



Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier  
Association régie par la loi française du 1er juillet 1901

# LEGAL WATCH

European Society for Banking and Financial Law  
Association governed by the French law of 1st July 1901

*Novembre-Décembre 2009*



## NEWS

### **5ème Journée Internationale de droit bancaire et financier de l'AEDBF Monaco**

La 5ème Journée Internationale de droit bancaire et financier de l'AEDBF Monaco s'est déroulée le vendredi 23 octobre 2009 en Principauté, sous la direction scientifique de Monsieur le Professeur Philippe Neau-Leduc.

Le thème était : **Banque et Frontières : de l'effet des frontières sur le droit bancaire et financier.**

### **Colloque AFTI en partenariat avec l'AEDBF France**

L'AFTI a organisée en partenariat avec l'AEDBF France et la FBF, un colloque le jeudi 12 novembre 2009 de 14 h 30 à 18 h sur le thème : "Offre de loi sur le droit des titres". Le colloque a eu lieu à l'auditorium de la FBF à Paris.

### **Les conférences de l'AEDBF Belgique**

Un colloque relatif aux questions juridiques liées aux différentes aides apportées au secteur bancaire s'est tenu le 19 novembre 2009.

Les 4 saisons de l'AEDBF-Belgium se sont déroulées le 3 décembre 2009. Le thème portait sur le patrimoine : fiscalité et secret en évolution.

### **Petit déjeuner de l'AEDBF France**

L'AEDBF France a organisé un petit déjeuner le 3 décembre 2009 au restaurant du tribunal de commerce de Paris sur l'actualité européenne 2009/2010 dans le domaine du droit bancaire et financier et notamment les projets européens faisant suite à la crise financière. La direction scientifique a été confiée à Monsieur le Professeur Thierry Bonneau, Monsieur Alain Gourio et Madame Caroline Kostka.

## **AGENDA**

### **AEDBF Belgium : prochaines rencontres en 2009/2010**

**11 Février 2010** - Après-midi d'étude organisée par l'AEDBF dans les locaux d'Euronext Bruxelles. Au programme :

- « La rémunération de certains acteurs financiers en question » par Philippe Lambrecht, secrétaire général, FEB, Bruxelles ;
- « La responsabilité pénale des administrateurs de Banque » par Emmanuel Roger France, avocat, Verhaegen Walravens, Bruxelles et Paul Dhaeyer, juge, Tribunal de première instance, Charleroi ;
- « La responsabilité des agences de notation, juristes,... » par Françoise Lefèvre, avocat, Linklaters, Bruxelles.



## NEWS

### **5th ‘International Banking and Finance Law day’ meeting at AEDBF Monaco**

The theme will be Banking and Frontiers: Influence and effect of the frontiers on banking and financial law. Expected lectures on:

*Banking sector and frontiers*, by Mr Philippe NEAU-LEDUC, Professor at the University Montpellier I – member of the Paris Bar

*The cross-border flow of personal data in the banking field*, by Mr Eric CAPRIOLI, member of the Paris Bar – Caprioli et Associés

### **AFTI’s meeting in collaboration with AEDBF**

AFTI along with AEDBF and FBF has held a conference on the law related to securities. The event took place the 12 of november 2009 at FBF headquarter in Paris.

### **Les conférences de l’AEDBF Belgique**

A meeting regarding the legal implications of aids provided to the banking sector was held on the 19 of November 2009.

The “4 seasons” meeting organised by AEDBF-Belgium took place on the 3 of December 2009. The theme was : “ le patrimoine: fiscalité et secret en évolution”.

### **AEDBF France breakfast**

A breakfast was organised on the 3 of December at the restaurant of the Paris commercial court. The talk was focused on the European forthcoming events in 2009/2010 in the banking and financial field. Among others topics, the projects following the financial crisis were mentioned. The meeting was lead by Professor Thierry Bonneau, Mr. Alain Gourio and Mrs Caroline Kostka.



**Adoption du règlement (CE) no 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit**

Le règlement arrête, conformément au principe de subsidiarité, des mesures destinées à « garantir un haut niveau de protection des consommateurs et des investisseurs en instituant un cadre réglementaire commun concernant la qualité des notations de crédit destinées à être émises dans le marché intérieur ».

Le texte, qui fixe les conditions d'émission des notations de crédit ainsi que des règles relatives à l'organisation et à la gestion des agences, s'applique aux notations de crédit émises par des agences enregistrées dans la Communauté, communiquées au public ou diffusées sur abonnement.

Le règlement impose des obligations aux agences, dans le but de garantir l'indépendance de l'émission des notations de crédit et de prévenir les conflits d'intérêts ; celles-ci devront, en particulier, veiller à la qualification de leurs personnels et publier les méthodes, modèles et principales hypothèses de notation utilisées, une éventuelle externalisation de fonctions ne permettant pas d'« échapper » aux obligations posées par le règlement.

Des règles concernant la publication et la présentation des notations sont également posées, des publications générales et périodiques, dont un rapport annuel de transparence (art.12), imposées. La communication de ces informations au public devra se faire gratuitement.

Le règlement organise la surveillance des activités de notation de crédit, en instaurant une procédure d'enregistrement des agences et en chargeant les États membres de désigner, pour le 7 juin 2010, des autorités compétentes dotées de pouvoirs d'enquête, le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, devant, dans le même délai, définir des lignes directrices. Des mesures de coopération entre autorités compétentes ainsi qu'avec les pays tiers sont prévues. Il revient aux États de sanctionner toute violation des dispositions du règlement, la Commission européenne étant chargée d'élaborer, pour le 7 décembre 2012, un rapport d'évaluation de son application.

La plupart des dispositions du règlement entreront en vigueur le 7 décembre prochain. Au titre des dispositions transitoires, il est prévu que les agences de notation de crédit qui exerçaient déjà une activité dans la Communauté avant le 7 juin 2010 devront, si elles souhaitent poursuivre cette activité, adopter toute mesure nécessaire pour se conformer au règlement, au plus tard le 7 septembre 2010.

Pour plus d'informations : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/securities/agencies/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/securities/agencies/index_fr.htm)



### **The Wall Street Reform and Consumer Protection Act has passed the House of Representatives:**

The new legislation would:

- Give the government new powers to break up companies that threaten the economy.
- Create a new agency to oversee consumer banking transactions.
- Create a Financial Services Oversight Council made up of the Treasury secretary, Federal Reserve chairman and heads of regulatory agencies to monitor the financial markets for potential threats to nation's system.
- Limit the Fed's unilateral ability to inject large amounts of money into financial institutions.

For more information:

[http://financialservices.house.gov/Key\\_Issues/Financial\\_Regulatory\\_Reform/Financial\\_Regulatory\\_Reform.html](http://financialservices.house.gov/Key_Issues/Financial_Regulatory_Reform/Financial_Regulatory_Reform.html)

### **Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises (PME) et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers**

Les principales dispositions de la loi visent à mettre à la charge des banques l'obligation de communiquer leur notation aux petites et moyennes entreprises (PME) qui sollicitent un crédit ; de notifier par écrit, et avec un préavis, la diminution ou l'interruption de facilités accordées.

Par ailleurs, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles rendra public, chaque année, un rapport sur les placements des organismes d'assurance concourant au financement des PME, en distinguant la part investie dans le capital de celles dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché d'instruments financiers et la part de celles dont les actions sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation.

Pour plus d'informations :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021175122&dateTexte=&categorieLien=id>



**Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> Civ., 24 septembre 2009 FSPB, n°08 16345, publié au bulletin**

La banque ne peut pas considérer que l'emprunteur de 71 ans qui a souscrit un prêt pour financer l'acquisition d'un véhicule pour son fils, qui s'est rendu caution, et dont les mensualités de remboursement étaient supérieures à ses revenus ne pouvait être que pleinement conscient qu'il lui serait difficile d'honorer ses engagements.

*En se déterminant par de tels motifs dont il ne résultait pas que Mme X... eût été un emprunteur averti, quand il lui incombait de préciser si tel était, ou non, le cas et, dans la négative, si conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de Mme X... et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt. La cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil.*

Pour plus d'informations :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021079112&fastReqId=1269874303&fastPos=1>

**Cour de cassation, chambre commerciale, 20 octobre 2009, n°08 20274, publié au bulletin**

Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter.

Est ainsi censuré un arrêt qui avait condamné une banque à payer à son client une indemnité égale au montant de la dette pour manquement à son devoir de mise en garde, après avoir retenu que ce préjudice consistait pour celle-ci à devoir faire face au remboursement du crédit qui lui avait été consenti.

Pour plus d'informations :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021194820&fastReqId=1110056251&fastPos=1>

**Cour de cassation, chambre commerciale, 17 novembre 2009, n°08 70197, publié au bulletin**

Le banquier auquel il appartient de démontrer qu'il a rempli son obligation de mise en garde est dispensé de cette obligation s'il établit que son client à la qualité d'averti. Se trouve ainsi tranchée la question de la charge de la preuve de la qualité d'averti du client.

Pour plus d'informations :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021302303&fastReqId=558042474&fastPos=1>



### **Modifications des directives “finalité des paiements” et garanties financières**

La directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres ainsi que la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière ont été modifiées par une directive 2009/44/CE.

La directive 2009/44/CE clarifie et simplifie le concept de *système interopérable* ainsi que la *responsabilité des opérateurs de tels systèmes*. Elle étend également le champ d'application des garanties financières pour y inclure *les créances découlant de conventions de crédit, pour sûreté des opérations de crédit de l'Eurosystème*. On soulignera que dans la mesure où ce texte ne retient pas de règle spécifique de conflit de loi en matière de validité et d'opposabilité des garanties financières sur créances, le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui doit entrer en vigueur le 17 décembre 2009, devrait être applicable aux nantissements et propriétés-sûretés sur de telles créances.

### **Settlement Finality Directive and Financial Collateral Directive amended**

Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems (SFD) and Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements (FCD) have been amended by Directive 2009/44/EC.

The amendments aim to clarify and simplify the concept of an *interoperable system* and the *responsibility of systems operators*. The scope of financial collateral arrangements has also been extended to include *credit claims as an eligible type of collateral for Eurosystem credit operations*. As these amendments do not contain a specific Conflict of Law rule regarding the validity and the enforceability of financial collateral on credit claims, the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligation, which will come into effect on 17 December 2009, shall be applicable to pledges or title transfer based on the FCD.

### **Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, 27 octobre 2009 arrêt GECINA.**

#### **Action de concert. Affinement du concept de « politique commune » des concertistes vis-à-vis de la société GECINA**

Cette politique ne s'entend pas de celle de la société en cause, mais de la politique, de la stratégie, des concertistes à l'égard de la société elle-même. En l'occurrence, la politique commune vis-à-vis de la société consistait « à faire procéder à une suite d'opérations, incluant le projet d'offre publique de rachat, dans le dessein de réaliser la séparation de l'ensemble constitué par les sociétés Metrovacesa et Gecina par la répartition du patrimoine de ces deux sociétés au profit de deux groupes d'actionnaires distincts, [les concertistes] ayant vocation à concentrer l'essentiel de leur investissement dans la société Gecina ».

Plus précisément encore, la politique commune des concertistes peut n'être que temporaire, à condition qu'il ne s'agisse pas non plus d'un simple accord ponctuel. La chambre commerciale approuve ce point pour la détermination de l'action de concert et relève, de même que la cour de Paris, « que cette politique commune, par elle-même exclusive d'un accord ponctuel, s'inscrit dans la stratégie explicitement annoncée par le préambule de cet accord et [...] qu'il importe peu qu'elle ne soit mise en œuvre que de manière temporaire ».



**(AUSTRALIA) Supreme Court of Victoria: *Primebroker Securities v. Fortis Clearing Sydney Pty Ltd* (28 August 2009):**

**Applicability of netting provisions while the agreement contains a flawed assets clause.**

This recent decision considers the interaction between a so called flawed-asset provision\* and close-out netting rights under a securities lending agreement in circumstances where one of the parties was the subject of a receivership.

The court found that close-out netting can operate in respect of obligations subject to flawed-asset provision.

The case concerns arrangements between the parties pursuant to which Fortis lent money to Primebroker under a credit facility agreement and borrowed securities from Primebroker under an amended form of Australian market-standard securities lending documentation (AMSLA). The parties had agreed that the two documents formed a single contractual agreement.

The terms of the securities-lending agreement provided for an absolute transfer to Fortis of title to the borrowed securities and placed a contractual obligation on Fortis to deliver to Primebroker at an agreed point in time the future securities equivalent to those borrowed. However, the parties had agreed to relieve Fortis from any corresponding obligation to transfer collateral to Primebroker.

On receiving notice of the appointment of receivers (constitutive of an event of default), Fortis purported to exercise a power of sale under the credit facility agreement to sell securities that it had borrowed from Primebroker and to apply the proceeds of that sale to satisfy Primebroker's debt under the credit facility. Primebroker challenged Fortis's actions in the Supreme Court of Victoria, claiming that its contractual agreement provided for a process of close-out netting to apply to determine the net position of the parties in an event of default.

The court rejected Fortis's submission that the securities that it borrowed under the securities-lending agreement were assets of Primebroker, the court applied the recent decision of the Federal Court of Australia (in *Beconwood Securities Pty v Australia and New Zealand Banking Group*) to hold the parties to the terms of their agreement, stating: "When Fortis borrowed the securities there was an outright transfer of property such as occurs in an absolute sale... it was, in my view, the clear intention of the parties that Primebroker would not retain any equity in the securities loaned to Fortis... To characterise the securities as an asset of Primebroker held by Fortis as security for a loan is to ignore the terms of the agreement under which the securities were transferred to Fortis. Primebroker was not a mortgagor of the securities. Fortis was not a mortgagee. Primebroker disposed of its right, title and interest in the securities to Fortis. It only had a conditional contractual right to the delivery of substitute securities. It had no right of redemption".

Regarding Fortis's submission that the flawed-asset provision was drafted such that, in an event of default, Fortis's obligation to deliver to Primebroker securities equivalent to those borrowed did not arise and, therefore, could not be accelerated, valued and set off under the close-out netting provisions. The court found that the flawed asset provision did not "entirely eliminate" the obligation of Fortis to deliver to Primebroker securities equivalent to those borrowed. Rather, in the court's view, the flawed asset provision made the performance of that obligation conditional upon no event of default having occurred.

The court found that the close-out netting provisions did not require actual delivery of the securities equivalent to those borrowed in order to arrive at the net amount owing between the parties and, as a result, the presence of the flawed-asset provision did not affect the operation of close-out netting.

\* *"the Borrower's obligation to redeliver Equivalent Securities... is conditional. Notwithstanding... any other provision of this Agreement an obligation on the Borrower to redeliver Equivalent Securities... does not arise if, at the relevant time, any of the following exist: (c) ... any Event of Default in relation to (Primebroker) has occurred..."*

<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/vic/VICSC/2009/364.html?query=^primebrokers>



**CJCE 23 avril 2009 (affaire C-509/07) : Crédit à la consommation – recours du consommateur à l'encontre du prêteur en cas d'inexécution du contrat principal**

L'article 11, § 2, de la directive 87/102 sur le crédit à la consommation, doit être interprété en ce sens que l'existence d'un accord entre le prêteur et le fournisseur, sur la base duquel un prêt est octroyé exclusivement par ce prêteur aux clients de ce fournisseur, n'est pas une condition nécessaire du droit pour ces clients d'agir à l'encontre dudit prêteur en cas d'inexécution des obligations incombant audit fournisseur afin d'obtenir la résolution du contrat de prêt et la restitution subséquente des sommes versées à l'organisme de financement.

Le fait de soumettre l'exercice de tout droit de recours du consommateur à l'encontre du prêteur à la condition de l'existence d'une clause d'exclusivité entre ce prêteur et le fournisseur se heurterait à l'objectif de la directive 87/102 qui est, en premier lieu, celui de protéger le consommateur en tant que partie contractante la plus faible.

**CJCE 24 septembre 2009 (affaires jointes C-125/07, C-133/07, C-135/07 et C-137/07) : Ententes – fixation par des banques autrichiennes des taux créditeurs et débiteurs – affaire dite « Club Lombard »**

La Cour de justice rejette les pourvois formés par quatre banques autrichiennes demandant l'annulation de la décision du TPICE du 14 décembre 2006. Elle confirme que l'accord en cause a pu avoir des effets de cloisonnement du marché et a été susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, elle se prononce également sur l'imputation de la responsabilité de l'infraction entre société mère et filiale.



## INFORMATIONS DIVERSES

### Comités nationaux

La liste des Comités nationaux ainsi que leurs coordonnées est présente sur le site internet de l'AEDBF à l'adresse suivante :

<http://www.aedbf.eu/index.php?id=comite>

### Revue EUREDIA

EUREDIA est une revue trimestrielle, en langue française et anglaise, publiée aux Editions Bruylant, sous l'égide de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier, l'Institut de Droit et d'Economie des Affaires (IDEA) de l'Université Lyon 3 et le Centre Européen de Recherches en Banque et Finance.

Abonnement à : Etablissements Emile BRUYLANT SA Rue de la Régence 67 B-100 Bruxelles  
abt@bruylant.be. Cotisation : 200€

### Prix de thèse AEDBF France

L'AEDBF France, a institué un prix dénommé "**Prix de l'AEDBF-France 2010**" visant à récompenser des thèses de droit bancaire, financier ou boursier de langue française constituant un travail de recherche approfondi et original répondant aux besoins des professionnels du droit ou un ouvrage inédit.

Vous trouverez plus d'informations sur ce prix ainsi que les prix de thèse des années précédentes sur le site internet de l'AEDBF France :

[www.aedbf.asso.fr](http://www.aedbf.asso.fr)

### Les cahiers de AEDBF Belgique : nouvelle publication

#### Le droit pénal financier en marche

(Édition 2009 - 512 pages - 91 €(+ 4,5 €de frais de port))

Ouvrage collectif sous la direction de B. Feron, A.-S. Pijcke, J.-P. Schuermans et B. Tavernier

Pour plus d'informations, consultez la [table des matières](#) de cet ouvrage sur le site de l'éditeur. Vous

pouvez commander ce titre par fax : 010 39 00 01, par mail : [commande@anthemis.be](mailto:commande@anthemis.be) ou via le site de l'éditeur : [www.anthemis.be](http://www.anthemis.be).

## OTHER INFORMATION

### National Committees

The list of the national Committees as well as their address and phone numbers are present on the web site of the AEDBF at the following address:

<http://www.aedbf.eu/index.php?id=comite>

### EUREDIA Review

EUREDIA is a quarterly review in French and English languages, published in the Bruylant Editions, under the aegis of the European Association for the Banking and Financial Law, the Institute of Law and Economy of the Business (IDEA) of the University Lyon 3 and the European Centre of Researches in Bank and Finance.

Subscription at: Etablissements Emile BRUYLANT SA Rue de la Régence 67 B-100 Bruxelles  
abt@bruylant.be fees 200€