

FLASH D'INFORMATION

Dernières actualités en matière bancaire et financière

I- ACTUALITE FINANCIERE :

➤ Consultation publique de l'AMF sur les modifications à apporter au règlement général à la suite de la transposition des dispositions de la directive déléguée du 7 avril 2016 complétant la directive MIF 2 :

L'AMF a lancé jusqu'au 10 juin, une consultation publique sur les propositions de modification de son règlement général (Livre III, Titres I et II) relatif aux prestataires de services d'investissement et aux autres prestataires, à la suite de la transposition de la directive déléguée 2017/593 du 7 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE dite "MIF 2", en ce qui concerne la sauvegarde des instruments financiers et des fonds des clients, les obligations applicables en matière de gouvernance des produits et les règles régissant l'octroi ou la perception de droits, de commissions ou de tout autre avantage pécuniaire ou non.

Ce texte renforce le régime d'encadrement des *inducements* et précise les conditions dans lesquelles la fourniture de recherche n'en est pas un, si elle fait l'objet d'un paiement direct par l'entreprise d'investissement ou si elle est financée par l'intermédiaire d'un compte de paiement de recherche dédié, sous certaines conditions.

En outre, pour les sociétés de gestion de portefeuille, la consultation porte sur l'application des dispositions du RGAMF issues de la directive déléguée à leur égard.

Conformément à l'article 14 (1) de cette directive déléguée, les dispositions de cette directive doivent être transposées au plus tard le 3 juillet 2017. Ces nouvelles règles s'appliqueront à compter du 3 janvier 2018.

➤ Ordonnance n°2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent de sûretés :

L'agent de sûretés a été créé en droit français par la loi n°2007-211 du 19 février 2007 ayant institué la fiducie.

La nouvelle ordonnance vise à renforcer l'attractivité du droit français en ce qui concerne le financement syndiqué. En outre, elle s'inspire notamment du « *security trustee* » de droit anglo-saxon qui permet à la fois une gestion simple et efficace des sûretés, au bénéfice des créanciers et une protection de ces derniers contre le risque d'insolvabilité de l'agent.

Le régime juridique de l'agent de sûretés est précisé tout en laissant une large place à la liberté contractuelle. L'ordonnance entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2017.

Cette réforme apporte plusieurs modifications concernant :

- ***l'amélioration du régime de l'agent de sûretés***, avec des prérogatives élargies à tous les types de sûretés et garanties ainsi que des précisions sur la nature juridique de l'agent de sûretés (article 2488-6 du code civil) ;
- ***la simplification du régime juridique de l'agent de sûreté***, qui se rapproche du fiduciaire (articles 2488-7, 2488-8, 2488-9 du code civil) ;
- ***la création d'un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine propre*** (articles 2488-6 et 2488-10 du code civil) ;
- ***la défaillance de l'agent de sûreté*** (article 2488-11 du code civil) ;
- ***le régime de la responsabilité de l'agent de sûreté*** (article 2488-12 du code civil) ;

➤ **Régime de l'intermédiation en biens divers :**

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi « Sapin II ») a introduit à l'article 79 une évolution du régime de l'intermédiation en biens divers.

Les placements dits atypiques (vin, forêt, panneaux photovoltaïques, œuvres d'art ou encore diamants...), lesquels mettent en avant la possibilité d'un rendement financier, mais ne reposant pas sur des instruments financiers, relèvent de l'intermédiation en biens divers:

Deux types d'opérations sont prévues à l'article 550-1 du code monétaire et financier : il s'agit des opérations résultant du I (« biens divers 1 ») et les opérations résultant du II (« bien divers 2 »).

L'article 79 de la loi « Sapin II » introduit un contrôle préalable exercé par l'AMF sur les propositions d'investissement en biens divers 2 selon les mêmes modalités que celui exercé sur les opérations en biens divers 1.

Toute opération sur bien divers ne peut faire l'objet de communications à caractère promotionnel ou de démarchage sans (i) vérification préalable par l'AMF de la conformité du document d'information aux exigences législatives et réglementaires et du respect des garanties minimum et (ii) attribution par l'AMF d'un numéro d'enregistrement sur le document d'information à destination des investisseurs.

En outre, l'AMF est habilitée à déterminer, dans son règlement général, « *le minimum de garanties exigé d'un placement destiné au public* » pour toutes les opérations d'investissement en biens divers.

Les garanties exigibles sont :

- ***communes à tous les intermédiaires en biens divers (hors distributeur)*** : ces garanties concernent les initiateurs de l'opération comme les personnes qui recueillent les fonds des investisseurs et les gestionnaires des biens et portent sur la qualité de l'intermédiaire (article 441-2) ;

- ***requis de l'intermédiaire prenant l'initiative de l'opération*** : l'intermédiaire prenant l'initiative de l'opération devra respecter des garanties spécifiques prévues à l'article 441-1 ;
- ***liées à l'examen des documents d'information*** : le document d'information et les projets de contrats type doivent être complets, cohérents et compréhensibles et mettre en évidence les caractéristiques du placement, les facteurs de risque, le profil de l'investisseur concerné, la durée du placement, les frais et inclure une illustration du fonctionnement du placement au moyen de tableau ou scénarios d'évolution (article 441-3) ;

L'instruction AMF « *Procédure d'enregistrement et établissement d'un document d'information devant être déposé auprès de l'AMF par les intermédiaires en biens divers – DOC 2017-06* » du 17 mai 2017 détaille les éléments constitutifs du dossier à déposer auprès de l'AMF et les modalités d'établissement du document d'information.

➤ **Le règlement Prospectus**

Le 16 mai 2017, le Conseil a adopté le règlement du Parlement européen et du Conseil 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 abrogeant la directive 2003/71/CE.

Les règles sont contraignantes et directement applicables dans les Etats membres de l'UE.

Le prospectus est un document juridique obligatoire à destination des investisseurs, sur les valeurs mobilières qu'émettent les entreprises qui souhaitent se financer via une offre au public ou être admise sur un marché régulé.

L'objectif du nouveau règlement est de simplifier les règles, de rationaliser les procédures administratives en matière de prospectus et de permettre aux petites entreprises de recourir aux marchés de capitaux plus aisément et à moindre coût.

Le nouveau règlement apporte plusieurs avancées que sont :

- ***l'exemption de prospectus pour les plus petites entreprises*** (article 1) ;
- ***un prospectus de croissance de l'UE, un prospectus allégé pour les petites entreprises et les petites émissions*** (articles 14 et 21) ;
- ***des prospectus plus courts et une meilleure information des investisseurs*** (article 7) ;
- ***des émissions secondaires simplifiées pour les entreprises cotées*** (article 14) ;
- ***un système rapide et simplifié pour les émetteurs fréquents*** (article 9) ;
- ***un point d'accès unique pour l'ensemble des prospectus européens*** (considérant 63) ;
- ***élargissement de l'incorporation par référence et une amélioration du fonctionnement du prospectus de base*** (articles 19 et 8)

➤ **Ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires**

Prise sur le fondement d'une habilitation prévue par l'article 117 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique « dite Sapin 2 », l'ordonnance du 10 mai 2017 vise à rendre les émissions obligataires plus attractives et plus simples pour les entreprises françaises et étrangères.

D'une part, il s'agit de faciliter le financement des entreprises en modernisant en abrogeant certaines dispositions désuètes pour favoriser le développement des émissions obligataires régies par le droit français, en particulier les modalités de constitution et de fonctionnement de la masse des obligataires.

En outre, cette ordonnance simplifie les modalités de convocation, de quorum et de prise de décision au sein de l'assemblée des obligataires en prévoyant la possibilité d'une consultation écrite lorsque le contrat d'émission le prévoit.

L'article L.228-39 du Code de commerce permet désormais aux sociétés par actions qui n'ont pas encore deux bilans régulièrement approuvés par leurs actionnaires de procéder à une émission obligataire lorsque les obligations bénéficient de la garantie d'une société ayant elle-même établi deux bilans régulièrement approuvés par ses actionnaires.

D'autre part, il s'agit d'assouplir certaines règles inhérentes aux émissions obligataires lorsque celles-ci sont destinées aux seuls investisseurs qualifiés. L'ordonnance permet d'organiser contractuellement la représentation de la masse des obligataires.

II- ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE :

➤ **Arrêt Cass. Com. du 22 mars 2017 n°15-21817 (non publié au bulletin) :**

La Cour de cassation précise que « *la personne qui commercialise un contrat d'assurance-vie doit s'enquérir des objectifs et des expériences en matière d'investissement ainsi que de la situation financière de l'investisseur et lui proposer des placements adaptés à sa situation* ».

La Cour de cassation « transpose » ainsi l'obligation de s'informer issue de la Directive MIF à l'intermédiaire en assurance.

➤ **Arrêt Cour d'appel de Paris du 12 mai 2017 n°15/20605 « affaire des prêts en devises » :**

Le 12 mai 2017, la Cour d'appel de Paris a rendu 12 arrêts contre le même intimé, la SA BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE.

Ils concernent l'obligation d'information et le devoir de mise en garde de la banque ainsi que la qualification de clause d'indexation concernant l'adossement d'un prêt à une devise étrangère.

En l'espèce, deux époux avaient souscrit un contrat de crédit auprès d'un établissement de crédit en 2008, en francs suisses avec un remboursement des échéances en euros.

Sur la clause de monnaie de compte, la Cour d'appel de Paris rappelle que la monnaie étrangère est prohibée en tant qu'instrument de paiement mais pas en tant qu'unité de compte (L.212-2 du code monétaire et financier). En l'espèce, le franc suisse constituait la monnaie de compte et l'euro la monnaie de remboursement. En outre, il existait une relation directe entre la clause et l'objet de la convention. Ainsi la monnaie de compte était licite.

La Cour d'appel de Paris indique que cette clause était suffisamment claire et compréhensible dans sa description du mécanisme du prêt adossé à une devise étrangère au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation. La clause ne présentant pas un caractère abusif.

Concernant le devoir de mise en garde, d'information et de conseil, la Cour d'appel de Paris précise que le seul risque lié à la volatilité du marché des changes est insuffisant à qualifier les opérations litigieuses de spéculatives. Aucune faute imputable à la banque n'étant caractérisée.

➤ **Arrêt Cass. 3e Civ. du 18 mai 2017 n°16-11.203 (publié au bulletin n° 557 P+B+I):**

La Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence concernant la mise en œuvre de la responsabilité d'un contractant par un tiers-victime.

En l'espèce, des condensations anormales étaient apparues dans un immeuble à la suite de travaux de réparation réalisés dans le cadre d'un contrat entre deux sociétés de construction et les sociétés propriétaires des biens. Un locataire, tiers-victime a engagé la responsabilité délictuelle des sociétés constructrices pour manquement à leurs obligations contractuelles de livraison conforme de l'ouvrage et exempt de vice.

Depuis l'arrêt d'Assemblée Plénière de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2006, la jurisprudence faisait prévaloir une exception prétorienne d'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle au détriment du principe de l'effet relatif des contrats, dans la mesure où « *Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la **responsabilité délictuelle**, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* » (Cass. ass. plein., 6 octobre 2006 n°05-13.255.)

Désormais, la Cour de cassation exige du tiers-victime qu'il rapporte une faute délictuelle créant un dommage à son égard. En effet, la Cour revient à une interprétation stricte du nouvel article 1240 du code civil qui dispose que le tiers n'a pas la qualité de créancier et ne peut en conséquence, ni demander l'exécution du contrat, ni se voir contraint d'exécuter les stipulations contractuelles : « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui, tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

➤ **Arrêt Cour d'appel de Paris du 22 mai 2017 n°15/11811 :**

Cet arrêt concerne l'obligation de mise en garde, d'information et de conseil de l'établissement financier en tant que PSI dans le cadre des contrats de couverture sur matières premières.

L'investisseur a souscrit avec un établissement de crédit des contrats de couverture pour anticiper et couvrir les évolutions défavorable du nickel. Deux séries de contrats d'option ont été signés : un *swap* « floré » avec une participation à la hausse au moyen d'un *call spread* puis d'une couverture supplémentaire au moyen d'un *put spread* contre un *call*. Ces contrats ont fait l'objet de deux restructurations dans le but d'absorber le futur décaissement de la société souscriptrice. Ainsi, le *swap* a été augmenté et la couverture allongée.

Le souscripteur a assigné l'établissement de crédit en annulation des contrats d'option sur le nickel souscrits avec demande de restitution des sommes versées à l'établissement de crédit, sur le fondement des vices du consentement.

Concernant l'obligation de mise en garde, la Cour d'appel de Paris précise que les opérations de couverture décrites ne sont pas spéculatives par nature. La complexité de l'opération n'en fait pas une opération spéculative et le souscripteur n'a pas recherché dans cette opération à dégager de profit à court terme. En ce sens, l'établissement de crédit n'a pas manqué à son devoir de mise en garde.

La Cour d'appel de Paris a considéré que le souscripteur était un investisseur profane ne possédant aucune expérience en matière d'opération complexe, même si elle a réalisé dans le passé des ventes à terme de dollars.

La Cour d'appel estime que l'établissement de crédit a manqué à son devoir d'information et de conseil envers le souscripteur en ce qui concerne :

- ***le fonctionnement des produits de couverture ;***
- ***la possibilité d'acquérir des options moyennant le paiement d'une prime pendant le déroulement des opérations;***
- ***le coût de la résiliation ;***
- ***la possibilité de retourner ses positions dans des conditions avantageuses ;***

Le préjudice subi par le souscripteur porte sur la perte de chance de ne pas avoir pu contracter à de meilleures conditions.

III-ACTUALITE ASSURANCE :

➤ Décret n° 2017-868 du 9 mai 2017 relatif aux conditions de modifications des contrats d'assurance de groupe sur la vie et de capitalisation

Le 9 mai 2017, est paru le décret n°2017-868 relatif aux conditions de modifications des contrats d'assurance de groupe sur la vie et de capitalisation.

Ce décret qui concerne les associations souscriptrices de contrats d'assurance de groupe sur la vie ou de capitalisation modifie l'article R.141-6 du Code des assurances en application de l'article L. 141-7 du Code des assurances modifié par la loi Sapin II fixant à l'assemblée générale des adhérents d'une association souscriptrice l'unique compétence pour autoriser la modification des dispositions essentielles du contrat d'assurance de groupe souscrit par l'association.

L'article R. 141-6 du Code des assurances définit la liste des dispositions essentielles du contrat pour lesquelles l'assemblée générale a seule qualité pour autoriser les modifications suivantes :

- *La définition des garanties offertes ;*
- *La durée du contrat ;*
- *Les modalités de versement des primes ;*
- *Les frais et indemnités de toute nature prélevés par l'entreprise d'assurance, à l'exception des frais pouvant être supportés par une unité de compte ;*
- *Le taux d'intérêt garanti et la durée de cette garantie, les garanties de fidélité et les modalités de calcul et d'attribution de la participation aux bénéfices ;*
- *La liste des supports en unités de compte, sauf lorsque la modification est autorisée ou prévue par le contrat ;*
- *Les conditions dans lesquelles la liste des supports en unités de compte peut évoluer ;*
- *Les modalités de rachat, de transfert ou de versement des prestations du contrat ;*
- *La faculté de procéder à des avances consentie par l'entreprise d'assurance.*

En outre, l'assemblée générale peut déléguer au conseil d'administration, par une ou plusieurs résolutions et pour une durée qui ne peut excéder dix-huit mois, le pouvoir de signer un ou plusieurs avenants, dont la résolution définit l'objet, relatifs à des dispositions non essentielles du contrat d'assurance de groupe. Le conseil d'administration exerce ce pouvoir dans la limite de la délégation donnée par l'assemblée générale. En cas de signature d'un ou plusieurs avenants, il en fait rapport à la prochaine assemblée générale.

*

* *

Le présent flash d'information a pour objet de présenter succinctement les dernières actualités jurisprudentielles et législatives. Il ne vise pas à l'exhaustivité et ne constitue pas non plus une consultation juridique adaptée à une situation donnée.

Les avocats du pôle « Banque – Finance - International » du Cabinet Fischer, Tandeau de Marsac, Sur & Associés restent à votre disposition.



67, boulevard Malesherbes – 75008 Paris
Tel : +33 (0)1 47 23 47 24
Fax : +33 (0)1 47 23 90 53
e-mail :
site web : www.ftms-a.com

Silvestre Tandeau de Marsac
smarsac@ftms-a.com

Laurent Barbotin
lbarbotin@ftms-a.com

Sandy Duret
saduret@ftms-a.com

Apolline Bruneel
abruneel@ftms-a.com

Paul Dalmasso
pdalmasso@ftms-a.com

Vous ne désirez plus recevoir de flash info : Cliquez [ici](#)

Fischer, Tandeau de Marsac, Sur & Associés