

Dewey & LeBoeuf

Sur la planète finance..... Février-mars 2009



La fiducie sûreté plus attractive?



La fiducie et plus particulièrement la fiducie sûreté va-t-elle enfin séduire?

Deux ordonnances récentes sont venues modifier le statut de la fiducie qui contribuent en tout cas à la rendre plus attractive.

Tout d'abord, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté renforce la protection des créanciers bénéficiant d'une fiducie ou titulaires d'un gage sans dépossession.

L'article 2024 du code civil dispose déjà que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire. Cependant, la loi ne contenait aucune disposition spécifique relative à l'ouverture d'une procédure similaire concernant le constituant. La question se posait donc du sort du contrat de fiducie et de l'exercice des droits du bénéficiaire en cas d'ouverture d'une telle procédure.

A cette question, l'ordonnance apporte quelques réponses en faveur des créanciers en cas de liquidation judiciaire.

Ainsi, les dispositions relatives à la poursuite des contrats en cours en cas de liquidation judiciaire (article L-641-11-1 VI du code de commerce) sont déclarées non applicables tant au contrat de fiducie qu'à la convention de mise à disposition des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire.

Cette mesure permet au créancier d'appréhender et de disposer des biens et droits en question dès l'ouverture de la procédure de liquidation. En revanche, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne permet pas au créancier d'appréhender les actifs ou droits en fiducie, ni de mettre fin à la convention de mise à disposition d'un bien ou droit transféré dans le patrimoine fiduciaire (article L-622-13 du code de commerce). Les règles relatives à la poursuite des contrats en cours trouvent à s'appliquer ici.



Si un redressement judiciaire est ouvert à la suite d'une cessation de paiement survenue au cours de l'exécution du plan de sauvegarde, le créancier peut réaliser la fiducie sûreté.

Répondant à une incertitude, l'article L-642-7 du code de commerce est également modifié pour disposer que, sauf accord du bénéficiaire du contrat de fiducie, la convention de mise à disposition d'un bien ou droit transféré dans un patrimoine fiduciaire ne peut pas faire partie des contrats cédés judiciairement dans le cadre d'un plan de cession.

Les créanciers bénéficiant d'une fiducie sûreté ne font partie des comités de créanciers qu'en considération de leurs seules créances non garanties (article L-626-30 du code de commerce). En ce qui concerne leurs créances garanties par une fiducie sûreté, ils ne peuvent donc pas se voir imposer les conditions du plan arrêté par le vote majoritaire en comités de créanciers. En revanche, ces créanciers sont consultés selon les modalités applicables aux

créanciers non membres des comités (article L-626-33 du code de commerce). Ils peuvent donc se voir imposer des délais de paiement (sur une durée maximum de 10 ans).

Enfin, désormais seuls peuvent être remis en cause au titre de la "période suspecte" les contrats de fiducie sûreté (et leurs avenants) constitués à la garantie de dettes antérieures.

L'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 est, elle, spécifique à la fiducie.

Elle a pour objet de préciser un certain nombre de mesures à la suite de l'élargissement de la fiducie aux personnes physiques et aux personnes morales non soumises à l'IS, ainsi qu'à l'ouverture de la qualité de fiduciaire aux avocats.

L'ordonnance introduit une section spécifique dans le régime des sûretés du code civil relative à la propriété cédée à titre de garantie.

Des dispositions de natures similaires sont introduites aux articles 2372-1 et suivants du code civil pour les biens meubles et aux articles 2488-1 et suivants du code civil pour les immeubles.

Ces dispositions subordonnent les fiducies sûretés consenties par des personnes physiques à un certain nombre de règles formelles, dont certaines d'ordre public.

Ainsi, obligation est faite d'indiquer la dette garantie et la valeur estimée du bien transféré dans le cadre de la fiducie et d'évaluer à nouveau la valeur du bien en cas de réalisation de la sûreté.

La fiducie sûreté peut également être "rechargeable" si l'acte le prévoit expressément. La loi dispose que le bien cédé en garantie peut être affecté au créancier d'origine ou à un nouveau créancier, quand bien même le premier n'aurait pas été encore désintéressé. Toutefois, la loi prévoit que la propriété d'un bien ne peut être affectée en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge. On peut se poser la question de l'intérêt de cette limite....

La loi précise que les dispositions visées ci-dessus, dont l'objet principal est la protection du constituant, ne sont pas applicables aux fiducies constituées à titre de garantie par les personnes morales. Dans ce dernier cas, il appartient aux parties de fixer elles-mêmes les règles de réalisation et de rechargement éventuel de la fiducie.

Nous concluons par une question : l'ordonnance consacre-t-elle indirectement ou involontairement la cession en pleine propriété à titre de garantie?

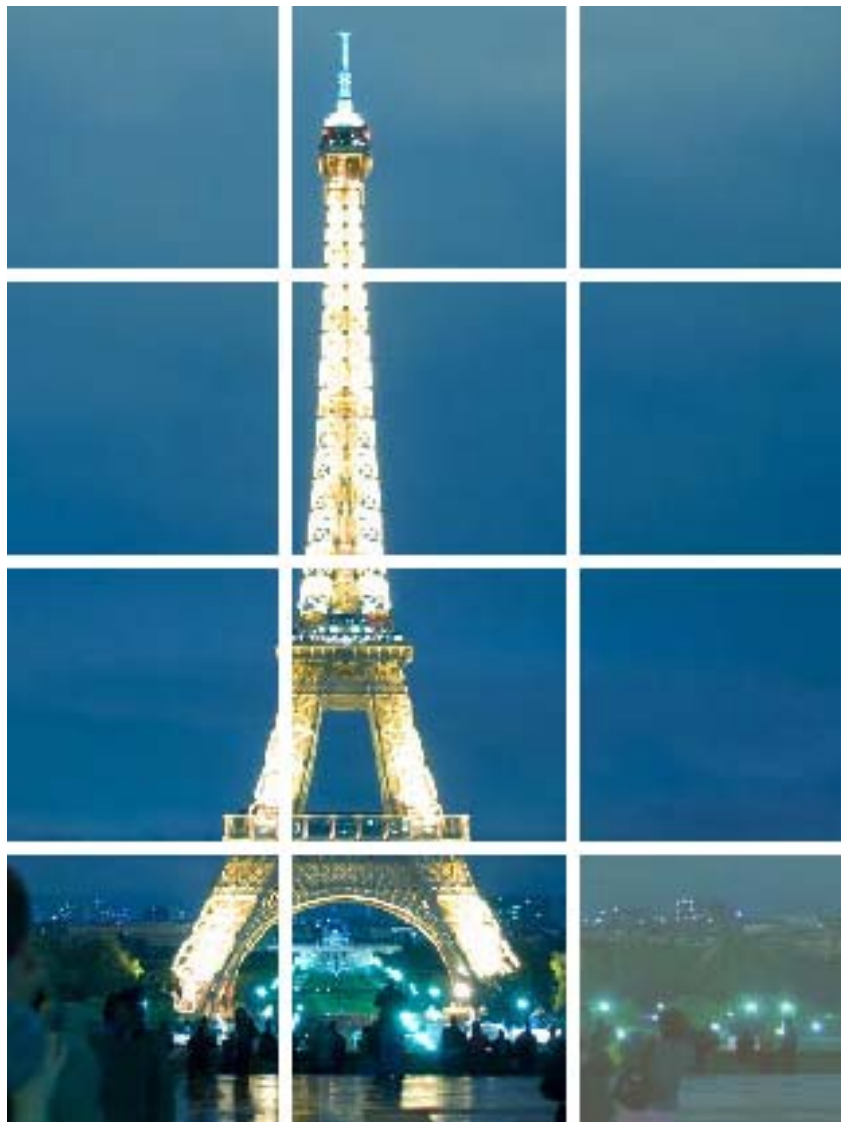
La question se pose après la modification par l'ordonnance de l'article 2329 du code civil pour les meubles et de l'article 2379 du même code pour les immeubles.

En effet, désormais ces articles disposent qu'une sûreté sur meuble ou sur immeuble peut être constituée par "la propriété cédée à titre de garantie".

On pourrait alors en conclure que toute forme de cession à titre de garantie en pleine propriété (on pense bien sûr en premier lieu aux cessions de créances en garantie) serait désormais autorisée par le code civil ...

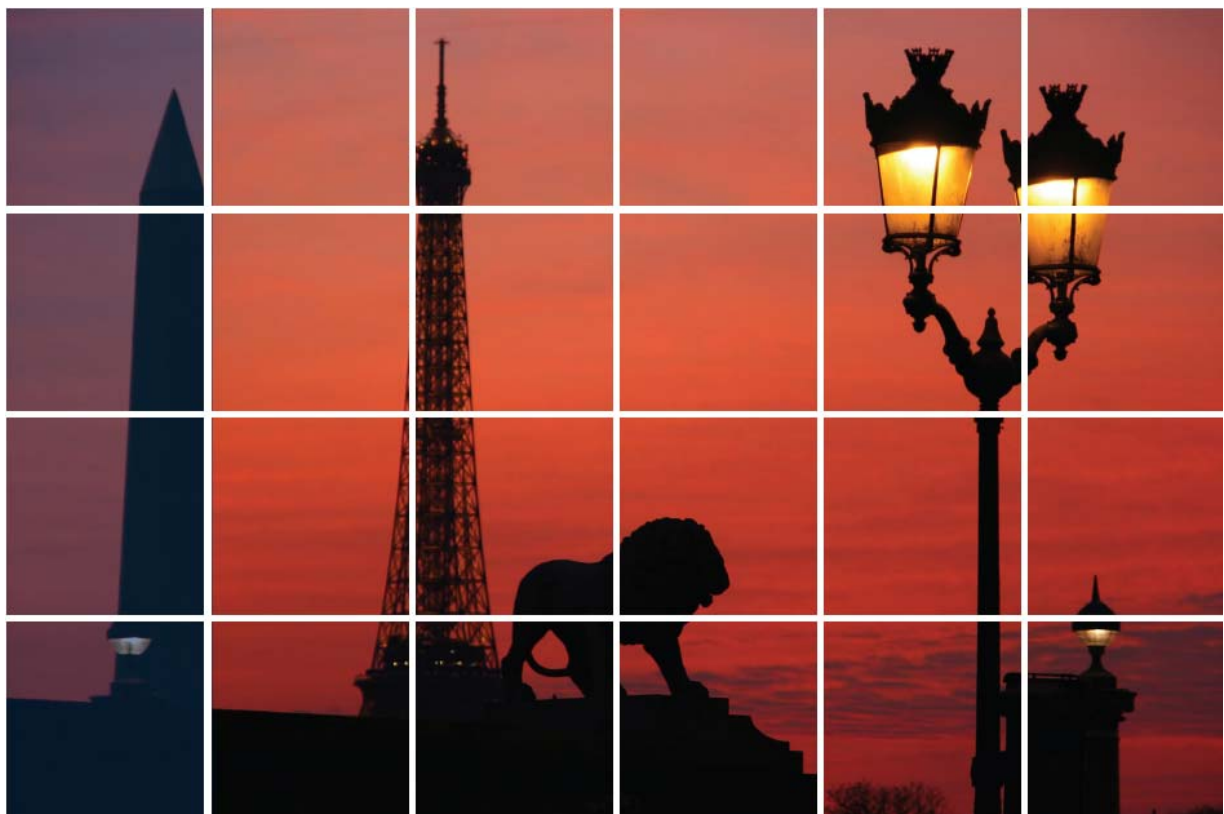
Le débat est peut être (ré-)ouvert....

Michel Quéré



Sommaire

LES ACTEURS.....	5
LEUR MÉTIER... ..	5
MARCHÉS DE CAPITAUX ET FINANCEMENTS STRUCTURÉS	5
FINANCEMENTS BANCAIRES.....	7
<i>Général</i>	7
<i>LBO</i>	8
ET LEUR ENVIRONNEMENT	8
DROIT DES OBLIGATIONS.....	8
DROIT DES SOCIÉTÉS & CRÉDIT.....	9
DROIT DES SÛRETÉS	10
PROCÉDURES COLLECTIVES	12
NEWS FROM THE THAMES	13
CHEZ DEWEY & LEBOEUF	14



Les acteurs...

Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme : nouvelle ordonnance Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, JORF n°26 du 31 janvier 2009



L'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, transpose la troisième directive blanchiment (Dir. Cons. CE n° 2005/60, 26 oct. 2005) et apporte certaines modifications importantes au régime juridique antérieurement applicable.

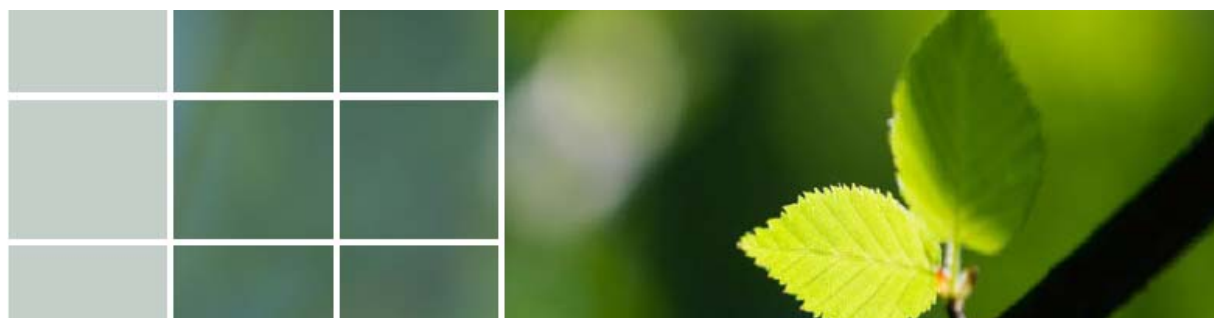
Le nouveau texte interdit, en premier lieu, tout paiement en espèces d'une dette supérieure à un montant qui sera fixé par décret.

L'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle est ensuite significativement renforcée pour les professionnels concernés (établissements de crédit, entreprises d'investissement, sociétés de gestion, OPCVM etc...). Le nouvel article L. 561-5 du Code monétaire et financier impose, en effet, une identification préalable systématique du client et, le cas échéant, du bénéficiaire effectif de la relation d'affaires. À défaut, le professionnel ne pourra entrer en relation d'affaires ou devra y mettre fin.

Surtout, l'ordonnance étend considérablement le champ de l'obligation de déclaration de soupçon qui devra désormais porter sur toute somme ou opération susceptible de provenir d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou provenant d'une fraude fiscale lorsqu'au moins un critère défini par décret sera vérifié (article L. 561-15 du Code monétaire et financier).

Pour l'essentiel, le nouveau dispositif n'entrera en vigueur qu'à la publication d'un ou de plusieurs décrets d'application. L'ordonnance laisse en outre un délai aux professionnels visés pour mettre en place leur nouvelle obligation de vigilance.

Anthony Costard



Leur métier...

Marchés de Capitaux et Financements structurés

Une nouvelle ordonnance en matière d'instruments financiers

Ordonnance n° 2009-107 du 30 janvier 2009 relative aux sociétés d'investissement à capital fixe, aux fonds fermés étrangers et à certains instruments financiers, JORF n°26 du 31 janvier 2009

Créées par l'ordonnance n°45-2710 du 2 novembre 1945, les sociétés d'investissement à capital fixe ("SICAF") sont des véhicules de gestion de portefeuilles de valeurs mobilières qui, contrairement aux OPCVM, ne sont pas soumis à une obligation d'émission et de rachat des parts à la demande du porteur.

L'ordonnance n°2009-107 du 30 janvier 2009 modernise le cadre juridique des SICAF afin de permettre le développement des fonds fermés et la cotation des fonds de type fermé français et étrangers.

L'article 1^{er} de l'ordonnance crée les articles L. 214-147 à L. 214-159 dans le Code monétaire et financier. Il prévoit que les SICAF sont des sociétés anonymes ayant la possibilité d'investir dans des instruments financiers, des liquidités et des dépôts, utiliser des instruments financiers à terme, recourir au prêt-emprunt de titres, et octroyer ou recevoir des garanties.

Si les SICAF ne sont pas soumises au respect de ratios réglementaires, elles doivent néanmoins se conformer, directement ou par transparence, à un principe de division des risques.

Afin d'éviter toute confusion avec un OPCVM, les documents destinés à l'information du public devront préciser de manière claire l'absence de possibilité de rachat des actions par la SICAF à la demande des actionnaires.

La gestion d'une SICAF sera, quant à elle, assurée par une société de gestion de portefeuille agréée par l'Autorité des marchés financiers, et disposant d'un programme d'activité adapté à la stratégie de la SICAF. Il y aura donc lieu à vérification de l'adéquation de l'organisation de la société de gestion, notamment en termes de gestion des risques, avec la nature du produit.

Par ailleurs, les SICAF ne pourront procéder à une offre au public que si le montant nominal de leurs actions est supérieur à un seuil qui sera fixé par décret. En outre, les parts ou actions des SICAF et des fonds d'investissement étrangers de type fermé ne pourront faire l'objet de démarchage si leur valeur est inférieure à ce même seuil.

Enfin, il est prévu que les SICAF établissent et publient tous les six mois la composition de leur actif, leur actif net par action, ainsi que leurs expositions aux principaux risques. Cette obligation de transparence permettra aux investisseurs de mieux estimer les risques auxquels ils sont exposés.

Anthony Costard



Directive MIF et Loi "Informatique et Libertés"



L'un des objectifs poursuivis par la transposition de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers ("Directive MIF") est d'assurer un niveau élevé de protection des clients des prestataires de services d'investissement. Figurent parmi ces obligations celles (i) de "catégoriser" les clients et (ii) de leur fournir des services adaptés à leur situation propre. Ceci suppose par conséquent :

- la collecte de certaines informations à caractère personnel auprès des clients afin de leur fournir un service adapté ; et

- la conservation de ces données.

S'agissant d'une collecte et du traitement de données personnelles, le respect des obligations prévues par la Directive MIF implique celui des dispositions la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ("Loi Informatique et Libertés"). L'Association Française des Marchés Financiers a publié en janvier 2009 une étude rappelant ce principe et ses modalités de mise en œuvre parmi lesquelles figurent notamment :

- **l'obligation d'information préalable du client** : Ce dernier doit ainsi être informé (i) du cadre dans lequel la collecte de ses données personnelles va être effectuée et (ii) du but de cette collecte et du traitement des informations recueillies.

- **l'obligation d'informer le client de son droit d'accès** : Le prestataire a l'obligation d'informer le client de ses droits d'accès, de rectification et d'opposition, du caractère obligatoire ou facultatif de ses réponses et des conséquences éventuelles d'un défaut de réponse. Cette obligation issue de la Loi Informatique et Libertés se conjugue parfaitement avec celle issue de l'article L. 533-13-I du Code Monétaire et Financier disposant que *"lorsque les clients, notamment les clients potentiels, ne communiquent pas les informations requises, les prestataires s'abstiennent de leur recommander des instruments financiers ou de leur fournir le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers."*

- **l'obligation de ne conserver les données collectées que pour une durée proportionnée** à la finalité de la collecte et du traitement conformément à l'article 6 de la Loi Informatique et Libertés. A défaut de durée précise prévue par la Loi Informatique et Libertés, l'on se référera utilement aux articles L. 533-10 du Code monétaire et financier et 313-49 du Règlement Général de l'AMF imposant au prestataire une conservation des données relatives à tout service fourni ainsi que toute transaction effectuée pendant une durée de cinq ans.

- **l'obligation de mise à jour des données collectées** : L'article 6.4 la Loi Informatique et Libertés impose également le traitement d'informations exactes, complètes et mises à jour et reconnaît la possibilité d'actualiser les informations personnelles si nécessaire. Cette obligation doit être perçue à la lumière de l'article de l'article 314-53 du Règlement Général de l'AMF aux termes duquel *"le prestataire de service d'investissement est habilité à se fonder sur les informations fournies par ses clients, à moins qu'il ne sache, ou ne soit en situation de savoir, que celles-ci sont manifestement périmées, erronées ou incomplètes"*.

Gaëtan Cordier

Financements bancaires

Général

Titrisation des risques d'assurance - Contrat de cession - Agrément des organismes de titrisation - Traitement prudentiel, Banque et droit, n°122, novembre - décembre 2008

[Décret n°2008-711 du 17 juillet 2008 réformant le cadre juridique des fonds communs de créances](#)



Le décret n°2008-711 du 17 juillet 2008 est venu préciser les modalités d'application de l'ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances. La nouveauté introduite par l'ordonnance est de permettre aux assureurs et réassureurs de transférer leurs risques aux marchés financiers à travers un véhicule de titrisation.

Le décret précise notamment les informations devant figurer dans le règlement du fonds commun de titrisation et dans les statuts de la société de titrisation et dégage les conditions dans lesquelles l'assureur prend en compte la titrisation des risques d'assurance (ou de réassurance) dans le calcul de sa marge de solvabilité.

Sydney Domoraud-Opéri

LBO

Opération de leverage buy out (LBO) ; étendue de l'information du comité central de la société cible ; refus d'information de la direction ; saisine du juge des référés ; accès aux informations de l'expert mandaté par le comité central d'entreprise ; comptabilité consolidée (oui) ; pacte d'actionnaires (oui) ; plan de remboursement de l'emprunt contracté (oui) ; business plan (oui) ; prix de cession des actions (oui) ; liste des dirigeants actionnaires (oui), Banque & Droit, n°122, novembre-décembre 2008

[Cass. soc., 23 septembre 2008, n°07-18.879, Comité central d'entreprise et société Alter c/ SA Benedicta](#)



Quoique l'on cherche à préserver la confidentialité des accords mis en place dans le cadre d'un LBO (ex. : pacte d'actionnaires) ou des données financières sur la base desquelles l'opération est montée (ex. : business plan), le comité d'entreprise de la cible peut en obtenir communication. C'est la conclusion que tous les organes représentatifs du personnel de sociétés sous LBO pourront tirer de cet arrêt que l'on peut juger malheureux par la généralité de ses motifs.

Pierre François



Et leur environnement

Droit des obligations

Responsabilité quasi délictuelle envers le bénéficiaire dont la banque du tiré a refusé le paiement, Revue de droit bancaire et financier, n°6, novembre décembre 2008

[Cass. civ. 2^e, 3 juillet 2008, n°06-11.920, Banque Palatine c/ Société Champagne Gremillet et a.](#)

La banque du tiré-accepteur d'une lettre de change refuse de payer le bénéficiaire de l'effet de commerce, au motif que le compte du tiré ne présente pas de provision suffisante.

Le tiré, placé en redressement judiciaire postérieurement au refus de la banque, n'engage aucune action contre sa banque. La Cour de cassation reconnaît bien fondée l'action en paiement du bénéficiaire de la lettre de change exercée à la place du tiré par le biais de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil. En conséquence, le bénéficiaire d'une lettre de change dispose donc de trois moyens d'action en paiement : (i) l'action cambiaire contre le tiré-accepteur, (ii) l'action en paiement de droit commun issue des rapports de base existant entre le tireur, le bénéficiaire et le tiré et (iii) l'action en paiement contre la banque du tiré exercée par le voie oblique.

Pierre François

Droit des sociétés & crédit

Réforme de l'appel public à l'épargne Ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009

L'ordonnance n° 2009-107 du 30 janvier 2009, prise en application de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite loi «LME» vise à faciliter le financement des entreprises sur les marchés de capitaux en rapprochant le droit français applicable en matière d'offre au public de titres financiers des standards européens connus des investisseurs internationaux. Quelques modifications importantes méritent d'être soulignées.

L'ordonnance substitue, en premier lieu, à la notion française d'appel public à l'épargne celle de l'offre au public de titres financiers en vue de faire correspondre fidèlement le droit français à la définition correspondante de l'offre au public retenue dans la directive européenne 2003/71/CE dite « Prospectus ».

Le nouvel article L. 411-1 du Code monétaire et financier, définit ainsi l'offre au public de titres financiers comme d'une part, « une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers » et, d'autre part, comme « un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers ».

Si la nouvelle définition ne modifie pas le type d'opérations d'offre au public issu de la définition française de l'appel public à l'épargne, il est précisé que l'offre au public porte sur les titres financiers et non plus sur les instruments financiers qui comprennent les contrats financiers et qui ne peuvent, à proprement parler, faire l'objet d'une émission.

L'article L. 411-2 du Code monétaire et financier est également modifié pour permettre à toute société, dès lors qu'elle est autorisée à procéder à une offre au public, de bénéficier des dérogations à l'établissement d'un prospectus.

Les opérations de placement privé sur le compartiment du marché réglementé réservé aux professionnels seront, par ailleurs, dispensées de l'obligation de traduction du résumé du prospectus (Article L. 412-1 du Code monétaire et financier).

Le chapitre II de l'ordonnance modifie, quant à lui, le Code de commerce s'agissant, d'une part, de l'appel public à l'épargne et, d'autre part, de l'augmentation de capital.

Si le capital social minimal d'une société par actions est fixé à 37 000 euros (Article L. 224-2 du Code de commerce), il appartiendra désormais à l'opérateur de marché de fixer les critères et le montant minimal de capital dans le cadre des conditions d'admission à la cotation sur un marché réglementé.

Par ailleurs, l'obligation d'établir un rapport sur le contrôle interne (Article L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce) est limitée aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

Enfin, l'article L. 227-2 du Code de commerce est modifié pour permettre aux sociétés par actions simplifiées de procéder à une offre au public de titres financiers à condition que le montant par investisseur ou que la valeur nominale du titre dépasse certains seuils.

Anthony Costard



Opération de crédit-bail et indemnité de résiliation, Banque et droit, n°122, novembre - décembre 2008

[Cass. civ. 3^e, 21 mai 2008, n°07-12.848](#)

L'indemnité due en cas de résiliation pour inexécution qui, tant par l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la résiliation du contrat de crédit-bail, que par le paiement d'une année de loyers supplémentaire, majore les charges financières pesant sur le débiteur, est stipulée à la fois pour le contraindre à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive de celui-ci.

Cette indemnité de résiliation constitue donc une clause pénale pouvant, si elle est considérée comme excessive, être réduite par le juge.

Sydney Domoraud-Opéri



Droit des sûretés

Cautionnement - jugement rendu contre le débiteur - Titre exécutoire contre la caution, Banque & Droit, n122, novembre-décembre 2008

[Cass. civ. 2^e, 23 octobre 2008, n°07-20.035](#)

L'arrêt qui condamne le débiteur principal à payer une certaine somme à la banque et dit que les cautions sont engagées vis-à-vis de celle-ci par un cautionnement simple constitue pour ladite banque un titre exécutoire à l'encontre des cautions.

Les cautions n'ayant proposé aucun bien du débiteur principal à la discussion, ni avancé les deniers suffisants pour faire la discussion, n'avaient pas respecté les conditions de l'article 2300 du Code civil, le bénéfice de discussion n'avait donc pas été valablement requis par elles, de sorte que le titre exécutoire constituait bien une créance liquide et exigible à leur encontre, correspondant au montant de la condamnation prononcée contre le débiteur principal.

Sydney Domoraud-Opéri

Cumul de cautionnements, Revue de droit bancaire et financier, n°6, novembre décembre 2008

[Cass. com, 14 octobre 2008, n°07-16.528, Banque Scalbert-Dupont CIN C/ Gesippe](#)

Le gérant d'une société placée en liquidation judiciaire avait donné son cautionnement solidaire au bénéfice d'une banque de la société par trois actes de cautionnement distincts. La nature des obligations cautionnées n'était pas spécifique, chacun des trois cautionnements s'apparentant à un cautionnement omnibus de la société quoique le montant des engagements de la caution en principal, intérêt, frais et accessoires fût limité.

En appel, le montant maximum des engagements de la caution avait été fixé au montant stipulé dans le troisième et dernier acte de cautionnement, qui s'avérait aussi être le plus élevé.

La Cour de cassation sanctionne la décision rendue en appel en relevant que chacun des actes de cautionnement comportait une clause selon les termes de laquelle, le cautionnement concerné s'ajoutait aux garanties réelles ou personnelles existantes ou à venir dont la banque pourrait disposer. De 180.000 euros (montant maximum le plus élevé des trois cautionnements), la garantie totale de la caution personne physique pourrait ainsi passer à environ 261.000 euros. Les clauses de cumul de garanties, souvent peu discutées et parfois oubliées, ne sont donc pas à prendre à la légère.

Pierre François

**Crédits garantis par une assurance groupe, Dalloz actualités, 5 février 2009
Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, n° 07-19.867**

A l'occasion de l'octroi de deux prêts consentis par deux banques distinctes, un emprunteur avait adhéré au contrat d'assurance groupe souscrit par chacune de ces banques auprès du même assureur. Suite à une maladie l'obligeant à interrompre son activité professionnelle, l'emprunteur s'était vu refuser la mise en œuvre de la garantie prévue par le contrat d'assurance, la maladie demeurant compatible avec l'exercice d'un emploi sédentaire au moins à mi-temps thérapeutique. L'emprunteur s'était alors retourné contre les banques prêteuses en invoquant, devant la Cour d'appel, le manquement à leurs obligations de conseil et d'information dans le cadre de son adhésion au contrat d'assurance groupe.

La Cour d'appel a estimé que l'emprunteur, qui détenait un exemplaire des clauses générales de la convention d'assurances, était suffisamment informé des stipulations du contrat d'assurance auquel il avait adhéré.

La Cour de cassation casse, en revanche, l'arrêt de la Cour d'appel au motif que la connaissance par le client des stipulations du contrat d'assurance de groupe auquel il avait adhéré ne pouvait dispenser chacun des banquiers de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur.

Anthony Costard

CA Paris, 3 juillet 2008, Caisse d'Épargne IDF Nord c. Société Renoveo et autres, RG n° 06/20946, Gazette du Palais, n° 22, 22 janvier 2009

CA Paris, 3 juillet 2008, Caisse d'Épargne IDF Nord c/ Société Renoveo et autres, RG n° 06/20946,

En 2004, une banque avait mis à la disposition d'une société divers crédits destinés à financer une acquisition de matériel, ainsi qu'un découvert de 65.000 € jusqu'au 14 mars 2005. Le 14 octobre 2004 la banque a notifié à la société sa décision de ne plus maintenir le découvert et a assigné en remboursement la société qui a ensuite fait l'objet d'une liquidation judiciaire en 2007.

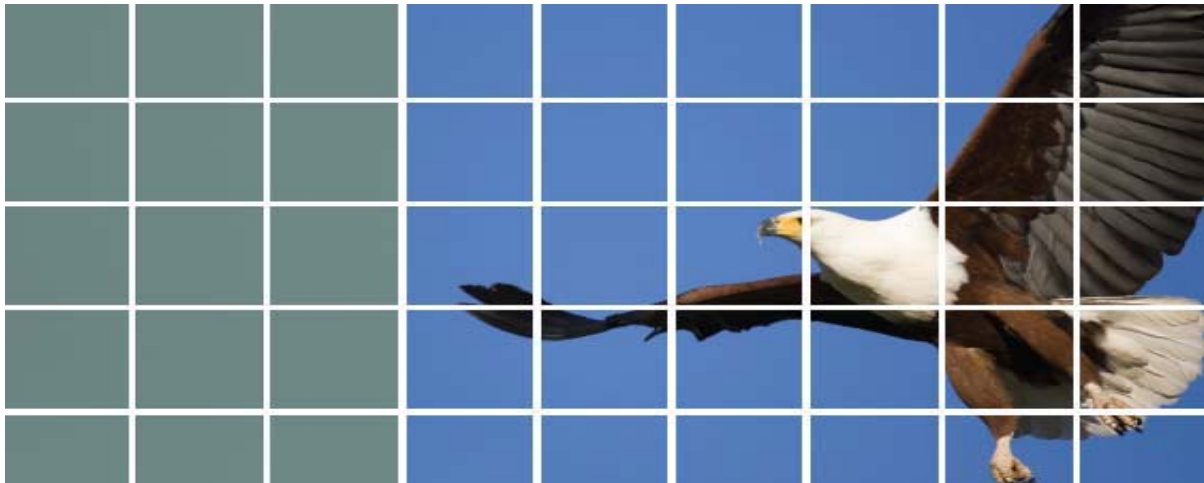
Le liquidateur, intervenant volontairement en instance d'appel, a invoqué d'une part, la résiliation fautive de l'autorisation de découvert et, d'autre part, le caractère abusif des crédits octroyés.

La Cour d'appel a considéré que l'autorisation de découvert étant à durée déterminée, la banque ne disposait pas d'une faculté de résiliation unilatérale moyennant le respect d'un préavis. La Cour juge également que l'existence d'un comportement gravement répréhensible ou d'une situation irrémédiablement compromise, qui aurait permis une résiliation sans préavis de l'autorisation de découvert, n'était pas démontrée.

Les juges du fond n'ont, toutefois, pas accueilli l'argument du liquidateur fondé sur le caractère abusif des crédits octroyés au motif que le liquidateur ne rapportait ni la preuve que la situation de la société était irrémédiablement compromise ni le caractère disproportionné du concours accordé, le résultat négatif de la société certes révélateur de difficultés financières ne pouvant suffire à caractériser cette circonstance alors que l'entreprise disposait d'un actif important.

Anthony Costard





Procédures collectives

Les créanciers peuvent agir en nullité pour fictivité d'une société malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de celle-ci, Gazette du Palais, 29 juillet 2008

[Cass. com., 3 juin 2008, n°07-11.697, M. et Mme X contre Caisse régionale de crédit maritime mutuel](#)



Les débiteurs qui décident de former une SNC puis de la mettre en liquidation judiciaire, ne peuvent échapper à l'action en nullité pour fictivité de la société ouverte à leurs créanciers personnels et ce malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'égard la société.

Les associés de la SNC soutenaient dans leur pourvoi que l'action en nullité des créanciers n'était pas recevable au motif que l'action fondée sur la fictivité de la société devait, selon eux, être exercée dans l'intérêt de la collectivité des créanciers de la société, par le liquidateur.

La Cour de cassation confirme qu'à la différence de l'action en extension fondée sur la fictivité de la société, laquelle ne peut être exercée que par les organes de la procédure, l'action en nullité pour fictivité reste ouverte aux tiers, créanciers personnels des associés, même en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la société.

Cette décision rappelle également que le caractère frauduleux de l'intention frauduleuse des associés de nature à caractériser la fictivité de la société relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Héloïse Slakta

Nullité de la période suspecte : créance de restitution, Dalloz actualités, 29 janvier 2009

[Cass. com. 20 janvier 2009, n° 08-11.098](#)

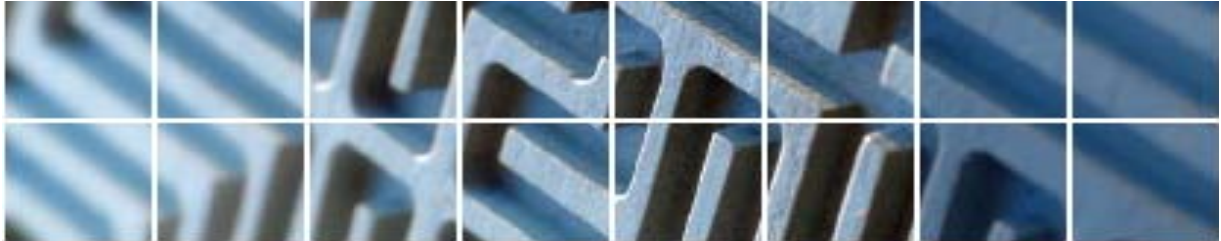
En principe, la créance de restitution née de l'annulation d'un acte prononcée après le jugement d'ouverture d'une procédure collective est une créance postérieure devant être payée à échéance (ancien article L. 621-32 du Code de commerce devenu L.622-17).

En revanche, sont exclues de ce régime les créances de restitution résultant d'une vente annulée parce que réalisée pendant la période suspecte (anciens articles L. 621-107 et L. 621-108 du Code de commerce devenus L.632-1 et L.632-2). La créance de restitution résultant de l'annulation d'une vente réalisée pendant la période suspecte est donc considérée comme une créance antérieure.

Cet arrêt oblige donc le cocontractant, de bonne ou de mauvaise foi, à déclarer sa créance dans les délais alors qu'il a souvent connaissance trop tard de sa qualité de créancier antérieur. Le créancier se trouve alors contraint de compter sur un éventuel relevé de forclusion pour déclarer sa créance.

Cette décision rendue en application de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, reste applicable malgré les réformes intervenues successivement avec l'adoption de la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 et l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008.

Héloïse Slakta

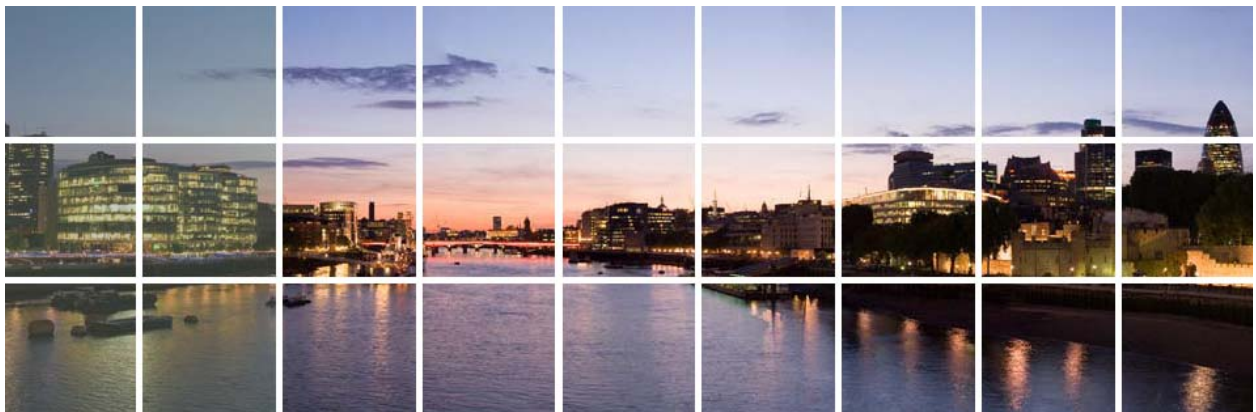


Le passif exigible ne peut inclure une créance litigieuse **Cass. com., 25 novembre 2008, n° 07-20.972**

Un créancier avait dans un premier temps obtenu la condamnation en référé de son débiteur, une SCI. Il avait ensuite assigné cette société en redressement judiciaire en se fondant sur les ordonnances de référé rendues.

La Cour d'appel de Versailles a été censurée pour avoir fait droit à la demande d'ouverture de redressement judiciaire alors que le débiteur contestait, au fond, l'existence de ces créances. Faisant encore l'objet d'une procédure au fond, ces créances ne pouvaient être considérées comme certaines et incluses dans le passif exigible tel que défini par l'article L.631-1 du Code de commerce. Cette solution n'est pas remise en cause par la modification de l'article L.631-1 précité résultant de l'Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008.

Héloïse Slakta



News from the Thames

UK Banking Act 2009



On 12 February 2009, the Banking Act 2009 became law. It creates a special set of insolvency laws for UK banks and building societies. This includes "stabilisation options" such as the transfer of assets to another bank (creating a good bank/bad bank) and temporary public ownership. Further secondary legislation will be needed to set out how assets and liabilities are split in such circumstances, to ensure that secured liabilities, and ISDA master agreements, are preserved. The UK government has said that "financial collateral arrangements" will not be disrupted.

Bruce Johnston



Chez Dewey & LeBoeuf

Client Alert

Proposed Hedge Fund Transparency Act, February 11, 2009

On January 29, 2009, Senators Charles Grassley, R-Iowa and Carl Levin, D-Michigan introduced to the Senate the Hedge Fund Transparency Act (the "HFTA"). The stated purpose of the bill is to subject hedge funds to limited regulation by the U.S. Securities and Exchange Commission (the "SEC"). However, notwithstanding its title, the HFTA is not limited to hedge funds. If the HFTA is enacted as proposed, any entity with \$50 million or more in assets that currently relies on Section 3(c)(1) or Section 3(c)(7) of the Investment Company Act of 1940 (the "1940 Act") to avoid registration as an investment company ("private investment companies") would be required to register with the SEC and comply with certain other requirements specified in the HFTA. While the HFTA would subject private investment companies to significantly less extensive regulation than the 1940 Act imposes on other registered investment companies, if the HFTA is enacted as proposed, private investment companies' regulatory obligations would increase substantially.

L'intégralité du texte de l'alerte est disponible sur simple demande adressée à Michel Quéré (mquere@dl.com) ou Marie Lavie de Rande (mlderand@dl.com)

Business Method Patents, Gaëtan Cordier, February 2009

L'intégralité du texte de cette étude concernant la brevetabilité des méthodes commerciales aux USA et l'influence attendue en Europe des récentes décisions rendues aux USA concernant cette question est disponible sur [...] ou vous sera adressée sur simple demande à Gaëtan Cordier (Gcordier@dl.com) ou Marie Lavie de Rande (mlderand@dl.com)

Dewey & Leboeuf Partner Michael Steele Named Chairman of the Republican National Committee

(Washington, D.C. – January 31, 2009) – Dewey & LeBoeuf LLP is proud to announce that Michael Steele, a partner in the firm's Washington, DC office, and former Lieutenant Governor of Maryland, has been elected Chairman of the Republican National Committee.

L'intégralité du texte de l'alerte est disponible sur simple demande adressée à Michel Quéré (mquere@dl.com) ou Marie Lavie de Rande (mlderand@dl.com).

Naissance

Sur la Planète Corporate

L'équipe finance de Dewey & Leboeuf est heureuse de vous faire part de la naissance de la petite sœur de Sur la planète finance...: Sur la planète corporate...

Vous pourrez recevoir cette lettre sur simple demande auprès de Marie Lavie de Rande (mlderand@dl.com).

Nominations

Olivier Chambord et Teresa Zueco sont nommés associés au sein du département corporate de Dewey & LeBoeuf Paris.

Olivier Chambord, trente-neuf ans, titulaire d'une maîtrise de droit des affaires, d'un Desu de droit et activité judiciaire et d'un LLM en droit des affaires international de l'université de Manchester, a collaboré chez Auguste et Debouzy avant de rejoindre Dewey & LeBoeuf. en 2000

Teresa Zueco, trente-cinq ans, diplômée en droit de l'université de Zaragoza, titulaire d'un LLM en droit européen de l'Université libre de Bruxelles et d'un LLM en droit des sociétés de la Fordham University, a exercé de 2000 à 2005 chez Garrigues Abogados à Madrid et Bruxelles avant de rejoindre Dewey & LeBoeuf.

Publication

Prévention et évolution de quelques difficultés pratiques du contrat de maintenance, Gaëtan Cordier, Communication- Commerce électronique, n°3, mars 2009

Pour tout renseignement complémentaire sur ce numéro, veuillez contacter Marie Lavie de Rande (mlderand@dl.com), responsable de la Documentation



OFFICES WORLDWIDE
www.dl.com

New York
1301 Avenue of the Americas
New York, NY
10019-6082
tel +1 212 238 8000
fax +1 212 239 5200
1200 Avenue of the Americas
New York, NY
10019-5000
tel +1 212 239 5000
fax +1 212 239 5000

Boston
200 Franklin Street
Boston, MA
02110-5000
tel +1 617 438 1000
fax +1 617 438 1000
Aon Lux Building
rue du Lombardstraat
144
1050 Brussels
tel +32 2 237 0900
fax +32 2 237 0905

Houston
Reliant Energy Plaza
1001 Main Street
Houston, TX
77002-2000
tel +1 713 287 2000
fax +1 713 287 2100
Aon Lux Building
100 Chesbury (Ry) 14th
Floor, The Spring
Building
2 Maple Street
San Antonio, Texas
78204
tel +1 214 918 4300
fax +1 214 918 4300

San Francisco
One Embarcadero
Center
San Francisco, CA
94111-3619
tel +1 415 951 1100
fax +1 415 951 1180
Aon Lux Building
Warsaw & LeBoeuf
Gziesiak LP
Warsaw Stock
Exchange Building
ul. Ksiazki
00-498 Warsaw
tel +48 22 630 6100
fax +48 22 697 8000

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

London
multinational partnership
No. 1 Minster Court
Mincing Lane
London EC3R 7YJ
tel +44 20 7459 5000
fax +44 20 7459 5099

Chicago
Two International Plaza
180 North Dearborn
Avenue, Suite 1000
Chicago, IL
60601-6710
tel +1 312 794 8000
fax +1 312 794 8100

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

Moscow
Naberezhnaya Moskva 5
125008 Moscow
tel +7 495 237 3000
fax +7 495 737 5050

Paris
multinational partnership
51 rue Pierre Larron
75008 Paris
tel +33 1 53 43 77 00
fax +33 1 53 43 76 06

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

Riyadh
Khalid Bin Al-Walid
Firm affiliated with
King Fahad Road
Sky Towers 10th Floor
P.O. Box 304
Riyadh 11372
tel +966 1 411 690
fax +966 1 411 6980

Rome
Dewey & LeBoeuf
Studio Legale
Via Po 27
00188 Rome
tel +39 06 4520 6220
fax +39 06 4520 6230

Frankfurt
Skypier
Taubensanlage 1
Frankfurt 60329
tel +49 69 3639 30
fax +49 69 3639 3333

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

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

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

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

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