

## I / Droit des sociétés

### **1. Les pouvoirs du juge des référés en droit des sociétés (Cass com, 29 sept 2009, n°08-19.937)**

L'arrêt commenté apporte deux précisions importantes relatives aux pouvoirs du juge des référés en matière de droit des sociétés.

D'une part, il précise que l'annulation des délibérations de l'assemblée des actionnaires d'une société, « *qui n'est ni une mesure conservatoire, ni une mesure de remise en état, n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés* ».

Par conséquent, seule une action au fond est possible pour obtenir l'annulation des délibérations d'une assemblée générale.

D'autre part, il rappelle que la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire est une « *mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent* ».

En l'espèce, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait rejeté la demande en désignation d'un administrateur provisoire, en relevant notamment que la société avait procédé à des distributions de dividendes importantes et avait une trésorerie excédentaire, de sorte que le fonctionnement de la société était normal et qu'elle n'était menacée d'aucun péril.

### **2. L'application de la procédure des conventions réglementées en cas de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social (Cass soc., 8 juillet 2009, n°08-41.589)**

Il résulte des dispositions des articles L. 225-47 et L. 225-53 du Code de commerce que la rémunération du dirigeant social n'est en principe pas soumise à la procédure des conventions réglementées. Quid en cas de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social ?

Cet arrêt rappelle que lorsqu'un dirigeant social est lié à la société par un contrat de travail, il est nécessaire de distinguer d'une part, selon que sa rémunération lui est versée en exécution de son contrat de travail ou au titre de son mandat social, et d'autre part, selon que la conclusion du contrat de travail est antérieure ou non à sa nomination en tant que mandataire social.

Si la rémunération versée l'est au titre de son contrat de travail qui est antérieur à sa nomination en tant que mandataire social, il n'y a pas lieu de faire approuver chaque année sa rémunération en respectant la procédure des conventions réglementées, sauf en cas de modifications. Si la rémunération l'est au titre de son contrat de travail qui est postérieur à sa nomination en qualité de mandataire social, il faut approuver chaque année la dite rémunération. A défaut, une action en responsabilité contre le dirigeant concerné est possible en cas de conséquences dommageables pour la société.

## II/ Droit des affaires/Droit commercial

### 1. Un durcissement de la jurisprudence en matière de respect de la procédure de mise en œuvre des clauses de garantie de passif (Cass com, 9 juin 2009, n°08-17.843).

Quelles sont les conséquences du non respect par les bénéficiaires du formalisme d'information du garant en cas de mise en œuvre des clauses de garantie de passif ?

En l'espèce, à la suite de désordres apparus après la cession de l'intégralité des parts d'une société, les cessionnaires, voyant leur responsabilité engagée par un tiers, ont actionné la clause de garantie de passif contenue dans l'acte de cession afin que les cédants en assument les conséquences financières.

Le bénéfice de cette clause leur ayant été refusé par la Cour d'appel pour non respect des délais fixés dans la convention de garantie, les cessionnaires ont formé un pourvoi, rejeté par la Cour de cassation au motif que **« l'inexécution par les cessionnaires de leur obligation d'informer les cédants, dans le délai convenu, par LRAR, de toute réclamation, de toute action contentieuse et de tout fait et événement générateur de la garantie de passif, faisait à elle seule obstacle à ce qu'ils invoquent le bénéfice de celle-ci »**.

Cet arrêt s'inscrit donc dans la sévérité de la tendance jurisprudentielle dégagée en la matière depuis 2006, **en faisant perdre le bénéfice de la garantie aux cessionnaires en cas de non respect du formalisme contractuel** par celui-ci.

**Il convient donc d'être très rigoureux et de respecter à la lettre le formalisme et les modalités de mise en œuvre des garanties d'actif et de passif.**

Lefèvre, Société d'Avocats

### 2. Déclaration de créance et délégation de pouvoirs (Cass com, 3 juin 2009, n° 08-13.355).

Cet arrêt traite d'une question récurrente : quel est le sort des délégations de pouvoirs consentis (et des subdélégations subséquentes) par le dirigeant à des subordonnés lorsque ce dernier quitte la société ?

En l'espèce, le Président du Conseil d'administration d'une SA avait donné pouvoir au secrétaire général pour déclarer les créances de la société, lui-même ayant subdélégué ce pouvoir à un préposé qui en avait fait de même envers un autre préposé.

La Cour d'appel avait annulé la déclaration de créance faite par le délégataire au motif principal que le Président n'avait pas reçu du Conseil d'administration la faculté de déléguer son pouvoir à des préposés.

La Cour de cassation censura cet arrêt aux motifs que **« le président du conseil d'administration qui, en 1999, tenait de la loi le pouvoir de représenter la société et d'agir en son nom, pouvait déclarer les créances ou déléguer ce pouvoir à un préposé avec faculté de subdélégation, sans que soit requise une autorisation du conseil d'administration »** et que **« les modifications apportées aux règles de la représentation des sociétés anonymes étaient sans incidence » sur les délégations consenties.**

**La délégation faite par le représentant légal pour le compte d'une société continue d'engager la personne morale même après son départ quelle qu'en soit la cause, et ce tant que cette délégation n'a pas été révoquée.**

### III/ Droit bancaire et financier

#### 1. Recours contre le cédant de loyers effectué à titre de garantie (Cass com, 20 octobre 2009, n°08-18.233).

Cet arrêt confirmant une jurisprudence déjà établie rappelle une problématique souvent rencontrée en matière de financement bancaire.

En l'espèce, une banque avait consenti à une société un prêt destiné à l'acquisition de matériels afin de les louer à un tiers. **En garantie de ce prêt, la société avait consenti à la banque un nantissement sur le matériel et lui avait cédé par bordereau Dailly sa créance de loyers sur le locataire.**

Lorsque le débiteur cédé (locataire) fit l'objet d'une procédure collective, se posa la question de savoir si **le cédant-emprunteur restait tenu, à l'égard de la banque cessionnaire lui ayant octroyé un prêt, et ce même si la créance cédée n'avait pas été déclarée au passif du débiteur cédé mis en liquidation judiciaire ?**

La Cour de cassation répondant de façon positive à cette interrogation, affirme que **le cédant en sa qualité de débiteur principal du prêt octroyé reste tenu vis-à-vis de la banque-cessionnaire.**

Il ressort ainsi de cet arrêt que le cessionnaire (la banque) qui n'a pas déclaré sa créance à la procédure collective du débiteur cédé n'est pas privé de son recours en garantie contre le cédant.

Cette solution est en parfaite logique avec la jurisprudence la plus récente en la matière qui affirme que le banquier cessionnaire n'a pas pour obligation de poursuivre au préalable le débiteur cédé avant d'actionner le cédant en paiement de sa dette, ni de procéder à la déclaration de créance.

#### 2. La loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises.

L'article 1<sup>er</sup> de cette loi vient modifier l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier en précisant :

- d'une part, que le **préavis minimum** que les établissements de crédit se doivent de respecter lorsqu'ils décident de mettre fin à l'octroi des concours bancaires aux entreprises est de **soixante jours** et,
- d'autre part, institue **une nouvelle obligation** pour ces établissements de crédit **de motiver les réductions ou interruptions de crédits bancaires** qu'ils accordaient aux entreprises.

Avant cette loi, l'article L. 313-12 renvoyait à un décret le soin de fixer la durée du préavis.

**Désormais, la durée du préavis est toujours fixée à soixante jours, mais ce délai minimum a été relevé au niveau législatif, ce qui permettra un meilleur respect de la règle.**

En outre, la grande nouveauté que cette loi est venue instituer, est **la possibilité qu'ont maintenant les entreprises d'obtenir des établissements de crédit les raisons de la rupture de leur concours.** En revanche, il convient de préciser que **cette exigence de motivation est réservée aux entreprises qui en feront la demande.**

Cette loi favorisant l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, est particulièrement importante dans le contexte actuel de pénurie du crédit d'exploitation auquel ces entreprises sont confrontées.

## IV/ Divers

### 1. La rupture contractuelle et les limites de la réparation intégrale du préjudice de l'agent commercial (Cass. Com., 15 sept 2009, n° 08-16.696).

Aux termes de l'article L. 134-12 du Code de commerce: « *En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ».

Toute extinction du contrat est ainsi susceptible d'ouvrir un droit à indemnité pour l'agent commercial sauf lorsque (i) la rupture lui est imputable pour faute de sa part ou (ii) son préjudice est inexistant.

En l'espèce, à la suite de la rupture du contrat d'un agent commercial, celui-ci assigna son mandant en indemnisation de la résiliation de son contrat. La Cour d'appel ayant accueilli favorablement ces demandes, le mandant forma un pourvoi en cassation.

L'arrêt fut confirmé en ce qui concernait les demandes en indemnisation faites par l'agent au titre de la résiliation du contrat, mais cassé en ce qui concerne **le versement d'une indemnité de emploi comportant pour partie la compensation de l'incidence fiscale résultant de l'assujettissement à l'impôt de l'indemnité de cessation de contrat**. Ainsi, la réparation du préjudice de l'agent commercial ne peut en aucun cas tenir compte de l'incidence fiscale.

### 2. L'extension avortée de la notion de co-employeur aux investisseurs en capital agissant le cadre d'un LBO (Cour d'appel de Douai, 27 novembre 2009)

Les salariés d'une société reprise dans le cadre d'un LBO avaient attaqué (i) le liquidateur judiciaire pour défaut de plan de sauvegarde de l'emploi, et (ii) la société gestionnaire du fonds en demandant sa condamnation considérant que celle-ci aurait été dirigeant de fait et, par conséquent, aurait été co-employeur des salariés.

Par un jugement en date du 28 novembre 2008, le Conseil des prud'hommes de Lens a validé cette analyse. Mais la Cour d'appel a infirmé cette décision, en rappelant que la société de gestion ne faisait que représenter l'actionnaire majoritaire, et en rappelant que même si elle avait un droit de regard sur la société cible, il ne s'agissait en aucun cas d'une immixtion dans la gestion de la société qui aurait permis cette extension.

Cette solution importante et logique, qui était attendue, rappelle que pour qu'il n'y ait pas de « confusion » entre les personnalités morales, il est impératif pour les sociétés de gestion des fonds d'investissement de ne pas être interventionnistes dans la gestion courante des sociétés reprises par LBO au risque de voir leur responsabilité engagée de façon expansive.

#### 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

33, rue de Lisbonne– 75008 Paris

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

[gilefevre@lefevreassociés.com](mailto:gilefevre@lefevreassociés.com) ou [lsimonneau@lefevreassociés.com](mailto:lsimonneau@lefevreassociés.com)