

ACTEUR

LE DROIT BANCAIRE APRÈS LA CRISE FINANCIÈRE

Si le secteur bancaire est déjà très régulé en France depuis plusieurs années, la crise financière, la crise économique mais également les fraudes au sein de certains établissements ont entraîné des réflexions sur les possibilités d'une meilleure régulation et ont fait émerger de nouveaux acteurs. Du renforcement du contrôle interne dans les établissements bancaires à la mise en place de systèmes et réglementations pour soutenir le crédit aux entreprises, l'année 2009 aura été très marquée pour le secteur. Retour sur les effets et les enjeux de la crise financière sur le marché du droit bancaire.

1. LES IMPACTS ET ENJEUX DE LA CRISE FINANCIÈRE

1. Le secteur bancaire en France : sur ou sous réglementé ?

Contrairement aux autres pays, comme les Etats Unis ou la Grande Bretagne, le secteur bancaire français est très réglementé depuis de nombreuses années. En France, il n'y a pas eu de défaillances bancaires contrairement à ce qui s'est produit aux Etats-Unis ou en Grande Bretagne. Le problème des *subprimes* aux Etats-Unis est né du fait que l'on permettait à des acteurs qui ne possédaient aucun agrément particulier et qui n'étaient pas régulés de faire du crédit immobilier aux particuliers. Ces acteurs escomptaient que le prix des actifs immobiliers financés continueraient à augmenter de sorte qu'en cas de défaillance de l'emprunteur, la vente du bien donné en garantie aux intéressés permettrait d'assurer la couverture des échéances demeurées impayées. C'était sans compter avec le retournement du marché immobilier. A l'origine, cela n'avait donc rien à voir avec la rémunération des opérateurs de marché ni avec les activités de banque de financement et d'investissement.

A l'opposé, en France, pour réaliser des opérations de crédit à titre habituel, il faut nécessairement être agréé en qualité d'établissement de crédit. Il faut disposer d'un agrément du Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (CECEI), sauf à violer le monopole bancaire et à encourir des sanctions pénales. Depuis la loi bancaire du 24 janvier 1984, l'exercice de la profession est en effet très régulé et encadré, bien plus qu'il ne l'est par ailleurs dans la plupart des autres pays européens.



Par la suite, les crédits accordés par ces acteurs du marché américain ont été cédés, titrisés, et se sont retrouvés d'une façon ou d'une autre dans des millefeuilles de produits titrisés. Les banques européennes ont ainsi subi un effet de contagion via la titrisation de ces opérations. Cette contagion soulève donc un autre problème, celui de la traçabilité des produits financiers. Lors de la journée organisée par l'AFJE, le Cabinet Gide Loyrette Nouel et le Centre Européen de Droit et Economie de l'Essec sur le thème « Crise financière, un an après: le droit peut-il rétablir la confiance ? » Jean-François Coppé avait ainsi introduit le débat en soulevant notamment la problématique d'un renforcement de la traçabilité et de la transparence des produits financiers.

D'autres économistes et acteurs reviennent sur la séparation des activités entre les banques commerciales et les banques d'investissement. Ainsi, Paul Volcker, ancien dirigeant de la FED, prône un retour à la distinction de 1933 entre les banques commerciales et les banques d'investissement et Mervyn King, actuel gouverneur de la banque d'Angleterre propose de démanteler les banques afin de limiter les risques systémiques en cas de faillite. Même si de nombreux acteurs trouvent ces projets irréalistes ou risqués, il convient de rappeler que la Barclays

a depuis de nombreuses années séparé ses activités.

La crise financière, mais également les scandales liés aux fraudes, ont amené de nouveaux textes concernant le droit bancaire et financier. « En France nous avons une force en finance de gestion d'actifs et le cadre réglementaire est très développé. Il est certain que des affaires comme Madoff font du mal à l'industrie de la gestion alors même que nous avons un cadre réglementaire solide. Je pense que les chantiers doivent être orientés en vue d'une meilleure régulation et non pas de plus de régulation. » souligne Jérôme Herbet, avocat associé du cabinet Winston & Strawn.

Dans ce contexte, 2009 a été une année chargée sur le plan réglementaire, puisque dès janvier l'ordonnance n°2009-104 est venue modifier le dispositif légal afférant à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ainsi, l'obligation de déclaration de soupçon du banquier au service Tracfin est étendue aux sommes ou opérations pouvant provenir de toute infraction passible d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an, soit la grande majorité des délits. Mais d'autres réflexions et réglementations sont apparues et ont eu pour effet de renforcer les obligations pesant sur les banques, tant sur l'amélioration des mécanismes de contrôle interne que sur la transparence dans la rupture de crédit.

2. Les suites du G20

Le sommet de Pittsburgh, qui s'est tenu en novembre 2009 et réunissait les membres du G20, s'inscrit dans un processus de rénovation du système économique et financier mondial, fondé sur des principes de régulation, de

transparence et de responsabilité. Il a été décidé de renforcer la régulation du système financier et par là même la solidité des banques en améliorant la quantité et la qualité des fonds propres exigés pour qu'elles puissent mener des activités risquées. Le G20 a également adopté des règles internationales pour encadrer les bonus des opérateurs de marché.

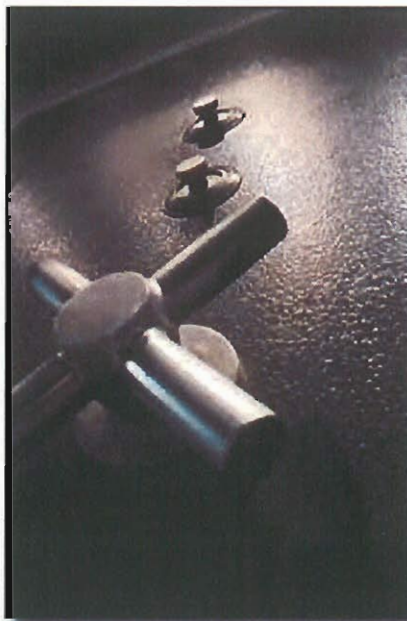
Au niveau de l'Union européenne, plusieurs directives sur la création d'un système européen de contrôle et de surveillance du secteur financier, sur le renforcement des fonds propres des banques et sur la régulation des fonds de gestion alternative (« hedge funds ») sont à l'étude.

Aux Etats-Unis, le sénateur américain Christopher Dodd, président démocrate de la commission des affaires bancaires du Sénat, fait preuve d'une ambition certaine. La mesure principale de son rapport concerne la création d'une seule instance suprême de régulation du secteur bancaire: la FIRA (Financial Institutions Regulatory Authority). Il s'agirait de faire fusionner les instances de surveillance que sont l'OTS, l'OCC, avec certains services du trésor, de la Réserve Fédérale et de la FDIC. Le projet est ambitieux et non dénué d'intérêt puisqu'en théorie une instance unifiée dont le territoire et le budget sont préservés résisterait mieux aux lobbyistes et ne pourrait être moins efficace que le système fragmenté actuel.

En France, Madame le Ministre de l'Économie et des Finances, Christine Lagarde, a présenté un projet de loi de régulation bancaire et financière, lors du Conseil des ministres du 16 décembre 2009 qui comprend deux volets. Tout d'abord, le texte vise à renforcer la régulation du secteur financier et des marchés. Un Conseil de la régulation financière et du risque systémique sera créé. Il réunira les autorités de contrôle du secteur financier afin d'assurer une meilleure coordination des actions de la France dans les instances internationales et européennes, ainsi qu'une meilleure prévention des risques. De plus, le projet prévoit que l'AMF pourra adopter des mesures d'urgence pour restreindre les négociations sur les marchés financiers en situation de crise, afin de renforcer la stabilité financière. Elle contrôlera également les agences de notation, contrôle désormais prévu par la réglementation européenne.

Dans un second temps, le projet de loi vise à améliorer le financement

de notamment en améliorant les circuits de financement de l'économie au bénéfice des entreprises et en modernisant le droit des offres publiques pour



accroître la protection des actionnaires. Il introduit des procédures d'offres publiques et de retrait obligatoires sur « Alternext » dans le cadre du plan d'action pour relancer la cotation des PME. Pour favoriser le développement de l'assurance-crédit, il permet aux assureurs-crédit d'accéder à la base de données FIBEN qui recense les notations d'entreprises réalisées par la Banque de France. Afin de renforcer le crédit aux PME, il propose la fusion des trois sociétés OSEO Financement, Garantie et Innovation. Il facilite par ailleurs le crédit à l'habitat en créant les « obligations à l'habitat » qui permettront aux banques de refinancer avec une sécurité renforcée les crédits immobiliers aux particuliers.

Par ailleurs, depuis 2008 une vraie réflexion est menée pour renforcer encore le contrôle interne au sein des établissements bancaires.

3. Pour une meilleure gestion des risques

A la suite de l'affaire Kerviel, fortement médiatisée, mais également des pertes de trading - sans commune mesure - accusées par le groupe Caisse d'Épargne, les dispositifs de contrôle interne, déjà fortement renforcés ces dernières années dans les établissements bancaires, ont été à nouveau mis sur la sellette.

Un arrêté du 14 Janvier 2009, fait ainsi

référence du risque de fraude en tant que composante essentielle du risque opérationnel. La fraude doit désormais faire l'objet d'un contrôle spécifique avec une plus grande implication des instances dirigeantes dans le contrôle interne. L'arrêté fixe également des critères et des seuils significatifs des incidents dans les activités de marché. Est ainsi considéré comme significative toute fraude entraînant une perte ou un gain d'un montant dépassant 0.5% des fonds propres de base.

La « défaillance des mécanismes de gouvernance interne » a été la « cause principale » de l'affaire Kerviel, a estimé le Comité européen des superviseurs bancaires (CEBS), dans un document détaillant ses propositions pour mieux maîtriser les risques liés aux activités de marché des banques. Pour optimiser la gestion des risques, le CEBS a émis plusieurs recommandations, dont le renforcement des prérogatives des comités des risques, qui existent au sein des établissements financiers. Les recommandations concernent également la rémunération des salariés occupant des fonctions de contrôle, dont la composante variable ne doit pas être liée aux mêmes indicateurs de performance que les traders. Le Comité prône aussi la standardisation des procédures, notamment pour toutes les transactions de gré à gré. Ces recommandations marquent le début d'une consultation ouverte qui durera jusqu'à fin mars 2010.

Un autre texte en préparation crée l'obligation de développer une véritable filière risque spécifique avec les moyens matériels et humains suffisants (risque de fraude, risque opérationnel ...).

4. Quel encadrement des rémunérations pour les opérateurs de marché ?

En France, un arrêté relatif aux rémunérations des personnels dont les activités sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'exposition aux risques des établissements de crédit et entreprises d'investissement a été publié au Journal Officiel du 3 novembre 2009. Cet arrêté encadre les rémunérations des opérateurs de marché des banques. Il conditionne le versement des bonus à des critères de performance. Il pose l'interdiction de verser des bonus garantis supérieurs à un an. Les bonus feront l'objet de versement différé et étalé sur 3 ans, ce qui permet l'introduction de malus en cas de mauvais résultats. L'arrêté prévoit aussi le versement de ces bonus en actions de la banque afin de

responsabiliser les opérateurs de marché au regard des résultats à moyen terme de leur établissement.

S'agissant de la possibilité d'imposer une limitation globale des bonus, l'arrêté reprend le principe fixé lors du sommet de Pittsburgh du G20 et énonce que « *La commission bancaire examine si le montant total des rémunérations variables des entreprises assujetties (...) est cohérent avec le maintien d'un niveau de fonds propres.* ».

Avec cet arrêté les banques sont aussi désormais soumises à une obligation de transparence qui se traduit par l'obligation de publier une fois par an et de communiquer à la commission bancaire les éléments suivants : le montant des rémunérations et la répartition entre fixe et part variable, la part versée en actions, le nombre de bénéficiaires des bonus, et la répartition des bonus entre part différée et non différée et entre part acquise et non acquise.

Parallèlement à cet arrêté, les banques françaises ont aussi pris des engagements qui prennent la forme de normes professionnelles qui feront l'objet du contrôle de la commission bancaire. C'est ainsi que 50 % au moins du montant des bonus seront étalés sur au moins trois ans (60% pour les rémunérations variables les plus élevées) et que 50 % au moins du montant de ces bonus seront attribués sous forme d'actions, qui devront être détenues pour une durée d'au moins deux ans.

Cependant, croire que des bonus encadrés résoudront les problèmes est utopique. Les règles du jeu n'ont pas changé et ce qui s'est passé pourrait se reproduire. Selon, l'économiste et professeur, Charles Wyplosz, « *Tant que les profits des banques seront fabuleux, les revenus des banquiers le seront aussi. C'est à la rentabilité des banques qu'il faut s'intéresser.* » Pour cela, il indique la stratégie à adopter : « *imposer des réserves en capital qui reflètent les risques ; ne pas laisser l'évaluation des risques à l'appréciation des banques (...); proportionner ces réserves à la taille des banques (...); s'assurer que les banques de dépôt, qui remplissent un service public, ne jouent pas à la roulette financière. Ces mesures sont de nature à décourager un remake de ce que l'on a vu.* »

5. Plus de transparence dans la rupture de crédit

En entraînant un resserrement du crédit et une crise économique, la crise financière

a également soulevé des problématiques et réglementations concernant le crédit.

La loi n°2009-1255 du 19 Octobre 2009 visant à favoriser l'accès aux crédits des PME a prévu notamment la motivation de la décision du banquier en cas de réduction ou d'interruption de crédits, la motivation de la notation bancaire interne et un contrôle plus étroit de l'assurance-crédit avec la décision de retrait de garantie par l'assureur crédit. L'article L.313-12 du Code du commerce est ainsi complété : « *Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées.* ». Si le processus de rupture de crédit est encadré depuis longtemps par l'exigence d'une notification écrite, cette loi est venue resserrer l'obligation de motivation de certaines décisions. Ces règles renforcent les obligations à la charge des établissements de crédit. Et ce également pour les assureurs crédits, qui couvriraient un quart du poste client des entreprises françaises, et dont la perte de garanties peut ainsi s'avérer tragique pour certaines entreprises. Les assureurs crédits doivent désormais motiver leurs décisions lorsqu'ils renoncent à garantir des créances de clients situés en France.

Par ailleurs, il est également précisé que les sociétés clientes peuvent demander une explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notation. Cette nouvelle loi a donc également pour objectif de favoriser la transparence et le dialogue entre les établissements bancaires et les clients.

II. LES ACTEURS DU DROIT BANCAIRE

1. Les juristes de banque : au cœur du droit bancaire

1.1 Des services juridiques importants

Si plus de 60% des entreprises ont un service juridique de 1 à 4 juristes, les services juridiques des banques sont généralement très importants et comptent de 10 à plus de 400 juristes en France, en fonction des établissements et de leurs activités. En pratique, seules les grandes banques commerciales comme la Société Générale et BNP dispose de services juridiques centraux conséquents. Les réseaux mutualistes ou coopératifs, du fait de leur structure pyramidale inversée, disposent de services juridiques moins

importants au niveau de leurs organes centraux dans la mesure où les caisses régionales et locales disposent de leurs propres juristes.

Le nombre de juristes dépend, entre autres, de l'éventail des activités couvertes par l'organisme bancaire ou financier. Les grandes banques commerciales ont toujours eu des services juridiques forts rattachés au Secrétariat Général ou à la Direction Générale, du fait d'une culture conformité groupe importante.

Les juristes de banque sont donc nombreux. L'association nationale des juristes de banque (ANJB) a ainsi été créée en 1969 pour fédérer les juristes de banque, elle compte aujourd'hui 700 adhérents. L'association est chargée de défendre l'intérêt de ses membres et d'organiser régulièrement des manifestations scientifiques sur des sujets intéressant le droit bancaire ou financier, soit sous forme de petits-déjeuners à thème dont le dernier portait sur le médiateur du crédit aux entreprises, soit sous forme de colloques et de matinées de formation.

1.2 Des juristes spécialisés

Pour des raisons propres à l'exercice du métier de juriste en banque, pour pouvoir délivrer des consultations juridiques, rédiger des actes sous seing privé, la loi du 31 décembre 1971 modifiée exige que le collaborateur ait au minimum une maîtrise de droit. « *En pratique, Les juristes de banque ont désormais tous un niveau bac + 5. La plupart d'entre eux cumulent les diplômes et sont titulaires d'un master 2 de recherche, en droit des affaires ou en droit privé général par exemple, et d'un master 2 professionnel en droit bancaire et financier.* » relève Thierry Samin, président de l'Association Nationale des Juristes de Banque. Et les doubles formations avec un LLM ou un MBA ou avec une Grande Ecole de commerce sont de plus en plus appréciées, les banques ayant besoin de juristes ayant de bonnes connaissances en gestion, en comptabilité, voire en mathématiques financières, afin de comprendre les montages et de pouvoir travailler avec les Directions financières.

1.3 Des juristes au cœur de la gestion des risques

Le règlement 97-02 du comité de la réglementation bancaire et financière, impose aux établissements bancaires de disposer d'un responsable de la conformité au

niveau du groupe et de mettre en place des processus en termes de conformité. La conformité recouvre notamment le juridique, et suivant les organisations des établissements, il existe des départements qui soit traitent à la fois du « *legal & compliance* », soit ont séparé la fonction juridique de la fonction déontologique. « *La fonction juridique prend de plus en plus d'importance parce qu'elle constitue un rouage essentiel de la fonction conformité* » précise M. Thierry Samin. La plupart des juristes ont une fonction de conseil : conseil auprès de la direction générale, mais également conseil auprès de la direction des marchés de capitaux, de la direction financière et de l'ensemble des clients internes, les juristes de banque sont fortement sollicités. Ils veillent à la sécurité juridique des opérations, depuis la conception des nouveaux produits jusqu'à leur commercialisation, et à la prévention du risque de non conformité. De plus, dans l'ensemble des établissements, le règlement 97-02 a exigé que soient mis en place des comités nouveaux produits, au sein desquels les juristes sont représentés et doivent se prononcer sur la conformité juridique du produit qu'il est envisagé de commercialiser. La fonction de juriste contentieux est généralement à part. Le service contentieux est en étroite liaison avec un réseau d'avocats pour la rédaction des conclusions en première instance, en appel, le suivi des délais contentieux. Le plus souvent, il s'agit de contentieux en défense et les juristes traitent un gros volume de litiges.

Les juristes internes faisant du conseil deviendraient ainsi des « *risk managers* ». Ce qui est certain, c'est qu'il leur est demandé d'émettre des avis circonstanciés pesant le plus finement possible les risques afin que la décision de réalliser ou non l'opération envisagée puisse être prise en toute connaissance de cause. Et ils doivent se montrer inventifs et constructifs, « *business minded* », comme on dit aujourd'hui. Le temps est donc révolu où les juristes internes apparaissaient comme des empêchements de tourner en rond.

Lors du colloque, « *La justice face à la crise* » tenu les 7 et 8 Décembre dernier à la Cour d'Appel de Paris, Michèle Alliot-Marie a clôturé les débats en relevant trois enjeux majeurs pour préparer l'après crise : repenser le rôle de la loi, renforcer la sécurité juridique notamment avec une meilleure transparence dans la gestion des risques, et troisième enjeu : faire de la fonction juridique un acteur majeur

de la vie économique. « *Je crois indispensable de renforcer le rôle des juristes au sein de l'entreprise. La fonction juridique est aujourd'hui sous représentée au sein de l'entreprise. Pourtant, les juristes ont un rôle essentiel à jouer dans la prise en compte du risque juridique et dans la définition de la stratégie d'entreprise.* » a affirmé Madame le Garde des Sceaux Michèle Alliot-Marie. Cette citation est tout aussi importante pour les juristes très nombreux, intervenant au sein des Banques et Compagnies d'assurance. « *Je crois que l'évolution de la place du droit et de la fonction juridique dans l'entreprise est cruciale. L'avocat comme le juriste d'entreprise sont des ingénieurs*



du droit, au service de l'organisation de l'entreprise et de ses relations extérieures. Leur intervention le plus en amont possible est donc de nature à accroître notamment la capacité de l'entreprise à optimiser son fonctionnement par la qualité de l'organisation des relations internes comme externes. » relève Maître Bénédicte Bury, avocate associée du cabinet B.MOREAU AVOCATS et Président de la commission de droit bancaire de l'Ordre des Avocats du Barreau de Paris en se référant au discours de Madame le Garde des Sceaux.

« *Comme dans beaucoup d'entreprises on attend aujourd'hui du juriste, interne comme externe, qu'il accompagne l'entreprise dans la gestion des risques. Et ceci, non seulement dans la gestion du risque judiciaire, mais également que le juriste, interne comme externe, ait une intelligence globale de l'enjeu sur un dossier ou sur une problématique afin que le droit s'intègre dans la stratégie de l'entreprise.* » poursuit Maître Bury. Ainsi, le cabinet B. Moreau Avocats a également développé une activité de formation en interne au sein des entreprises pour favoriser la place du droit dans l'entreprise et les échanges inter – professionnels, pour établir des liens entre les différents métiers de l'entreprise et favoriser la diffusion de la culture juridique.

2. Les avocats, du conseil au règlement des litiges

Face à la complexification des produits et des montages financiers, mais également à l'évolution permanente des réglementations et des dispositifs de contrôle, les cabinets d'avocats interviennent tant auprès des banques et établissements de crédits que des entreprises et investisseurs clients des banques. Ils doivent eux aussi faire preuve de créativité et d'une vision financière et économique des dossiers qu'ils traitent.

2.1 Du conseil au contentieux

A la suite de la crise financière et de la crise économique, un pan entier de l'activité de conseil et de montages financiers des cabinets a été réduit. « *En conseil, les financements à effets de levier ont quasiment disparus. Nous revenons à des financements plus traditionnels, des restructurations et à des besoins en financement de BFR. Dans ce contexte de crise, il est possible que nous assistions à la fin de la prédominance des modèles anglo-saxons, avec un retour marqué à plus de simplicité et aux modèles de droit continental* » relève Maître Dominique Doise, avocat associé du cabinet Alérion. « *Selon les métiers nous avons constaté différentes évolutions ces dernières années.* » analyse par ailleurs Maître Jérôme Herbet, associé du cabinet Winston & Strawn. « *Face aux restructurations, certains grands groupes bancaires ont été amenés à revoir leurs lignes métiers, voire à céder certaines branches d'activité. Nous avons également ressenti un net ralentissement de l'activité de gestion courante et à l'opposé l'activité contentieuse a augmenté.* » poursuit Maître Jérôme Herbet.

Dans le même temps, l'activité contentieuse s'est fortement accrue. La crise économique, entraînant des défaillances en plus grand nombre, a donc drainé avec elle de nombreux litiges. « *Depuis un an et demi, la responsabilité des banques est davantage mise en cause que ce soit ou non en phase de dépôt de bilan des entreprises.* » analyse Dominique Doise.

Tout en restant sur leur cœur de métier, les cabinets d'affaires ont vu leur activité se déplacer depuis ces deux dernières années et couvrent toujours un large champ de compétences.

Le cabinet **Buisson & associés** qui compte 11 avocats a développé des compétences en droit bancaire et en droit des assurances et intervient auprès de grandes

LES FORMATIONS EN DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

banques françaises et étrangères pour des dossiers essentiellement en contentieux. Maître Paul Buisson, associé précise : « Il s'agit principalement d'assignation en responsabilité pour des faits liés à leur activité quotidienne dans leur relation avec leurs clients, entreprises ou personnes physiques. Par exemple, une banque peut être assignée pour avoir octroyé des concours bancaires, pour avoir retiré des financements face à une situation qui se dégradait, pour avoir participé de trop près à la gestion d'un client... De plus, les banques peuvent également être impliquées dans le processus de traitement des entreprises en difficultés. Notre cabinet intervient aussi dans le recouvrement de concours financiers lorsqu'il y a des défaillances. En 2009, nous avons bien ressenti un certain frémissement dans ce type d'activité qui décroissait plutôt et qui aujourd'hui a tendance à reprendre. C'est une crise importante et les défaillances se sont multipliées. Nous avons connu une augmentation de 20% des dossiers dus à des défaillances. » Par ailleurs, cette année, le cabinet est beaucoup intervenu dans le secteur immobilier en raison de la défaillance dans des opérations immobilières. « Beaucoup d'opérations ne sont pas réalisées ce qui a généré des contentieux, des conflits entre associés, des conflits avec les vendeurs et avec les entreprises. Il s'agit d'un effet ricochet de la crise financière qui nous a beaucoup mobilisés », relève Me Paul Buisson.

Au sein du cabinet **Carreras Barsiklan Robertson & Associés**, qui compte 18 avocats, Maître Jean-François Carreras, avocat associé, traite des questions relatives au droit bancaire et financier, au droit des affaires, aux fusions acquisitions, aux émissions de valeurs mobilières, aux fonds d'investissement et opérations de capital-risque ainsi qu'aux financements qui s'attachent à ces opérations. Maître Carreras intervient plus particulièrement dans la mise en place des financements structurés et de montages financiers, que ce soit auprès d'investisseurs en dette mezzanine ou en dette senior, ainsi que dans la mise en place de financements visant à répondre aux besoins d'une société ou d'un groupe industriel. Il accompagne des grandes et moyennes entreprises, des investisseurs et des financiers, français et étrangers. Depuis la crise financière, Jean-François Carreras a observé une forte baisse d'activité des banques dans le domaine du prêt, et plus particulièrement dans celui du private equity où le financement des sociétés qui font l'objet de LBO est beaucoup plus difficile. De ce

Les formations en droit bancaire et financier sont essentiellement des Master 2, proposées notamment par les Facultés de droit de Strasbourg, Paris 2, Paris 1, Montpellier 1, Lyon 3, après l'obtention d'un Master 1 de droit des affaires ou de droit privé, mais comportant les matières fondamentales du droit des affaires.

Quand ils sont à visée professionnelle, ces Masters 2 ont pour objectif de répondre aux besoins des professionnels spécialisés dans le secteur bancaire et financier, tels que les cabinets d'avocats d'affaires, les banques, les entreprises d'investissement, et de former des personnes sachant appréhender la complexité des problèmes juridiques qui découlent de ces activités par l'apprentissage des techniques du droit bancaire et financier.

Les Masters 2 en droit bancaire et financier peuvent aussi avoir une visée

théorique avec la rédaction d'un mémoire de recherche, à la place du stage obligatoire requis dans le cadre d'un Master 2 professionnel.

Ces formations peuvent aussi préparer des juristes aux fonctions, qui se développent de plus en plus, de déontologue de banque ou d'entreprise d'investissement ou aux fonctions juridiques et de contrôle des diverses autorités de régulation du secteur bancaire et financier.

Les Masters 2 en droit bancaire et financier permettent donc de former des juristes de haut niveau souhaitant travailler dans des entreprises et groupes multinationaux, des cabinets d'avocats spécialisés en droit des affaires, des cabinets d'avocats internationaux, des établissements financiers, des autorités de régulation et des prestataires de services d'investissements.

fait, Les transactions relèvent plus du capital risque que du LBO aujourd'hui. « L'évolution principale sur le marché bancaire se traduit par la faible existence de dettes et par la renégociation par conséquent des dettes existantes. Il y a un grand refroidissement sur les dettes nouvelles et la majeure partie du travail consiste en des restructurations. Mais, la dette va revenir et s'internationaliser encore plus. » relève Me Carreras. « Au niveau des principes comptables, il y aura certainement prochainement des modifications qui pallieront aux inconvénients de la réglementation sur les valorisations des actifs. » poursuit Me Carreras.

L'équipe Banque Finance du cabinet Winston & Strawn est dirigée par Maître Jérôme Herbet et compte trois collaborateurs. Le cœur de l'activité historique du cabinet concerne les métiers de la gestion avec depuis quelques années des développements sur la gestion alternative. L'équipe droit bancaire et financier intervient en amont sur l'évolution de certains produits comme la SICAF (Société d'Investissement à Capital Fixe), créée par l'Ordonnance n° 2009-107 du 30 janvier 2009. Le cabinet a également renforcé ses compétences en financements structurés à l'international avec la mise en place de pools bancaires pour les groupes internationaux en lien avec les autres bureaux du cabinet. Le département intervient par ailleurs sur les opérations de marché de capitaux.

« Selon les métiers nous avons constaté différentes évolutions ces dernières années. » relève Maître Jérôme Herbet. « Face aux restructurations, certains grands groupes bancaires ont été amenés à revoir leurs lignes métiers, voire à céder certaines branches d'activité. Nous avons également ressenti un net ralentissement de l'activité de gestion courante et à l'opposé l'activité contentieuse a augmenté. » poursuit Maître Jérôme Herbet.

Dominique Doise et Philippe Mathurin dirigent le département Droit Bancaire et financier du cabinet Alérion, composé de quatre collaborateurs, dont trois seniors, et d'un consultant, Nicolas Mathey, professeur agrégé de droit, qui codirige avec le Doyen Jean Stoufflet la chronique de droit bancaire de la Semaine Juridique. Le département se renforce en ce début d'année, puisqu'en janvier, Jean Louis Paturaud, anciennement Responsable du Département des Affaires Juridiques Internationales de Natixis, rejoint le cabinet en qualité d'of counsel. Le département a développé, à côté d'une activité traditionnelle de conseil (financements, prise de garanties, restructuration dans le cadre ou non de procédures collectives), une activité de conseil de niche dans le domaine des financements d'opérations de négoce et de financement d'opérations d'achats et ventes fondée sur une expertise très spécifique du cabinet en matière d'engagements par signature et, plus particulièrement des

crédits documentaires « dont une bonne connaissance de sa technique permet d'asseoir de très nombreuses opérations de financement permettant, de surcroît, la possibilité d'opérer assez souvent une comptabilisation optimisée au regard des normes IFRS », précise Dominique Doise.

Le département intervient également dans le domaine contentieux en droit bancaire international (dans le cadre d'arbitrages et de procédures judiciaires) et dans des dossiers liés aussi bien à la mise en œuvre de garanties en droit interne (dans le domaine immobilier notamment) qu'à des procédures collectives ou à des actions en responsabilité où il agit en défense d'établissements de crédit. « Nous avons une approche transversale et travaillons aussi bien avec le département fusions acquisitions sur les contrats de prêts des clients, avec le département fiscal sur des optimisations, mais nous avons également travaillé avec les départements droit de la construction et assurances ou sport du cabinet sur les financements de clubs de football ou pour exploiter le crédit documentaire afin d'assurer le paiement des indemnités des transferts des joueurs. » ajoute encore Dominique Doise. Le département droit bancaire et financier du cabinet Alérion intervient essentiellement auprès de banques françaises en contentieux et sur des problématiques de droit spécifiques et accompagne des banques étrangères pour des missions de conseil en droit bancaire français.

2.2 Pour une stratégie de résolution des différends

« Tout dossier est sensible. Il est essentiel de développer une « démarche amont » pour choisir un mode de résolution adapté et tirer d'un différend toutes les conséquences afin de prévenir d'autres risques, et ce dans l'intérêt de tous. Les banques et les assureurs s'inscrivent dans une relation durable avec leurs clients ce qui implique de gérer au mieux l'exécution du contrat... Le comportement dans le traitement du différend doit correspondre à l'image fidèle de l'entreprise et de sa culture. » relève Bénédicte Bury, avocate associée du cabinet **B. MOREAU ASSOCIES**. Le cabinet B. MOREAU AVOCATS est un cabinet qui repose sur la compétence des deux associés, Bertrand Moreau, et Bénédicte Bury, dans le traitement des dossiers complexes et stratégiques. Le cabinet a développé une expertise particulière en Banque Finance, en droit de la responsabilité, mais également dans les modes alternatifs de règlement des litiges. Bertrand Moreau, Président

du comité français de l'arbitrage pendant 15 ans, intervient en arbitrage, médiation mais également dans la définition de stratégies judiciaires pertinentes. Le cabinet a développé une clientèle institutionnelle notamment d'établissements de crédit et compagnies d'assurance.

« Je suis pour le développement d'une culture de résolution amiable et constructive des différends. Cette culture se développe progressivement en France mais nous devons renforcer les compétences en négociation et favoriser l'émergence d'un nouvel état d'esprit. La Profession d'avocats développe depuis peu des formations davantage tournées vers la négociation, la médiation et d'autres modes de résolution... les processus collaboratif et participatif, ce qui est essentiel pour que des solutions « profitables » puissent être trouvées. On appréciera encore davantage demain cet état d'esprit avec le développement des actions collectives. » poursuit Maître Bury, membre du Conseil National des Barreaux.

2.3 Quelles perspectives pour 2010 ?

« Les défaillances demeurent, l'économie réelle continue à patiner et on relève de nouveaux signes inquiétants comme la défaillance de mini-Etats tel que Dubaï où les banques sont engagées financièrement. La situation n'est pas redevenue normale et saine. En revanche, il est clair qu'au niveau de l'activité banque d'affaires (le montage de financements, la gestion d'actifs, la création de produits financiers), c'est toujours l'âge d'or et peu de choses ont changé. Que la bourse monte ou chute, les masses d'argent à gérer sont toujours colossales et génèrent d'importants résultats. » analyse Me Paul Buisson. « Toutefois, en France et en Angleterre, il existe une réelle volonté de réguler le secteur bancaire en taxant les bonus et en imposant des taxes sur les profits. On y parle de taxe Tobin. » poursuit Me Buisson.

Pour autant la visibilité reste difficile tant pour les entreprises que pour les établissements bancaires, et de nombreux avocats s'attendent à ce que l'activité contentieuse perdure. « Pour 2010 nous manquons encore de visibilité même si les marchés reprennent un peu depuis quelques mois notamment sur le mid-cap. L'activité contentieuse va se poursuivre car le cycle est plus long, mais je pense que nous allons assister au retour de grands gérants internationaux sur le marché et au développement de produits innovants. » exprime Maître Jérôme Herbet. Les grandes attentes des acteurs

du marché sont également vers une meilleure réglementation, qui permettrait d'assurer un équilibre et un cadre stable et homogène. Si certains sont optimistes concernant les améliorations pressenties, d'autres sont plus sceptiques sur les éventuels changements et remises en causes du système. « Nous ne percevons pas encore de facteurs de reprise et les textes adoptés ne vont pas résoudre les problèmes soulevés par la crise car on ne relève encore aucun changement majeur dans la réglementation bancaire. La réglementation bancaire reste inadaptée et souvent trop protectrice du monopole bancaire, ce qui conduit à une sorte de corporatisme. Il y a donc beaucoup de changements à réaliser et de vides à combler afin d'ouvrir les marchés financiers, de répondre à leurs spécificités et de permettre ainsi au droit de jouer son rôle de protection, notamment des prêteurs. » explique Me Carreras.

3. De nouveaux acteurs

3.1 Le médiateur de crédit

Afin de régler les difficultés des entreprises pour accéder au crédit, fin 2008, René Ricol, Président d'honneur de l'ordre des experts – comptables, avait été nommé par Nicolas Sarkozy « médiateur de crédit ». Le médiateur de crédit préside un Comité exécutif de la médiation. On trouve à ses côtés 7 médiateurs délégués, une équipe centrale composée d'analystes et de conseillers expérimentés, 105 comptoirs de médiation départementaux dirigés par les Directeurs départementaux de la Banque de France en binôme avec les Trésoriers payeurs généraux et 700 tiers de confiance appartenant à des réseaux sociaux professionnels (CCI, chambres des métiers, organisations patronales). Dans ce processus, les entreprises peuvent désigner un accompagnateur de leur choix (expert comptable, avocat, association de gestion...).

Les entreprises ont été près de 20 000, en un an, à saisir la médiation du crédit pour leurs difficultés de financement. 16 000 dossiers ont été instruits et dans deux cas sur trois clôturés positivement avec le concours des établissements de crédit, d'Oséo et des services de l'Etat. 1,8 milliard d'euros a ainsi été débloqué, 8 500 entreprises ont été confortées dans leurs activités et 170 000 emplois préservés. « Après une première phase où nous étions essentiellement confrontés à des problèmes de trésorerie directement liés à la crise, les bilans des entreprises

en médiation reflètent ces difficultés et les carences en fonds propres sont de plus en plus prononcées. C'est là un enjeu capital pour retrouver la croissance. Le 1er octobre, le Premier ministre a signé le protocole d'accord mettant en place le fonds de consolidation et de développement des entreprises, créé à l'initiative de la médiation du crédit et destiné aux entreprises fragilisées à fort potentiel de développement. C'est un pas décisif dans l'action en faveur du renforcement des fonds propres des entreprises.» explique Gérard Rameix, nommé Médiateur national du Crédit en Septembre dernier.

3.2 Renforcement du rôle d'Oséo

« L'actuelle crise financière touche en profondeur le système mondial. OSEO a un rôle spécifique d'établissement de place destiné non à se substituer au marché, mais à le compléter là où apparaît une défaillance. Cette spécificité lui permet, dans ce contexte difficile, de continuer à assurer ses missions d'innovation, de garantie, et de cofinancement des bons projets. » avait expliqué François Drouin, Président d'Oséo, dès le début de la crise.

L'accès au crédit a été une des principales préoccupations pour enrayer la crise économique et éviter que les défaillances de certaines entreprises n'aboutissent à des cessations d'activité ou à des plans de licenciements. Dans le cadre du plan de relance de l'économie, OSEO a soutenu, sous forme de garantie de prêts bancaires, la trésorerie des entreprises. Ainsi, d'après une étude menée un an après par Oséo, ces mesures ont permis de préserver 30 000 emplois et une entreprise soutenue sur deux a été sauvée de la défaillance.

3.3 SFEF ET SPPE

Suite à la crise financière un dispositif,

qui a été validé par la commission européenne, a donc été mis en place pour redonner de la liquidité aux établissements en raison la défiance généralisée qui régnait. Plus aucun établissement ne se prêtait d'excédent de liquidités. Deux dispositifs ont donc été mis en place pour améliorer la solvabilité.

- **Un dispositif liquidité** avec la création de la société pour le financement de l'économie française (SFEF). La SFEF est chargée de refinancer l'économie en octroyant des crédits sur une durée de 1 à 5 ans aux banques, dans le but de soutenir les ménages, les entreprises et les collectivités locales, en levant des fonds sur les marchés, par le biais d'émissions obligataires garanties par l'Etat. Le 31 octobre 2008, la Commission européenne a autorisé la SFEF à lever des fonds jusqu'à 265 milliards d'euros d'ici fin 2009. Chiffre qui est passé depuis à 320 milliards. C'est un dispositif provisoire qui a bien fonctionné et qui visait temporairement à pallier le défaut de liquidités. Cela a permis aux banques de se refinancer et de pouvoir continuer à financer l'économie réelle.

- **Un dispositif solvabilité** avec la mise en place de la société des prises de participation de l'Etat (SPPE) qui a pour vocation dans le cadre d'une enveloppe plus limitée que dans le cadre du dispositif liquidité à souscrire par exemple des actions de préférence émises par les établissements. Ainsi, la Société Générale et BNP Paribas ont bénéficié de ce dispositif en émettant des actions de préférence, qui rentrent à 100 % dans le tier one c'est-à-dire les fonds propres durs du ratio de solvabilité, lesquels ont été remboursés récemment. Pour cela, les deux banques ont réalisé des augmentations de capital classique avec droit préférentiel de souscription. Ce dispositif n'avait pas vocation à perdurer d'autant que la rémunération des actions de préférence

allait augmenter significativement à partir de 2010.

Les banquiers ont souhaité que ces dispositifs ne soient pas supprimés immédiatement mais qu'on les laisse mourir de leur belle mort, pour le cas où il y aurait un sursaut de crise.


En conclusion, la crise financière a amené une remise en cause des systèmes et des structures de pensées qui régnaient depuis les années 80's, poussant à repenser de nombreux pans de la régulation bancaire et financière, tant sur le fonctionnement des établissements que sur leur rôle. Toutefois, irons-nous vers une nouvelle régulation financière mondiale, comme semblait l'indiquer les décisions prises par le G20 ? Beaucoup s'interrogent et les pays semblent adopter chacun des mesures différentes face aux difficultés de trouver un consensus sur ces problématiques complexes. Pourtant le G20 avait émis des premiers champs d'action de réformes en prévoyant d'augmenter le capital des établissements, de surveiller les « hedge funds » et de renforcer la surveillance des produits dérivés, d'encadrer les bonus ... on peut penser que la refonte du système dépendra également de la sortie de crise. « La crise ne doit pas aboutir à un retour au « business as usual » exprimait Jean-François Coppé, lors de la journée organisée par l'AFJE sur « Crise financière, un an après : le droit peut-il rétablir la confiance ? »

Le droit pourra-t-il rétablir un système plus homogène et plus équilibré ? Telle est la question.

Dossier réalisé par Laurine Tavitian et Stéphanie Garnier

Les cabinets d'avocats pratiquant le droit bancaire et financier et partenaires du répertoire des avocats d'affaires du village de la justice : www.lawinfrance.com

Contentieux
Droit des Affaires
Droit des Sociétés
Droit Social
M&A/Private Equity
Nouvelles Technologies, IP/IT



Frédérique David • Pascale Trager-Lewis

*Erratum:
Le Cabinet TLD Legal, dont fait partie Maître Mane-Hélène Lemaître, citée page 9 de notre précédent numéro, aurait dû figurer dans la liste des cabinets à contacter pour tous services ayant trait à l'IP/IT. Les coordonnées du Cabinet TLD Legal se trouvent ci-dessous.*

TLD Legal
Avocats à la Cour - Law Offices
4, rue Crévaux 75116 - Paris
FRANCE
Tel : +33 1 78 94 58 58
Fax : +33 1 78 94 58 59
<http://www.tldlegal.com>