

# **BM & Associés**

## **Avocats**

---

***NEWSLETTER 04/2008***

***www.bmavocats.com***

### **EDITORIAL**

Le cabinet BM & Associés a accueilli le 1<sup>er</sup> décembre 2008 Me Yama AKBAR en tant que nouvel associé. Il sera rejoint dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009 par Me Katarzina BARSKA-ALIBERT, également associée.

Yama AKBAR et Katarzina BARSKA-ALIBERT sont tous deux spécialisés en droit des sociétés et fusions acquisitions. Ils bénéficient chacun d'une solide expérience dans des cabinets français et anglo-saxons. Ils travailleront à Paris sur les dossiers français ainsi qu'en étroite coopération avec Maeva SLOTINE, du bureau de Londres, sur les dossiers transnationaux. Nous leur souhaitons la bienvenue.

---

### **CONTENTIEUX ET ARBITRAGE**

**Quand la Cour de cassation démontre (involontairement ?) l'intérêt d'une clause d'arbitrage dans les contrats internationaux « sensibles » du point de vue de l'ordre public (4 juin 2008, SNF c. Cytec Industries).**

L'exemple nous vient du droit de la concurrence. Il met en relief les risques (ou vu sous un autre angle, l'intérêt) liés à l'insertion d'une clause d'arbitrage dans un contrat international « sensible ». Deux entreprises se trouvent liées contractuellement par un contrat d'approvisionnement exclusif sur plusieurs années. L'une d'elles indique à l'autre sa décision de sortir avant terme du contrat, et invoque la contrariété de ce contrat au droit de la concurrence communautaire. Sans égard pour cet argument, la seconde saisit le Tribunal arbitral qui, annulant ce contrat pour contrariété au droit de la concurrence communautaire, condamne néanmoins la première à payer des dommages intérêts. Saisie du recours contre la sentence arbitrale, la Cour de cassation, dans un arrêt SNF c/ Cytec Industries du 4 juin 2008, décide que le recours en exequatur ne doit pas être un moyen pour le juge de réexaminer les éléments factuels et juridiques du dossier, dès lors que la question a été examinée par l'arbitre. Peu importe donc la nature des éléments factuels portés à la connaissance de l'arbitre (les parties lui ont-elles communiqué l'intégralité des éléments du dossier, ou-on-elle attendu le stade de l'exequatur pour jouer leurs dernières cartes ?) ou le raisonnement qu'il a suivi dans la mise en œuvre des règles d'ordre public de droit de la concurrence. Le juge ne sanctionnera la sentence que si la violation de l'ordre public est « concrète, effective et flagrante ». C'est dire que le contrôle, au stade de l'instance en nullité ou en exequatur, est minimal. On en tirera deux enseignements (qu'ils aient ou non été voulus par la

**BM & Associés**

Paris – 91, avenue Kléber, 75116

London - 36 Bloomfield Terrace, SW1W 8PQ

[www.bmavocats.com](http://www.bmavocats.com)

Cour de cassation), le premier qui intéresse nécessairement le juriste chargé de rédiger un contrat international sensible : 1/ la règle d'ordre public est manifestement édulcorée lorsque le contrat est soumis à l'examen de l'arbitre international, par nature plus souple sur son application (on dit en effet régulièrement que l'arbitre n'a « pas de for », c'est-à-dire n'est pas tenu par un ordre juridique plus que par un autre), ce qui pourrait inciter à insérer une clause d'arbitrage dans certains contrats, ou au contraire à s'en détourner 2/ lorsqu'une partie a intérêt à l'annulation du contrat devant l'arbitre, elle devrait faire connaître l'ensemble de son argumentation factuelle et juridique immédiatement, sans compter sur le juge du contrôle, dont le rôle sera nécessairement limité.

Alexandre MALAN (Avocat – Associé – [a.malan@bmavocats.com](mailto:a.malan@bmavocats.com) + 33 (0)1 53 63 28 00)

## **SOCIETES – ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

### **Délais de grâce – procédure de conciliation – procédure de sauvegarde – Quelques rappels utiles en temps de crise**

En cette époque de crise financière, aux conséquences graves sur ce qu'il est désormais convenu d'appeler « l'Economie réelle », le Code civil et le Code de commerce permettent à l'entreprise débitrice d'obtenir, dans certaines conditions, des délais de paiements voire une diminution de son endettement.

C'est une autre crise, celle de 1934, qui a amené le législateur à prendre des mesures en faveur des débiteurs qui ne pouvaient plus payer leurs créanciers avec les lois du 25 mars et du 20 août 1936 généralisant l'**octroi par le juge de délais de grâce** au titre de l'article 1244 du Code civil, modifié depuis par la loi du 9 juillet 1991 qui a introduit les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, qui forment le droit commun du délai de grâce, auquel s'ajoutent certaines dispositions spéciales.

Ainsi l'article 1244-1 du Code civil dispose : « *Toutefois compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dette d'aliments* ».

Selon l'article 1244-2 du Code civil, « *La décision du juge, prise en application de l'article 1244-1, suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être dues pendant le délai fixé par le juge* ».

Enfin, l'article 1244-3 du Code civil conclut, « *toute stipulation contraire aux dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 est réputée non écrite* ».

Le droit commercial, suite à la loi du 26 juillet 2005, organise quant à lui deux types de procédures au caractère plus institutionnalisé : une procédure de sauvegarde et une procédure de conciliation qui

peuvent être utilisées dès que des difficultés prévisibles ou présentes font redouter l'état de cessation de paiement de l'entreprise, l'objectif étant tant tous les cas le maintien de son activité.

Ainsi, tout d'abord, **une procédure de conciliation** est offerte au débiteur en simples difficultés ou à celui qui se trouve depuis peu (moins de 45 jours) en état de cessation des paiements. Le conciliateur a alors pour objectif de chercher à obtenir un accord entre le débiteur et ses créanciers, et spécialement avec l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale. Des délais de paiement sont accordés et les créances souvent réduites afin de ne pas entraîner une aggravation de la situation de l'entreprise au terme de laquelle les créanciers auraient, eux aussi, plus à perdre, qu'à gagner. Pendant cette période, le débiteur ne peut pas faire l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. L'accord éventuel, qui doit être obtenu sous quatre mois, au plus, sera homologué par le tribunal s'il est jugé de nature à éviter ou à résoudre l'état de cessation des paiements. Les créanciers qui, pendant ce délai, continueront à faire crédit au débiteur auront une position privilégiée.

Alternative à la précédente, **une procédure de sauvegarde** peut être utilisée par les entreprises qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements. Le tribunal l'ouvre à la seule demande du chef d'entreprise, et nomme un mandataire judiciaire, un juge commissaire, voire un administrateur judiciaire chargé d'assister le chef d'entreprise dans sa gestion, ainsi que plusieurs contrôleurs. Toutes les procédures d'exécution sont alors suspendues, les paiements des dettes déjà nées se trouvent interdits et les contrats en cours peuvent être autoritairement poursuivis, ce qui permet d'offrir immédiatement un ballon d'oxygène à l'entreprise débitrice. Débute alors une période d'observation au cours de laquelle la situation économique de l'entreprise et ses chances de rétablissement seront examinées. Les créanciers doivent déclarer leurs créances et se regrouper en comités au sein desquels seront négociées les modalités d'un éventuel plan de sauvegarde, destiné à aménager le passif du débiteur. Si un accord est trouvé, il est homologué par le tribunal. En récompenses de leurs efforts, tous les créanciers qui auront continué à faire crédit à l'entreprise pendant cette période difficile bénéficient d'une priorité de paiement pour leurs créances.

Frédéric BELOT (Avocat Associé - [f.belot@bmavocats.com](mailto:f.belot@bmavocats.com) + 33 (0)1 40 55 07 03)

### **Loi sur la Modernisation de l'Economie (LME) et Private Equity : des avancées et un regret**

Dans le foisonnement des règles édictées par la loi dite LME du 4 août 2008 un certain nombre de mesures tendent à l'assouplissement de la pratique des opérations de Private Equity.

Il en est ainsi des modifications apportées au fonctionnement de la société par actions simplifiée (SAS), véhicule juridique privilégié du Private Equity. D'une part, l'exigence d'un capital minimum (auparavant de 37.000 €) est supprimée. D'autre part, sauf si elle fait partie d'un groupe, la SAS n'aura plus l'obligation de nommer un commissaire aux comptes dès lors qu'elle ne dépassera pas certains seuils, devant être fixés par décret, en termes de chiffre d'affaires, de nombre de salariés et de total du bilan. Enfin, la SAS pourra recevoir désormais des apports en industrie, ce qui permettra aux sociétés qui interviennent dans des activités de forte valeur ajoutée de valoriser l'apport de savoir-faire par certains associés.

Dans les sociétés anonymes quant à elles, les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance n'auront plus l'obligation d'être des actionnaires de la société, sauf si les statuts l'imposent.

Par ailleurs des assouplissements ont été apportés aux conditions d'émission des BSPCE ainsi que des conditions détermination du prix d'exercice.

D'autre part, le régime des valeurs mobilières est légèrement modifié en vue de simplifier l'émission des actions de préférence.

Enfin, la loi assouplit le régime des fonds d'investissement de proximité et crée un nouveau type de fond commun de placement à risques (FCPR), les FCPR contractuels, plus souples que les FCPR classiques.

On regrettera un point cependant puisque la loi a entendu harmoniser - dans un sens défavorable aux sociétés par actions - les taux de droit d'enregistrement en matière de cessions de titres de sociétés non cotées, puisque désormais un taux unique de 3% est applicable tant pour les cessions de parts sociales que pour les cessions d'actions (le taux de 5% demeurant applicable aux cessions de titres de société à prépondérance immobilière), au lieu de respectivement 5% et 1,1% auparavant. Le plafond de droits applicable aux cessions d'actions est par ailleurs relevé de 4.000 € à 5.000 €.

Yama AKBAR (Avocat - Associé – [y.akbar@bmavocats.com](mailto:y.akbar@bmavocats.com), + 33 (0)1 45 53 44 28)

## FISCALITE DES SOCIETES

### **Ne pas confondre : uniformisation du taux des droits d'enregistrements sur les cessions de droits sociaux et uniformisation des droits d'enregistrement**

Parmi les réformes résultant de la loi de modernisation de l'économie (dite loi LME, no 2008-776) votée le 4 août 2008, l'uniformisation des droits d'enregistrement dus dans les cas de cessions de droits sociaux semble à première vue apporter une simplification.

En effet, depuis le 6 août dernier, soit le lendemain de la date de parution de la loi LME au Journal Officiel, les droits d'enregistrement sont calculés au taux unique de 3% sur les opérations suivantes :

1. Cessions de parts de SARL ou d'EURL (contre 5% avant le 6 août 2008).
2. Cessions d'actions de SA, SAS ou SASU (contre 1,1% avant le 6 août 2008).

Toutefois des modalités d'application différentes font diverger les calculs.

Premièrement les cessions de part de SARL ou d'EURL bénéficient d'une franchise de €23.000 pour 100% du capital. Si une SARL est par exemple évaluée à €23.000, aucun droit d'enregistrement n'est dû pour la cession de la totalité de ses parts ; si elle est évaluée à €24.000, les droits d'enregistrements sur la cession de la totalité des parts sont de €30 (soit 3% de €1.000). En revanche, ces droits d'enregistrement ne sont pas plafonnés. Si une EURL est évaluée à €190.000, les droits d'enregistrement sur la cession de la totalité des parts sont de €5.010. Si l'EURL est évaluée à €1.000.000, les droits d'enregistrement sur la cession de la totalité des parts sont de €29.310.

Deuxièmement les cessions d'actions de SA, SAS ou SASU bénéficient de droits d'enregistrement plafonnés à €5.000. Pour une SA cédée à €23.000 ou €24.000, les droits seront de €690 ou €720, soit

bien supérieurs aux droits dus en cas de cession d'une SARL au même prix. En revanche, que le prix de cession des actions d'une SAS soit de €190.000 ou de €1.000.000, les droits d'enregistrement seront toujours de €5.000.

Ainsi, loin d'amener une simplification, l'uniformisation des taux amène plus de complexité dans les calculs d'optimisation fiscale à la marge (pour les sociétés dont la valeur oscille autour de €200.000) et surtout introduit une augmentation conséquente des droits d'enregistrement sur les cessions d'actions de SA, SAS et SASU (+1,9% et un plafond augmenté de €1.000).

Maëva SLOTINE (Avocat - Associée – [m.slotine@bmavocats.com](mailto:m.slotine@bmavocats.com) +44 (0)7816 911 429)

**Pour les coordonnées de tous les associés et pour vous abonner gratuitement à la NEWSLETTER : [www.bmavocats.com](http://www.bmavocats.com)**

**BM & Associés**

Paris – 91, avenue Kléber, 75116  
London - 36 Bloomfield Terrace, SW1W 8PQ  
[www.bmavocats.com](http://www.bmavocats.com)