à simplifier le fonctionnement de certaines formes de société et pris en application des articles 56 et 59 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°49 du 27 février 2009](#)



Dans le sillage de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 visant à simplifier les règles de fonctionnement applicables aux sociétés de taille réduite, le décret n°2009-234 du 25 février 2009 précise que les sociétés par actions simplifiées sont dispensées de leur obligation de désigner un commissaire aux comptes à la date d'expiration du mandat de l'actuel commissaire aux comptes à condition de ne pas faire partie d'un groupe de sociétés et de ne pas dépasser plus d'un seul des critères chiffrés posés par le décret (total du bilan : 1.000.000 € chiffre d'affaires hors taxe : 2.000.000 € ou nombre moyen de salariés permanents



employés au cours de l'exercice: 20) pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes.

Par conséquent, les associés des SAS ne dépassant pas plus d'un seul des critères chiffrés posés par le décret au cours des exercices comptables 2007 et 2008, pourront, dès cette année, décider de ne pas renouveler le mandat de leur commissaire aux comptes lors de l'approbation des comptes 2008 si le mandat de ce dernier expire en 2009.

En l'état de la réglementation applicable, cette dispense de désignation d'un commissaire aux comptes devrait être utilisée en connaissance de cause dans la mesure où elle n'est pas sans risques pour le président d'une SAS. En effet, même si l'usage de cette dispense permet de simplifier le calendrier de certaines opérations requérant l'intervention d'un commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes (ex: approbation des comptes, suppression du droit préférentiel de souscription, etc), il aura pour contrepartie une responsabilité accrue pour le président de la SAS quant à la qualité des informations qu'il délivrera aux associés. De plus, il ne dispensera pas la SAS de son obligation de déposer une requête en désignation d'un commissaire aux comptes *ad hoc*

auprès du président du tribunal de commerce lorsqu'une opération sera visée par des dispositions légales applicables à toute forme de sociétés (ex: acompte sur dividendes, émission d'actions de préférence ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, etc); et ce, sous peine de nullité des délibérations de l'assemblée générale, et de sanctions civiles et pénales à l'encontre du président.

Aurore Phan

Prorogation de la durée d'une société, BRDA 5/09, 15 mars 2009

[Cass. civ. 3^e 4 février 2009 n°07-22.012, Berge c/ Preaux](#)



Une décision d'assemblée générale ordinaire d'un groupement foncier agricole avait autorisé la conclusion d'un bail rural sur des terres appartenant au groupement pour une durée excédant de 20 ans la durée du groupement. Certains membres du groupement avaient fait valoir que cette décision aurait dû être prise en assemblée extraordinaire et en avaient demandé l'annulation.

La Cour de cassation adopte ce raisonnement en relevant que les décisions modifiant les statuts, directement ou indirectement, sont de nature extraordinaire et que l'octroi d'un tel bail avait bien pour effet de les modifier indirectement (puisqu'il entraînait la prorogation de la durée du groupement).

La Cour de cassation relève néanmoins que c'est par une appréciation souveraine des juges d'appel que la modification indirecte des statuts avait été retenue. La solution retenue en l'espèce par la Cour de cassation ne constitue donc qu'une ligne directrice de raisonnement pour les juges du fond sans que cette solution puisse nécessairement trouver une application systématique.

Aurélie Maspétiol

Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit, JCP G, n°13, 25 mars 2009

[Cass. civ. 1^{re} 30 octobre 2008, n°07-19.736, Boone et a. c/ Sté Centre hospitalier privé du Montgardé](#)

Il n'y a pas d'exercice abusif du droit à résiliation unilatérale dès lors que le contrat liant les parties prévoit la faculté de résilier le contrat de façon anticipée.

En l'espèce, deux médecins, ayant conclu contrat d'exercice professionnel à durée déterminée avec une clinique, ont demandé réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la résiliation notifiée par la clinique. La Cour de cassation rejette le pourvoi des deux médecins dans la mesure où d'une part la clinique avait exercé sa faculté de résiliation conformément au contrat, sachant que cette faculté était stipulée au profit de chaque partie et, d'autre part, les médecins n'avaient pas apporté la preuve d'un abus de droit ou d'une faute de la clinique.

Audrey Ben Ayoun

Dirigeant de fait, BRDA 4/09, 28 février 2009
CA Paris 7 octobre 2008 n° 07-13617, 3e ch. A. Selarl MB
Associés ès qual. c/ De Portal.

Quoique fréquemment invoquée, la notion de gestion de fait n'a pas reçu de définition théorique précise. C'est aux juges du fond qu'il appartient donc de déterminer en fonction des faits de chaque espèce si une gestion de fait est caractérisée ou non.

La Cour d'appel relève ici qu'un actionnaire détenant la totalité du capital de sa filiale ne peut pas être qualifié de dirigeant de fait pour la seule raison que cette société tenait le secrétariat juridique de sa filiale, rémunérait son dirigeant de droit ou encore négociait les relations bancaires de sa filiale. En effet, ces éléments ne permettent pas de considérer que (i) l'actionnaire avait dépassé le cadre du contrôle de la filiale inhérent à la structure d'un groupe de sociétés, (ii) avait commis des ingérences répétées et positives dans la gestion de la filiale, (iii) avait exercé une influence prédominante sur les décisions de cette dernière pour la gérer en toute souveraineté et indépendance et (iv) avait été seul maître de la politique économique et financière de la filiale.



Pierre François

Règles communes - capital social - augmentation - validité de l'opération - appréciation, RJDA, n°3, mars 2009

CA Paris 25 novembre 2008 n° 06-18340, 3e ch. A, SAS Alliance designers c/ SA Sozan holding



Considérant notamment la complexité inutile et l'opacité de l'opération d'augmentation de capital, la Cour de cassation, a considéré que les conditions financières de cette augmentation de capital apparaissaient comme frauduleuses et par conséquent que l'augmentation de capital était irrégulière et devait être annulée.

Ainsi, une augmentation de capital même votée en assemblée générale extraordinaire peut être annulée si celle-ci est entachée de fraude, et ce même si la fraude n'est pas expressément prévue comme cause de nullité des augmentations de capital par l'article L.225-149-3 du Code de commerce.

Cassandra Mariton-Ségard

Ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence : une réforme sectorielle, Droit des sociétés, n°1, janvier 2009

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019732692&dateTexte=>

Malgré de trois articles, l'ordonnance du 6 novembre 2008 ne concerne que les actions de préférences cotées, et vient préciser l'article L.228-11 du Code de commerce afin d'indiquer que les actions de préférence émises sans droit de vote et auxquelles est attaché un droit limité de participations aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires des statuts.

Cassandra Mariton-Ségard

Limite aux effets de la solidarité entre coobligés, Revue de droit bancaire et financier, n°1, janvier - février 2009

[Cass. civ. 2e, 6 novembre 2008, n° 07-14.498](#)

Trois personnes s'étaient portées cautions solidaires pour garantir le paiement des loyers d'un crédit-bail consenti une société. La société ayant été mise en redressement puis en liquidation judiciaire, les cautions avaient été condamnées solidairement à payer à la société de crédit-bail le montant des loyers impayés.

Deux des cautions ont alors fait appel du jugement, et se sont trouvées libérées sur le fondement de l'ancien article L. 621-46 du Code de commerce (abrogé et remplacé par l'article L. 622-26 du Code de commerce), au motif que la créance de la société de crédit-bail n'avait pas été déclarée régulièrement au passif de la société garantie.

En revanche, la Cour de cassation a confirmé la condamnation de la troisième caution au paiement des loyers. Ainsi, la caution qui, contrairement à ses coobligés solidaires, n'a pas fait appel du jugement les ayant condamnés à payer, ne peut profiter des effets de l'infirmité de ce jugement obtenu par ses coobligés.

Aurélie Maspétiol



Droit Social

Entreprises aidées et consultation du CE

[Arrêté du 27 avril 2009 fixant le seuil des subventions, prêts ou avances remboursables dont la notification à l'entreprise déclenche l'information et la consultation du comité d'entreprise, JORF n°100 du 29 avril 2009](#)

Un décret du 30 mars 2009 a fixé les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise doit être consulté lorsque l'entreprise bénéficie d'une aide publique directe.

L'arrêté ministériel du 27 avril 2009 fixe les seuils à 200.000 € et à 1.500.000 € au-delà desquels le comité d'entreprise doit être informé et consulté respectivement dans le cas d'octroi de subventions et de prêts et avances remboursables.

Aurélie Maspétiol

Les condamnations au paiement des dettes sociales ne peuvent faire l'objet d'une transaction, Dictionnaire Permanent Droit des affaires, 2 avril 2009

[Cass. com. 24 mars 2009, n° 07-20.383, n° 287 F-D, Hidoux es qual. c/ Sté Cosco France et a.](#)

La Cour de cassation confirme que les condamnations au paiement des dettes sociales prononcées en application de l'article L.624-3 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 ne peuvent faire l'objet d'une transaction. Elle a donc annulé une transaction conclue par une société mise en liquidation et son liquidateur alors même que les stipulations de la transaction étaient conformes aux intérêts de la procédure collective.

Marine Giovannangeli

Fusions - Apports partiels d'actifs - Réorganisation

Apport d'un immeuble à une société en formation, BRDA, 2/09, 31 janvier 2009

[CA Agen 20 février 2008 n° 07-1130, De Broglie c/ SCI Marin](#)

Dans l'hypothèse où les associés d'une société en formation apportent un bien ou un droit dont le transfert est soumis à publicité, cet apport peut être publié avant l'immatriculation de la société, les

effets de la publicité rétroagissant à la date de son accomplissement une fois que la société est immatriculée.

En l'espèce, des associés avaient apporté un immeuble à une SCI en formation. Cet apport avait été publié avant que le créancier des apporteurs n'inscrive une hypothèque sur cet immeuble. La Cour d'appel, par application de l'article 1843-1 du Code civil, a jugé que l'immatriculation de la société, intervenue après l'inscription de l'hypothèque, a fait rétroagir les effets de la publicité du bien apporté (à savoir l'opposabilité aux tiers) à la date de sa publicité, rendant, par conséquent, l'inscription inefficace.

Audrey Ben Ayoun



Energie

L'Opérateur de Transmission Indépendant : Victoire des opposants à la séparation patrimoniale obligatoire des activités réalisées par les opérateurs énergétiques européens intégrés.



En adoptant le troisième paquet de libéralisation du marché intérieur de l'énergie le 22 avril 2009¹, le Parlement européen a mis un terme à plus de vingt mois de négociation entre les institutions européennes sur l'importante question de la séparation des activités réalisées par opérateurs énergétiques européens dits "verticalement intégrés".

L'une des mesures phares du premier projet de "troisième paquet énergie" dévoilé le 19 septembre 2007 par la Commission européenne prévoyait d'imposer aux producteurs et fournisseurs européens d'énergie exerçant par ailleurs des activités dites "de réseaux" (distribution et transport), de procéder à une dissociation patrimoniale (et non seulement fonctionnelle et juridique) entre ces activités afin de garantir par la loi l'indépendance de l'entité en charge de la gestion des réseaux.²

Plusieurs États membres, dont la France et l'Allemagne, se sont fortement opposés à cette proposition initiale et ont milité, avec succès, pour l'adoption de formules alternatives, dont celle l'opérateur de transmission indépendant³.

Selon les termes de cette formule, appelée "troisième voie", les opérateurs intégrés sont à la fois maintenus dans leur droit de conserver leurs actifs de transport et de distribution de gaz et d'électricité au sein du groupe, et dans leur droit d'en assurer la gestion. Toutefois, la structure propriétaire de ces actifs devra se soumettre à une supervision extérieure renforcée (contrôle des décisions

¹ Composé de deux propositions de directives et trois propositions de règlements, le troisième paquet énergie a pour objet la poursuite de l'effort de libéralisation des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz tout en renforçant la régulation de ces secteurs au niveau européen.

² En France, la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 transposant les directives en vigueur (Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel) a imposé aux sociétés Total, EDF et Gaz de France (aujourd'hui GDF-SUEZ) de procéder à une séparation fonctionnelle de leurs activités de réseaux. Ces activités ont ainsi été filialisées au sein de nouvelles structures : Total Infrastructures Gaz France (TIGF), RTE EDF Transport (RTE) et GRTgaz, respectivement.

³ Les deux autres sont : (i) la séparation de propriété (ou *ownership unbundling (OU)*) – les opérateurs intégrés se séparent de leurs activités de réseaux ; ou (ii) l'opérateur indépendant de système (ou *independent system operator (ISO)*) – les opérateurs intégrés conservent la propriété des actifs liés au transport et à la distribution mais en laissent la gestion à un gestionnaire de transport indépendant chargé, notamment, de prendre les décisions commerciales et d'investissement.

d'investissement et prévention des conduites discriminatoires lors de l'accès des tiers aux réseaux), et disposer d'organes de direction autonomes.

Bien que critiquée, la voie de l'opérateur de transmission indépendant constitue une véritable victoire des opérateurs énergétiques historiques. Ils devront toutefois se soumettre à davantage de contrôles afin de permettre la poursuite de l'objectif d'une libéralisation totale des marchés de l'électricité et du gaz au sein de l'Union européenne.

Stephen Walters
Olivier Méledo

Pour de plus amples informations, nous vous invitons à consulter l'intervention faite par Stephen Walters et Olivier Méledo sur le thème "Acquisitions dans le secteur Gazier: Impact de la Réglementation Sectorielle", dans le cadre du colloque "Les opérations de rapprochement dans le domaine de l'énergie" organisé en avril 2009 par ESCP Europe, en partenariat avec l'Institut Européen des Fusions Acquisitions. Cette intervention est disponible en ligne au <http://www.salondesfusionsacquisitions.com/index.php?item=colloques&name=operations-rapprochement-energie> et sur support papier auprès du cabinet.



Financement

Extension de la procédure à la caution : extinction des créances par confusion, Dalloz actualités, 25 février 2009

[Cass. com. 17 février 2009, n° 07-16.558](#)



Il résulte des articles 1300 et 2011 du Code civil que la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur, opère une confusion de droit qui éteint les deux créances. Ainsi en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la caution, par extension de la procédure ouverte contre le débiteur principal, l'obligation issue du cautionnement s'éteint par voie de confusion. La Cour de cassation a cassé l'arrêt ayant condamné un expert comptable pour manquement à son devoir de conseil à indemniser les cautions d'une fraction des sommes qu'elles auraient eu à payer en qualité de caution, dans la mesure où elle considère que par l'effet de la confusion résultant de l'extension de la procédure

collective, les obligations des cautions ont été éteintes.

Sydney Domoraud-Opéri



Procédures collectives - Sauvegarde - Mandats ad hoc

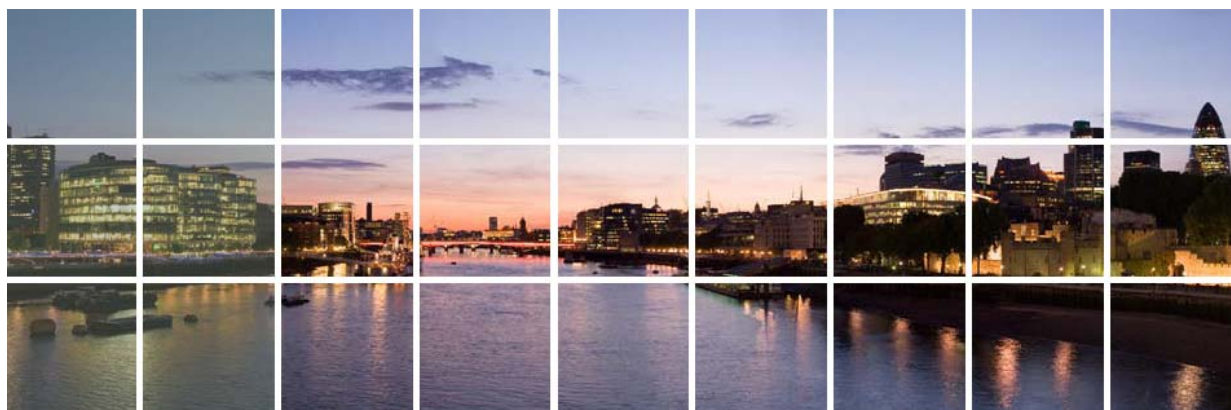
Les fautes commises par la société emprunteuse ne sauraient exonérer la banque qui rompt abusivement ses crédits

[Cass. com. 17 février 2009, n° 07-20.657, Sté Prim'Time Technologie c/ CRCAM de la Charente maritime](#)

La Cour de cassation rappelle qu'un établissement bancaire n'est autorisé à rompre sans préavis des concours financiers consentis à une entreprise que si cette dernière se trouve dans une situation irrémédiablement compromise. Les erreurs comptables commises par la société emprunteuse et ayant entraîné des redressements fiscaux, ayant fragilisé sa situation financière ne sont pas de nature à la priver du préavis.

Il convient de préciser que, outre le cas de la situation irrémédiablement compromise, la loi (art. L.313-12 du code monétaire et financier) autorise également la rupture sans préavis de concours financiers en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit.

Sydney Domoraud-Opéri



News from the Thames

A recent English law case¹ has raised concerns about some commercial practices used in the execution of deeds and contracts governed by English law.



The *Mercury Tax* case centred on a (lawful) tax avoidance scheme in connection with which the parties had purported to execute certain agreements as deeds by attaching executed signature pages from earlier versions of the deeds onto the "final" versions of those deeds. The parties alleged that this was common accepted practice. The court held that this practice did not constitute a properly executed deed under English law and that the signature must form part of the same physical document when it is signed. Consequently, the documents in question did not create a legally binding agreement between the parties.

The *Mercury Tax* case has raised concerns among practitioners, particularly in cross-border transactions, that physical signing meetings at which all signatories execute the relevant agreements will be necessary as opposed to the common current practice of having parties sign remotely. In response to this The Law Society Company Law Committee in England and the City of London Law Society's Company Law and Financial Law Committees are drafting non-binding guidance on execution and completion practices which will seek to address this and other concerns. Whilst the judgment in *Mercury Tax* case does not specifically require that physical signing meetings

¹ *R (on the application of (1)Mercury Tax Group Limited and (2) Darren Neil Masters) v HMRC and others* [2008] EWHC 2721 (Admin)

take place or prevent the distribution of counterparts electronically for signature by the relevant parties, it serves as a reminder that, where such a meeting does not take place, strict procedures should be followed to ensure that the entire agreements in question are validly executed by the parties in question and not merely the relevant signature pages.

Simon Briggs

Pour tout renseignement complémentaire, vous pouvez contacter Simon Briggs (simon.briggs@dl.com).



OFFICES WORLDWIDE
www.dl.com

New York
1301 Avenue of the Americas
New York, NY
tel +1 212 239 8000
fax +1 212 239 8000

London
multinational partnership
Mincing Lane
London EC3R 7YJ
tel +44 20 7459 5000
fax +44 20 7459 5099

Washington, DC
1101 New York Ave, NW
Suite 1100
Washington, DC
20005-4213
tel +1 202 986 8000
fax +1 202 986 8102

975 F Street, NW
Washington, DC
20005-4213
tel +1 202 862 1000
fax +1 202 862 1093

Albany
One Commerce Plaza
Suite 2020
Albany, NY 12210-2820
tel +1 518 626 9000
fax +1 518 626 9010

Almaty
Ken Dala Business Center
5th Floor
Prospekt Dostyk, 38
Almaty, 050010
tel +7 727 250 7575
fax +7 727 250 7576

Beijing
Suite 1908
China World Tower 2
No. 1 Jian Guo Men Wai
Avenue
Beijing 100004
tel +86 10 6505 9228
fax +86 10 6505 9235

Beijing Kerry Center
South Tower
Suite 1429
No.1 Guanhua Avenue
Beijing 100020
tel +86 10 6583 9500
fax +86 10 6583 9600

Boston
200 Franklin Street
Boston, MA 02110
tel +1 617 438 1000
fax +1 617 438 1000

Amsterdam
Aankomstgebouwing
rue de l'Anversstraat
144
1044
tel +31 20 237 0900
fax +31 20 237 0905

Brussels
Rue de l'Anvers
1044
tel +32 2 237 0900
fax +32 2 237 0905

Ottawa
104 North Fryn Street
Ottawa, Ontario
K1P 5G6
tel +1 514 947 7333
fax +1 514 947 7333

Chicago
Two Lakes Plaza
180 Lakeside Drive
Avenue, Suite 1000
Chicago, IL
60601-6710
tel +1 312 794 8000
fax +1 312 794 8100

Dubai
Level 25, Office 2539
Suites 102-104, Level 1
The Gate Village Building 4
Dubai International
Financial Centre
PO Box 506675
Dubai
tel +971 4 305 0780
fax +971 4 305 0787

East Palo Alto
1950 University Avenue
Suite 500
East Palo Alto, CA
94303-2225
tel +1 650 845 7000
fax +1 650 845 7333

Frankfurt
Skyper
Taubusanlage 1
Frankfurt 60329
tel +49 69 3639 30
fax +49 69 3639 3333

Hong Kong
Citibank plaza
2008, ICBC Tower
3 Garden Road
Central
tel +852 3697 7000
fax +852 3697 7099

Houston
Reliant Energy Plaza
1001 Main Street
Houston, TX 77002
tel +1 713 287 2000
fax +1 713 287 2000

Los Angeles
333 South Grand Avenue
Suite 2600
Los Angeles, CA
90071-1530
tel +1 213 621 6000
fax +1 213 621 6100

Milan
Dewey & LeBoeuf
Studio Legale
Via Fratelli Gabba
20121 Milan
tel +39 02 3030 9330
fax +39 02 3030 9340

Madrid
Nervion Peruleak 5
12500 Madrid
tel +34 91 437 3000
fax +34 91 437 3050

Paris
multinational partnership
51, rue Pierre Charron
75008 Paris
tel +33 1 53 43 27 00
fax +33 1 53 43 08 08

Riyadh
Khalid Al-Fozayem
Firm affiliated office
King Fahad Road
Sky Towers Building 1
P.O. Box 304
Riyadh 11372
tel +966 1 411 4990
fax +966 1 411 49800

Rome
Dewey & LeBoeuf
Studio Legale
Via Po 22
00188 Rome
tel +39 06 4520 6220
fax +39 06 4520 6230

San Francisco
One Embarcadero
Center
San Francisco, CA
94111-3619
tel +1 415 951 1100
fax +1 415 951 1180

Warsaw
Dewey & LeBoeuf
Grzesiak LP
Warsaw Stock
Exchange Building
ul. Ksiazka
00-498 Warsaw
tel +48 22 630 6100
fax +48 22 630 6100