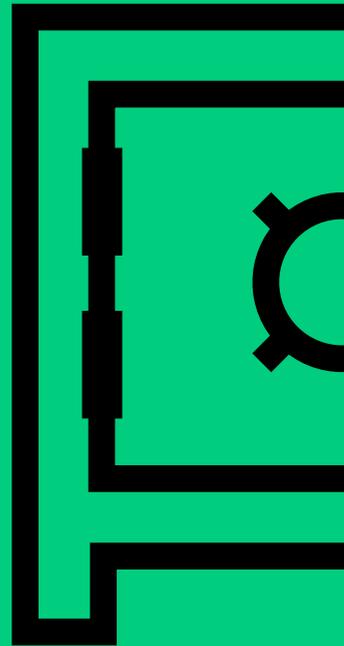
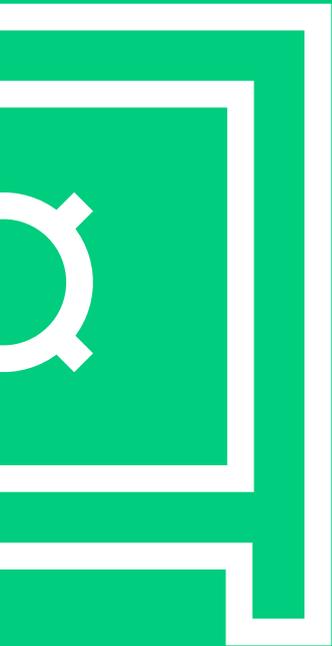


# Actualité bancaire et financière

ÉDITION 2018



LPA-CGR avocats

# Édito

L'année 2017 ne peut s'analyser en droit bancaire et financier que de façon globale à la lumière des événements politiques européens dans un contexte marqué par les incertitudes liées au Brexit et la compétition entre les différents centres d'affaires européens.

Avec l'entrée en vigueur de la réforme de l'agent des sûretés et de la masse des obligataires, le législateur renforce la liberté contractuelle des parties à même de désigner une personne en charge de la détention et de la gestion des sûretés et d'organiser les relations entre l'émetteur et les porteurs d'obligations. Ce faisant, en reprenant à bon compte des pratiques anglo-saxonnes, la place de Paris voit sa compétitivité et son attractivité accrues.

Il est également porté une attention toute particulière à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. La mise en place du registre des bénéficiaires effectifs et les récentes sanctions imposées par l'ACPR rappellent, s'il y avait un doute, la volonté de la France d'inscrire le respect de cette réglementation au cœur de ses préoccupations.

Il faudra bien sûr un peu de temps pour mesurer les effets de ces mesures. Toutefois, les efforts français commencent à payer puisque Paris, où l'Autorité Européenne des Marchés Financiers (ESMA) a déjà pris ses quartiers, accueillera prochainement le siège de l'Autorité Bancaire Européenne.

Dans un contexte économique favorable, nul doute que les efforts de la place de Paris devraient être couronnés de succès.

Nous scruterons avec intérêt ces évolutions afin de proposer des réponses adaptées à nos partenaires.

**Le département Banque-Finance de LPA-CGR avocats.**

# Sommaire

## 1. Opérations de banque \_\_\_\_\_ 4

- 1.1. Le registre des bénéficiaires effectifs \_\_\_\_\_ 4
- 1.2. Les sanctions imposées par l'ACPR à deux établissements de crédit pour des insuffisances dans leur dispositif LCB-FT \_\_\_\_\_ 4

## 2. Marchés financiers – Services d'investissement \_\_\_\_\_ 5

- 2.1. Accès au financement des fonds d'investissement \_\_\_\_\_ 5
- 2.2. Réforme de la masse obligataire \_\_\_\_\_ 5
- 2.3. Séparation du régime juridique des sociétés de gestion de portefeuille de celui des entreprises d'investissement \_\_\_\_\_ 6
- 2.4. Obligations précontractuelles du prestataire de services d'investissement (PSI) : la Cour d'appel de Paris confirme et précise sa jurisprudence \_\_\_\_\_ 7

## 3. Brexit \_\_\_\_\_ 8

## 4. Procédures collectives \_\_\_\_\_ 8

- 4.1. Les intérêts dont le cours n'est pas arrêté après le jugement d'ouverture d'une procédure collective demeurent des créances antérieures \_\_\_\_\_ 8
- 4.2. La déclaration des intérêts dont le montant ne peut être arrêté doit préciser leurs modalités de calcul \_\_\_\_\_ 9
- 4.3. La responsabilité d'un créancier bancaire pour soutien abusif suppose qu'il ait commis une fraude \_\_\_\_\_ 9
- 4.4. La sûreté suit le même sort que la créance qu'elle garantit \_\_\_\_\_ 9

- 4.5. L'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 relative aux procédures d'insolvabilité transfrontalières européennes adapte le droit français à la réglementation européenne \_\_\_\_\_ 9

## 5. Sûretés \_\_\_\_\_ 10

- 5.1. Déclaration notariée d'insaisissabilité \_\_\_\_\_ 10
- 5.2. Caution hypothécaire et perte d'une garantie assurantielle \_\_\_\_\_ 10
- 5.3. Attribution judiciaire d'un bien hypothéqué dans une procédure de liquidation judiciaire \_\_\_\_\_ 10
- 5.4. Cession Dailly à titre de garantie \_\_\_\_\_ 11
- 5.5. Garantie autonome \_\_\_\_\_ 12

## 6. Le taux d'intérêt négatif \_\_\_\_\_ 12

## 7. Antitrust / Aides d'État / Concentrations \_\_\_\_\_ 13

- 7.1. Groupements de co-réassurance / co-assurance : recommandation de procéder à une auto-évaluation par la Commission européenne \_\_\_\_\_ 13
- 7.2. Vers une réforme du contrôle des concentrations français ? \_\_\_\_\_ 13

## 8. Actualités étrangères \_\_\_\_\_ 14

- 8.1. Actualités Maroc \_\_\_\_\_ 14
- 8.2. Actualités Algérie \_\_\_\_\_ 15
- 8.3. Actualités Tunisie \_\_\_\_\_ 16

# 1. Opérations de banque

## 1.1. Le registre des bénéficiaires effectifs

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016<sup>1</sup> portant transposition de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment<sup>2</sup>, instaure une évolution significative en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme : le registre des bénéficiaires effectifs. En effet, cette nouvelle obligation<sup>3</sup> impose d'identifier au sein d'un document le ou les bénéficiaires effectifs de chaque société ou entité juridique tenue de s'immatriculer au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS)<sup>4</sup>.

Conformément à l'article R. 561-55 du Code monétaire et financier, ce document doit être communiqué au greffe du tribunal de commerce, en vue de son annexion au RCS, dès la demande d'immatriculation ou, au plus tard, dans les 15 jours suivants la délivrance du récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise.

Ce document doit réunir des informations concernant la société ou l'entité juridique en question, telles que sa dénomination ou raison sociale, sa forme juridique, l'adresse de son siège social, son numéro unique d'identification complété par la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée. Il doit aussi détailler les informations relatives à l'identité du bénéficiaire effectif, aux modalités du contrôle qu'il exerce sur l'entité juridique et à la date à laquelle il est devenu bénéficiaire effectif de celle-ci<sup>5</sup>.

À ce titre, il est important de préciser que peu importe la sensibilité des informations qu'il contient, ce document pourra être communiqué aux magistrats de l'ordre judiciaire, aux agents des douanes, aux agents de la direction générale des finances publiques ou encore au personnel des services de l'ACPR ainsi qu'à l'ensemble des personnes listées à l'article R. 561-57 du Code monétaire et financier.

S'agissant enfin des sanctions, il est précisé à l'article L. 561-49 de ce même code que le non-respect de l'obligation de dépôt de ces informations au RCS ou la remise d'un document comportant des informations inexactes ou incomplètes pourra être puni de 6 mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

De même, les personnes morales déclarées pénalement responsables de l'infraction prévue au premier alinéa encourent, outre l'amende, certaines des peines complémentaires prévues pour elles.

## 1.2. Les sanctions imposées par l'ACPR à deux établissements de crédit pour des insuffisances dans leur dispositif LCB-FT

La Commission des sanctions de l'ACPR a infligé, par deux décisions en date des 30 mai 2017 (*sanction contre BNP PARIBAS*) et 19 juillet 2017 (*sanction contre la SOCIÉTÉ GÉNÉRALE*), un blâme et une amende (*respectivement d'un montant de 10 et de 5 millions d'euros*) à BNP Paribas et à la Société Générale.

Dans les deux cas, les dispositifs de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme de ces établissements étaient en cause et, plus particulièrement, leur organisation en matière de déclarations de soupçon à Tracfin.

S'agissant plus particulièrement de BNP Paribas, il a été principalement relevé une faiblesse persistante des moyens humains consacrés au traitement des propositions de déclarations de soupçon, ce qui a eu pour conséquence des délais anormalement longs de déclaration des opérations suspectes. La faible efficacité des outils de détection des opérations atypiques réalisées par les clients a également été relevée. La Commission a en outre considéré une mise à jour tardive des procédures LCB-FT de la banque, ainsi que des carences dans le traitement de plusieurs dossiers individuels qui corroborent les constats de retard ou de défaut de déclaration de soupçon.

<sup>1</sup> Ord. n° 2016-1635, 1<sup>er</sup> déc. 2016 : JO, 2 déc. 2016, texte n° 14 ; JCP E 2016, act. 989 ; JCP E 2017, 1314.

<sup>2</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 « relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ».

<sup>3</sup> Mise en œuvre déterminée par le décret n° 2017-1094 du 12 juin 2017 « relatif au registre des bénéficiaires effectifs définis à l'article L. 561-2-2 du Code monétaire et financier », JORF n° 0138 du 14 juin 2017, texte n° 16.

<sup>4</sup> C. mon. fin., art. R. 561-56, al. 1.

<sup>5</sup> C. mon. fin., art. R. 561-56.

S'agissant de la Société Générale, il a été relevé que les délais de déclaration des opérations suspectes que la banque exécute pour le compte de ses clients «*retail*» étaient excessifs en 2014 et 2015. Il a également retenu que le dispositif manuel de détection et d'analyse des opérations atypiques de même que l'organisation du contrôle interne de la banque, relativement à ses obligations déclaratives à Tracfin, présentaient des carences. De plus, quelques opérations qui auraient dû être portées à la connaissance de Tracfin ne l'ont pas été. Enfin, la communication à l'ACPR d'un délai moyen de déclaration des opérations suspectes erroné, constituait également un manquement sérieux de nature à priver le superviseur d'une vue exacte sur la qualité du dispositif déclaratif de cet établissement et à fausser les comparaisons avec les autres organismes assujettis.

## 2. Marchés financiers – Services d'investissement

### 2.1. Accès au financement des fonds d'investissement

Bien que le droit considère depuis longtemps que la fourniture de services bancaires par certains fonds d'investissement alternatifs («*FIA*»), sous certaines conditions bien particulières, ne constitue pas une atteinte au monopole bancaire<sup>6</sup>, ce n'est qu'à partir du 29 décembre 2015 que les FIA bénéficiant d'un label «*fonds européens d'investissement à long terme*»<sup>7</sup> («*ELTIF*») se sont vus offrir la faculté d'octroyer des prêts sans passer par l'intermédiaire des banques.

Cette capacité des fonds ELTIF de prêter directement aux sociétés illustre la volonté de la Commission européenne de relancer la croissance des entreprises européennes par la diversification des sources de financement ouvertes pour ces dernières.

En France, cette évolution a notamment été impulsée par la consultation publique lancée le 22 octobre 2015 à l'initiative de l'Autorité des Marchés Financiers

(«*AMF*») et permise par l'amendement adopté par l'Assemblée Nationale dans le cadre de la loi de finance rectificative pour 2015.

À ce titre, l'AMF a publié une instruction le 27 juin 2016 sur les conditions d'organisation devant être remplies par une société de gestion de portefeuille française qui gère des FIA souhaitant octroyer des prêts<sup>8</sup>. Cette instruction décrit les exigences qu'une société de gestion de portefeuille française doit remplir pour obtenir un agrément ou une extension d'agrément pour que les fonds qu'elle gère puissent octroyer des prêts.

L'instruction couvre notamment le système de crédit spécifique à l'octroi de prêt, la valorisation, le suivi des risques et le contrôle, l'expertise dont doit disposer la société de gestion, la possibilité de recourir à un prestataire externe pour préparer l'analyse crédit, l'analyse juridique et l'évaluation des besoins en fonds propres ou encore les conflits d'intérêts ainsi que le recouvrement des créances.

L'instruction précise, enfin, les modalités de déclaration à l'AMF et à la Banque de France que la société de gestion doit effectuer sur tous les prêts que ses fonds ont octroyés.

Par ailleurs, de récentes évolutions ont porté un nouveau coup au monopole bancaire. En effet, depuis le décret du 26 novembre 2017 ainsi que les ordonnances prises en application de la loi Sapin II, deux nouveaux types de véhicules de droit français peuvent désormais se substituer aux banques dans l'octroi direct de prêts aux entreprises : les fonds professionnels spécialisés («*FPS*») et les fonds professionnels de capital-investissement («*FPCI*»). Les organismes de titrisation restent quant à eux exclus du champ d'application de ce nouveau dispositif.

### 2.2. Réforme de la masse obligataire

La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016, dite loi «*Sapin II*», a autorisé le Gouvernement à réformer le régime des émissions obligataires. Ces émissions constituent une source de financement et permettent aux entreprises de lever de l'argent sur les marchés financiers.

<sup>6</sup> C. mon. fin., L. 511-6, ord. n° 2017-484, 6 avril 2017, art. 3.

<sup>7</sup> Règlement (UE) 2015/760 du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme.

<sup>8</sup> Instruction DOC-2016-02, applicable au 27 juin 2016.

## 2.3. Séparation du régime juridique des sociétés de gestion de portefeuille de celui des entreprises d'investissement

Le 27 juin 2017 a été publiée l'ordonnance n° 2017-1107 relative aux marchés d'instruments financiers et à la séparation du régime juridique des sociétés de gestion de portefeuille de celui des entreprises d'investissement.

Une partie significative de la transposition de la directive MIF 2 avait d'ores et déjà été effectuée par l'ordonnance n° 2016-827 du 23 juin 2016 relative aux marchés d'instruments financiers.

Contenant des dispositions sur la coopération entre les autorités compétentes des États membres et l'ESMA, cette ordonnance a principalement visé à opérer la séparation du régime juridique des sociétés de gestion de portefeuille de celui des entreprises d'investissement.

En effet, les sociétés de gestion de portefeuille étaient jusqu'à présent assimilées en droit français à des entreprises d'investissement, ce qui les plaçait intégralement dans le champ d'application de la directive MIF 2.

Concrètement, les sociétés de gestion de portefeuille qui font de la gestion collective (au sens de UCITS ou AIFM) ne relèveront plus du statut d'entreprise d'investissement. Celles qui ont uniquement une activité de gestion individuelle/sous mandat seront des entreprises d'investissement, non SGP et seront donc pleinement soumises aux dispositions de MIF 2. Les sociétés de gestion de portefeuille qui exercent les deux activités de gestion (individuelle et collective) conserveront un statut soumis à UCITS ou AIFM permettant de cumuler les deux activités de gestion, sauf si elles décident de les séparer, en filialisant l'une des deux par exemple.

Si les sociétés de gestion de portefeuille ne relèveront plus désormais du statut d'entreprises d'investissement, elles demeurent néanmoins des prestataires de services d'investissement dès lors qu'elles fournissent un service d'investissement à leurs clients et resteront soumises aux seules dispositions de MIF 2 relatives aux services rendus, notamment lorsqu'elles fourniront un service d'investissement de gestion sous mandat ou de conseil.

Comme l'ensemble du corpus MIFID 2 / MIFIR, cette ordonnance entrera en vigueur le 3 janvier 2018.

L'ordonnance n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires (l'« Ordonnance ») vise à simplifier le cadre juridique du régime des émissions et les règles de représentation des porteurs d'obligations, à renforcer leur attractivité et à garantir la sécurité juridique des émetteurs. En outre, l'Ordonnance a consacré la possibilité d'organiser contractuellement dans le contrat d'émission les relations entre la société émettrice et les obligataires.

Le droit des émissions obligataires est modernisé avec d'une part une révision des dispositions du Code de commerce relatives à la masse et d'autre part la consécration dans le Code monétaire et financier de la possibilité pour l'émetteur et les porteurs d'obligations d'organiser contractuellement leurs relations.

La révision des dispositions du Code de commerce relatives aux émissions obligataires a permis de les simplifier. Ainsi, sont assouplies les conditions de délégation applicables en matière d'émission, ainsi que la procédure de vérification de l'actif et du passif et les conditions de forme et de délais de convocation aux assemblées générales d'obligataires.

En outre, les modalités de désignation du représentant de la masse sont précisées et il lui est désormais laissé la possibilité de déléguer une partie de ses pouvoirs. De plus, la tenue d'assemblées générales ne constitue plus l'unique mode de prise de décision des obligataires, une simple consultation écrite, y compris par voie électronique suffisant.

L'une des nouveautés majeures intégrée au Code monétaire et financier est la possibilité d'organiser contractuellement les relations entre l'émetteur et les porteurs des obligations pour les obligations ayant une valeur nominale au moins égale à un montant fixé par le décret n° 2017-1165 du 12 juillet 2017 (le « Décret ») tendant à favoriser le développement des émissions obligataires.

En pratique, pour les obligations ayant une valeur nominale au moins égale à 100 000 euros, le contrat d'émission pourra être soumis au régime prévu dans le Code de commerce et sera négocié librement entre l'émetteur et les obligataires. La liberté contractuelle est accrue à tel point qu'est également consacrée la possibilité de modifier unilatéralement le contrat d'émission pour corriger une erreur matérielle, afin de s'aligner sur les pratiques anglo-saxonnes.

Le nouveau régime des émissions obligataires est applicable depuis le 15 juillet 2017, date d'entrée en vigueur du décret.

## 2.4. Obligations précontractuelles du prestataire de services d'investissement (PSI) : la Cour d'appel de Paris confirme et précise sa jurisprudence

### LE PSI QUI N'INTERVIENT PAS EN QUALITÉ DE CONSEIL EN INVESTISSEMENT N'EST PAS DÉBITEUR D'UNE OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE CONSEIL À L'ÉGARD DE SON CLIENT

Parmi les services financiers qu'un PSI peut fournir à son client (dont la liste est fixée à l'article L. 321-1 du Code monétaire et financier) figure notamment le conseil en investissement d'une part, et la négociation pour compte propre d'autre part. Faut-il en déduire que le compte propre est exclusif du conseil? La Cour d'appel de Paris semble répondre par la positive.

Dans un litige opposant le souscripteur d'un contrat de swap à la banque, le premier reprochait à la seconde d'avoir manqué à ses « obligations professionnelles en matière d'information et de mise en garde », faute de l'avoir alerté sur l'inadéquation (alléguée) du contrat litigieux avec ses contraintes financières.

La Cour d'appel de Paris a débouté le client de ses demandes en relevant que la banque « a agi en l'espèce en qualité de prestataire de service d'investissement et qu'elle n'a contracté aucune obligation de conseil à l'égard de son client » (deux arrêts : Paris, pôle 5-ch. 6, 4 novembre 2016, RG n° 15/09981 et 15/09983).

La même cour a réitéré sa position à l'occasion de trois arrêts postérieurs rendus à l'occasion de trois litiges qui opposaient un même client à trois PSI à propos de divers contrats financiers structurés de change à terme. Les contrats conclus entre les parties ne visaient pas la prestation de conseil en investissement et les banques n'étaient intervenues qu'en compte propre.

Le client reprochait néanmoins aux PSI de lui avoir, de facto, fourni des recommandations personnalisées, c'est-à-dire des conseils en investissement sans s'être préalablement enquis de ses « connaissances et de [son] expérience en matière d'investissement, ainsi que de [sa] situation financière et de [ses] objectifs d'investissement » (article L. 533-13-I du Code monétaire et financier).

La Cour d'appel a confirmé les jugements de première instance en ce qu'ils avaient débouté le client de ses demandes, en relevant que les banques avaient « toujours négocié pour compte propre, comme contrepartie[s] de la société [cliente], qualification exclusive de celle de conseiller en investissement » (trois arrêts : Paris, pôle 5 - ch. 6, 2 décembre 2016, RG n° 15/13052, 15/14457 et 15/15259).

Dans un arrêt du 26 mai 2017, la même cour a confirmé de nouveau sa position, et précisé que lorsque la convention en vigueur entre le PSI et son client (en l'espèce, la convention-cadre FBF) exclut expressément de son champ le service de conseil en investissement, cette stipulation est efficace et permet de considérer que le PSI n'est pas intervenu en qualité de conseil, sauf stipulation contraire (Paris, pôle 5 - ch. 6, 26 mai 2017, RG n° 15/20590).

### LE PSI QUI, AGISSANT EN COMPTE PROPRE, PROPOSE À SON CLIENT LA CONCLUSION D'UN CONTRAT FINANCIER À PRIME NULLE N'A PAS À LUI INDICHER SON MODE DE RÉMUNÉRATION, NI LA VALORISATION DU CONTRAT PROPOSÉ AU JOUR DE SA CONCLUSION

Un arrêt rendu le 26 septembre 2013 par la Cour d'appel de Paris avait pu être interprété comme instituant une nouvelle obligation précontractuelle d'information à la charge du PSI qui propose à son client la conclusion d'un contrat financier à prime nulle, celle de révéler son mode de rémunération (« Considérant que [la banque] a le devoir d'informer son client sur la manière dont elle va se rémunérer », Paris, pôle 5 - ch. 6, 26 septembre 2013, RG n° 11/19539). Mais la Cour de cassation a ensuite sèchement cassé cette décision (« Attendu que le prestataire de services d'investissement qui est partie à une opération de couverture à prime nulle contre le risque de fluctuation du cours de matières premières n'est pas tenu de révéler à son cocontractant le profit qu'il compte retirer de cette opération », Com., 17 mars 2015, pourvoi n° 13-25.142).

La Cour d'appel de Paris s'est depuis, et à plusieurs reprises, rangée à la position de la Cour de cassation. Elle a de nouveau confirmé, dans un arrêt du 3 février 2017, que le PSI n'a pas l'obligation de révéler à son client son mode de rémunération: « Considérant, ainsi que le soutient pertinemment la [banque], qu'elle n'avait pas à informer [le client] sur ses méthodes de rémunération, qui étaient incluses dans les coûts de transaction, et ainsi sur la valeur des obligations financières du contrat » (Paris, pôle 5 - ch. 6, 3 février 2017, RG n° 15/03691).

Dans ce même arrêt, la cour rejette également un argument subsidiaire développé par le client (et retenu par le jugement de première instance): celui-ci prétendait qu'à tout le moins, le PSI aurait dû indiquer à son futur cocontractant la valorisation du contrat financier au jour de sa conclusion (aussi appelé « mark-to-market »).

La Cour d'appel n'a pas suivi ce raisonnement: après avoir relevé que « l'obligation de communiquer la valorisation des swaps à la date de leur conclusion n'est prévue ni par les directives MIF, ni par le Code monétaire et financier, ni par le règlement général de l'AMF », elle a jugé que la banque « n'avait pas à communiquer [au client] la valorisation des swaps ab initio ».

# 3. Brexit

Le 23 juin 2016, les citoyens du Royaume-Uni se sont prononcés par référendum en faveur d'une sortie de l'Union européenne (UE) et l'une des premières conséquences remarquables de cette décision est la relocalisation de l'Autorité bancaire européenne à Paris. En effet, historiquement établie à Londres depuis sa création par le règlement (UE) n° 1093/2010 du 24 novembre 2010, l'Autorité s'est dotée d'un nouveau siège aux termes de l'accord intervenu le 20 novembre 2017 lors du Conseil des affaires générales<sup>9</sup>. Cet accord est le résultat d'une procédure de transfert au cours de laquelle les États membres de l'Union européenne ont pu présenter leurs candidatures en vue d'accueillir l'agence, avant d'être évalué par la Commission sur la base de critères convenus le 22 juin 2017.

La procédure s'est clôturée le 20 novembre 2017 par un vote à bulletin secret de l'intégralité des 27 États membres à l'issue duquel la capitale française a été désignée pour accueillir le siège de l'ABE. Paris accueillera donc prochainement le régulateur européen des banques (ABE) des entreprises d'investissement et des sociétés de gestion de portefeuille (ESMA) démontrant ainsi l'attractivité de la Place française et renforçant indiscutablement la possibilité pour la France de faire valoir son influence et sa vision en matière bancaire et financière.

En sortant du marché unique et de l'union douanière, le Royaume-Uni court aussi le risque de renoncer au bénéfice du passeport bancaire ou financier européen. Ce système permet à une entreprise agréée pour exercer une activité bancaire et/ou financière par l'autorité nationale de son pays d'origine de bénéficier du droit d'exercer ces mêmes activités dans les autres États parties à l'Espace économique européen (EEE). Pour autant, un maintien du passeport bancaire ou financier pourrait être envisagé, soit par la négociation d'un accord de libre-échange, soit par le système d'équivalence.

En effet, les directives de l'UE prévoient un système d'équivalence de réglementations avec les pays tiers. Ainsi, sous réserve que la Commission européenne reconnaisse que les règles applicables dans ce pays tiers sont aussi strictes ou équivalentes aux siennes, les sociétés établies dans ce pays peuvent intervenir sur le marché européen aux mêmes conditions que les États membres.

Cependant, ce système d'équivalence présente l'inconvénient d'être un privilège, et non un droit, qui peut être retiré unilatéralement par la Commission, ce qui crée une instabilité et une incertitude fortes pour les acteurs financiers. En outre, l'on peut s'interroger sur le futur du cadre réglementaire bancaire et financier britannique, à savoir si celui-ci va conserver les acquis issus du droit communautaire ou bien au contraire s'en éloigner, ce qui mettrait fin à toute idée de régime d'équivalence.

Par ailleurs, à ce jour, l'idée d'un maintien du passeport pour les établissements financiers agréés au Royaume-Uni n'est pas l'hypothèse privilégiée par la Commission européenne et la Banque centrale européenne. Les acteurs financiers agréés au Royaume-Uni doivent donc songer à une implantation au sein de l'EEE afin de pouvoir continuer à exercer leurs activités financières sur l'ensemble des pays de l'EEE.

# 4. Procédures collectives

## 4.1. Les intérêts dont le cours n'est pas arrêté après le jugement d'ouverture d'une procédure collective demeurent des créances antérieures

Les intérêts afférents à une créance née antérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure collective et dont le cours n'est pas arrêté constituent des créances antérieures qui se heurtent au principe d'interdiction de payer le passif antérieur (*article L. 622-7 du Code de commerce*). Ils doivent donc être déclarés au passif de la société pour être admis et éventuellement payés dans le cadre d'un plan de redressement (*Com., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-19.394*).

<sup>9</sup> Formation du Conseil de l'Union européenne rassemblant différents ministres des États membres afin de coordonner la préparation des réunions du Conseil et de traiter un certain nombre de domaines transversaux aux autres « formations du Conseil » (affaires étrangères, affaires économiques et financières, etc.).

## 4.2. La déclaration des intérêts dont le montant ne peut être arrêté doit préciser leurs modalités de calcul

Par trois arrêts, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé la nécessité de préciser dans la déclaration de créances elle-même ou dans un document joint, les modalités de calcul des intérêts non échus. À défaut de cette précision, les intérêts ne sont pas réputés avoir été déclarés et donc non pris en compte dans le montant de la créance (*Com.*, 8 mars 2017, *pourvoi n° 15-22.722*, *Com.*, 22 mars 2017, *pourvoi n° 15-19.481* et *Com.*, 20 avril 2017, *pourvoi n° 15-12.978*).

## 4.3. La responsabilité d'un créancier bancaire pour soutien abusif suppose qu'il ait commis une fraude

La mise en jeu de la responsabilité d'une banque pour soutien abusif sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce suppose de justifier d'une fraude de la part de la banque. Par un arrêt du 8 mars 2017, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que le fait pour une banque d'assortir l'octroi d'un crédit d'une garantie dans le but de préserver ses propres intérêts ne suffisait pas à caractériser la fraude invoquée en l'espèce par le liquidateur judiciaire. Selon les juges de droit, il aurait fallu que la banque accomplisse un acte déloyal en usant de manœuvres de tromperie, de falsifications ou tous autres actes répréhensibles, ce qui en l'espèce n'était pas le cas, l'octroi d'un crédit en contrepartie d'une sûreté étant un procédé licite (*Com.*, 8 mars 2017, *pourvoi n° 15-20.288*).

## 4.4. La sûreté suit le même sort que la créance qu'elle garantit

La loi reconnaît au juge-commissaire le pouvoir d'ordonner le rejet d'une créance irrégulièrement déclarée (*article L. 624-2 du Code de commerce*). La jurisprudence a précisé que la décision définitive de rejet d'une créance entraînait l'extinction de cette créance. Le défaut de déclaration d'une créance est, quant à lui, sanctionné depuis la loi du 26 juillet 2005 non plus par l'extinction de la créance mais par son inopposabilité à la procédure collective. Une créance qui n'a pas été déclarée survivra donc à la procédure collective tandis qu'une créance déclarée puis rejetée, pour quelque motif que ce soit, sera définitivement anéantie.

Il en ira de même pour la sûreté qui est un accessoire de la créance. C'est en ce sens que la chambre commerciale de la Cour de cassation a statué dans un arrêt du 4 mai 2017 : une banque avait déclaré une créance de prêt que le juge-commissaire a rejeté pour irrégularité. Le rejet de la créance entraînait l'extinction de la créance et, par voie de conséquence, celle du nantissement inscrit sur le fonds de commerce en garantie du prêt (*Com.*, 4 mai 2017, *pourvoi n° 15-24.854*).

## 4.5. L'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 relative aux procédures d'insolvabilité transfrontalières européennes adapte le droit français à la réglementation européenne

Le règlement européen n° 2015/848 du 20 mai 2015 (applicable aux procédures d'insolvabilité ouvertes après le 26 juin 2017) édicte les règles de procédure applicables aux dossiers d'insolvabilité transfrontaliers, *i.e.* ceux des débiteurs qui exercent leurs activités dans plusieurs États membres. Pour sa bonne mise en œuvre en droit interne, un aménagement des règles nationales était nécessaire. C'est l'objet de l'ordonnance n° 2017-1519 entrée en vigueur le 2 novembre 2017.

Ainsi, l'ordonnance ajoute un titre IX contenant les dispositions particulières aux procédures d'insolvabilité au Livre VI du Code de commerce (*articles L. 690-1 à L. 696-1*). En substance et pour l'essentiel, elle définit les tribunaux et organes de la procédure compétents, précise certaines voies de recours, énonce les règles et modalités d'information des créanciers étrangers à la procédure d'insolvabilité, fournit des précisions sur les conditions de mise en œuvre de la communication et de la coopération entre les juridictions et les praticiens, et instaure la possibilité d'ouvrir une procédure de coordination collective qui doit être appréhendée parallèlement aux dispositions du règlement européen.

Plus particulièrement, l'ordonnance du 2 novembre 2017 précise les conditions d'ouverture et de déroulement des procédures d'insolvabilité principales et des procédures d'insolvabilité secondaires que le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective, est seul compétent à ouvrir (*article L. 690-1 du Code de commerce*). S'agissant de la procédure d'insolvabilité secondaire, elle peut être ouverte dans d'autres États membres si le débiteur y possède au moins un établissement (*article L. 692-1 du Code de commerce*).

Cependant, afin d'éviter l'ouverture d'une telle procédure secondaire sans toutefois léser les créanciers locaux, les praticiens de l'insolvabilité (qui en France sont les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires) peuvent prendre l'engagement unilatéral de garantir aux créanciers de l'établissement situé dans l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire pourrait être ouverte, le même traitement que si cette procédure avait été ouverte en France (article L. 692-2 du Code de commerce). Cette faculté de prendre un engagement est également donnée au débiteur non dessaisi.

L'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire doit obtenir préalablement l'autorisation du tribunal (articles L. 692-7 et L. 692-8 du Code de commerce).

S'agissant de l'information des créanciers étrangers d'un débiteur français et de la déclaration de leurs créances, elle prévoit que ceux-ci doivent déclarer leurs créances personnellement ou par l'intermédiaire d'un préposé ou d'un mandataire dans les conditions légales portées à leur connaissance par le mandataire judiciaire désigné. Les créanciers étrangers seront en effet destinataires de notes d'informations standardisées concernant le déroulement de la procédure d'insolvabilité, et notamment informés d'avoir à déclarer leurs créances par le mandataire judiciaire qui leur adressera un formulaire uniformisé de production des créances (publié sur le portail européen « e-justice »). L'ordonnance précise (i) que le défaut de réponse au courrier de contestation du mandataire judiciaire emporte les mêmes effets à l'égard du créancier étranger qu'à l'égard du créancier national (ii), et que la sanction d'un défaut de réponse sous 30 jours ne s'applique pas à la production de la traduction de la déclaration de créance du créancier étranger et des pièces justificatives (article L. 693-1 du Code de commerce).

L'ordonnance instaure une obligation de coopération et de communication pour les juridictions et praticiens des différents États membres chargés de procédures d'insolvabilité intéressant le même débiteur ou le même groupe de sociétés. Car en effet, le règlement européen de 2005 admet l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'ensemble d'un groupe de sociétés constitué de la société mère et de ses filiales.

L'ordonnance est entrée en vigueur sans délai le 2 novembre 2017. Sont désormais attendus plusieurs décrets en Conseil d'État sur les conditions d'application des dispositions prévues par l'ordonnance et consacrées dans le Code du commerce.

## 5. Sûretés

### 5.1. Déclaration notariée d'insaisissabilité

Dans un arrêt rendu le 15 novembre 2016, la Cour de cassation a estimé que la déclaration d'insaisissabilité n'est opposable à la liquidation judiciaire que si elle a fait l'objet d'une publicité régulière, le liquidateur, qui a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, est recevable à en contester la régularité à l'appui d'une demande tendant à reconstituer le gage commun des créanciers (Cass. com., 15 novembre 2016).

### 5.2. Caution hypothécaire et perte d'une garantie assurantielle

En l'espèce, une personne physique s'est portée caution hypothécaire d'un prêt immobilier. L'emprunteur avait souscrit une assurance couvrant les risques de décès. Ce dernier, après avoir cessé de rembourser ses mensualités et de payer ladite assurance, est décédé. La banque a obtenu la vente par adjudication du bien affecté à la garantie et la caution hypothécaire l'a assignée aux fins d'indemnisation pour avoir commis une faute en ne l'informant pas des défauts de règlement des échéances du prêt et des primes d'assurance. Les juges de la Cour suprême ont rejeté ces demandes aux motifs que le titulaire d'une sûreté réelle n'est pas tenu d'informer le titulaire des droits réels donnés en garantie ni le titulaire de droits réels indivis ou démembres, de la perte d'une garantie assurantielle souscrite par le débiteur principal ni même du risque d'exigibilité du prêt garanti afin qu'il pallie la carence de l'emprunteur dans le paiement des primes d'assurance et des échéances de l'emprunt (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janvier 2017).

### 5.3. Attribution judiciaire d'un bien hypothéqué dans une procédure de liquidation judiciaire

Dans un arrêt en date du 28 juin 2017, la Cour de cassation a pu juger que la demande d'un créancier hypothécaire impayé, sollicitant que l'immeuble grevé lui demeure en paiement, par application de l'article 2458 du Code civil, tend au paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L. 622-21 du Code de commerce (prévoyant l'interdiction ou l'interruption de toute action en justice ayant pour objet la condamnation

du débiteur au paiement d'une somme d'argent en cas de procédures collectives). Les magistrats en ont déduit qu'à défaut de disposition autorisant, par dérogation à ce texte, la présentation d'une telle demande en cas de procédure collective comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué était irrecevable (*Cass. com.*, 28 juin 2017).

## 5.4. Cession Dailly à titre de garantie

### CESSION DAILLY ET PAIEMENT DE LA CRÉANCE CÉDÉE

En l'espèce, une banque a consenti à une société un crédit de trésorerie dénommé « *autorisation de Dailly en compte* », garanti par une convention de cession de créances professionnelles. Elle a renouvelé plusieurs fois ce crédit par l'escompte de billets à ordre, garanti à chaque fois par une cession Dailly. La société bénéficiaire du crédit cédante est placée en liquidation judiciaire et la date de cessation des paiements est fixée antérieurement à la remise de deux des cessions Dailly. Ladite société est assignée par la banque en restitution de sommes indûment reçues des débiteurs cédés, à qui les cessions avaient été notifiées. Cependant le liquidateur demande la nullité des cessions de créance, aux motifs que le paiement d'une dette non échue pendant la période suspecte est nul de plein droit. Arrêt de rejet de la Cour de cassation puisqu'une cession de créances professionnelles faite à titre de garantie implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée et n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, la restitution de la créance au cédant restant subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie, l'arrêt en déduit à bon droit qu'elle ne constitue pas le paiement de la créance garantie (*Cass. com.*, 22 mars 2017).

### CESSION DAILLY ET CONTRAT GÉNÉRATEUR DE LA CRÉANCE

Lors de la conclusion d'une convention d'escompte de créances professionnelles, il avait été convenu entre les parties que toute cession de créance à une banque ou à une société de *factoring* intervenant, devait être présentée en respectant un délai d'un mois et être notifiée au domicile élu du débiteur cédé. Toutefois, le cédant céda plusieurs créances par bordereau Dailly au profit du cessionnaire, sans en avoir préalablement informé le débiteur cédé, et notifia lesdites cessions au siège social du débiteur cédé et non au domicile élu comme indiqué dans la convention d'escompte initiale.

Le débiteur cédé ayant réglé les créances cédées entre les mains du cédant, le cessionnaire l'assigna en paiement. Les juges du fonds condamnèrent le débiteur à payer les créances au cessionnaire. La Cour de cassation rappelle qu'une cession de créance professionnelle effectuée selon les modalités prévues par les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier produit ses effets et est opposable aux tiers ainsi qu'au débiteur cédé dans les conditions prévues par ces dispositions légales, auxquelles aucune autre condition ne peut être ajoutée dans le contrat générateur de la créance (*Cass. com.*, 11 octobre 2017).

### CESSION DAILLY ET NOTIFICATION

Dans son arrêt du 18 janvier 2017, la Cour de cassation a considéré que le cessionnaire d'une créance professionnelle qui a notifié la cession en application de l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier, bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, ou sa caution solidaire, sans avoir à justifier d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure. La cour a cependant précisé que le cessionnaire était tenu de justifier d'une demande amiable adressée préalablement à ce débiteur, ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement (*Cass. com.*, 18 janvier 2017).

### CESSION DAILLY ET CRÉANCE DE REMBOURSEMENT DE TVA

Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur la qualité à agir d'un établissement de crédit, bénéficiaire d'une cession Dailly portant sur le remboursement de crédits de TVA, devant le juge de l'impôt afin d'obtenir le paiement de cette créance.

En l'espèce, une société avait cédé par bordereau Dailly ses éventuelles créances de remboursement de TVA, et avait ultérieurement présenté à l'administration une demande de remboursement.

Face au silence de l'administration, la banque cessionnaire avait saisi le juge de l'impôt afin d'obtenir le paiement de cette créance, demande rejetée par les juges du fond au motif que la banque n'avait pas qualité à agir.

Dans sa décision en date du 20 septembre 2017, le Conseil d'État a annulé cette décision, en rappelant qu'une cession Dailly avait pour effet de transférer au cessionnaire la propriété de la créance cédée et était opposable aux tiers à compter de la date apposée sur le bordereau. Dès lors, bien que la banque ne soit pas l'assujetti bénéficiaire du droit à déduction de la TVA, elle pouvait saisir le juge de l'impôt, la contestation par l'administration fiscale du bien-fondé de la créance n'ayant pas en elle-même, d'incidence sur l'existence de ladite créance, ni sur la qualité pour agir de son cessionnaire (*Conseil d'État*, 20 septembre 2017).

## 5.5. Garantie autonome

### INTRANSMISSIBILITÉ DES GARANTIES AUTONOMES

Dans le cas d'espèce, une garantie autonome avait été consentie au bénéfice d'une société ayant fait l'objet ultérieurement d'une scission. La branche d'activité au titre de laquelle la garantie autonome avait été consentie ayant été transmise à une nouvelle société, cette dernière a appelé la garantie. La banque garante refuse de mettre en œuvre la garantie et est assignée. La Cour de cassation a jugé que sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie (Cass. com., 31 janvier 2017).

## 6. Le taux d'intérêt négatif

Dans deux décisions en date du 25 septembre 2017, le Tribunal de grande instance de Paris (TGI Paris, 25 sept. 2017, n° 17/57373 et n° 17/57374), en sa formation des référés, a eu à statuer sur l'application d'un taux d'intérêt négatif dans un contrat de prêt qui ne prévoyait ni plafond, ni plancher dans la clause fixant ledit taux.

Dans ces deux espèces, une banque avait consenti à des personnes physiques des prêts immobiliers dont les taux d'intérêts étaient indexés sur le taux LIBOR CHF 3 MOIS sans qu'aucun plafond ou plancher n'ait été prévu.

Ce dernier étant devenu négatif début 2015, les emprunteurs ont demandé en conséquence à la banque d'appliquer le taux à la baisse en lieu et place du taux de 0% appliqué par la banque. Devant les refus de la banque d'appliquer le taux réel, les emprunteurs l'ont assignée devant le Tribunal de grande instance de Paris afin d'obtenir l'application des stipulations du contrat de prêt.

Les juges du TGI de Paris ont débouté la banque de ses demandes et ont considéré que la clause régissant la fixation des intérêts devait être appliquée, quand bien même son application reviendrait à rémunérer les emprunteurs.

Ils ont retenu que l'application d'un taux d'intérêt négatif ne remettait pas en cause le caractère onéreux du contrat de prêt aux motifs que « le caractère onéreux du prêt, [...] doit s'apprécier sur la totalité de la durée de ce contrat » et non pas sur une période limitée.

Par ailleurs, les juges ont également réaffirmé la force obligatoire du contrat en statuant que la banque était « responsable d'un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du Code de procédure civile, caractérisé par le refus d'appliquer une clause contractuelle claire, et par la substitution à l'index choisi par les parties, d'un autre indice qu'elle modifie unilatéralement en fonction de ses propres intérêts ».

Il conviendra également de noter que le Tribunal de grande instance de Paris avait pris soin de souligner dans les deux espèces qu'« aucune clause dans le contrat ne prévo(yait) que le taux d'intérêt contractuel ne peut être inférieur à 0%, ou ne pourra qu'être positif ».

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Si ces deux décisions semblent indirectement valider la pratique des « clauses-plancher » en matière de taux variable, il faudra néanmoins attendre la confirmation de la Cour de Cassation.

# 7. Antitrust / Aides d'État / Concentrations

## 7.1. Groupements de co-réassurance / co-assurance : recommandation de procéder à une auto-évaluation par la Commission européenne

La Commission européenne ayant décidé de ne pas renouveler le règlement d'exemption propre au secteur de l'assurance (« RECA »), celui-ci a donc expiré le 31 mars 2017. Ce règlement exemptait les accords entre entreprises du secteur de l'assurance concernant la mise en commun d'informations et de tables ainsi que la réalisation en commun d'études, et la constitution de groupements de co-assurance ou de co-réassurance : si les conditions fixées par le RECA étaient remplies, les groupements pouvaient présumer de leur conformité au droit de la concurrence, sans procéder à une auto-évaluation excessivement détaillée.

L'expiration du RECA induit qu'il appartient désormais aux groupements d'autoévaluer leurs accords de coopération, au cas par cas, sur la base des règles « générales » de droit de la concurrence.

Par conséquent, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2017, la Commission européenne recommande à tous les groupements de co-assurance et co-réassurance – et plus largement aux parties à un accord de coopération entre concurrents dans le secteur de l'assurance – d'évaluer leur fonctionnement afin de s'assurer de leur conformité au droit de la concurrence. Cette analyse se base sur les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE (« *Traité sur le Fonctionnement de l'UE* ») aux accords de coopération horizontale (*Les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale - C11 du 14 janvier 2011 - Cf. IBER Impact Assessment Report de 2016 - Commission staff working document – impact assessment*).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Il est fortement recommandé aux groupements de co-assurance et co-réassurance de réaliser un audit détaillé de leur fonctionnement et de leurs missions, pour les adapter le cas échéant, dans une perspective de maîtrise du risque concurrence.

## 7.2. Vers une réforme du contrôle des concentrations françaises ?

Quelle est l'efficacité actuelle de seuils de notification uniquement fondés sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées ? Pour répondre à cette question, le 20 octobre 2017, l'Autorité de la concurrence a lancé une consultation publique intitulée une « *réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations* ».

**(i) Premier axe de réflexion : « l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle des concentrations pour traiter des opérations susceptibles de poser des problèmes de concurrence et échappant aujourd'hui au contrôle des concentrations ».**

L'Autorité de la concurrence s'interroge notamment sur l'opportunité d'introduire en France un seuil alternatif fondé sur la « *valeur de la transaction* » auquel s'ajouterait un critère de rattachement local (le « *nexus local* »), la cible devant avoir une activité significative en France. L'objectif – non explicité par le document de consultation – serait d'élargir le contrôle des concentrations aux transactions concernant des sociétés qui ne génèrent pas un chiffre d'affaires important mais dont le prix d'acquisition élevé traduit nécessairement un fort potentiel d'empreinte sur le marché. De tels cas de figure se présentent essentiellement dans les secteurs innovants (par exemple l'industrie pharmaceutique) et dans l'économie digitale.

Cette réflexion de l'Autorité suit l'adoption récente par l'Allemagne (31 mars 2017) et l'Autriche (1<sup>er</sup> mai 2017) d'un seuil alternatif fondé sur la « *valeur de la contrepartie de la transaction* » : 400 millions d'euros en Allemagne, 200 millions en Autriche, sous réserve que la partie acquise développe une activité significative sur le territoire national.

**(ii) Deuxième axe de réflexion : la simplification des procédures en matière de concentrations.**

Le recours à la procédure simplifiée permet aux parties d'obtenir une décision de l'Autorité sous 15 jours ouvrés (en moyenne) au lieu de 25 jours ouvrés en Phase I sans engagements.

L'une des pistes envisagées serait de retenir les mêmes seuils en France que ceux appliqués par la Commission européenne en ouvrant la procédure simplifiée à certaines opérations conduisant à un chevauchement d'activité limité horizontal (part de marché cumulée des parties inférieure à 20%) ou vertical (part de marché cumulée des parties inférieure à 30%). Un autre axe serait d'ouvrir la procédure simplifiée en l'absence de marchés affectés.

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

De telles modifications pourraient rendre quasiment obligatoire de pré-notifier les transactions concernées par ces nouvelles compétences. Suite à la consultation publique, une première prise de position de l'Autorité de la concurrence est attendue pour 2018.

# 8. Actualités étrangères

## 8.1. Actualités Maroc

### RÉFORME DE L'OBLIGATION DE VIGILANCE INCOMBANT AUX ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

Une circulaire n° C/5/W/2017 du 24 juillet 2017 de Bank Al Maghrib fixe le nouveau cadre réglementaire applicable à l'obligation de vigilance incombant aux établissements de crédit dans la mise en œuvre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

À bien des égards, cette circulaire s'inspire du régime de l'obligation de vigilance en vigueur en France. Parmi les nouveautés introduites par cette circulaire, il convient de retenir :

- la distinction entre les notions de client occasionnel, de relations d'affaires et de personnes politiquement exposées ;
- en matière d'identification de la clientèle, la publicité légale relative à la création d'une société commerciale et aux éventuelles modifications affectant ses statuts peut désormais être remplacée par un extrait de registre de commerce de moins de 3 mois ; le contrôle de l'identification de la clientèle et des bénéficiaires effectifs peut désormais être sous-traité sous conditions ; des mesures de vigilances simplifiées en matière d'identification ont été introduites dans certains cas ;
- l'instauration de mesures applicables aux groupes bancaires transfrontaliers dont le siège est situé au Maroc.

### PROJET DE LOI DE RÉFORME DU STATUT DE BANK AL MAGHRIB (Banque centrale)

Le projet de loi n° 40-17 du 23 juillet 2017, en discussion à la Chambre des Représentants, vise principalement à :

- élargir les missions de Bank Al Maghrib à la prévention du risque systémique, et au renforcement de la stabilité financière ; Bank Al Maghrib pourra proposer au Gouvernement toute mesure visant à maintenir la stabilité financière, et prendre des participations dans des établissements de crédit dans un contexte de gestion des risques systémiques et de résolutions des crises bancaires ;
- affirmer l'indépendance de Bank Al Maghrib dans la conduite de la politique monétaire ;
- permettre à Bank Al Maghrib d'utiliser les réserves de change pour soutenir la valeur du dirham lorsque le régime de change sera flexible ;

- autoriser Bank Al Maghrib à déléguer la gestion d'une partie des réserves de change à des mandataires.

### PLAN DE REDRESSEMENT DE CRISE INTERNE

Bank Al Maghrib a publié, le 24 juillet 2017, une circulaire n° C 4/W/2017 relative aux conditions et aux modalités d'élaboration et de présentation du plan dit « *plan de redressement de crise interne* » par les établissements de crédit. Les établissements assujettis doivent adresser à Bank Al Maghrib au plus tard le 31 mai de chaque année leur plan de redressement, ainsi qu'à chaque fois que ledit plan est révisé à la suite d'un événement majeur. Le contenu du plan obéit aux prescriptions de la circulaire, et son élaboration s'effectue selon un modèle fixé par Bank Al Maghrib.

### EXTENSION DU STATUT « CASABLANCA FINANCE CITY »

La création, en 2010, par la loi n° 44-10, du statut dit « *Casablanca Finance City* » (« CFC ») a pu susciter une certaine perplexité parmi les acteurs bancaires et financiers, tant étrangers que marocains. Il y a en effet matière à s'interroger sur l'intérêt de ce statut CFC au contenu et au régime (notamment en matière de changes) flous au regard de celui créé près de 20 ans plus tôt par la loi n° 58-90 accordant aux banques et sociétés *holdings* de substantiels avantages juridiques et fiscaux.

Au demeurant, moins de 5 ans après la création du statut CFC, les autorités réfléchissent à l'opportunité de rapprocher, voire de fusionner, ces deux statuts qui, s'agissant des activités bancaires et financières, pouvaient être vus comme étant concurrents, brouillant ainsi le projet du Royaume de s'ériger en place financière régionale.

De cette réflexion, les autorités ont conçu le projet de loi n° 85-17 du 24 novembre 2017 qui, abrogeant la loi n° 44-10 et la loi n° 58-90, vise à « *la rationalisation de l'offre marocaine en matière de places financières* » en procédant à « *l'intégration des activités offshore de la place de Tanger au sein de Casablanca Finance City* ».

Ainsi, selon ce projet de loi, les banques *offshores*, les sociétés *holdings offshore* et les entreprises CFC existant à la date d'entrée en vigueur de la loi, aujourd'hui à l'état de projet, continueraient de bénéficier des avantages qui leur étaient respectivement octroyés.

Il est encore trop tôt pour se prononcer sur la question de savoir si ce projet de loi répond aux interrogations des acteurs concernés. Sur un tout autre plan, on peut s'interroger sur la pérennité de ces statuts, pourtant souhaitables de notre point de vue, tels que le statut CFC et le statut *offshore*, à l'heure où l'Union européenne a publié, le 5 décembre 2017, une liste noire (dont la sincérité est discutable) énumérant 17 pays offrant, sur le plan fiscal, des « *régimes dits préférentiels* », liste noire de laquelle le Maroc a échappé *in extremis*.

## RÈGLEMENT GÉNÉRAL DE L'AUTORITÉ MAROCAINE DES MARCHÉS DE CAPITAUX

Le nouveau règlement général de l'AMMC a été publié au Bulletin Officiel le 23 mai 2017.

### QUALIFICATION DES PROFESSIONNELS

Le règlement général prévoit l'encadrement d'habilitation des professionnels (analystes, traders, gérants de portefeuilles, etc.). Sont ainsi définies, les modalités d'organisation de l'examen, de l'habilitation, de l'octroi de la carte professionnelle et du renouvellement de l'habilitation.

### TRAITEMENT DES PLAINTES

Le règlement prévoit la procédure de traitement des réclamations et plaintes reçues par l'AMMC qui dispose d'un délai de 3 mois pour les traiter.

### PROCÉDURE DES SANCTIONS

Le règlement fixe les modalités de fonctionnement du collège des sanctions, de rémunération, de désignation et de révocation de ses membres. En outre, il fixe les modalités d'instruction des dossiers, notamment la procédure de saisine dudit collège, les modalités de notification des griefs aux personnes mises en cause, d'instruction des faits relevés, de convocation, d'information et d'audition des parties mises en cause, de demande d'information au président de l'AMMC, de détermination des propositions de sanctions, de délibération des membres du collège des sanctions. L'AMMC dispose d'un délai de 3 mois pour rendre une décision. Le montant des pénalités est également fixé par le règlement général.

## 8.2. Actualités Algérie

### MARCHÉ INTERBANCAIRE DES CHANGES : NOUVELLE RÉGULATION

Le règlement n° 17-01 de la Banque d'Algérie du 10 juillet 2017 relatif au marché interbancaire des changes et aux instruments de couverture du risque de change, publié au Journal Officiel le 26 septembre 2017, est un texte majeur en ce qu'il autorise les banques et établissements financiers, intermédiaires agréés, à conclure, entre eux et avec leur clientèle, sur le marché interbancaire des changes, des transactions au comptant ou à terme d'achat et de vente de devises contre dinar, ainsi que des opérations de trésorerie devises.

### MARCHÉ INTERBANCAIRE DES CHANGES

Le règlement permet aux intermédiaires agréés de disposer des ressources en devises suivantes :

- les recettes rétrocédées, provenant des exportations, de biens et de services, hors hydrocarbures et produits miniers ;

- les sommes provenant de tout crédit financier ou d'emprunt en devises contracté par les intermédiaires agréés pour leurs besoins propres ou pour ceux de leur clientèle ;

- les sommes provenant d'achats effectués sur le marché interbancaire des changes ;

- les soldes des comptes devises de l'ensemble de la clientèle ;

- toute autre ressource que définira, en tant que besoin, la Banque d'Algérie.

En contrepartie, les intermédiaires agréés sont tenus d'utiliser ces ressources pour assurer la liquidité du marché interbancaire des changes ou la couverture des engagements envers l'étranger, contractés régulièrement par eux-mêmes ou par leur clientèle.

### POSITION DE CHANGE

Les intermédiaires agréés sont autorisés à prendre des positions de change dans les conditions fixées par la Banque d'Algérie. Ils sont tenus de surveiller et de gérer avec une grande prudence les risques induits par ces positions de change dans le strict respect des règles prudentielles.

### INSTRUMENTS DE COUVERTURE DE RISQUE DE CHANGE

Dans le cadre de la couverture du risque de change, les intermédiaires agréés sont autorisés à conclure des options de change vanille « *de type européen* », des contrats de swaps de devises contre dinar, et des achats au comptant de devises livrables à terme.

Les conditions régissant les opérations de change et de trésorerie, les devises ainsi que les contrats de swap et les options de change sont négociés librement entre les parties.

### RÈGLES D'ÉTHIQUE ET DE BONNE CONDUITE

Les intermédiaires agréés et leurs personnels intervenant sur le marché interbancaire des changes doivent observer des règles d'éthique et de bonne conduite. Ils sont également tenus de se doter de moyens humains et matériels adéquats et de mettre en place un système d'information, une organisation et des procédures de contrôle des risques que génèrent les opérations de marché qu'ils effectuent.

### FINANCEMENT NON CONVENTIONNEL

Le financement non conventionnel est régi par la loi n° 17-10 du 11 octobre 2017 complétant l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit.

La Banque d'Algérie peut procéder, à titre exceptionnel et durant une période de 5 ans, à l'achat directement auprès du Trésor, de titres émis par celui-ci, à l'effet de participer, notamment, à la couverture des besoins de financement du Trésor, au financement de la dette publique interne et au financement du Fonds National d'Investissement.

Ce dispositif a pour objectif d'accompagner la réalisation d'un programme de réformes structurelles économiques et budgétaires devant aboutir, au plus tard, à l'issue de la période de 5 ans, au rétablissement des équilibres de la trésorerie de l'État, et de l'équilibre de la balance des paiements.

## 8.3. Actualités Tunisie

### MESURES DE VIGILANCE EN MATIÈRE DE CONTRÔLE INTERNE

La Banque centrale de Tunisie a publié le 19 septembre 2017 la circulaire n° 2017-08 portant sur les règles de contrôle interne pour la gestion du risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme.

#### ÉVALUATION DU RISQUE

Les banques et établissements financiers doivent prendre des mesures appropriées pour identifier, évaluer et comprendre les risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme auxquels ils sont exposés. Ils doivent tenir compte des facteurs de risques tels que le profil des clients, les pays ou les zones géographiques, les produits, les services, les transactions ou les canaux de distribution.

À cet effet, les établissements assujettis doivent (i) documenter leurs évaluations des risques, (ii) envisager tous les facteurs de risques pertinents avant de déterminer le niveau de risque global et le niveau et le type de mesures appropriées à appliquer pour atténuer ces risques, et (iii) tenir à jour ces évaluations.

Les résultats de l'évaluation des risques doivent être consignés dans un rapport appelé « *Rapport d'évaluation des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme de l'établissement assujetti* ». Ce rapport doit décliner la matrice des risques par pays, par zone géographique, par type de client, par type de produits et par canal de distribution.

### MESURES DE VIGILANCE RELATIVES AUX OPÉRATIONS DE VIREMENT ÉLECTRONIQUE DE FONDS

La banque intermédiaire doit s'assurer que toutes les informations sur le donneur d'ordre et le bénéficiaire qui accompagnent un virement électronique y restent attachées. Lorsque des contraintes d'ordre technique font obstacle à ce que les informations requises sur le donneur d'ordre ou le bénéficiaire contenues dans un virement électronique transfrontalier soient transmises avec le virement électronique correspondant, la banque intermédiaire est tenue de conserver pendant au moins 10 ans les informations reçues de l'établissement du donneur d'ordre ou d'une autre banque intermédiaire.

La banque intermédiaire doit disposer de politiques et de procédures fondées sur le risque pour décider de l'opportunité d'exécuter, de suspendre, de demander des informations complémentaires ou de rejeter les virements de fonds dont les informations requises sur le donneur d'ordre et le bénéficiaire font défaut ou sont incomplètes ou que les champs concernant ces informations n'ont pas été complétés à l'aide de caractères ou d'éléments admissibles conformément aux conventions du système de messagerie ou du système de paiement.

### FONDS DE GARANTIE DES DÉPÔTS

Le ministère des finances a fixé dans un décret n° 2017-268 du 1<sup>er</sup> février 2017 les règles d'intervention, d'organisation et de fonctionnement du fonds de garanties des dépôts bancaires. Ce fonds est créé sous la forme d'un établissement public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative. Ledit décret fixe le taux de cotisation à la charge des banques, son mode de recouvrement, les conditions d'adhésion et d'exclusion des banques, le plafond d'indemnisation pour chaque déposant, ainsi que les modalités et procédures d'indemnisation. L'adhésion des banques agréées au fonds de garanties de dépôts bancaires est obligatoire.

### COMPTES DE PERSONNES PHYSIQUES RÉSIDENTES EN DEVISES OU EN DINARS CONVERTIBLES

La circulaire n° 2017-04 du 23 juin 2017 de la Banque centrale de Tunisie fixe les conditions de fonctionnement des comptes de personnes physiques résidentes (« PPR ») en devises ou en dinars convertibles.

Seules les personnes physiques relevant d'une catégorie prévue dans la circulaire peuvent ouvrir ce type de compte sous réserve qu'ils n'en possèdent pas déjà un. Ils doivent produire à l'appui de leur demande d'ouverture de compte, les pièces justificatives prévues par les textes et ne pas bénéficier d'une allocation pour voyage d'affaires.

### REPORTING COMPTABLE, PRUDENTIEL, STATISTIQUE : NOUVELLE CIRCULAIRE DE LA BANQUE CENTRALE DE TUNISIE

La Banque centrale de Tunisie a publié le 31 juillet 2017 la circulaire n° 2017-06 portant sur le reporting comptable, prudentiel et statistique à la Banque centrale de Tunisie.

#### DISPOSITIF DE REPORTING

Les établissements assujettis sont tenus de mettre en place un dispositif de reporting spécifique qui doit comporter :

- une procédure interne écrite définissant le processus du reporting, les liens fonctionnels et hiérarchiques entre les structures organisationnelles concernées par ce processus et la délimitation des responsabilités au niveau de chaque structure ;

- un mécanisme adéquat de contrôle périodique permettant d'évaluer l'efficacité de la procédure interne susvisée et sa conformité aux dispositions de la circulaire ;
- un système adéquat de production des données permettant le respect des délais réglementaires et la conformité aux modalités techniques de déclaration.

#### MODALITÉS DE REPORTING

Le reporting à la Banque centrale de Tunisie doit être revêtu de la signature électronique du « responsable reporting » ou de son suppléant, et être effectué via le « Système d'Échange des Données ».

Les dispositions de la circulaire entrent en vigueur le 30 juin 2018.

#### MODALITÉS D'EXÉCUTION DES PAIEMENTS EN PROVENANCE ET À DESTINATION DE L'ÉTRANGER

La Banque centrale de Tunisie a publié le 1<sup>er</sup> février 2017 la circulaire n° 01-2017 portant sur les modalités d'exécution des paiements en provenance et à destination de l'étranger.

Les intermédiaires agréés arrêtent quotidiennement leurs positions nettes par devise en tenant compte des achats et ventes de devises réalisés sur le marché des changes, des ordres de paiement adressés à leurs correspondants, et des ordres de paiement reçus de leurs correspondants.

Pour la détermination de leurs positions en devises, les intermédiaires agréés doivent tenir compte des ordres de paiement émis et non encore comptabilisés par leurs correspondants.

Si les positions en devises des intermédiaires agréés sont créditrices, ces derniers doivent instruire leurs correspondants étrangers pour virer les montants créditeurs auprès de la Banque centrale de Tunisie au plus tard à 10 heures. Dans le cas où, les positions en devises des intermédiaires agréés sont débitrices, ces derniers doivent émettre à la Banque centrale de Tunisie des ordres de couverture au plus tard à 10 heures.





# Notre équipe banque-finance



Nous remercions les collaborateurs du département pour leur contribution :  
Stéphanie Baudry Desombre, Clovis Bonnin, Adrien Bouvet, Laurie Chassain, Nicolas Formont et Sanaa Lahrouni (stagiaire).  
Ainsi que les avocats du département Concurrence, Distribution et Consommation :  
Emmanuel Tricot (associé), Virginie Carvalho et Jean-Marc Tchernonog.

*Cette brochure fournit des informations de caractère général et ne constitue en aucune mesure des conseils et/ou avis juridiques.*

