

Brèves de droit des affaires

Brèves n° 3 - Juillet/Août 2009

I/ Droit des sociétés

1. La réforme de l'appel public à l'épargne par l'ordonnance du 22 janvier 2009

Auparavant, il existait une notion unique d'appel public à l'épargne (APE) couvrant, d'une part, l'admission d'un instrument financier sur un marché réglementé et d'autre part, l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public.

Désormais, compte tenu du droit communautaire, la notion d'APE disparaît et s'y trouvent substituées deux notions séparées, **celle d'offre de titres financiers au public et celle d'admission aux négociations sur un marché réglementé.**

L'offre au public de titres financiers est constituée, soit en cas de « *communication adressée sous quelque forme que ce soit 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 des titres financiers* », soit « *en cas de placement de titres financiers par des intermédiaires financiers* » (nouvel art. L. 411-1 du Code Monétaire et Financier).

La publication d'un prospectus sera obligatoire en cas d'offre au public et en cas d'admission aux négociations sur un marché réglementé.

2. La réforme du régime des franchissements de seuils et des déclarations d'intention par l'ordonnance du 30 janvier 2009

L'ordonnance n°2009-105 du 30 janvier 2009 a élargi le régime des déclarations de franchissement de seuils et améliore le contenu informatif des déclarations d'intention.

S'appuyant sur la directive *Transparence* du 8 mars 2007, le rapport *Field* a recommandé que les déclarations de franchissements de seuils publiées par les investisseurs dépassant un certain seuil au capital de sociétés cotées soient étendues à certains produits financiers dérivés. L'ordonnance décide que le calcul des seuils devra inclure les actions déjà émises et susceptibles d'être acquises par le déclarant.

Concernant les déclarations d'intention, la réforme a apporté :

- La création de deux nouveaux seuils de déclaration d'intention de 15% et de 25%,
- Le raccourcissement de la période sur laquelle porte la déclaration de 12 à 6 mois,
- L'enrichissement de leur contenu par la possibilité de changer librement d'intention sans avoir à justifier de ce changement.

II/ Droit des Affaires/Droit commercial

1. Pénalités de retard pour défaut de paiement des factures (Cass Com, 3 mars 2009)

Il résulte des dispositions de l'article L. 441-6 du Code de Commerce que tout commerçant doit indiquer dans ses conditions générales de vente les modalités de règlement de ses factures. En cas de retard de paiement, le débiteur doit s'acquitter des pénalités de retard sans que le créancier n'ait besoin de les lui envoyer.

La question posée est de savoir si les pénalités de retard sont exigibles dans le cas où elles n'ont pas été expressément prévues dans les conditions générales.

Dans cette affaire, un fournisseur a poursuivi une société pour le paiement de pénalités calculées sur la base du taux prévu par la loi, au titre des années 2001 à 2003 à un client qui avait réglé sa facture en février 2004 alors qu'il aurait dû le faire en 2001.

La Chambre commerciale a donné raison au fournisseur qui réclamait le paiement de pénalités bien **qu'il n'eut pas fixé les pénalités de retard dans ses conditions générales de vente.**

Sans être novatrice, cette solution précise pour la première fois de manière claire que les pénalités de retard s'appliquent de plein droit et peuvent être exigées par le créancier même si elles n'ont pas été prévues dans les conditions générales de vente.

Il convient de rappeler à ce sujet que la loi LME a modifié les délais de règlement et le taux des pénalités de retard.

2. Qualification de la cession de portefeuille d'assurances (Cass Civ 1°, 5 février 2009)

Pour être opposable au débiteur cédé, une cession de créances doit lui être signifiée ou être acceptée par lui dans un acte authentique (article 1690 du Code civil). Ces dispositions ne s'appliquent pas en cas de cession de clientèle.

En l'espèce, une société qui avait acquis d'un courtier en assurances un portefeuille d'assurances souscrites auprès d'une compagnie d'assurances avait poursuivi celle-ci en paiement des commissions nées après la cession. La compagnie d'assurances refusait de payer considérant que la cession du portefeuille ne lui avait pas été signifiée conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code civil. La Cour d'appel de Paris avait donné gain de cause à la compagnie d'assurances.

Un contrat de cession de portefeuille d'assurances constitue-t-il un contrat de cession de créances ou une cession de clientèle ?

Dans son arrêt en date du 5 février 2009, la Cour de cassation a jugé que la cession de portefeuille d'assurances constitue **une cession de contrat de créances** et non une cession de clientèle, et que par conséquent, la cession dudit portefeuille ne lui était pas opposable faute de signification régulière.

A notre avis, la solution de cet arrêt peut être étendue à toute cession de portefeuille. La prudence recommande donc de signifier la cession à tous les débiteurs cédés.

III/ Droit bancaire et financier

1. Devoir de mise en garde du banquier dans le cadre de la souscription d'une hypothèque (Cass Com, 24 mars 2009)

Les établissements de crédit sont soumis à des obligations particulières d'information et de mise en garde à l'égard de leurs clients et les tribunaux ne cessent de condamner ceux qui ne satisfont pas à ces obligations.

Le banquier est-il contraint aux mêmes obligations à l'égard du constituant dans le cas d'une souscription d'hypothèque ?

En l'espèce, un établissement de crédit avait consenti trois prêts à une société pour le rachat de parts d'une autre société, en garantie desquels les acquéreurs avaient consenti une hypothèque sur leur propre bien immobilier. A la suite de la mise en liquidation de la société, la banque avait délivré un commandement aux fins de saisie immobilière des garants. Les époux soutiennent que le banquier a méconnu son obligation d'information et de mise en garde.

La Chambre commerciale, dans un arrêt en date du 24 mars 2009, rejette leur pourvoi en considérant que « *la banque qui fait souscrire une telle sûreté n'est dès lors pas tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard du constituant, que celui-ci soit un emprunteur averti ou non* ».

La Cour souligne qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui, l'hypothèque étant limitée par nature au bien immobilier et étant nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant.

Lefèvre, Société d'Avocats

2. Obligation de mise en garde du banquier prêteur en cas d'absence de risque d'endettement (Cass Civ 1, 18 février 2009)

L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit a pour objectif d'attirer l'attention d'un emprunteur ou d'un garant sur les risques inhérents à l'opération de crédit projetée.

Par un arrêt rendu le 18 février 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation apporte quelques précisions sur les règles probatoires résultant de ce devoir.

En l'espèce, un établissement de crédit poursuivait un emprunteur au titre d'une ouverture de crédit. L'emprunteur soutient que le prêteur n'avait pas satisfait à son obligation de conseil.

La Cour de cassation considère qu'il ne suffit pas pour un emprunteur ne respectant pas ses obligations de remboursement d'un crédit d'invoquer un manque de conseil de la part du banquier pour engager sa responsabilité.

Dans cette solution, la Cour de cassation paraît indiquer qu'à partir du moment où le crédit octroyé n'est pas excessif pour l'emprunteur par rapport à sa capacité financière au moment de l'octroi du prêt, le banquier ne peut être considéré comme fautif.

Les deux arrêts commentés semblent montrer la volonté de la Cour de cassation de mettre fin à l'extension jurisprudentielle et circonscrire l'obligation de conseil et de mise en garde du banquier aux manquements les plus graves.

IV/ Divers

1. Le régime d'exonération de plus-values réalisées lors du départ à la retraite (Instruction fiscale 20 mars 2009)

Les plus-values professionnelles réalisées dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole sont exonérées d'impôt sur le revenu à l'occasion de cession à titre onéreux d'une entreprise individuelle ou de l'intégralité des droits ou parts d'une société de personnes relevant de l'impôt sur le revenu.

L'une des conditions est que le cédant doit cesser toute fonction dans l'entreprise individuelle cédée ou dans la société ou le groupement dont les droits sont cédés et faire valoir ses droits à la retraite soit dans l'année suivant la cession, soit dans l'année la précédant.

Ce principe vient de subir deux évolutions.

En premier lieu, l'exonération d'impôt sur le revenu est étendue aux plus-values constatées lors de cessions d'activités par des sociétés ou groupements soumis au régime des sociétés de personnes.

Ensuite, le délai pour faire valoir ses droits à la retraite et faire cesser toute fonction est porté **à deux ans** pour les cessions réalisées à compter du 1^{er} janvier 2009. Le délai de deux ans s'entend des 24 mois consécutifs suivant ou précédant la cession.

2. Taux d'intérêts conventionnels calculés sur 360 jours (Cass. Com 24 mars 2009)

La sanction de l'indication d'un TEG erroné dans un contrat de prêt est la déchéance du droit aux intérêts conventionnels et l'application du taux d'intérêt légal.

Dans un arrêt de principe en date du 10 janvier 1995, la Cour de cassation a précisé que le TEG doit être calculé sur la base de l'année civile, soit 365 jours.

Quid de la situation si le contrat de prêt prévoit le calcul du taux d'intérêt conventionnel sur une autre base ? Déchéance du droit aux intérêts conventionnels et application du taux d'intérêt légal ?

Dans son arrêt rendu par sa Chambre Commerciale le 24 mars 2009, la Cour de cassation précise que les parties peuvent convenir d'indiquer un taux d'intérêt conventionnel calculé sur la base de 360 jours, dès lors que le TEG indiqué dans l'acte de prêt est, lui, calculé sur la base de l'année civile.

Avertissement

Le contenu de ce document n'est fourni qu'à titre informatif et ne constitue pas un avis juridique. Vous ne devez et ne pouvez pas vous fonder sur une quelconque information citée dans ce document sans demander l'avis d'un avocat. Le cabinet Lefèvre, Société d'Avocats n'assume aucune responsabilité quant à l'usage des informations contenues dans ce document.

Pour plus d'information sur toute question en Droit des Affaires et/ou en Droit bancaire, veuillez contacter :

Guillaume Lefèvre ou Laurent Simonneau, avocats associés

2, avenue Bugeaud – 75116 Paris

Tel: 33 (0) 1 56 62 31 31 – Fax : 33 (0) 1 44 17 03 10

glefevre@lefevreassociés.com ou lsimonneau@lefevreassociés.com