

4 novembre 2019

Actualité juridique : septembre – octobre 2019

A lire, dans cette édition

Marché de capitaux

- Les indices de référence
- Agences de notation de crédit
- Réglementation prudentielle et notation de crédit
- Contrat financier à distance
- Offre au public de titres

Banque & Finance

- Brexit
- Retrait d'agrément
- Crédit à la consommation
- Fonds reçus du public et monopole bancaire
- Interruption des concours bancaires
- Devoir de mise en garde
- Nantissement d'un compte bancaire

Nos prochains séminaires ...

07/11/2019

Afterwork 100 Women in Finance "Gender Pay Equality : Legislation, Transparency and Culture" (Paris)

Initiatives Femmes Kramer Levin

15/11/2019

Seminar : Initial Margin Implementation - How to do it ? (Paris)

G. Kolifrath et le cabinet Fieldfisher

21/11/2019

Africa Blockchain Summit 2019 (Rabat, Maroc)

H. de Vauplane

26/11/2019

Séminaire AEDBF Suisse "DLT & Blockchain : regards suisse et européen"
(Genève)

H. de Vauplane

27/11/2019

Rendez-vous M&A " M&A : Faire évoluer votre pratique à la lumière de la jurisprudence récente" (Paris)

J-M. Desaché, R. Feldman, A. Paszkiewicz et C. Pedrini

Pour toute information sur l'un des sujets couverts par cette alerte, n'hésitez pas à nous contacter :

Gilles Kolifrath, Avocat Associé

T : +33 (0)1 44 09 46 44, M : +33 (0)6 75 18 84 12

E : gkolifrath@kramerlevin.com

Kramer Levin – 47 avenue Hoche, 75008 Paris

www.kramerlevin.com

MARCHÉ DE CAPITAUX

Les indices de référence

La réglementation des indices de référence vise à régir les indices utilisés comme indices de référence dans les instruments financiers et les contrats financiers ou pour mesurer la performance des fonds : on veut qu'ils soient exacts et intègres. C'est la raison pour laquelle le règlement du 8 juin 2016 (*Règl. (UE) n° 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesure la performance de fonds d'investissement et modifiant les Dir. 2008/48/CE et 2014/17/UE et le Règl. (UE) n° 596/2014*) encadre les acteurs qui produisent les indices, ceux qui contribuent à cette production et ceux qui les utilisent : les professionnels qui produisent les indices sont appelés les administrateurs. Étant précisé qu'il est possible d'utiliser tant les indices de référence fournis par un administrateur situé dans l'Union européenne que ceux fournis par un administrateur situé dans un pays tiers. Mais dans ce dernier cas, l'indice de référence et l'administrateur doivent remplir les conditions prévues à l'article 30 du règlement du 8 juin 2016, l'une d'elles étant l'adoption de décisions d'équivalence par la Commission européenne.

Par ces décisions, la Commission évalue la législation d'un État tiers au regard de la législation européenne : les décisions du 29 juillet 2019 concernent l'Australie (*Décision d'exécution (UE) 2019/1274 de la Commission du 29 juillet 2019 relative à l'équivalence du cadre juridique et du dispositif de surveillance applicables aux indices de référence en Australie conformément au règlement (UE) 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil*) et Singapour (*Décision d'exécution (UE) 2019/1275 de la Commission du 29 juillet 2019 relative à l'équivalence du cadre juridique et du dispositif de surveillance applicables aux indices de référence à Singapour conformément au règlement (UE) 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil*).

Elles sont importantes pour les indices de référence tels que, pour l'Australie, le « Bank bill swap Rate » et le S&P/ASX 200, pour l'Australie, et pour Singapour, le « Singapore interbank Offered Rates » (SIBOR) et le « Singapore Dollar Swap Offer Rate » (SOR) en raison de l'expiration de la période de transition.

Agences de notation de crédit

Les décisions d'équivalence que la Commission Européenne peut prendre à propos des agences de notation de crédit doivent, en vertu de l'article 5 § 6 du règlement du 16 septembre 2009, respecter trois conditions. L'une de ces conditions a été renforcée dans son contenu en 2013. C'est ce qui explique que la Commission ait eu à réexaminer des décisions d'équivalence antérieurement accordées.

Ce nouvel examen a conduit celle-ci à constater que les États qui bénéficiaient de l'équivalence continuaient à respecter les conditions initialement exigées par la législation européenne. En revanche, tous n'ont pas pris en compte des nouvelles exigences résultant du Règlement du 21 mai 2013. En conséquence, pour les États (États-Unis, Brésil, Japon et Hong kong) en conformité avec les nouvelles exigences, la Commission a pris de nouvelles décisions d'équivalence (Décision d'exécution (UE) 2019/1279 de la Commission du 29 juillet 2019 sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance des États Unis d'Amérique comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit ; Décision d'exécution (UE) 2019/1281 de la Commission du 29 juillet 2019 abrogeant la décision d'exécution 2014/245/UE sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance du Brésil comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) no 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit ; Décision d'exécution (UE) 2019/1283 de la Commission du 29 juillet 2019 sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance du Japon comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit ; Décision d'exécution (UE) 2019/1284 de la Commission du 29 juillet 2019 sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance de Hong Kong comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit). En revanche, pour les États (Argentine, Australie, Canada et Singapour) qui ne sont pas en conformité, ce sont des décisions de retrait d'équivalence qui ont été adoptées (Décision d'exécution (UE) 2019/1276 de la Commission du 29 juillet 2019 abrogeant la décision d'exécution 2012/627/UE sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance de l'Australie comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) no 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit ; Décision d'exécution (UE) 2019/1277 de la Commission du 29 juillet 2019 abrogeant la décision d'exécution 2012/630/UE sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance du Canada comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) no 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit ;

Décision d'exécution (UE) 2019/1278 de la Commission du 29 juillet 2019 abrogeant la décision d'exécution 2014/248/UE sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance de Singapour comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) no 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit ;
Décision d'exécution (UE) 2019/1282 de la Commission du 29 juillet 2019 sur la reconnaissance du cadre juridique et du dispositif de surveillance de l'Argentine comme étant équivalents aux exigences du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit). Les décisions de la Commission européenne sont entrées en vigueur 20 jours après leur publication du JOUE du 30 juillet 2019.

Réglementation prudentielle et notation de crédit

Un Organisme externe d'évaluation du crédit (OEEC) peut-il contester, et en demander la suspension, un projet de norme technique d'exécution dont le résultat est de dégrader ses niveaux de notation de crédit dans l'échelle de correspondance retenue dans le cadre de la réglementation prudentielle ? La réponse est négative selon le Comité mixte des autorités européennes de surveillance car le projet de normes est un acte préparatoire ne pouvant pas faire, sauf exception, l'objet d'un recours autonome de celui de l'acte final (*Board of Appeal of the European supervisory Authorities (ESA), Decision of 13 September 2019, Creditreform Rating AG c. The European Banking Authority (EBA), BoA-D-2019-05*).

Contrat financier à distance

La directive du 23 septembre 2002 (*Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE*) prévoit les cas dans lesquels le droit de rétractation ne s'applique pas. Les États membres ne peuvent pas en prévoir d'autres. Aussi si une jurisprudence reconnaît des dérogations en sus de la législation, cela en méconnaissance du droit de l'Union européenne, il revient au juge d'adopter une interprétation conforme au droit de l'Union européenne, « en modifiant, au besoin, une jurisprudence nationale établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit nationale incompatible » avec celui-ci (*CJUE, 11 septembre 2019, aff. C-143/18*).

Offre au public de titres

L'ordonnance n° 2019-1067 du 21 octobre 2019 modifie les dispositions relatives aux offres au public. La réforme a, selon le rapport au Président de la République, un triple objectif :

« Il s'agit, en premier lieu, de tirer les conséquences, en droit français, de la modification de la notion d'offre au public de valeurs mobilières telle qu'elle est désormais conçue par le règlement (UE) no 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé. En deuxième lieu, il s'agit de supprimer du droit français les dispositions qui seraient en contradiction avec ce règlement dont l'intégralité des mesures seront d'application directe à compter du 21 juillet 2019 et s'imposeront en lieu et place de l'ensemble des dispositions qui constituaient des mesures de transposition de la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation. En troisième lieu, il s'agit de moderniser la réglementation relative aux offres au public en modifiant des dispositions qui pouvaient apparaître inadaptées ».

Le projet d'ordonnance est composé de douze chapitres. « Le premier comprend les modifications apportées au code civil, le deuxième celles relatives au code de commerce, le troisième celles relatives au code monétaire et financier, le quatrième, le cinquième, le sixième, le septième, le huitième, le neuvième, le dixième et le onzième tirent les conséquences des modifications opérées au sein des trois précédents codes dans le code des assurances, le code général des impôts, le code de l'énergie, le code rural et de la pêche maritime, le code du sport, le code des transports, le code forestier et le code du travail, et le douzième, enfin, modifie ou abroge certains textes législatifs non codifiés ».

BANQUE & FINANCE

Brexit

Depuis des mois, l'hypothèse du no-deal a généré des documents émanant de la Commission européenne et des autorités européennes de surveillance. Parmi les derniers en date doivent être mentionnés une communication de l'EBA (*Communication of the EBA on the UK withdrawal from the EU, 08 October 2019*) et une déclaration publique de l'ESMA (*Public statement, Update on the UK's withdrawal from the EU – preparation for a possible no-deal scenario on 31 October 2019, 7 October 2019 ESMA90-1-167*) ainsi qu'un document non officiel de la Commission (*Non paper contingency measures in financial services*). L'hypothèse du no-deal semble toutefois s'éloigner en raison de l'accord RU et EU annoncé le jeudi 17 octobre 2019 ? À suivre...

Retrait d'agrément

Un courrier électronique dans lequel la BCE demande à un établissement de crédit de lui adresser ses communications dans le cadre d'une procédure administrative visant au retrait de son agrément par l'intermédiaire de la personne compétente ou avec l'approbation de celle-ci s'analyse en un acte préparatoire qui ne produit pas des effets juridiques obligatoires de nature à affecter ses intérêts. En conséquence, il n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation et le recours qui tend à celle-ci est irrecevable (*TUE, 2° ch. Ordonnance 10 juillet 2019, aff. T-687/18 ; Pilatus Bank ple c. BCE*).

Crédit à la consommation

Bien que la directive du 23 avril 2008 (*Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la Directive 87/102/CEE du Conseil*) soit d'harmonisation maximale, une marge de manœuvre est reconnue aux États membres. Aussi, bien que la directive prévoit l'examen de la solvabilité du client sans imposer au banquier de s'abstenir de conclure le contrat de crédit en cas de doute quant à celle-ci, une législation nationale peut imposer une obligation d'abstention au banquier parce que cette obligation ne porte pas atteinte à l'objectif de responsabiliser les prêteurs et de les dissuader d'octroyer des prêts de manière irresponsable (*CJUE, 6 juin 2019, aff. C-58/18*).

Fonds reçus du public et monopole bancaire

Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés et dirigeants ne constituent pas classiquement des fonds reçus du public (*article L 312-2, Code monétaire et financier*) de sorte qu'ils ne relèvent pas du monopole bancaire. Cette exclusion était toutefois subordonnée, en ce qui concerne les associés, à la détention de 5 % au moins du capital social. La loi Pacte du 22 mai 2019 (*art. 76*) a supprimé cette condition et a, dans le même temps, étendu le cercle des personnes effectuant de tels apports. « Les directeurs généraux et directeurs délégués, les présidents de sociétés par actions simplifiées » sont en effet ajoutés à la liste mentionnée à l'article L 312-2 du Code monétaire et financier, laquelle incluait déjà, et notamment, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance.

Interruption des concours bancaires

L'éventuel manquement du banquier à son obligation de vérifier que le déposant était le bénéficiaire du chèque ne le prive pas de la faculté de rompre sans préavis les concours financiers accordés en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit (*Cass. Com. 11 septembre 2019, pourvoi n° G 17-26.594*). Cette solution est totalement justifiée car les situations et comportements pris en compte par l'article L 313-12, alinéa 2, du Code monétaire et financier sont seulement ceux du débiteur ; le texte n'impose pas de prendre en compte le comportement du banquier pour les apprécier.

Devoir de mise en garde

En cas de prêt ou de crédit-bail consenti à une personne morale, un devoir de mise en garde s'impose au banquier si celle-ci peut être considérée comme profane. Le caractère d'emprunteur non averti s'apprécie uniquement dans la personne de son représentant légal. Par ailleurs, comme vient de le juger la Cour de cassation (*Cass. Civ. 3, 19 septembre 2019, pourvoi n° 18-15.398*), les associés de la personne morale, même tenus indéfiniment des dettes sociales, n'ont pas à être mis en garde en raison du crédit consenti la personne morale dont ils sont membres.

Nantissement d'un compte bancaire

Les dispositions de l'article 2360 du Code civil ont encore donné lieu à peu de décisions judiciaires. D'où l'intérêt de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 septembre 2019 (*pourvoi n° 18-16.178*).

En l'espèce, des saisies conservatoires avaient été diligentées postérieurement au nantissement mis en place en garantie de prêts bancaires. Cela avait conduit le banquier à porter les sommes saisies sur un compte spécial. Le débiteur avait été ensuite mis en liquidation judiciaire et comme les saisies conservatoires avaient fait l'objet d'une mainlevée, le banquier prêteur, bénéficiaire du nantissement, avait recredité le compte nanti des sommes inscrites au crédit du compte spécial et en avait demandé l'attribution judiciaire.

Le liquidateur a contesté cette demande, mais en vain : les droits du créancier nanti ont été reconnus par la Cour de cassation : « Mais attendu que l'affectation des sommes sur lesquelles portaient les saisies conservatoires sur un compte spécialement ouvert par la banque à cet effet était une simple opération comptable destinée à les isoler dans l'attente du sort qui leur serait réservé, sans incidence sur les droits des parties, de sorte qu'en l'absence de conversion des saisies conservatoires avant l'ouverture de la procédure collective, ces sommes étaient réputées figurer sur le compte nanti au jour du jugement ayant mis la société en liquidation judiciaire ; que par ce motif de pur droit, suggéré par la défense, substitué à ceux critiqués, la décision se trouve justifiée ».

La Cour de cassation a ainsi maintenu la décision attaquée tout en soulignant qu'était erronée la motivation selon laquelle la mainlevée des saisies conservatoires s'analysait en une opération en cours au sens de l'article 2360 du Code civil.

CONTACTS



Gilles Kolifrath
Avocat, Associé
gkolifrath@kramerlevin.com



Thierry Bonneau
Consultant
thbonneau@kramerlevin.com



François Poudelet
Avocat, Counsel
fpoudelet@kramerlevin.com



Pierre Storrer
Avocat, Counsel
pstorrer@kramerlevin.com



Wadie Sanbar
Avocat, Counsel
wsanbar@kramerlevin.com



Linda Sharkey
Avocat au Barreau de New York
lsharkey@kramerlevin.com



Gaëlle Libouban
Avocat
glibouban@kramerlevin.com