

JUILLET À DÉCEMBRE 2013 : LE CADRE DES ACTIVITÉS BANCAIRES SE RESERRE...



PAR JEAN-PIERRE MATOUT,
AVOCAT ASSOCIÉ KRAMER LEVIN PROFESSEUR ASSOCIÉ
À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II),
ET ANDRÉ PRÜM,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

JUILLET À DÉCEMBRE 2013 : LE CADRE DES ACTIVITÉS BANCAIRES SE RESERRE...

L'élément sans doute le plus marquant du second semestre de l'année écoulée est l'adoption de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de dérégulation des activités bancaires. Tirant les leçons de la crise financière, le législateur resserre le cadre dans lequel doivent se mouvoir à l'avenir les banques utilisant une large panoplie de mesures dont la plus emblématique réside dans la filialisation de certaines activités de marché qualifiées de « spéculatives ». Il renforce en même temps sensiblement leur supervision. S'inscrivant dans un mouvement international, l'initiative ne risque pas moins, si les conditions d'application, qui doivent encore être arrêtées, s'avéraient trop strictes, d'encourager le développement du « shadow banking » qui prend, comme le constate le *Financial Stability Board*, une ampleur de plus en plus inquiétante. Dans cette ambiance de suspicion, l'évolution de la jurisprudence n'apporte pas toujours le confort espéré au moins en termes de prévisibilité des solutions retenues. Le devoir d'information et de mise en garde des banques continue d'être apprécié de façon différenciée par les juridictions du fond en présence d'opérations à risques. La cession d'un prêt garanti par un cautionnement conduit la Cour de cassation à privilégier les intérêts du cessionnaire à ceux de la caution qui se trouve privée des sûretés promises en raison d'une faute du prêteur cédant. La Cour de justice de l'Union européenne, qui joue un rôle croissant en ce domaine, n'est pas en reste pour ajouter à l'imprévisibilité des décisions, comme en témoignent les deux arrêts commentés relatifs aux règles communautaires de droit international privé.

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES - CONCURRENCE

La loi de séparation et de régulation des activités bancaires (1). – Suivant le mouvement initié par le Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act américain, la France vient de réformer le cadre des activités bancaires par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. L'ampleur de cette réforme est trop vaste pour

L'élément sans doute le plus marquant du second semestre de l'année écoulée est l'adoption de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de dérégulation des activités bancaires. Tirant les leçons de la crise financière, le législateur resserre le cadre dans lequel doivent se mouvoir à l'avenir les banques utilisant une large panoplie de mesures dont la plus emblématique réside dans la filialisation de certaines activités de marché qualifiées de « spéculatives ». Il renforce en même temps sensiblement leur supervision. S'inscrivant dans un mouvement international, l'initiative ne risque pas moins, si les conditions d'application, qui doivent encore être arrêtées, s'avéraient trop strictes, d'encourager le développement du « shadow banking » qui prend, comme le constate le *Financial Stability Board*, une ampleur de plus en plus inquiétante. Dans cette ambiance de suspicion, l'évolution de la jurisprudence n'apporte pas toujours le confort espéré au moins en termes de prévisibilité des solutions retenues. Le devoir d'information et de mise en garde des banques continue d'être apprécié de façon différenciée par les juridictions du fond en présence d'opérations à risques. La cession d'un prêt garanti par un cautionnement conduit la Cour de cassation à privilégier les intérêts du cessionnaire à ceux de la caution qui se trouve privée des sûretés promises en raison d'une faute du prêteur cédant. La Cour de justice de l'Union européenne, qui joue un rôle croissant en ce domaine, n'est pas en reste pour ajouter à l'imprévisibilité des décisions, comme en témoignent les deux arrêts commentés relatifs aux règles communautaires de droit international privé.

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES - CONCURRENCE

La loi de séparation et de régulation des activités bancaires (1). – Suivant le mouvement initié par le Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act américain, la France vient de réformer le cadre des activités bancaires par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. L'ampleur de cette réforme est trop vaste pour

la présenter ici en détail. Suite aux nombreux amendements apportés au projet de loi initial, le texte final comporte en tout douze titres touchant des dimensions très variées des activités bancaires. Les mesures phares tiennent assurément à « la séparation des activités utiles au financement de l'économie des activités spéculatives » et à « la mise en place d'un régime de résolution bancaire ». Mais la loi apporte également des modifications importantes aux statuts et aux pouvoirs des autorités de contrôle,

SOMMAIRE

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES - CONCURRENCE 62

B - GARANTIE DES CRÉDITS 62

Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2013, n° 12-21-917 (firme exécutoire et acte notarié exécutoire)

IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES 69

Cass. 2^{re} civ., 11 juill. 2013, n° 13-04-036 (suite des avoirs de banques centrales étrangères et OPC)

II - CRÉDITS 65

Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-21-001 (intermédiaire en opérations bancaires et rupture des relations commerciales établies)

III - RESPONSABILITÉ 67

CA Paris, 26 sept. 2013, n° 11V19539 (opérations de couverture sur le nickel, transparence de la rémunération, devoir d'information et de conseil) (indemnité de remboursement anticipé)

introduit des mesures de « transparence et de lutte contre les dérives financières », et des mesures « d'encaissement des rémunérations dans le secteur bancaire », renforce les mécanismes de « surveillance macroprudentielle » ainsi que la protection des consommateurs dans leurs relations avec les banques pour ne citer que quelques chapitres les plus marquants.

Par la séparation des activités bancaires et financières, le texte vise avant tout à préunir les activités traditionnelles des banques de l'économie de dépôts, de la mise à disposition d'instruments de paiement et de distribution de crédits contre les risques inhérents aux activités dites de « banque d'investissement ». La récente crise financière a montré en effet que les pertes étaient en difficulté un certain nombre de banques provenant en première ligne de leurs « trading books ». Il faut dire que durant les années précédant la crise, les bénéfices engrangés sur les marchés financiers et les commissions liées aux activités de marché représentent également la plus grande partie des profits dégagés par les banques. Mais aujourd'hui nombre de ces activités sont considérées comme étant trop spéculatives et surtout sans lien suffisant avec la fonction économique essentielle des banques de financer l'économie pour mériter d'être soutenues, en période de tension, par des deniers publics. Le fait même que des banques puissent espérer bénéficier de tels soutiens est dénoncé comme une incitation perverse pour leurs actionnaires comme pour les dirigeants à prendre des risques excessifs. Pour opérer la séparation recherchée, la loi s'inspire de la proposition contenue dans le rapport « Liikanen », commandé par la Commission européenne. Plutôt que de prévoir une stricte interdiction des transactions pour

régionale, le texte français oblige les groupes bancaires à isoler les activités supposées essentiellement spéculatives dans une filiale dédiée. L'optique est également inversée de celle préconisée au Royaume-Uni par le rapport Vicker qui prévoit un cordon de sécurité autour de la banque de détail. Ces solutions étrangères étaient, en effet, difficilement conciliables avec le modèle de banque universelle sur lequel se sont développées les banques françaises ou anglaises. Il n'y a en la matière pas de solution unique valable partout. La règle retenue en France présente l'avantage de conserver une certaine souplesse ; reste à voir si elle est pleinement efficace dans l'hypothèse où il s'agira, dans un délai extrêmement bref, d'isoler au sein d'un groupe bancaire en difficulté les activités bancaires classiques qui méritent d'être sauvegardées d'une faillite du reste du groupe. Dans un tel scénario, les mécanismes de droit commun des procédures collectives restent, par expérience, largement inadaptés. Il convient donc d'élargir la compétence et les moyens à disposition de l'Autorité de contrôle prudentiel qui devient, avec la nouvelle loi, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Le spectre du nouveau dispositif est vaste puisqu'il s'étend des plans préventifs de redressement à l'organisation d'une procédure de résolution. L'ACPR se voit reconnaître des pouvoirs importants qui lui permettent notamment d'imposer la scission des engagements entre une entité viable et une « bad bank », destinée à être liquidée ou cédée, ou encore des réductions de créances ou leur conversion en actions (« bail-in »). L'espoir placé dans ces mesures est qu'elles permettront de disposer d'assez de fonds pour faire face à l'impératif de sauver les activités bancaires économiquement solvables tout en évitant de détourner trop de capitaux propres à l'instar de la Volcker Rule américaine.

NOTE

(1) L. n° 2013-672, 26 juill. 2013.

NOTE

(1) L. n° 2013-672, 26 juill. 2013.

Juillet à décembre 2013 : Le cadre des activités bancaires se resserre...

ca pour certaines banques que l'Etat a dû soutenir durant la crise. L'efficacité visée à travers ces mesures d'ordre administratif implique cependant de limiter les recours juridictionnels. L'effet politique recherché par la loi de séparation et de dérégulation des activités bancaires en telle est aux objectifs globalement louables qu'elle poursuit. On peut se demander cependant si, sur certains sujets, il était vraiment utile d'agir avant que des solutions aient pu être arrêtées au plan européen. Les banques présentent un enjeu pour la stabilité financière, ont toutes une dimension pour le moins européenne et seraient soumises de toute manière au mécanisme de supervision de l'Union bancaire européenne. L'harmobilisation des mécanismes de résolution et la création d'un fonds de resolution commun européens sont en voie d'aboutir. Les nouvelles régles françaises risquent ainsi, sur nombreux points, d'être rapidement dépassées.

La finance parallèle (2). – Les termes de « finance parallèle », ou de « shadow banking », évoquent péjorativement un marché caché de la finance. Comme tout ce qui se fait dans l'ombre, elle inquiète. D'embûches autorisées se peignent actuellement sur ce phénomène pour le décrire, le quantifier, analyser son rôle, voir essayer de le contrôler.

La finance parallèle est définie comme un système d'intermédiation dans les opérations de crédit où les acteurs sont peu ou pas contrôlés, en comparaison avec les systèmes bancaires officiels. Sans nier les avantages que peut en tirer l'économie réelle, « réelle », elle inquiète par les risques systémiques qu'elle peut engendrer (effet de levier, transformation de liquidité et de maturité, arbitrages réglementaires), surtout quand elle a partie liée avec le système bancaire classique.

Le Conseil de stabilité financière (CSF, ou Financial Stability Board) estime son poids, entre 2012, à 71 200 milliards de dollars américains soit plus de la moitié des actifs des banques (1). Le 3^e rapport annuel du CSF de 2013 porte sur vingt-cinq pays dont toute la zone euro et couvre toute l'intermédiation financière non bancaire (tous les assureurs, fonds de pension et institutions financières publiques).

Celle-ci est en croissance (+ 8 % par rapport à 2011) et les États-Unis représentent 37,7 % de ces actifs financiers non bancaires, la zone euro 12 %, représentant 31 %, le Royaume-Uni 12 %. Aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suisse, ces actifs représentent plus de deux fois le PIB national.

NOTES

(2) Conseil de stabilité financière (CSF), 3^e rapport annuel, nov. 2013.

(3) Cass. com, 9 juill. 2013, n° 12-12001, Contests, conc., cassom., 2013, comm. obs. N. Mathey.

4) T. com, Paris 6^e ch., 24 janv. 2013, RG 2010-05561, JOP E 2013, RG 46, 45, obs. N. Mathey, RD bancaire et fin., 2013, comm. 78, obs. F.-J. Dufot et T. Samin.

– limiter les risques découlant des interactions des banques avec les entités de la finance parallèle ;
– réduire l'exposition des fonds monétaires (« money market funds » ou MMF) aux risques de retraits massifs (« runs ») ;
– évaluer et limiter les risques pour la stabilité financière dus aux autres entités et activités de la finance parallèle ;
– renforcer la transparence et assurer l'harmonisation des pratiques concernant la titrisation ;
– réduire les risques découlant des pensions (l'« insurance risk », contraction de « sale and repurchase agreement ») et des prêts-mprunts de titres.

Le rapport se termine par un essai d'évaluation de la finance parallèle en Chine et fait remarquer le manque de données vraiment fiables et comparables ; il fait également état d'une croissance considérable de la finance parallèle dans ce pays : celle-ci représentait, en 2013, 24 % des financements totaux, contre seulement 1 % en 2002, tandis que dans le même temps le poids des crédits bancaires aurait reculé de 925 à 53 %.

IOB et rupture des relations commerciales établies (3). – La rupture des relations commerciales établies, sanctionnée par l'article L. 442-6, I. 5, du Code de commerce, est devenue au fil du temps un foyer considérable du contentieux commercial. Son but est de protéger le cocor-tractant d'une rupture brutale de ses relations avec l'un de ses clients ou fournisseurs, en contrignant principalement à lui donner un préavis adapté à la situation pour lui permettre de rechercher véritablement une solution alternative et ainsi préserver la continuité de son activité. Elle donne lieu à une appréciation, jurisprudentielle très factuelle, à géométrie variable qui rend particulièrement difficile la prévisibilité des solutions. Elle n'est pas sans rappeler la jurisprudence qui, jadis, tranchait des questions de responsabilité bancaire à la suite de la rupture dite « abusive » des crédits. Le régime applicable à la rupture de crédit à durée indéfinie a fait l'objet de textes (C. mon. fin., art. L. 312-12) qui ont permis de tanir pratiquement ce contentieux. Le régime de la rupture des relations commerciales établies n'est pas, selon une première jurisprudence, applicable à la rupture de crédit (4), qui obéira des règles spéciales ; mais cela ne signifie pas pour autant que les banques ne peuvent pas y être exposées dans d'autres relations qu'elles peuvent entretenir, notamment, avec leurs intermédiaires, en opérations de banque (IOB), courtiers apportant des affaires aux banques, sans mandat de représentation. C'est le mérite de cette décision du 9 juillet 2013 de la Cour de cassation que de le souligner.

III - CRÉDIT

A - GÉNÉRALITÉ

Kraenke et al.

On peut alors écrire : $\frac{1}{2} \times 183\% = 91.5\%$. Il faut donc verser une somme de 91.5 % de la somme empruntée à la banque.

les acteurs sont peut-être pas contrôlés, en comparaison avec les systèmes bancaires officiels. Sans doute, les avantages que peut en tirer l'économie sont-ils nombreux (« réelle », elle inquiète par les risques système que peuvent engendrer (effet de levier), transformation de la liquidité et de la maturité, arbitrages réglementaires), surtout quand elle a la partie liée avec le système bancaire classique.

commercial. Son but est de protéger le cocoon, tristant d'une rupture brusque de ses relations avec l'un de ses clients ou fournisseurs, en contrignant principalement à lui donner un préavis adapté à la situation pour lui permettre de rechercher valablement une solution alternative et ainsi préserver la continuité de son activité. Elle donne lieu à une appréciation jurisprudentielle très factuelle, à géométrie variable, qui

II - CRÉDITS

Il est devenu courant de prévoir dans les conventions de crédit, en cas de remboursement anticipé, une indemnisation du prêteur couvrant le manque à gagner éventuel sur la période restant à courir jusqu'à l'échéance initiale stipulée. Cette indemnité est éventuellement barique peut repérer la somme remboursée par anticipation aux mêmes conditions, voire un taux supérieur; elle ne peut alors rien réduire à l'emprunteur. Cette clause est surtout utilisée en périodes de baisse des taux qui poussent les emprunteurs à rembourser par anticipation pour se refinancer à moindre coût. La question se posait alors de savoir si le taux auquel on pouvait réprimer la somme remboursée par anticipation sur la période restante à courir sur le prêt initial devrait ou non inclure sa marge. La Cour de cassation estime que non. Il semble que la solution retenue ici offre davantage une régularisation imprécise de la clause qu'à un principe. En effet, s'agissant d'indemniser la banque du manque à gagner sur la période restante à courrir on ne voit guère de raison d'amputer son indemnisation de la marge et de ne l'indemniser que de son coût de refinancement.

Copyright © 2018, Cengage Learning. May not be copied, scanned, or duplicated, in whole or in part. Due to electronic rights, some third party content may be suppressed from the eBook and/or eChapter(s). Editorial review has determined that any suppressed content does not materially affect the overall learning experience. Cengage Learning reserves the right to remove additional content at any time if subsequent rights restrictions require it.

NOTE

OTES
om, 2 July 2013.
228, JCP-E 2013,
6, obs. N. Matthey,
"n° obs." 16 Oct. 2013.
9, note H. Coze,
3, n° 44, 1065, obs.

