

FLASH D'INFORMATION

Dernières actualités en matière bancaire et financière

La rentrée et l'automne ont été riches en actualités. Vous trouverez ci-après une présentation des changements qui nous semblent être les plus importants.

➤ **Décret n°2017-1324 du 6 septembre 2017 précisant les conditions d'établissement d'entreprise d'investissement de pays tiers en France**

Le décret n°2017-1324 du 6 septembre 2017 précise les conditions dans lesquelles une entreprise d'investissement de pays tiers pourra établir une succursale en France à compter du 3 janvier 2018.

Selon l'article D.532-36 du Code monétaire et financier, la demande d'agrément visée à l'article L.532-49 dudit code devra comprendre le nom de l'autorité chargée de la surveillance de l'entreprise de pays tiers dans son Etat d'origine.

En outre, elle devra inclure les renseignements suivants :

- Concernant l'entreprise de pays tiers : son nom, sa forme juridique, l'adresse de son siège social ou, à défaut, l'adresse où l'entreprise de pays tiers exerce sa direction effective, le nom des personnes qui dirigent effectivement son activité et des membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de tout organe ayant des fonctions équivalentes, ainsi que l'identité des actionnaires détenant une participation qualifiée dans son capital.
- Concernant la succursale : son adresse, le nom des personnes chargées de la direction effective de la succursale et les documents pertinents démontrant que les exigences relatives à l'organisation, au contrôle interne et à la gouvernance sont respectées, sa structure organisationnelle, y compris, le cas échéant, une description des fonctions opérationnelles essentielles confiées à des tiers, un programme d'activité mentionnant les services d'investissement et les services connexes que l'entreprise entend fournir, par l'intermédiaire de la succursale et les informations relatives à la dotation initiale qui se trouve à la libre disposition de la succursale.

➤ **Le Gouvernement rend opérationnels les Groupements Forestiers d'Investissement**

L'ordonnance n°2017-1432 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette du 4 octobre dernier a rendu fonctionnel le Groupement Forestier d'Investissement (GFI) créé par La Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt publiée le 14 octobre 2014 au Journal officiel en promulguant les derniers textes législatifs indispensables à son existence.

Celle-ci soumet les GFI aux règles de gouvernance, de sécurité, d'information et de commercialisation applicables à l'heure actuelle aux SCPI et aux sociétés d'épargne forestière (article 214-86 et suivants du Code monétaire et financier). En outre, elle précise que la responsabilité des associés sera limitée à leur apport.

Les GFI, qui pourront être qualifiés de fonds d'investissement par objet, pourront procéder par offre au public pour la diffusion de leurs parts.

Davantage de précisions sont attendues sur le statut des GFI, l'AMF et le Ministère de l'agriculture et de l'alimentation ayant pour charge de préparer les mesures d'accompagnement.

L'ordonnance n'entrera pas en application avant le 1^{er} janvier 2018.

➤ **Ordonnance n° 2017-1433 du 4 octobre 2017 relative à la dématérialisation des relations contractuelles dans le secteur financier**

En application de l'article 104 de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique habilitant le gouvernement, ce dernier a pris une ordonnance relative à la dématérialisation des relations contractuelles dans le secteur financier le 4 octobre dernier. L'ordonnance n°2017-1433 a pour objectif de « *mettre le papier et les supports digitaux sur un pied d'égalité et permettre ainsi une pleine exploitation du potentiel des supports de communication dématérialisés* »¹, en augmentant notamment la confiance des consommateurs dans les moyens de communication en matière de relations précontractuelles et contractuelles dans le domaine financier.

Pour cela, l'ordonnance instaure l'utilisation des échanges électroniques et des outils numériques (signature électronique, envoi recommandé numérique, etc.), sauf à ce que le client s'y oppose, tout en imposant des garanties de nature à assurer la protection des consommateurs. Le professionnel devra notamment s'assurer du caractère approprié en ce qui concerne l'engagement d'une communication *via* des canaux numériques, aviser le consommateur lorsque celui-ci souhaite engager ou poursuivre une relation contractuelle sur un support numérique, informer clairement son client et lui préciser qu'il a la possibilité de refuser le passage aux relations dématérialisées et faire bénéficier au consommateur d'un droit au retour sur support papier sans qu'aucun frais ne lui soit imposé.

Enfin, le texte prévoit des modalités concernant les espaces personnels en ligne sécurisés créés en faveur du consommateur, s'agissant notamment de la durée de conservation de ses données personnelles.

Pour le gouvernement, ce texte qui impose une transformation digitale constitue « *en même temps qu'un progrès environnemental, un important facteur d'économie et d'efficacité opérationnelle pour les organismes financiers ainsi qu'un gain de temps pour les consommateurs, dont l'accès aux services financiers sera simplifié* »².

L'entrée en vigueur de l'ordonnance et de ses textes réglementaires d'application est prévue le 1^{er} avril 2018.

¹ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 4 octobre 2017

² Communiqué de presse du Conseil des ministres du 4 octobre 2017

➤ Publication du « Guide Professionnel MIF 2 – CIF » le 25 octobre 2017

L'AMF a publié le 25 octobre 2017 un guide présentant, par l'illustration des différents thèmes qui impacteront demain les activités des conseillers en investissements financiers (CIF), les travaux menés pour la mise en place du régime dit « analogue » des CIF en France dont le fil conducteur est le respect d'un juste équilibre entre la protection des investisseurs d'une part, et le maintien d'un statut particulier pour les CIF d'autre part.

Ce guide se concentre sur :

- Les impacts des directives MIF 1 et MIF 2 sur les CIF ;
- le renforcement de la procédure d'autorisation et de suivi des CIF ;
- les règles de gouvernance des CIF et prévention des conflits d'intérêts ;
- le conseil en investissement indépendant ;
- la gouvernance des instruments financiers ;
- le renforcement des informations des clients ; et
- l'évaluation de l'adéquation des produits ou services.

➤ Consultation publique de l'AMF sur les *Initial Coin Offerings* du 26 octobre 2017

En l'absence de réglementation spécifique régissant l'ensemble des nouvelles levées de fonds s'appuyant sur les crypto-monnaies et la technologie Blockchain, l'AMF a souhaité recueillir l'avis des parties prenantes sur différentes pistes d'encadrement possibles et a lancé un programme d'accompagnement et d'analyse de ces opérations, baptisé UNICORN.

Une nouvelle forme de levée de fonds a vu le jour sous la forme d'*initial coin offerings* (ICO). Ces émissions, qui s'appuient à la fois sur l'usage des crypto-monnaies et de la technologie Blockchain, visent à financer des projets technologiques spécifiques portés par une entreprise ou une communauté de développeurs.

Lors d'une opération d'ICO, les participants reçoivent, en échange de leur investissement en crypto-monnaie ou monnaie ayant cours légal, des jetons (communément désignés « *tokens* ») émis par le ou les porteurs du projet. Selon les opérations observées, ces jetons ne confèrent pas systématiquement les mêmes droits (droits d'usage des services développés, droits financiers et/ou de gouvernance sur le projet, etc.) à leurs souscripteurs.

Dans le cadre des actions et du suivi qu'elle mène en matière d'innovation, l'AMF a réalisé une première étude approfondie de ces opérations et de leurs implications juridiques. Il ressort de ce premier état des lieux que si une partie des ICO observées pourrait relever de dispositions légales existantes (réglementation applicable aux intermédiaires en biens divers, à l'offre au public de titres financiers ou aux gestionnaires de fonds d'investissements alternatifs, notamment), la plupart de ces émissions resteraient, en l'état actuel du droit, en dehors de toute réglementation dont l'AMF assure le respect.

C'est dans ce contexte et dans une démarche prospective que l'AMF publie son document de consultation dans lequel trois options pour encadrer les ICO sont envisagées :

- Promouvoir un guide de bonnes pratiques à droit constant ;
- étendre le champ des textes existants pour appréhender les ICO comme des offres de titres au public ; et
- proposer une législation nouvelle, adaptée aux ICO.

Par ailleurs, l'AMF profite de cette consultation pour rappeler que les investissements en *tokens*, jetons ou tout autre instrument émis dans le cadre d'ICOs comportent des risques très significatifs et pour partie imprévisibles.

Elle relève notamment les risques suivants :

- absence de réglementation ;
- risques associés à la documentation d'information ;
- risques de perte en capital ;
- risques de volatilité ou d'absence de marché ;
- risque d'escroquerie ou de pratiques de blanchiment ;
- risques associés aux projets financés.

➤ **Consultation publique de l'AMF sur les modifications des Livres III et V du RGAMF en date du 2 novembre 2017**

Pour finaliser les travaux de transposition des textes MIF 2 et de séparation du régime juridique des sociétés de gestion de portefeuille (« SGP ») de celui des entreprises d'investissement (« EI ») au sein du RGAMF, l'AMF propose de :

- modifier ou supprimer des dispositions au sein des Livres III et V du RGAMF pour transposer les dispositions des textes MIF 2 ;
- modifier les dispositions applicables aux conseillers en investissements financiers (« CIF ») et aux conseillers en investissements participatifs (« CIP ») ;
- modifier le Livre III du RGAMF pour mettre en œuvre la séparation du régime juridique des SGP de celui des EI ; et
- supprimer le Livre VII du RGAMF.

La consultation est ouverte jusqu'au 1er décembre 2017.

➤ **Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 octobre 2017 n° 16-10271**

Une cliente d'une banque a procédé, par l'intermédiaire de cette dernière, à l'achat d'actions Natixis proposées à la vente dans le cadre d'une offre publique à prix ouvert.

Se prévalant d'un manquement de la banque à ses obligations, elle l'a assignée en paiement de dommages-intérêts. L'association UFC Que choisir est intervenue volontairement à l'instance.

La banque faisait grief à l'arrêt de déclarer recevable l'intervention volontaire de l'association UFC Que choisir et, en conséquence, de la condamner à payer à cette dernière des dommages-intérêts alors que, selon elle, les dispositions des articles L.421-1 et L.421-7 du Code de la consommation qui permettent aux associations d'intervenir à l'instance pour exercer les droits relatifs à la partie civile ne sont pas applicables aux actions indemnitaires relatives à des faits portant un préjudice à l'intérêt collectif des investisseurs.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a quant à elle estimé le contraire et a, par conséquent, rejeté le moyen invoqué par la banque en précisant que la cour d'appel a exactement déduit que l'association était recevable à intervenir dans l'instance en responsabilité introduite par la plaignante contre la banque.

En outre, la cour d'appel avait condamné la banque à payer des dommages-intérêts à l'investisseur ainsi qu'à l'association UFC Que choisir en retenant que si la cliente, ancienne secrétaire médicale, avait effectivement reconnu avoir pris connaissance avant l'achat des actions du prospectus visé par l'AMF, constitué notamment de la note d'opération contenant le résumé du prospectus et en particulier des facteurs de risques décrits dans le prospectus, cette note de quatre-vingt-dix pages n'était pas adaptée à son expérience personnelle et à la compréhension du consommateur moyen qu'elle était.

Sur ce point, la Cour de cassation casse l'arrêt en retenant que la banque avait délivré à sa cliente une information appropriée sur le risque de perte attaché à la souscription de ces actions en retenant que :

- cette dernière possédait un compte titres ouvert en 1984 dans les comptes de la banque, qu'elle gérait elle-même et qui lui avait permis de constater que le prix des actions était susceptible d'évoluer à la hausse comme à la baisse ; et
- le prospectus visé par l'AMF, dont elle avait pris connaissance, mentionnait les facteurs de risques, précisant que le cours des actions de la société Natixis pourrait être très volatil et être affecté par de nombreux événements concernant la société, ses concurrents, ou le marché financier en général et le secteur bancaire en particulier.

➤ **Arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2017 n° 16-22.620**

La Cour de cassation, dans cet arrêt du 23 novembre 2017 a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 juin 2016 lequel avait considéré que les EMTN n'étaient pas des « obligations » et ne pouvaient servir de supports aux unités de compte d'un contrat d'assurance-vie.

Un investisseur avait souscrit le 21 février 1997 par l'intermédiaire de son courtier un contrat d'assurance sur la vie en unités de compte proposé par la société Fédération continentale, aux droits de laquelle vient désormais la société Generali vie. Il avait procédé en cours de contrat à un arbitrage de l'ensemble de sa prime pour la placer sur un unique support dénommé « Optimiz Presto 2 » commercialisé par l'assureur comme un produit obligataire non garanti en capital à échéance et dont les actifs concernés sont admis sur le marché officiel de la Bourse de Luxembourg.

A la suite des mauvaises performances de ce support, l'investisseur, soutenant qu'il ne pouvait être éligible à l'assurance sur la vie, et reprochant à l'assureur et au courtier d'avoir manqué à leur devoir d'information et de mise en garde, avait assigné ces derniers en dommages-intérêts.

La Cour d'appel de Paris avait condamné l'assureur à payer la somme de 416.238,03 euros en retenant que le produit litigieux ne pouvait être qualifié d'obligation et n'était donc pas éligible au contrat dans la mesure où le détenteur n'avait pas droit au remboursement du nominal, ce qui était pourtant une caractéristique essentielle de l'obligation.

La Cour de cassation a censuré cette interprétation en retenant que « *la qualification d'obligation n'est pas subordonnée à la garantie de remboursement du nominal du titre* » et en reprochant à la Cour d'appel de Paris d'avoir ajouté à la loi « *une condition qu'elle ne comporte pas* ».

Ainsi, la Cour de cassation admet que les EMTN peuvent servir de supports aux unités de compte d'un contrat d'assurance-vie.

➤ **Recommandation de l’Autorité de régulation professionnelle de la publicité en matière de placements atypiques et services liés**

L’Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) a publié en octobre dernier sur son site internet une recommandation concernant les placements dits « atypiques » et autres services liés.

Par ce document, le régulateur énonce les bonnes pratiques à respecter en matière de transparence, de responsabilité sociale et de protection des mineurs en ce qui concerne « *les placements dits atypiques, couvrant notamment les placements en biens divers qui supposent un investissement dans d’autres types de placements que les placements financiers traditionnels. Ils proposent, généralement, une performance, un rendement, une plus-value sur la revente, dans des secteurs aussi divers que les lettres et manuscrits, les œuvres d’art, les panneaux solaires, les timbres, le vin, l’or, les métaux précieux, les métaux rares, les diamants ou autres secteurs de niches* ».

L’AMF a fait savoir par un communiqué de presse du 25 octobre 2017 qu’elle saluait cette initiative de prévention de l’ARPP. Le régulateur des marchés financiers saisit également l’occasion pour indiquer qu’il « *poursuit sa mobilisation pour mieux informer les particuliers* », et rappelle qu’il convient d’appliquer les conseils de vigilance suivants :

- Aucun discours commercial ne doit faire oublier qu’il n’existe pas de rendement élevé sans risque élevé ;
- Il convient d’obtenir un socle minimal d’informations sur ou intermédiaires qui propose le produit (identité sociale, pays d’établissement, responsabilité civile, règles d’organisation, etc.) ;
- Les informations communiquées par l’intermédiaire doivent être claires et compréhensibles,
- Il convient de se poser la question de savoir comment et par qui est réalisée la valorisation du produit proposé (prix d’achat ou prix de vente), et de se renseigner concernant les modalités de revente du produit et des délais liés, notamment dans le cas où le produit est investi sur une classe d’actifs peu liquide.

➤ **L’ACPR et la Banque de France répondent à la consultation Fintech de la Commission Européenne**

La Commission Européenne a publié, en mars dernier, un document de consultation portant sur les FinTechs intitulé : « *Vers une Europe de services financiers plus concurrentiels et innovants* », avec pour objectif de recueillir les avis et propositions afin de s’impliquer davantage en matière d’innovation technologique dans les services financiers en identifiant au préalable l’impact des nouvelles technologies sur le secteur des services financiers européens.

Après la réponse de l’AMF, qui prône la création d’un statut européen pour les Fintechs, la Banque de France et l’ACPR ont répondu à leur tour fin septembre à la consultation lancée par la Commission Européenne, en soumettant dix propositions :

- Assurer une mise en œuvre harmonisée et sécurisée de la DPS2 ;
- Lancer une réflexion sur la régulation européenne des plateformes multi-services d’intermédiation financière ;
- Mettre en place une approche européenne pour les modèles alternatifs de financement ;
- développer une approche européenne pour l’assurance collaborative ;
- Etudier l’opportunité d’une approche progressive pour l’agrément des nouveaux établissements de crédit ;
- Harmoniser les pratiques d’identification à distance des clients ;
- Appliquer les futures recommandations de l’EBA sur l’utilisation du *cloud computing* à l’ensemble du secteur financier ;

- Garantir une application cohérente du règlement européen sur la protection des données personnelles (RGPD) ; et
- Mettre en place un espace d'expérimentation européen pour les usages les plus disruptifs ;
- Définir une taxonomie commune pour les incidents de cyber-sécurité.

+
++

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