



Le proverbe : « Une main toute seule ne peut pas applaudir »

● A lire

Page 2
- L'histoire du Père Noël
de Douai et du Greffier
de Paris

Page 3
- Les voies du paradis plus
lourdement taxées

Pages 3-4
- Interview de
Philippe Cantet

AYACHE, SALAMA & ASSOCIÉS

47, avenue Hoche
75008 Paris

Tél. : 01 58 05 38 05

Fax : 01 58 05 38 00

www.ayache-salama.com

DÉPARTEMENT CORPORATE FINANCE

Déborah Abitbol

Bernard Ayache

(Directeur de la publication)

David Ayache

Simon Azan

Sandrine Benaroya

Fabien Billet

Bruno Erard

Benoît Gréteau

Magali Guiard

Dorothée Haski

Pierre Hesnault

Gwenaëlle de Kerviler-Robillard

Nathalie Lastennet

Alain Lévy

Rémi Lévy

Charlotte Sorin

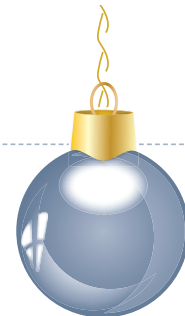
Jérémie Swiecznik

Olivier Tordjman

Elise Véron-Poitou

Grégoire Zeitoun

Certains cadeaux peuvent coûter cher...



La nouvelle année approche et avec elle le temps des bonnes résolutions. Bien entendu, comme tout le monde, vous réitérerez celles de 2009 en espérant sincèrement les respecter. Petit conseil d'avocat : si vous ne voulez pas être le dindon de la farce, ajoutez-y également « **je n'externaliserai pas l'activité d'une de mes participations sans prendre certaines précautions** ». En effet, la crise financière, le « credit crunch » et la sinistrose ambiance ont rendu les salariés et les juges encore plus vigilants qu'ils ne l'étaient déjà.

Certains en ont déjà fait leurs frais et il ne serait pas surprenant que d'autres, dans un souci urgent de restructuration et de rationalisation de leur groupe (technique également connue sous le nom de carve-out), ne tombent dans les mêmes travers. **Ne nous méprenons pas toutefois, les bonnes vieilles méthodes d'externalisation (cession de fonds de commerce, apport, apport partiel d'actifs, transfert d'une entité économique autonome pour ne citer qu'eux) ont toujours de beaux jours devant elles mais pas à n'importe quelles conditions.** C'est la sirène d'alarme qu'a tirée le tribunal de grande instance de Béthune, le 24 juin 2008, dans une affaire concernant le transfert par le groupe Samsonite, par voie d'apport partiel d'actif, de son site de production d'Hénin-Beaumont. La sanction a été lourde : condamnation pour fraude et annulation de l'apport partiel d'actif. Nous reviendrons sur les motifs invoqués. Décision de première instance, certes, mais la Cour de cassation avait déjà ouvert la voie, le

14 novembre 2007, dans l'affaire Bull en considérant que les ex-salariés du groupe Bull étaient recevables dans leur action en ce qu'ils avaient un préjudice distinct de celui des autres créanciers résultant notamment de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull. L'histoire se termine toutefois bien pour Bull dont la responsabilité n'est finalement pas retenue devant la Cour d'Appel. La Cour de cassation n'en était pourtant pas à son premier coup d'éclat en la matière. Dès 1980, la chambre sociale de la Cour de Cassation, dans l'affaire Perrier, avait décidé que **les salariés de la société Perrier, ayant été transférés dans une société étrangère au groupe dont le statut social leur était moins avantageux, devaient être réintégrés dans leur société d'origine, l'activité transférée dont ils dépendaient n'ayant pas été qualifiée d'entité économique autonome.**

Vous l'aurez compris, la patate chaude peut être un plat qui se mange froid. Toutefois, que reprochait-on réellement aux parties, en particulier à Samsonite, dans l'externalisation de son activité ? Quatre griefs principalement : (1) des fautes préalables au transfert consistant en **des distributions de dividendes ou versements de management fees** ayant contribué à la dégradation de la situation financière de la filiale ou au défaut de reconstitution des capitaux propres, (2) des **manquements liés à la structure retenue pour la cession** qui ne permettait pas à la cible de disposer de moyens suffisants pour poursuivre son activité de façon

autonome et se développer, (3) des manquements liés aux conditions financières de la cession notamment dans les cas où la cession a été assortie de subventions destinées à **permettre une survie temporaire et artificielle de la cible** et enfin et surtout (4) une **insuffisance des diligences du vendeur en vue de s'assurer de la solidité du projet du repreneur ainsi que de sa capacité financière** à mener à bien l'opération.



Une fois ce constat établi, quels enseignements doit-on tirer des positions récentes des tribunaux ? Deux principalement : (1) le vendeur doit être en mesure de démontrer qu'il a effectué un certain nombre de diligences afin de **s'assurer que le repreneur avait un projet industriel sérieux reposant sur un plan de financement approprié** et (2) les conditions financières du carve-out **ne doivent pas être motivées par la volonté du vendeur de s'exonérer de ses responsabilités concernant une activité en difficulté.**

L'histoire du Père Noël de Douai et du Greffier de Paris



La Cour d'appel de Douai renonce à qualifier un fonds d'investissement de co-employeur.



Petit papa Noël, quand tu descendras du ciel, **n'oublie pas de mettre dans mon petit soulier, une assurance-responsabilité.** Jusqu'à l'arrêt rendu le 27 novembre dernier par la Cour d'Appel de Douai dans l'affaire Acland /Sublistatic, tel aurait été le chant des investisseurs en capital.

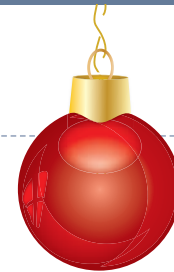
En effet, la profession retenait son souffle depuis la condamnation en novembre de l'année dernière par le Conseil des Prud'Hommes de Lens du fonds d'investissement Acland à payer des dommages et intérêts aux salariés licenciés de l'une de ses participations alors placée en liquidation judiciaire, en considérant qu'Acland avait la qualité de co-employeur de la société Sublistatic dont elle détenait le contrôle. À l'appui de ce jugement, des arguments à faire peur : le fonds était destinataire du reporting, l'un de ses représentants était président du conseil de surveillance, la société de gestion était impliquée dans la stratégie et le développement commercial et était intervenue dans la recherche de solutions face aux difficultés financières. **La Cour d'appel de Douai infirme le jugement, renonce à qualifier Acland de co-employeur et par là même met un coup d'arrêt aux théories les plus extrêmes en matière de responsabilité des associés.**

Reste toutefois que ce sujet est très en vogue car, dans un contexte où les défaillances d'entreprises sont nombreuses, la recherche de multi-responsables, et en particulier du plus solvable, est pour beaucoup un cheval de bataille.

C'est également dans cette mouvance que nous avons vu se développer auprès de certains greffes des tribunaux de commerce, et notamment à Paris, des pratiques jusqu'alors méconnues. **Alors qu'à l'origine de la création de la société par actions simplifiée, il était quasi-impossible dans le ressort de certains greffes d'obtenir l'inscription d'un directeur général sur l'extrait k-bis de la société, il devient à présent difficile de limiter le nombre des dirigeants inscrits** et ce, dans la perspective d'identifier plus facilement les responsables.

Pour ce faire, certains greffiers s'appuient sur une lecture littérale de l'article R123-54 du Code du commerce qui prévoit, entre autres, que doivent être inscrits au RCS les « membres du directoire », les « membres du conseil de surveillance » et les « associés et tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la société avec l'indication, pour chacun d'eux lorsqu'il s'agit d'une société commerciale, qu'ils engagent seuls ou conjointement la société vis-à-vis des tiers ». Ainsi, **certains greffiers inscrivent-ils aujourd'hui automatiquement non seulement les membres des organes statutaires intitulés « directoire » et « conseil de surveillance » mais également de tout organe, quel que soit son titre, conférant à ses membres le pouvoir de diriger, de gérer ou d'engager la société.** Les statuts sont parfois épluchés très scrupuleusement de sorte qu'il convient à présent d'être très attentif pour que la discrétion soit préservée.





Les voies du paradis plus lourdement taxées

Dans la mouvance des mesures prises à l'échelon international, la France va se doter à compter du 1^{er} janvier 2010 d'un dispositif renforcé de lutte contre les pays « non coopératifs », qui a été dévoilé dans le cadre du projet de Loi de Finances Rectificative.

Ce dispositif est d'abord caractérisé par la création d'une définition des pays « non coopératifs », qui sera en partie propre à la France et qui sera surtout évolutive. Ainsi **seront principalement considérés comme non coopératifs les pays (non-membres de l'Union européenne) qualifiés comme tels par l'OCDE,**

mais également les pays qui, bien qu'ayant conclu une convention fiscale avec la France, ne procéderaient pas concrètement aux échanges de renseignement requis. En clair, la France veut sanctionner les pays qui font semblant de coopérer.

Une liste des pays non coopératifs sera établie et actualisée chaque année, à partir de 2011, par arrêté ministériel. Pour ceux qui resteront ou deviendront des paradis, l'enfer fiscal commencera : retenues à la source portées à 50 % sur les dividendes, intérêts, redevances... versés vers ces pays, non-déductibilité des charges

correspondantes chez la partie versante, sauf à justifier que les versements ont un objet ou un effet autre que de localiser des sommes dans un pays non coopératif, absence d'exonération d'IS des dividendes reçus d'un pays non coopératif... Une année de purgatoire est toutefois prévue entre l'ajout sur la liste et le début des rétorsions fiscales, ces dernières n'étant applicables qu'en N+1 pour une inscription sur la liste en N. À l'inverse, la radiation de la liste est d'effet fiscal immédiat.

La première liste sera attendue comme le messie...

● Interview

Philippe Cantet

«innocent», c'est un vrai conte de Noël : des produits terriblement bons, une image totalement décalée, une équipe sympathique à souhait et une entreprise très «successful».

ASA : On sait que la question est un peu bateau mais nous ne résistons pas à l'idée de vous demander de nous raconter l'histoire d'innocent...

innocent est une entreprise créée en avril 1999 par trois copains de Cambridge qui ont à l'époque environ 25 ans, ont fait de bonnes études et ont un bon job, l'un chez Bain, l'autre chez McKinsey et le dernier chez DDB. L'envie de monter ensemble un business les a toujours taraudés. Parmi les mille et une idées envisagées et évaluées, apparaissent les smoothies. Ceux-ci s'étaient développés en Californie depuis les années 80 essentiellement via des acteurs comme «Jumba Juice» qui est un peu le «Starbucks» du fruit. L'idée de nos trois compères est d'offrir des smoothies sous un packaging et dans des réseaux de distribution différents.



LE PATRON EN FRANCE DES SMOOTHIES «INNOCENT»

Les trois copains décident de tester l'idée en juillet 1998. Ils achètent pour 500 £ de fruits, un mixeur et installent un petit stand planté au milieu d'un festival de Jazz londonien. Ils mettent un panneau qui dit «Devons-nous quitter nos jobs pour lancer cette boisson ?» et disposent une poubelle «OUI» et une poubelle «NON» et les gens goûtent puis votent avec leurs gobelets vides en les jetant dans la poubelle adéquate.

À la fin de la journée, la poubelle «OUI» est pleine et, fidèles à leur promesse, le lendemain, les trois copains quittent leurs emplois et se lancent dans l'aventure. Après des débuts plus longs que prévus, ils commencent en se concentrant sur l'ouest Londonien, et démarchent les cafés et sandwicheries. Le premier jour, on leur commande 5 caisses, le second : 10, le troisième : 8, le quatrième : 2. Ils décident alors, dans une tentative désespérée, d'arroser tout l'ouest de Londres de produits gratuits qu'ils livrent avec une petite carte «mettez-les en rayon, si ça se vend, rappelez-nous». Ca a marché.

Le coin de Charlotte et Fabien

Parce que nous souhaitons conseiller nos clients dans tous les domaines et pour vous éviter de vous arracher les cheveux le 24 décembre à 19h, nous vous proposons de piocher dans notre sélection de cadeaux originaux.

• **Chaussez vos lunettes, pied sur la pédale,** vous êtes fin prêt pour ... surfer tranquillement sur le web au bureau. Grâce aux lunettes-rétroviseur et au switch furtif, vous pourrez voir arriver votre boss derrière vous et d'une simple pression du pied faire disparaître les fenêtres actives au profit d'un fichier Excel ou d'un contrat beaucoup plus conventionnel. (www.myidbox.com, www.camera-espion.com)

• **Qui n'a jamais rêvé de toucher du doigt une belle italienne ?** À défaut de passer la soirée avec Monica Bellucci, vous pourrez toujours offrir cette souris sans fil Maserati GranTurismo. (www.pearl.fr)



• Tentez de gagner le cadeau que personne ne vous offrira

Déco

Déontologiquement, quel meuble ne peut orner le bureau d'un avocat ?

- a. un piano b. un bar
c. un canapé d. un jacuzzi

People

Quel est l'âge moyen des avocats de notre cabinet ?

- a. 101 ans b. 51 ans
c. 33 ans d. 29 ans

Mode

Pourquoi les avocats portent-ils une robe ?

- a. pour cacher leurs rondeurs
b. pour les différencier de leurs clients
c. par référence à la soutane des hommes d'église

Envoyez vos réponses à :

dinde@ayache-salama.com

Vous serez peut-être l'heureux gagnant d'une **dinde de Noël**.



ASA : A quoi attribuez-vous le succès d'innocent ?

Cette marque a commencé à faire parler d'elle, parce qu'elle s'est toujours appuyée sur 4 éléments très forts qui la définissent partout où elle est présente. D'abord, le produit est très bon du point de vue gustatif : c'est en général ce que retiennent les consommateurs qui ont goûté plusieurs smoothies. Aujourd'hui, beaucoup de marques de grande consommation vendent des concepts, des images, de la publicité, mais souvent les comités de productivité rabotent petit à petit la qualité du produit. Chez innocent, nous croyons que des consommateurs fidèles, ce sont des gens tellement convaincus par la qualité du produit qu'ils vont en parler à leur voisin.

Le deuxième élément que les gens retiennent c'est que notre marque est « décalée », « rigolote ». En effet, notre marque se veut plutôt proche des consommateurs. Elle est « différente » par une approche résolument de bon sens et en contre-pied par rapport au milieu ambiant. Elle adapte le niveau de discours à l'importance du produit. Notre but : nouer une complicité avec le consommateur, notamment via des petites histoires sur notre packaging. En général, nos concurrents présentent sur leurs packs des éléments assez colorés avec des gros fruits au-dessus pour dire qu'il y a du fruit dedans. On y voit en premier le fruit, en second, la marque puis, en plus petit, la description du produit. Notre hiérarchie est complètement renversée puisque la marque est écrite en petit et l'on voit d'abord notre tête d'ange (le « dude ») et que ce produit là est différent. Cette différence est peut-être une barrière au premier achat mais c'est un des éléments fidélisant pour les consommateurs qui deviennent, comme disent les Anglais, « in the know ».

Le troisième élément est que le produit est réellement sain : après 10 ans de bataille juridique, nous sommes déjà arrivés à faire reconnaître en Angleterre que 250 ml de nos smoothies sont équivalents à 2 des 5 portions recommandées de fruits et légumes, une bonne manière de manger plus équilibré.

Et enfin, notre quatrième point fort, qui n'est d'ailleurs pas assez connu, est notre engagement éthique. Depuis le début cette marque essaie d'être une marque responsable. L'idée d'innocent est qu'il y a une somme de choses que l'on peut faire pour que notre impact soit, non pas négatif, mais au pire neutre et au mieux positif. À titre d'exemple,

nous sommes la première société au monde à avoir fait une bouteille 100 % recyclée et parmi les 4 premières en Europe à avoir fait un bilan complet de nos émissions de CO₂. innocent source ses fruits dans un contexte d'agriculture durable et s'attache également à la question du partage de la richesse : on reverse 10 % des bénéfices à des associations caritatives, en particulier dans les pays d'où viennent nos fruits.



ASA : Vous avez été élu homme marketing de l'année, vous êtes très sympathique, quel patron êtes-vous ? Comment ça se passe au quotidien chez innocent ?

Être élu homme marketing de l'année m'a fait évidemment plaisir car c'est une reconnaissance par le public de notre travail chez innocent. Fondamentalement, je pense qu'innocent est une marque qui a 5 ans d'avance sur tout le monde, tant en termes d'engagement que de qualité et de communication. Les gens qui sont chez innocent l'ont compris et ont fait le choix de nous rejoindre, le plus souvent après des parcours brillants dans des grands groupes. Ils ont tous cette caractéristique commune : personne n'est forcé d'être là. La gestion au quotidien est complètement cohérente avec l'image de la marque : à titre d'exemple, pas de photocopieurs au bureau, pas de voitures de fonction mais des abonnements vélib, des smoothies en quantité pour tous et une porte toujours ouverte etc. Beaucoup de consommateurs passent au bureau, de manière spontanée... parce que c'est vrai, innocent est une grande famille.

ASA : Un scoop pour notre Newsletter ?

En avant-première, innocent va lancer en janvier prochain le premier smoothie qui sera sans banane... le formidable kiwi-pomme-ananas. Vous n'aurez vraiment plus aucune raison de ne pas essayer nos smoothies ;-)

Pour consulter l'actualité du cabinet, les numéros précédents de la lettre Corporate Finance, ou tout simplement nous contacter : www.ayache-salama.com