

## I / Droit des sociétés

### 1. Exécution forcée d'un Pacte d'actionnaires ordonnée en référé (Tribunal de commerce de Paris 3 août 2011, n° 2011052610)

Une convention de vote stipulée dans un pacte d'actionnaires n'a pas été respectée, le juge des référés saisi de l'affaire a décidé que **« s'agissant d'une obligation de vote en application d'un pacte d'actionnaires, il ne s'agit pas de mettre en cause la liberté individuelle du vote, mais d'obliger un actionnaire à agir en appliquant l'engagement qu'il a contracté »**.

L'obligation n'étant pas sérieusement contestable, le juge a fait usage de son pouvoir d'« ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire » (art. 873 al. 2 CPC) **et a ainsi ordonné l'exécution forcée de l'engagement**.

Le juge a donc ordonné la convocation d'une nouvelle assemblée générale ayant pour objet de (i) révoquer les deux membres du comité de surveillance nommés en violation des stipulations du pacte et de (ii) nommer deux nouveaux membres parmi les candidats présentés par le minoritaire. Il a assorti cette obligation de convocation et de vote d'une astreinte par jour de retard.

Cette décision, inédite, permettra sans conteste de **renforcer l'efficacité des conventions de vote** qui désormais peuvent **recevoir une exécution forcée par le juge**.

### 2. Clause d'agrément et fusion-absorption d'un actionnaire (CA Rouen, 9 juin 2011, n°10/05530)

D'ordre terminologique, la question posée à la Cour d'appel de Rouen dépendait de la portée reconnue au mot « *transfert* » dans une clause d'agrément.

La Cour s'est interrogée sur **l'application ou non de cette clause à une transmission d'actions de société par actions par l'effet d'une opération de fusion**, notamment lorsque la clause des statuts ne vise pas seulement le cas de la cession d'actions mais, d'une manière plus générale, le transfert d'actions.

La Cour d'appel adopte une solution dissidente et décide que **la clause qui soumet à agrément le transfert d'actions à un tiers non actionnaire de la société, ne s'applique pas à un transfert d'actions résultant d'une fusion-absorption**.

Les rédacteurs de statuts de sociétés doivent donc rester vigilants et préciser le domaine d'application de la clause d'agrément, en l'élargissant ou non aux opérations de fusion, d'apport partiel d'actif, de dissolution sans liquidation.

La pratique voulant, en général, que de telles opérations soient couvertes par un agrément.

## II/ Droit des affaires /Droit commercial

### 1. Qualification juridique des pénalités de retard (Cass. Com 2 nov. 2011, n°10-14.677)

Les pénalités de retard sont fréquemment stipulées dans les contrats et permettent de sanctionner le cocontractant du fait de son retard dans l'exécution de son obligation (article L.441-6 al. 6 du Code de commerce).

L'arrêt du 2 novembre 2011 précise, pour la première fois, la nature ainsi que le régime juridique de ces pénalités.

Cette question n'est pas dénuée de tout intérêt. Dans l'hypothèse où la Cour jugerait qu'il s'agit de clause pénale (sanction contractuelle en cas de paiement tardif d'un cocontractant), cela lui donnerait le pouvoir de réduire ou d'augmenter le montant de ces pénalités si celui-ci est jugé manifestement excessif ou dérisoire (article 1152 du Code civil).

La Cour de cassation a confirmé que c'était à bon droit que la Cour d'appel de Colmar avait jugé que lesdites pénalités n'étaient pas modulables en ce que « **les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L. 441-6 du code de commerce sont des dispositions légales supplétives** » de sorte que « (...) **les pénalités dues par application de ce texte ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc être réduites en raison de leur caractère abusif.** »

La formulation est générale. Déniant aux pénalités de retard la qualification de clause pénale, **la Cour de cassation interdit l'application de l'article 1152 du Code civil en la matière et s'oppose donc, dans tous les cas, à une révision par le juge du montant de ces pénalités.**

### 2. Publication de la dissolution d'une société et opposabilité aux tiers (Cass. Com. 20 sept. 2011, n°10-15.068)

Une personne morale, associé unique d'une société unipersonnelle, a décidé de dissoudre celle-ci par transmission universelle de son patrimoine. La publicité légale relative à la dissolution et à la transmission universelle du patrimoine a été faite dans un journal d'annonces légales.

Par la suite, l'URSSAF, créancier de la société dissoute, a demandé la mise en liquidation judiciaire de la société mais après le délai de 30 jours laissé aux créanciers (article 1844-5 Code civil) pour s'opposer à la dissolution.

La Cour d'appel de Versailles a déclaré cette demande irrecevable car formée contre une société dépourvue de personnalité juridique ; selon elle, faute d'opposition dans les 30 jours, le patrimoine avait été transmis par l'associé unique à une société étrangère.

La Cour de cassation a censuré cette décision au visa des articles 1844-5, al. 3 du Code civil et L.123-9, R.210-14 et R.123-66 du Code de commerce: **la disparition de la personnalité juridique d'une société dissoute n'est rendue opposable aux tiers que par la publication au registre du commerce et des sociétés (RCS) des actes ou événements l'ayant entraînée, même si ceux-ci ont fait l'objet d'une autre publicité légale.**

La dissolution d'une société dont l'associé unique est une personne morale n'est pas toujours une parade efficace pour éviter l'ouverture d'une procédure collective.

Cet arrêt rappelle la nécessité d'accomplir **avec soin et surtout rapidité toutes les formalités relatives aux opérations de dissolution.**

### III/ Droit bancaire et financier

#### 1. Affaire Belvédère: réception du Trust et de la Parallel Debt en droit français (Com. 13 sept. 2011, n°10-25.533 10-25.731 10-25.908)

Lorsque plusieurs banques co-financent une opération, il est fait recours à un Agent des Sûretés (*Security Agent*), portant l'intégralité des sûretés au nom et pour le compte de l'ensemble des créanciers (permettant ainsi d'éviter d'avoir à diviser les sûretés).

Dans cet arrêt, la société française Belvédère a émis en 2006 un emprunt sous la forme de titres de financement négociables à taux variable (*floating rate notes*). Les deux contrats (le premier désignant le **Trustee** et le second désignant **l'Agent des Sûretés**) sont soumis au droit de l'État de New York.

L'emprunteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, l'Agent des sûretés a procédé à la déclaration de créance, ce qui a été contesté par le débiteur arguant que l'Agent des Sûretés ne bénéficiait pas d'un droit direct mais d'un simple mandat (qui en l'espèce faisait défaut).

La Cour rappelle qu'il appartient à la loi de la source de la créance (New-York en l'espèce) de définir la qualité de créancier ; **la Parallel Debt n'est donc pas contraire à l'ordre public international français et n'est pas contraire au principe d'égalité des créanciers**, dès lors que les juges du fond ont retenu que la déclaration de créance était non équivoque.

Cet arrêt, ainsi que l'article 2328-1 du Code civil (institué par la loi du 19 février 2007), sécurisent la gestion en France des sûretés dans les financements internationaux.

#### 2. Sort du cautionnement en cas d'absorption du créancier (Cass.Com. 13 sept. 2011, n°10-21.370)

Une banque s'est portée caution solidaire des sommes qu'un concessionnaire pourrait devoir à un concédant. En garantie de son engagement, elle a obtenu le cautionnement solidaire d'une personne physique.

Cette banque a été absorbée par une autre banque, laquelle, à la suite de la défaillance du concessionnaire (redressement judiciaire), s'est ensuite retournée contre la caution personne physique.

La Cour d'appel de Toulouse a condamné la caution personne physique à payer la totalité de la créance de la banque en retenant que le changement de créancier n'avait pas pour effet d'accroître l'engagement de la caution.

L'arrêt est censuré par la Cour de cassation au visa des articles 2292 du Code civil et L. 236-1 du Code de commerce : les juges du fond ne pouvaient pas condamner la caution **sans rechercher si la dette garantie n'était pas née postérieurement à l'absorption du créancier bénéficiaire du cautionnement.**

On retrouve ici la distinction entre les dettes nées avant la fusion et celles nées après pour lesquelles la caution devra avoir réitéré son engagement.

En pratique, les créanciers qui procèdent à des opérations de fusion doivent **vérifier que les contrats de cautionnement souscrits à leur profit stipulent le maintien du cautionnement malgré l'absorption du créancier, et à défaut veiller à faire réitérer les engagements pris par les cautions en faveur de la société absorbée.**

## IV/ Divers

### 1. Cession de parts sociales : Réduction en acte sous seing privé de l'acte authentique (Cass.1<sup>ère</sup> civ. 28 sept. 2011, n°10-13.733)

Des époux mariés sous le régime de la communauté universelle ont cédé à leur fille, par acte authentique, des parts d'une SCI. Leur fils, qui était également associé dans la société, avait demandé, après le décès de ses parents, l'annulation de la cession, arguant du fait que l'acte n'avait pas été signé par le notaire.

La question a donc été posée de savoir si cet acte devait être annulé, ou simplement déclassé en un acte sous seing privé.

La Cour de cassation opte pour la préservation de la volonté contractuelle. **Elle estime que si l'acte de cession de parts de SCI non signé par le notaire est nul en tant qu'acte authentique, il demeure toutefois valable en tant qu'acte sous seing privé. La seule signature des parties étant alors suffisante.**

Cet arrêt est logique puisqu'il ne serait pas concevable que le recours aux services d'un notaire pour sécuriser l'opération soit sanctionné par un défaut de sécurité juridique, apporté par la négligence du notaire.

Cette solution ne vaut cependant que pour les actes tels que la cession de parts de SCI, qui ne doivent pas être reçus en la forme authentique ; il en serait différemment pour les actes solennels.

#### 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 - avocat associé  
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)

### 2. Projets de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif - Avis au BODACC (décret n°2011-1473 du 9 nov. 2011)

Ce décret, en vigueur depuis le 11 novembre 2011, dispose qu'**il est désormais nécessaire de publier, pour toutes les sociétés participant à l'opération, un avis au Bodacc** et ce, **30 jours au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à statuer sur une telle opération**, ou, en l'absence de cette dernière, 30 jours au moins avant la date de prise d'effet de ladite opération (article 10 du décret modifiant l'article R.236-1 Code com.).

Cette **formalité remplace l'insertion dans un journal d'annonces légales** qui devait être effectuée pour ce type d'opération.

Cette insertion au Bodacc est faite par le greffier du Tribunal de commerce. Cette formalité est essentielle car elle fait courir le délai d'opposition des créanciers.

Cette insertion peut être évitée si, pendant une période ininterrompue de 30 jours avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération, la société a publié le traité de fusion/scission sur son site internet, dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents.

**Cette dernière notion reste floue, il est donc prudent de procéder à l'insertion d'un avis au Bodacc.**