Ex : si la banque a 1 milliard de fond propre. Elle peut prêter 12,5 milliard d'euros.

Ce chiffre parait considérable. Jusqu'en 1988, il n'y avait pas d'harmonisation internationale. L'effet de levier variait selon les pays.
La France assez prudente utilisait avant 1988, un effet de levier de cet ordre. Dans d'autre pays, on cherchait à courir beaucoup plus vite, à la recherche de la croissance, comme le Japon➔ Au Japon le ratio était de 3%.
L'effet de levier est de 33,3. Donc elle pouvait prêter 33,3 fois le montant de leur fonds propres.
Dans le courant des années 80, la BRI (banque de règlements internationaux) a trouvé préoccupante cette situation.
La BRI a son siège en Suisse Bâle.
Un comité d'expert présidé par Cooke a trouvé que le meilleur ratio était de 8%.
Si l'effet de levier est moindre, c'est de l'argent qui pouvait être distribué et qui ne l'est pas.
En 1988, la norme est adoptée dans le monde.
Le lendemain, tous les pays du monde ont dû adopter ce ratio.
➔Lorsque le ratio est atteint, on ne peut plus prêter d'argent.
Le Japon a mis plus de dix ans à s'en remettre.

La banque doit attendre que les clients remboursent. Cela peut provoquer l'effondrement du crédit.
La banque a deux possibilités :

- Soit elle attend que les clients remboursent. (Ce n'est pas une bonne solution).
- La banque augmente ses fonds propres. Elle fait appel aux marchés. Elle va lever en bourse de l'argent pour augmenter ses fonds propres. ➔Cela a commencé en 2008.

Les banques ont alors augmenté leurs fonds propres et peuvent de nouveau prêter.

De 1986 à 2008, des produits sophistiqués ont vu le jour. ➔ On les appelle **des produits dérivés.**
Ces produits ont été inventés par les banquiers, surtout à partir des années 90.
L'origine de l'apparition de ces produits, repose sur le perfectionnement des mathématiques financières, le développement de l'informatique et l'apparition d'internet.
Dans les produits dérivés il y a aussi un effet de levier.

La banque fait ce qu'elle veut avec les produits dérivés.
Ces produits dérivés ont permis aux banques de fausser le calcul du ratio COOK. Elles ont triché.
Les risques étaient plus grands. L'utilisation de ces produits dérivés permettait de masquer les pratiques frauduleuses des banques.
Les autorités de contrôle se sont rendu compte de ce mécanisme.
En 2006 on a eut une réforme du ratio Cook. ➔ L'entrée en vigueur mondiale a eu lieu en 2007. On appelle le nouveau texte *Bâle 2.*

- ⇨ C'est toujours le même ratio de 8%, mais la façon de calcul est différente.

Bâle 2 a été un désastre. Les problèmes apparaissent après. Elles ont accentué les libertés données aux banques. Il y avait de mauvaises règles.

On est en train de préparer un texte *« Bâle 3 ».* Les autorités de contrôle considèrent qu'il faut changer les règles.

On a plus de marge de manœuvre. L'alternative est la suivante :

- Soit on réduit l'effet de levier, les banques peuvent moins prêter de l'argent.
- Soit on fait des règles variables.

Quand c'est la crise, on permet un effet de levier important, quand l'économie va bien, on réduit.

Il y a une autre possibilité, c'est de changer les règles de calcul. On fait un calcul différent.
Cela entrainait une destruction de fonds propres. ➔ On a une très grande instabilité.

On comprend donc pourquoi le métier de la banque est dangereux.
Ces considérations économiques entrainent une très grande instabilité de la matière, c'est un droit très instable.
Il y a trois changements majeurs par rapport à l'année dernière.

- L'entrée en vigueur en novembre 2009 d'une directive communautaire qui change le visage du droit bancaire. On l'appelle la DSP. (Directive sur les services de paiement.)

- Le droit du crédit à la consommation doit changer cette année. Les nouveaux textes doivent entrer en vigueur cette année.

-Une ordonnance du 21 janvier 2010 vient de complètement changer l'organisation des autorités de contrôle en France.
Cette ordonnance est la conséquence d'un arrêt de la CEDH qui a condamné la France le 11 juin 2009.
On l'appelle Affaire DUBUS contre France. 10 ans de procédure.

Bulletin jolie bourse publié 2009 page 388.

L'arrêt DUBUS contre France a entrainé la condamnation de la France pour le mauvais fonctionnement de l'autorité de contrôle en droit bancaire. Le conseil d'état avait estimé que le contrôle était parfait.
L'autorité de contrôle c'était **la commission bancaire.** (Gendarmes des banques.)

Dans la note, l'urgence pour la France est de réécrire les textes relatifs aux commissions bancaires.
Il y a eut un choix politique regrettable. Le pouvoir en place a décidé de faire une opération, de créer une nouvelle autorité, **l'autorité de contrôle prudentiel**, qui est la fusion de quatre autorités.

Les autorités en question il y avait la commission bancaire, la CECEI, et deux autres en droit des assurances.
Ces quatre autorités disparaissent et on mélange tout.

On a donc une très grande instabilité. C'est dû à la crise économique.

L'évolution ainsi décrite, et sa disparition renvoie une problématique plus générale. Cet élément repose sur un adage. « *Un métier, une règle, une autorité* ».

Cet adage est lié à l'histoire, c'est le fruit direct. L'origine de cet adage, c'est le crack de 1929.
L'une des causes du crack de 1929 était l'absence de cet adage.
Ce principe n'existait pas. Si cette règle n'existe pas, les banques peuvent faire tout et n'importe quoi.
Lorsque l'adage s'applique, la même banque n'a pas le droit de faire les deux métiers à la foi.

Avant 1929, aux USA, les banques n'étaient pas cloisonnées. Il n'y avait pas de règle spécifique.
Il n'y avait pas non plus d'autorité spécifique.
On a une accumulation des risques. Cela a contribué au crack de 1929.

Au lendemain de 1929, on tire les conséquences de la crise.

En 1933 et 1934 consacre l'adage, un métier, une règle, une autorité. ➔ *« Loi Fédéral security acte, et glass steagall act.*
Cet adage va durer jusqu'en 2000. La France adopte aussi cet adage. ➔ Ce principe sera transposé dans le droit Français.

On va distinguer les différents métiers. Banque, assurance, finance. On les distingue. Au sein de ces différents métiers, on va avoir d'autre métier, le droit bancaire :
-On a la banque de dépôt
-la banque financière.

On a aussi des autorités spécifiques pour chaque métier. Pour le droit bancaire, avant la réforme, il y avait au moins trois autorités pour le droit bancaire.
Aujourd'hui il y en a plus qu'une.

On constate depuis 2000, une inversion des règles adoptées au lendemain du crack de 29. ➔On a oublié les leçons d'histoires.
Il y a une raison : Alan Greisman, c'est l'ancien président de la banque fédérale américaine.
Au début des années 2000, Alan Greisman obtient aux USA le démentiellement de l'adage. C'est fait délibérément. Pour permettre aux banques de faire tout et n'importe quoi.
Il agissait **à la demande des fonds de couverture américains. Ce sont des fonds spéculatifs qui utilisent des effets de levier très élevés.**
II a agit de la sorte pour venir en aide à ces fonds, et permettre aux banques de faire tous les métiers et de financer tous ces fonds.
Comme d'habitude on a imité ce que faisaient les américains, et le même processus est appliqué en France.

Au lieu d'avoir plusieurs autorités, on décide de créer une super autorité à l'américaine.
Un contresens d'autant plus remarquable, que de revenir à l'adage une règle, un métier, une autorité.
En d'autre terme, les évènements récents montrent qu'il est périlleux d'oublier les leçons d'histoire.

Les tendances d'aujourd'hui : il y a un lien entre les droits juridiques et les conséquences économiques.

De cette évolution historique, il reste certaine trace.

TITRE 1 : Les opérateurs.

Ce sont les banques. C'est un terme courant qui ne correspond pas forcément. Il y avait qu'un seul opérateur, désormais, il y en a deux.
Les banques, établissement de crédit (terme technique) et depuis la directive, il y a à coté **les prestataires de service de paiement (PSP).**
Cela date du 13 novembre 2007, transposée en France par une ordonnance du 15 juillet 2009 et les nouveaux textes entrent en vigueur le 1 novembre 2009.

Il faut donc des contrôles en amont. Il faut que l'accès au métier de la banque ne soit pas libre. Ces exigences vont se réaliser à travers l'agrément bancaire dont le corolaire est le monopole bancaire et le droit bancaire est fortement marqué par le droit communautaire aussi bien pour les opérateurs que pour les établissements.

Chapitre 1 : L'agrément bancaire.

C'est une autorisation délivrée par une autorité de contrôle, autorisation d'exercer tel ou tel métier de la banque.
L'agrément s'inscrit donc directement dans l'adage, un métier, une règle, un métier.

1) Règle de la spécialité de l'agrément.

Au-delà du caractère technique, ces règles sont les fruits de l'histoire. C'est la traduction technique de ces règles dans le droit.
Dans la banque, il y a plusieurs métiers, à chaque métier, son agrément. L'agrément est un préalable. A chaque métier son agrément.
Jusqu'à la DSP, le principe de la spécialité de l'agrément se rattachait aux établissements de crédit.
➔ **Maintenant il faut distinguer les établissements de crédit et les prestataires de service de paiement.**

Pour les établissements de crédit, le CMF prévoit 5 catégories. Art L511-9. On a :
- La banque
- La banque mutualiste
- Les caisses de crédit municipal
- les sociétés financières
- Les institutions financières spécialisées.

Ces établissements de crédit ont le droit de faire des opérations de banque, dès lors qu'elles ont l'agrément, et en parallèle depuis la DSP, les prestataires de service de paiement ont le droit de proposer des services de paiement, des opérations de paiement.

Pour les opérations de banques➔ L'article L 311-1 du CMF. *Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, la mise à disposition au profit des clients des moyens de paiement, et enfin, la gestion des moyens de paiement.*

Tout ca, ce sont des services bancaires de paiement. **Ces services bancaires, à cause de la directive, doivent être distingués des services de paiement.**

Les prestataires de service de paiement : MAJ importante.
Les autorités communautaires ont considéré à juste titre que le secteur bancaire en Europe souffrait d'un manque de concurrence.

Les fusions ont eut pour conséquence que certain groupe détienne plus de 50% des parts du marché.
Il y avait deux possibilités pour ce manque de concurrence :
- Favoriser les opérations en bourse entre banque et l'arrivée d'opérateur étranger.
- Créer les prestataires de service de paiement (PSP). Ce sont des banques au rabais, de petites banques, leur service sont réduits.

Les services que peuvent proposer les PSP sont limités au service de paiement, et les services de paiement ne sont pas les services bancaires de paiement des banques.

Article L314-1 CMF : *Les établissements de paiement PSP peuvent proposer des services de paiement qui se rattachent à des comptes de paiement.*
C'est une qualification juridique. Service de paiement à l'exclusion de tout compte d'épargne, service de paiement auquel se rattache les services connexes.
Il s'agit uniquement des paiements électroniques pour les services de paiement. **Tout paiement matériel papier est impossible sur un compte de paiement.**

Les prestataires de paiement n'ont pas le droit de prêter de l'argent. Il ne faut pas compter sur un prestataire de paiement.
De manière dérogatoire, **les prestataires de services de paiement peuvent prêter de l'argent, mais pour des durées très courtes, inférieur à 12 mois, et en plus uniquement sur des fonds propres.**

Les frais proposés par les prestataires de service de paiement seront plus réduits.

- ⇨ C'est une illusion de croire que ce nouveau dispositif introduira des concurrences. Ce seront des filiales des banques.

En d'autre terme. Pour un résultat inexistant, on a profondément modifié le droit bancaire, on a modifié la physionomie du monopôle bancaire.

2) Les paramètres de délivrance.

Le candidat, celui qui veut entreprendre les métiers de la banque doit remplir **un dossier**, auprès de l'autorité compétente. Toutes les exigences de la loi doivent être satisfaites. Dans ce cas l'autorité délivrera l'agrément.
En début d'année, on a appris que des entreprises françaises, curieuse du comportement des banques, ont envisagé de créer leur propre banque.

On regarde :
-La qualité de l'actionnariat et des dirigeants.
-La conformité de l'activité envisagée avec l'objet de l'agrément demandé.
-l'adéquation de la forme juridique du candidat avec l'activité sollicité.
-L'adéquation entre l'activité envisagée et les moyens techniques, personnels, informatiques.

L'administration centrale de l'établissement de crédit agrée doit être sur le même territoire national que le siège statutaire.
➔Le siège réel doit être dans le même état que le siège statutaire. On admet la dissociation entre siège réel et siège statutaire pour des raisons de sécurité.

S'agissant de la forme juridique. Certaine forme sont interdites. ➔ *Les entreprises personnelles, la SARL, c'est impossibles.*
Il faut une SA avec un capital social de 5 millions d'euros.
Le candidat doit justifier des moyens techniques et financiers. Personnel compétent et suffisant. Justifier l'existence des systèmes de contrôles internes, des multiples systèmes de contrôle interne, les logiciels informatiques.

*Certaines règles relatives aux dirigeants : Il doit y en avoir deux. La règle des 4 yeux. Les deux dirigeants vont se surveiller mutuellement.
Il n'y a pas de condition de nationalité pour être dirigeant de banque française.
En revanche, il y a des conditions d'honorabilité, d'expérience, de compétence et des interdictions d'exercice pour les personnes condamnées à des peines de crime et également des personnes condamnées à des peines pour blanchiment.

Ces différentes conditions ont développé une énorme polémique.
La fusion entre caisse d'épargne et banque populaire. Cette fusion a été réalisée par une loi du 18 juin 2009 relative à l'organe central de caisse d'épargne et des banques populaires. Dans le courant des années 2000, les banques populaires ont introduit en bourse une banque, qui s'appelait au départ Natexis. C'était une banque d'investissement. Ensuite ca devient natixis, filiale commune des banques populaires et des caisses d'épargne.

Les dirigeants de *Natixis* ont fait n'importe quoi, une incompétence incroyable. Il y a eut beaucoup de perte.
Le court de bourse a chuté.
La Commission bancaire a infligé une amende exemplaire à la caisse d'épargne tant l'incompétence était grave.
La Commission bancaire a rendu public la décision.

On a donc eut la fusion entre banque populaire et caisse d'épargne. Les plaintes ont été déposées au pénal auprès du juge d'instruction.

Affaire *Perol.*
Parmi les interdictions frappant les dirigeants, il y a une interdiction qui frappe les fonctionnaires.
Les hauts fonctionnaires qui présentent des risques de conflit d'intérêt avec telle entreprise car ils l'aient ont surveillé ➔ n'ont pas le droit d'en devenir les dirigeants.
Il y a un temps de latence.
Pour cette fusion, c'est le chef de l'état qui a décidé qui devait être le président. Il a désigné *Perol.*
Il existe en France une commission de déontologie dont le rôle est de rendre un avis sur les risques de conflit d'intérêt.
Précisément, la commission n'a pas été saisie. Cela a déclenché un scandale. Il y en a deux qui ont démissionné, et il y a eut un problème car la Commission ne pouvait pas s'auto saisir.
La Commission n'a pas pu rendre d'avis. Les syndicats ont déposé plainte au pénal.
Monde 12 mars 2009, Monde 21 mai 2009.
Même Dalloz 2009 p.2121.

Cette affaire n'est pas close, elle va durer des années. L'image donnée à l'étranger est désastreuse.

De nombreuses exigences qui doivent garantir le sérieux de l'établissement et il est dangereux de ne pas respecter les règles.

Toutes ces conditions entourent l'agrément.
En cas de défaut de conformité entre l'activité et l'agrément, ➔ **c'est un délit pénal**. Le recours au droit pénal indique la gravité des enjeux en présence.
L'agrément obéit à un principe de permanence. La banque doit respecter les paramètres. Ce n'est pas délivré une fois pour toute.
Si jamais des paramètres venaient à changer, cela exposerait la banque à des sanctions pénales.

La fameuse affaire de l'écureuil a révélé que cette banque ne prenait pas assez de précaution avec les risques.
La mesure de ces risques passe par des logiciels informatiques, **les stress test.**
Ils ont pour objectif de mesurer la solidité de la banque en fonction d'un certain nombre de choc qui lui tomberait dessus.
On simule des crises.
L'affaire de la caisse d'épargne avait révélé que cette banque ne respectait pas les exigences du stress test, et l'outil informatique de la caisse d'épargne était obsolète.

L'arrêté du 5 mai 2009 est relatif à la mise en place détaillée de ces stress test pour les banques françaises. Test de liquidité.

Toutes les exigences, cela passe par les logiciels, tout dépend de la performance des logiciels.

3) La délivrance de l'agrément.

Jusqu'à l'ordonnance du 21 janvier 2010, l'agrément était délivré par le CECEI (**Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement**). Il était en charge d'examiner le dossier, de vérifier les conditions et devait délivrer l'agrément. C'était un organisme critiqué. Opacité, absence de règlement intérieur, absence de publicité des décisions du CECEI. La doctrine critiquait son fonctionnement. D'un point de vue économique, deux fusions bancaires ont révélé l'absence d'indépendance du CECEI vis-à-vis du pouvoir.
La tentative de fusion BNP société générale à cause du CECEI
La tentative de fusion entre crédit agricole et crédit lyonnais.
Le CECEI a été supprimé, et le principe même, les institutions continuent d'exister.
C'est toujours l'article L511-14.

On a douze mois pour délivrer l'agrément, et il est délivré maintenant par l'ACP. Le texte n'a pas changé, seul change le nom de l'autorité de contrôle prudentiel.
L'autorité de contrôle va vérifier que l'ensemble des conditions sont bien remplies. Pour les dirigeants il existe un fichier, *le FIDEC.*
Au terme de l'examen du dossier, on a trois possibilités :

- Soit la délivrance pure et simple de l'agrément, c'est-à-dire sans condition.
- Le refus pur et simple d'agrément.
- Un agrément conditionnel. L'agrément est délivré sous condition de réalisation de telle ou telle opération.

Pour la première hypothèse, il n'y aura pas de recours. Pour les deux autres, les recours sont possibles. ➔ **C'est la procédure en excès de pouvoir.**

Exemple de condition théorique. L'engagement de conservation durable et participation dans le capital.
Une répartition paritaire du capital
L'existence d'un bloc majoritaire.

Ex : La fameuse fusion crédit agricole, crédit lyonnais.

C'est une affaire pathétique. La première affaire de fusion*, BNP paribas et société générale*, cette fusion a révélé des limites dans le droit français, des défauts.
Des textes ont été pris. L'affaire *crédit lyonnais-crédit agricole* a révélé que la réécriture des textes n'avait pas atteint ses objectifs.
Après cette affaire, il a fallu à nouveau réécrire la loi pour tenir compte des défauts.
Le crédit agricole s'introduit en bourse. C'est une belle réussite. C'est pour lancer des OPA sur d'autres banques.
Le problème c'est que si la fusion allait jusqu'à son terme, les syndicats très hostile à la fusion font un recours devant le conseil d'état pour contester la délivrance de l'agrément.
Au mois de mars, en 2003, le ministre de la justice rend une réponse ministérielle dans laquelle il dit que l'autorité de contrôle est compétente pour se prononcer sur les conséquences de la fusion.
Le CECEI oblige crédit agricole à céder un certains nombre d'agence dans les endroits les plus atteint.

Le conseil d'état a rendu son arrêt le 14 mai 2003, il valide l'agrément et toutes les conditions accessoires ont été annulées.
Le conseil d'état a considéré que l'autorité de contrôle était incompétente pour apprécier les effets de la fusion en termes de compétence.

4) La portée de l'agrément.

L'agrément donne le droit au professionnel d'exercer le métier sollicité dans le périmètre délimité.
Si c'est un agrément de service bancaire, ca vise les services bancaires, si c'est service de paiement c'est uniquement service de paiement.

Les activités incluses sont à la fois les activités principales, et ce qu'on appelle aussi les services connexes.
L'agrément permet d'exercer ces deux types de service. ➔Si le service principal est une opération de crédit, les services connexes portent sur le conseil en investissement.
Le CMF détaille les services connexes. C'est une liste fastidieuse, L311-2 du CMF.
Le titulaire de l'agrément a le droit d'exercer les activités en relation avec l'agrément et pas au-delà.
S'il le fait, il y a infraction pénale, et risque de sanctions disciplinaires.
L'agrément est dit unique : On l'appelle aussi le passeport unique européen.

Cela ne remet pas en cause la règle de spécialité. Cela signifie qu'il faut autant d'agrément que d'activité.
L'agrément délivré vaut à l'intérieur de toute l'Europe.
C'est unique quant à sa portée territoriale.
Cela signifie qu'une banque qui obtient l'agrément dans n'importe quel pays de l'union européenne est nécessairement reconnue dans tous les autres pays de l'union. Ils n'ont pas le droit de s'opposer à son activité. Il y a une portée extra territoriale de l'agrément, mais aussi dans tous les autres pays de l'union européenne.
Elle a été mise en place progressivement. Cela a contribué à l'apparition d'opérations bancaires au niveau européen.

Chapitre 2 : Le monopôle bancaire.

Le métier de la banque est un métier protégé par le monopôle. La condition d'accès c'est la délivrance préalable de l'agrément. Il y a donc monopole sanctionné pénalement.
Les raisons sont évidentes, les métiers sont dangereux, et les sanctions doivent être dissuasives. Depuis la DSP, le monopole bancaire se subdivise. On peut envisager deux noyaux. Un noyau dur, les services bancaires proprement dit et ensuite une périphérie, les services de paiement, qui se rattache à un compte de paiement et qui ne peuvent porter que sur des paiements dématérialisés.

Le monopole bancaire nécessite des précisions quant à son objet, les exceptions et les sanctions.

1) Objet du monopole.

C'est l'article L511-5 du CMF. Pour les services bancaires, toutes les opérations de banque, pour les services de paiement, tous les services de paiement. Il y a plusieurs conditions d'application. Il faut prendre en compte le principe de spécialité de l'agrément, c'est un point délicat que l'on retrouvera par la suite.
La combinaison de deux critères qui vont délimiter la portée du monopole.
Les deux critères sont les suivants, c'est l'idée d'habitude et le caractère onéreux.

Les deux conditions sont cumulatives. Le monopole bancaire joue, apparaît, lorsque les deux conditions sont remplies.
Si l'une des conditions fait défaut, il n'y a pas de monopole bancaire. Ce point concerne surtout l'octroi de prêt.
Qui a le droit de prêter de l'argent ?
Si l'opération relève du monopole bancaire, seules les banques ont le droit de prêter de l'argent. Si le prêt ne rempli pas les deux conditions citées, le monopole bancaire ne s'applique pas et toutes

personnes capables, et qui a les moyens, peut prêter de l'argent alors que l'une des deux conditions fait défaut.
Un particulier a le droit légalement de prêter de l'argent à quelqu'un sans commettre de délit pénal dans les hypothèses suivantes. Soit c'est un prêt.
Soit il y a une rémunération, il y a un intérêt, mais il ne faut pas qu'il y ait répétition.

Sur ce point, la Cour de Cassation se montre très sévère. Deux fois suffisent.
Ces conditions qui posent un certain nombre de difficulté en jurisprudence.

2) L'existence d'exceptions au monopole.

La loi pour différentes raisons a prévu un certain nombre d'exception, qui ont pour conséquence de permettre à certaines personnes, à condition de relever expressément les détails de la loi, de prêter de l'argent avec une rémunération, sans qu'il y ait infraction pénale. Ces personnes ne sont pas des banques.
Les exceptions figurent aux articles L511-6 et suivants.
Il y a une exception générale en faveur des compagnies d'assurance.
Société de réassurance, organisme agrée qui relève du code de la mutualité, les fonds communs de créance, et ce qu'on appelle les OPCVM.
Les compagnies d'assurance peuvent prêter de l'argent de manière régulière sans enfreindre le monopole bancaire.

Il existe une série d'exception particulière : Les organismes sans but lucratif qui accordent des prêts sur leurs ressources propres.

- Les avances sur salaire consentie par l'employeur à ses salariés.
- Le crédit inter-entreprise (délai de paiement consentis).
- Les opérations de trésorerie consentie à l'intérieur d'un groupe de société.

Il existe encore d'autres exceptions.

Le 18 février 2010.

Les délais de paiement consentis s'apparentent à un crédit. Avant c'était 90 jours, ➔ désormais c'est 60 jours.

Les opérations de trésorerie consentie à l'intérieur d'un groupe de société. La chambre criminelle a largement contribué à cette dérogation. Cela remonte à 1985, elle a accepté que l'existence d'un groupe de société est une notion justificative de prêts consentis par certaines sociétés du groupe à d'autre, à condition que cela ne mette pas en péril la société qui prête l'argent.
Cette jurisprudence est ainsi compréhensive et facilite les opérations de trésorerie au sein des groupes de société.
D'autres dérogations sont à citer. ➔*Un décret du 12 juin 2009* a étendu *le champ des dérogations s'agissant des opérations de crédit consenties par les fondations reconnues d'utilité publique.*
On assiste à un désengagement de financement public.

Ex : Dans le dossier *Liliane Bétancourt* contre sa fille.
Une donation d'un milliard d'euros à été faite à un journaliste.
Récemment, elle vient de donner 500 millions d'euros à une fondation.

Ce dispositif vaut également pour les associations reconnues d'utilité publique, dans but lucratif. Il y a une finalité sociale, il s'agit de création ou développement d'entreprise, ou pour la réalisation de projet d'insertion par des personnes physiques.
Le texte n'est pas anodin, on voit que la logique c'est la substitution de financement privé pour des missions sociales.
Des fonds privé prennent la place de l'état.

Il y a encore deux dérogations :
-L'émission **de bons d'achat ou de carte privative des commerçants**.
-Une société commerçante, **l'émission de moyen de paiement au profit de la clientèle du magasin**.

On constate ainsi qu'il existe de nombreuses dérogations au monopôle bancaire, qui s'expliquent de manières différentes.
➔Faciliter les opérations de trésorerie au sein des groupes, le fonctionnement des compagnies d'assurance, des missions à finalité sociale, et la captation de clientèle pour les supermarchés.

3) Sanctions pénales et civiles.

Sur la question des sanctions, il y a une sanction qui n'est pas discutée et une sanction qui a donné lieu à une controverse.

On mesure l'importance de la notion, d'une notion aux sanctions qui sont prévues, à leur efficacité.
La sanction non contestée, ➔ c'est la sanction pénale. C'est le délit d'exercice illégal de la profession de banquier, cela ne pose pas de difficulté, *L571-3 du CMF.*
Il suffit de la répétition de prêt à titre onéreux de la part de quelqu'un qui n'a pas l'agrément.
La sanction pénale est efficace et dissuasive.

Mais, la loi n'a rien dit sur les conséquences civiles. (C'est la sanction qui pose problème).
En cas d'exercice illégal de la profession de banquier, la qualification pénale peut elle entrainer la nullité de l'opération ? Va-t-elle rejaillir ? Le contrat de prêt est-il valable ?
Pendant très longtemps la Cour de Cassation a apporté une réponse négative à cette question, ce qui signifie *que même en cas de condamnation pénale, les prêts illégaux étaient valables.*

➔Cela entrainait des conséquences très choquantes. Cela concernait les notaires. Ils ont une forte trésorerie, ils pensent pouvoir consentir des prêts rémunérés à des clientèles.
Ex : Ils voulaient prêter avec un taux d'intérêt de 30 à 50%.
Le prêteur sur gage ne prêtait qu'à ceux qui avaient des biens. Au bout d'un an, l'emprunteur ne pouvait pas rembourser, et s'attribuait donc leurs biens immobiliers.
En dépit des poursuites pénales, la Cour de Cassation admettait cela.

Il a fallu attendre 1991 pour que cette aberration juridique cesse.
Arrêt de la *Chambre commerciale 19 novembre 1991* publié au Dalloz 93, sommaire page 53.
A compter de cette date, le principe est que même en l'absence de disposition expresse, le prêt est illégal et il est frappé d'une nullité absolue du prêt.

Le raisonnement juridique est le suivant :
En droit civil, les **nullités ne sont pas textuelles**, elles sont virtuelles. En droit des contrats il n'y a pas besoin d'un texte. C'est qu'en droit processuel qu'il faut que ce soit prévu.

La deuxième raison, c'est **qu'un contrat qui a pour finalité la commission d'une infraction pénale, a nécessairement une cause illicite**. La finalité du contrat en question, c'est la cause illicite.
Cette évidence, il a fallu 40 ans pour la faire consacrer.

Cette jurisprudence n'est pas sans limite. Deux opérations suffisent. Il suffit de constater deux prêts onéreux.
L'emprunteur peut agir, ➔ il demandera la nullité. Les intérêts tombent et les garanties aussi.
La caution peut agir aussi *(chambre commerciale 27 février 2001*) Dalloz 2001 P.1097.

C'est un arrêt de cassation, la Cour d'appel avait refusé d'annuler le prêt illégal. C'est la caution qui agissait, elle se prévalait de l'exception de nullité, pour faire tomber son engagement, la CA a fait tomber sa demande en disant que *le prêteur, prêtait des fonds qui provenaient de son patrimoine personnel.*

La Cour de Cassation répond qu'il suffit que deux opérations suffisent, le prêt est alors nul, et la caution n'est plus tenue de répondre de ses engagements.

Ex : *chambre criminelle 19 mars 2008*, publié Dalloz 2008 P 1278.

Dans cette affaire, pour le complice, il y avait qu'un seul acte, il n'y avait pas de répétition. Or pour qu'il y ait délit il faut deux actes.
Dans cette affaire on considère que pour la complicité, un seul acte suffit.
Pour être punissable, la complicité d'une infraction d'habitude, ne nécessite pas la répétition de deux actes.
Ce sont des éléments positifs pour l'emprunteur.

Il y a une autre hypothèse.
Hypothèse du démarchage : Dans les années 90 de nombreux particuliers ont été sollicité pour déplacement, ils ont été démarchés dans le secteur de l'hôtellerie.

Or à partir de 93, il y a un crack immobilier. Bon nombre de sociétés immobilières dans l'hôtellerie font faillites.
Si on cherche à faire des placements, l'immobilier est un bon placement, mais c'est un placement très dangereux.
Les associés des SCI ont une responsabilité illimitée.
➔**Si l'opération d'investissement est conclue à la suite d'un démarchage illégal, l'illégalité du démarchage rejailli sur l'opération principale.**
Le démarchage et l'investissement tombent.
1ere chambre civile, 20 juillet 1994, publié droit des sociétés, oct. 94 n° 166.

Le raisonnement est le suivant :
L'opération est un tout, l'illégalité de l'un rejailli sur l'autre.
Il y a deux limites.
-La Cour de Cassation considère qu'il n'y aura pas de nullité si l'opération illégale n'est pas l'opération bancaire elle-même. *Chambre commerciale 15 octobre 1996*. Semaine juridique 97, édition entreprise 921.

La dernière limite, elle procède de la théorie de l'intérêt général, elle est connue des pénalistes.
La chambre criminelle considère parfois que certaines infractions ne protègent pas un intérêt particulier mais l'intérêt général.

La conséquence de cette théorie, ➔ **c'est que les victimes de l'infraction n'ont pas le droit d'agir, leur plainte est irrecevable.**

Cela a été jugé dans une affaire célèbre, les bijoutiers. *Chambre Criminelle 3 novembre 1994*, semaine juridique 95, 2eme partie.

Les bijoutiers se sont retrouvés avec de gros problèmes de trésorerie, et se sont mis à faire un système de prêt pour leur client.
Ils ont été découvert, ils ont été condamnés au pénal.
Mais la chambre Criminelle a dit que *les clients étaient irrecevables dans leur action au nom de l'intérêt général.*

Ex : « Le Gaucheau » *Arrêt du 19 décembre 2006 chambre Criminelle*. Dalloz 2007 p. 374.
Le délit est incontestable, la chambre a fait application de la théorie de l'intérêt général, et donc rejette l'action des victimes.

Ce qu'on a vu, cela concerne les particuliers et non les prêts consentis par les banques.

Mais, on a un principe de spécialité de l'agrément. Cela signifie qu'une banque ne peut prêter de l'argent légalement que dans les limites de son agrément, elle ne doit pas le dépasser. Elle ne doit pas se livrer à des opérations qui ne sont pas prévus.
Si la banque ne respecte pas son agrément, elle consent des prêts qu'elle n'a pas le droit de faire, il y a violation de l'agrément. Il y a violation du monopôle bancaire.

Logiquement, il y a une sanction pénale, et nullité du prêt.

Cette position logique a été consacrée par la Cour de Cassation.
Ensuite, *un arrêt de l'AP du 4 mars 2005*. Cet arrêt condamne la jurisprudence qui avait retenu la nullité des prêts.
Dans un premier temps la Cour de Cassation avait reconnue la nullité des prêts notamment le 9 juillet 1999. Mais la CJCE a condamné la position française et a jugé que les prêts illicites étaient valables.

Dans l'affaire du 2005, une banque n'avait pas l'agrément pour la France, et elle prêtait de l'argent.

Lorsque l'arrêt de 2005 est rendu, plusieurs procédures étaient en cours. Plusieurs arrêts de Cour d'Appel avaient été cassés par la Cour de Cassation. La Cour a jugé que les prêts étaient illégaux.

Les Cours d'appel de renvoie s'inclinaient.
Les arrêts rendus par les Cours d'appel de renvoi ont été à leur tour attaqués et ont fait l'objet de pourvois devant la Cour de Cassation après le revirement de 2005.

Il y avait deux types d'arrêts de renvoi.
-Le prêt est nul
-Le prêt est valable.

La Cour de Cassation AP 21 décembre 2006.
Un arrêt d'appel qui est mal rendu au regard du droit positif (le prêt est nul) qui devrait donc être cassé, c'est arrêt est en fait valable et légal, pour la raison suivante :
➔*La Cour de Cassation refuse de censurer les arrêts de Cour d'appel de renvoi lorsque celle-ci a appliqué la solution de la Cour de Cassation.*

En conclusion : Les particuliers et les établissements de crédit de l'autre.
-Les particuliers seront sanctionnés et les complices aussi.
-Si c'est une banque qui ne respecte pas l'agrément, tout est valable.

Chapitre 3 : L'incidence du droit communautaire.

Le droit bancaire français est le fruit du droit communautaire. A travers les multiples directives qui ont pu être prises et aussi à travers la jurisprudence de la CJCE.
Dans le Traité de Rome il n'y avait pas de dispositions spécifiques sur le droit bancaire.
Cela explique le rôle des directives communautaires et aussi l'existence de certains règlements communautaires.

On a un règlement communautaire du 20 janvier 2004 relatif aux contrôles des concentrations et qui transposent en droit européen les conceptions américaines en la matière.

L'objectif du droit communautaire est de favoriser un grand marché unifié pour faciliter la circulation des services bancaires, la construction d'une Europe bancaire propices aux banques et à leur activité, permettent l'apparition de multi nationales et le résultat a été obtenu.

Le point de départ est une directive communautaire du 15 décembre 1989, qui met en place le passeport unique européen. Principe du pays d'origine. C'est la loi de la maison mère qui prime.

Cette directive de 1989 a été complétée par une autre directive en droit bancaire et financier. Une directive du 10 mai 1993 pour les marchés financiers, remplacé par une directive du 21 avril 2004.
Les textes indiqués sont des directives qui sont surtout favorable aux banques.

Permettre la concurrence entre les banques. ➔ Cet objectif n'a pas été atteint.
On a transposé en France une DSP en 2009.
L'autre objectif, c'est la mise en concurrence des banques, qui n'a pas été réalisé d'où la création des DSP.

Les textes sont crées et pour les prêteurs et les emprunteurs.
Directive du 22 décembre 1986 qui a été remplacée par une directive du 23 avril 2008 relative au crédit au consommateur.
La directive du 23 avril 2008 doit entrer en vigueur cette année en 2010. Cette directive comporte des dispositions tout à fait préjudiciables aux intérêts des consommateurs.
On a un recul incontestable. L'évolution des règles est très largement favorable aux banques.

La Commission de Bruxelles souhaite que les états membres soient moins protectionnistes dans le secteur bancaire. Ils ne doivent pas s'opposer à la prise de contrôle éventuelle de banque dont les mères sont dans l'union Européenne.

1) La liberté d'établissement.

Du moment qu'une banque a été agrée dans l'un des pays de l'Union, elle peut s'implanter comme elle veut, dans n'importe quel pays de l'union et créer des succursales dans n'importes quels pays de l'union en exerçant la liberté d'établissement.
Les pays d'accueil n'ont pas le droit de s'opposer à l'implantation de succursales. L'idée se rattache au passeport unique Européen, liberté de circulation des banques, des capitaux.
Dans l'union européenne, il y a des pays qui sont plus laxistes que d'autre pour le contrôle des banques. Le plus laxiste, c'est l'Angleterre.
Pour un investisseur qui est hors union européenne, qui souhaiterait investir le marché européen, il y a le syndrome du cheval du Troyes. Il suffit de créer une banque dans l'Europe dans un pays laxiste et ensuite avec le passeport unique européen, implanter des succursales.

- ⇨ Ce qui l'emporte c'est la circulation des capitaux.

Article L511-27 du CMF. Il a été modifié par l'ordonnance du 21 janvier 2010. Certains thèmes ont changé.
Le dispositif est le suivant.
-La maison mère doit informer les autorités du pays d'origine et du pays d'accueil de l'ouverture de la succursale dans un autre pays.
-La banque va notifier l'information à sa propre autorité. ==> La banque doit prévenir l'autorité du pays d'origine.
Désormais il faut prévenir l'ACP. Elle va recevoir la notification. Les délais sont très courts ➔ Il y a 3 mois pour transmettre le dossier.
-L'autorité a deux mois pour surveiller la succursale, et en tout état de cause, le pays d'accueil ne peut pas s'opposer à l'implantation de succursale.
Si dans les deux mois, il n'a pas pu surveiller, **la succursale peut quand même ouvrir.**
Une fois la succursale ouverte, celle-ci va donc développer son activité, et pour le contrôle étatique, c'est un contrôle à distance, c'est l'autorité du pays d'origine qui est chargé de surveiller la succursale.

Dans l'union européenne, **certains états prévoient que les autorités de contrôle sont irresponsables.** Elles peuvent cumuler les fautes, elles sont irresponsables.
On trouve l'Angleterre. Son autorité de contrôle est irresponsable. Cet état de droit a été jugé légal par la CJCE en 2004.

Si jamais la maison mère veut envisager la création d'une filiale. L'enjeu c'est la personnalité morale. Compte tenu de la dimension économique, si c'est l'ouverture d'une filiale :
-Il faut faire le dossier pour qu'elle ait l'agrément dans le pays d'accueil.

En cas de poursuite car la succursale n'a pas respectée la réglementation, les sanctions disciplinaires qui sont infligées par la succursale restent la compétence de l'état d'origine.

RQ : Pour les internationalistes, on constate qu'il y a une portée extra territoriale qui va à l'encontre des principes du droit.

Deux affaires :
-*Rémunération des comptes de dépôt à vue.*
-*Livret A*.

Dans les années 2000, une banque espagnole a cherché à s'implanter sur le marché français. C'est *la Ketcha Banque.*
Pour attirer la clientèle française, elle dit que les sommes qui figurent à l'actif vont ramener des intérêts.
Les banques françaises voient une concurrence inquiétante, car le droit français interdisait la rémunération des comptes de dépôts à vue.
A vue : c'est à dire qu'on peut retirer l'argent à tout moment.

C'était illégal pour deux raisons :
-La rémunération des dépôts à vue crée de l'inflation. Cela augmente la masse monétaire. Plus la masse monétaire augmente, plus il y a de l'inflation. Or on veut combattre l'inflation.

-Permettre la rémunération des comptes de dépôts à vue, c'est porter atteinte à l'autorité de l'état.
On pourrait penser qu'on craint la monnaie.
Or en Espagne la réglementation précise que la rémunération des comptes de dépôt à vue est légale.

La commission bancaire lance des poursuites contre la filiale française, elle constate l'infraction et inflige des sanctions.
La KETCHA banque attaque pour excès de pouvoir.
Le conseil d'état donne raison à la commission bancaire. C'est une affaire strictement franco-française.
La KETCHA banque saisit la CJCE.
La CJCE rend son arrêt *le 5 octobre 2004* : (Publiée aux Petites affiches 2005.)
La France est condamnée au nom de la liberté d'établissement. La CJCE considère que la position de la France porte atteinte à l'article 43 du Traité de L'union. Cela porte atteinte à la liberté d'établissement. La seule chose qui compte c'est la législation dans le pays d'origine.

Cette affaire n'en est pas restée là.
La France a failli faire l'objet d'une action en manquement. Le gouvernement français n'a rien fait.

<u>L'affaire du livret A.</u>
Cela va permettre à ceux qui collecte l'argent du livret A de prêter de l'argent.
Le livret A à certaines finalités sociales. ➔ Aider à la construction de logements sociaux en France. Le livret A, a une finalité légitime, permettre une collecte de fond pour alimenter avec des taux très bas, le financement de la construction de logements sociaux.
Compte tenu de la spécificité du livret A, il était réservé seulement à la caisse d'épargne et à la Banque Postale.
Les banques classiques ont estimé qu'il y avait une injustice, une rupture de concurrence.
Elles ont attaqué la France devant la CJCE.

Les banques lorsqu'elle place le livret A touche des rémunérations de l'état.
Dans un arrêt *du 10 mai 2007.*
➔*La France a été sommée de libéraliser la distribution du livret A. Il n'y a plus de monopole de la caisse d'épargne et la poste.*
La France s'est inclinée avec la loi du 4 aout 2008 LME.
L221-1 du CMF.

A nouveau, le droit communautaire n'a tenu compte d'aucun argument qui semblait pourtant légitimes.
La commercialisation remet en cause le financement du logement social.
La seule chose qui compte, c'est la liberté de circulation du service bancaire.

2) <u>Liberté de prestation de services.</u>

La banque, une fois agrée dans un Pays, peut proposer à distance ses services dans tous les pays de l'union européenne.
Les pays d'accueils ne peuvent pas s'y opposer.
Le texte qui prévoit cela, c'est L511-27 du CMF.
-La maison mère doit avertir sa propre autorité, qu'elle va se prévaloir d'un LPS.
-L'autorité du pays d'origine va répertorier l'information aux autorités du pays d'accueil et ces derniers ne peuvent pas s'y opposer.
C'est efficace pour assurer la libre circulation des services bancaires dans l'union européenne, mais cela présente de grand danger.

Il y a un sacrifice. En dépit des directives, l'harmonisation des droits nationaux n'est pas total, le droit du pays d'origine ne sera pas le même que celui du pays d'accueil.

Comme pour la liberté d'établissement, la surveillance est faite à distance. C'est l'autorité de contrôle du pays d'origine qui devra tout surveiller.

3) Surveillance des conglomérats financiers.

Ainsi qu'on vient de le voir, le droit communautaire bancaire a été un succès pour créer un marché bancaire unifié. ➔Il y a eu un impact bénéfique.
Cela a permis l'apparition de banques très puissantes.

On a découvert des risques. Les règles de droit ont favorisé l'apparition de géant. Si un géant fait faillite, il y aura une onde de choc.
On a donc voulu organiser une surveillance spécifique des géants.
La prise de conscience du problème c'est 2004 alors que la mise en place des règles c'est 1989.

L'apparition des géants fait courir des risques.

On peut régler le problème en amont, ➔ réduire la taille des banques, les obliger à se scinder.
On règle la difficulté en aval, ➔On laisse les choses en état.

Le règlement en aval, c'est-à-dire un contrôle a postériori. C'est entré en vigueur le 1er janvier 2005, ordonnance du 16 novembre 2004 complété par plusieurs décrets.
Le dispositif a été retouché avec une ordonnance du 19 avril 2007. Cette ordonnance a transposé la directive du 21 janvier 2004. MIF (marché instrument financier).

La directive ici est une directive de 2002. Le dispositif textuel repose sur une définition de conglomérat financier et ensuite les conséquences attachées à cette notion de conglomérat.
Dans le droit positif, il y a deux sortes de conglomérats financiers.
-**Soit les conglomérats** « pur sucre », l'essence du conglomérat, **une multi nationale** dirigée par une banque ou une compagnie d'assurance ou une société qui opère en bourse, c'est-à-dire les métiers de la finance.
La maison mère, c'est soit une banque, soit une assurance.

La deuxième hypothèse,
-**c'est une multitude de société**, mais la maison mère n'est pas une banque. On parle alors de compagnie financière holding mixte.

EX : On a un groupe de BTP qui prend le contrôle d'une banque, cela devient un conglomérat financier.
Il y a des critères de taille. **C'est l'idée de gigantisme**.
Ex : L517-3-1 du CMF.
Ex de seuil : Le secteur financier doit représenter **un total de bilan annuel d'au moins 6 milliards d'euros.**
La définition est double.

On a des conséquences :
Les conséquences touchent au domaine de la surveillance de ces conglomérats. Elle est renforcée.
Elle intervient à postériori, en aval.
L'idée générale, c'est :
➔Renforcer le contrôle à travers la désignation d'une autorité unique qui sera aussi **coordinateur.**
Pour la France le coordinateur **c'est la commission bancaire.**
On a des échanges d'information entre les autorités.

Les règles concernent les fonds propres, la gestion des risques. Ils sont renforcés, on renforce les règles pour limiter les risques.

Le troisième volet concerne **le pouvoir de sanction élargie.**
Ex : L'autorité de contrôle unique peut sanctionner des entités installées dans d'autre pays.
L'autorité de contrôle peut sanctionner des entités même si elles ne sont pas bancaires.
Ex : C'est le conglomérat mixte ou la maison mère est une société de BTP.

L'union Européenne a montré que la crise a montré des limites.
Pour les USA, le président américain a annoncé qu'il allait remettre en cause le gigantisme des banques européennes. ➔Interdire aux banques d'avoir des fonds spéculatifs.

Titre Troisième : Les opérations bancaires.

On a soit ouverture des comptes, gestion, moyen de paiement, et tout ce qui est activité de crédit, cela concerne les banques.
Pendant longtemps le droit français est un droit dirigiste, poussé.
Il y a eu une évolution à partir de la loi bancaire du 24 janvier 1984 qui a modernisé le droit bancaire. Elle a été abrogée et reprise dans le droit bancaire.

Chapitre 1er : les services de comptes

§1) L'ouverture de compte et le devoir d'information qui s'y rattache.

Existe-t-il en France un droit aux comptes ?
Est-ce que les banques peuvent tout se permettre ?
Existe-t-il une concurrence ?

A) Le droit au compte.

Jusque dans les années 80, on considère en France qu'il n'existait pas de droit au compte, ce n'est pas un service public.
Ce sont des entreprises commerciales qui ont pour finalité de gagner de l'argent.
Quelqu'un ne pouvait pas se plaindre du refus d'ouverture du compte. Le refus pouvait être discriminatoire, arbitraire.
Cette position est devenue intenable, il n'est pas possible d'avoir une vie sociale sans compte à cause du manque de paiement.
Le législateur a consacré dans le droit positif l'existence d'un droit au compte.
Il a fallu attendre 1998 pour que ce principe soit consacré.
➔**Toute personne en France peut avoir un compte bancaire auprès d'une banque**. Si jamais des banques refusent, c'est la banque de France qui obligera une banque (n'importe laquelle) à ouvrir le compte.

C'est uniquement un compte de dépôt et la gestion des moyens de paiement qui s'y rattachent.
Le principe qui figure à *l'article L312-1 du CMF* consacre le droit au compte.
On l'appelle aussi la mise en place d'un service bancaire de base.
Mise en place d'un service bancaire de base qui obéit au principe de gratuité. La banque n'a pas le droit de facturer un certain nombre de chose.
Le fonctionnement du compte bancaire est la base.

La commission de Bruxelles considère que le droit au compte, l'effectivité du droit au compte, son efficacité suppose aussi de pouvoir changer de banque.
Un organisme a publié de nouvelles règles sectorielles. Dalloz 2008 P.2996.
L'organisme c'est EBIC.
Cet organisme a adopté le premier décembre 2008 de nouvelles règles sectorielles pour faciliter le changement de banque. ➔**C'est à la nouvelle banque de faire toutes les démarches.**
Ces principes sont en ligne sur internet.
Un service bancaire de base qui a été modernisé, le droit au compte a été renforcé par la loi LME du 4 aout 2008.
Les grandes lignes sont les suivantes :
-Les banques doivent adopter des chartes dites d'accessibilité bancaire. Elles vont définir les modalités précises d'accès au compte. Les banques s'engagent.
Elles vont décrire les différents délais, les informations.

B) Les contrôles à effectuer lors de l'ouverture du compte.

Il y a un certains nombres de contrôles qui doivent être effectués par la banque lors de l'ouverture.
Il existe aussi des règles spécifiques, pour les personnes sous protection. Les majeurs protégés et les mineurs.

-Les contrôles effectués par la banque lors de l'ouverture.
Article L563-1 du CMF.
Elle doit vérifier **l'identité de la personne, l'adresse, l'existence de l'immatriculation, la pertinence des informations, leur sérieux**, afin de détecter les faux documents.
Les raisons sont les suivantes, elles se rattachent surtout à la lutte contre le blanchiment de l'argent sale et l'ouverture de compte pour effectuer des opérations illégales.

Ex : *1ere chambre civile 2 novembre 2005.*
La banque poursuivie est la BNP. Dans cette affaire, la BNP a accepté d'ouvrir un compte à une personne, la carte d'identité était périmée.
La carte contenait des mentions plus à jour. Et l'erreur a permis à la personne de causer des préjudices, négligence dans l'ouverture du compte.

Certaines banques conçoivent leur rôle avec zèle. Ils entendent par identité, nationalité.
Ce n'est plus un contrôle qui porte sur l'identité même, mais sur la nationalité.
Chambre commerciale 18 décembre 2007.
Dans l'affaire en question la banque s'est comportée comme la police et s'était fait juge de la régularité du séjour du client. La banque avait dénoncé le client.
La banque n'a pas à se faire juge de la régularité du titre de séjour. (Cour de Cassation en 2007.)

Faits divers :
Depuis, plusieurs banques ont dénoncé à la police des gens sans papier.
Récemment, un fait divers, dans la région parisienne, plusieurs agences ont été abimées. Ces personnes ont été arrêtées et ont été qualifié de terroristes.

Depuis les élections présidentielles, les conditions de délivrance des cartes d'identité ont changé.
Il ne suffit plus de produire la carte d'identité.
Si les deux parents sont nés à l'étranger, on est déchu de la nationalité française, c'est à la personne de prouver qu'elle est française.

On assiste à un déploiement total des règles.
La banque doit aussi vérifier les pouvoirs des personnes.

-Problème des majeurs protégés.
Pour les majeurs, le droit français a connu une réforme importante du statut des majeurs protégés. Il s'agit d'une loi du 5 mars 2007, entré en vigueur le premier janvier 2009.
Cette loi a été complétée par une quinzaine d'applications. Ce qui est en cause ici, c'est l'accès au compte. Elle représente un progrès pour les majeurs protégés. Le cœur du dispositif c'est l'article 427 du code civil.
Cette loi a renuméroté les articles.
Les principes se sont baladés.
L'idée générale est la suivante : **Si le majeur avait déjà un compte, il garde le droit au compte, même s'il est sous tutelle.**
Si le majeur n'avait pas de compte, **le tuteur doit lui ouvrir un compte spécifique.**
La pratique des comptes pivots. Le tuteur, la personne chargée de la représentation, n'avait pas à ouvrir un compte spécifique, il pouvait ouvrir un compte avec toutes les personnes en tutelles.

Le nouveau dispositif respecte d'avantage la liberté et l'autonomie du majeur protégé. Il y a une individualisation de la gestion bancaire, une plus grande autonomie dans la gestion du compte du moment qu'il s'agit d'acte de la vie courante.

La loi prévoit une responsabilité résiduelle du banquier. Lorsque le fonctionnement du compte n'a pas été régulier et que la faute a causé un préjudice article 499 du code civil.

Le 25 février 2010.

*Les mineurs :
A quelle condition un mineur peut-il ouvrir un compte ?

Les banques essaient d'inciter les personnes mineures à ouvrir un compte pour capter leur clientèle le plus tôt possible, à leur proposer des services. Il y a un enjeu commercial.
Du point de vue juridique, les mineurs ont une capacité juridique réduite, ➔ils n'ont pas le droit de faire des actes de disposition.
Les mineurs émancipés à partir de 16 ans, le peuvent.

Depuis des années, la doctrine a dénoncé les abus des banques en la matière : *Article de Jérôme Huet publié dans le Dalloz 87, chronique page 215.*

C'était sur le détournement de mineur par les banques.
L'ouverture d'un compte, on a carte bleu, chèques, et le risque c'est que le compte bancaire se trouve en débit, et la banque peut agir contre le mineur et les parents.

Dans l'ouverture du compte, la banque doit demander l'autorisation des parents légaux.
Ensuite, on va distinguer, acte de la vie courante et acte de disposition.

L'article 389-3 du code civil le précise.

La situation des mineurs n'a pas été modifiée par *la loi du 5 mars 2007*, qui ne concerne que les majeurs.
Cet article précise que les mineurs peuvent faire des actes de la vie courante, mais pas les actes de disposition.
La mise en œuvre de ce texte a montré plusieurs limites, un manque de vigilance.

On a trois affaires :

-*1ere chambre civil 12 novembre 1998. Dalloz 2000 p.39*.
Un mineur ouvre un compte, en mentant sur sa date de naissance, la banque ne contrôle pas.
L'utilisation du compte fait apparaître un débit.
Le mineur refuse de rembourser, un procès s'ouvre. La Cour d'Appel condamne le mineur à rembourser le débit avec AGIO.
Entre temps, le mineur est devenu majeur.
La Cour d'Appel a pris en compte le mensonge sur la date de naissance.
Il y a un pourvoi, la Cour de Cassation donne tord à la banque. : « L'ouverture d'un compte avec remise de moyen de paiement tel que carnet de chèque, carte bleu constitue un acte de disposition ».
En l'espèce, il n'y avait pas d'autorisation des parents, donc l'ouverture de compte était fautive de la part des banques et *l'article 1312 du code civil qui prévoit une mesure qui doit dissuader.*

« Un mineur ne peut être tenu de rembourser que ce qui a tourné à son profit. »

Cette affaire montre le laxisme des banques, le manque de compétence de certaine juridiction de fond.

-La deuxième affaire, *CA de Pau du 12 décembre 2005. Petites affiches 2007 n° 23*.
Faits : c'est un mineur qui ouvre un compte de dépôt avec moyen de paiement et aussi un compte d'épargne.
Dans cette affaire, il a bien l'autorisation parentale. Le compte d'épargne est approvisionné par la mère, par la suite, le mineur va effectuer des retraits et il ne dépense pas plus que ce qu'il a. Il retire l'argent sur le compte d'épargne.
Il y en a pour 3600€.
La mère s'en aperçoit et demande à la banque le remboursement des sommes retirées qui avaient été dépensées.
En appel la banque est condamnée à rembourser et à recréditer le compte. Le mineur ne pouvait pas faire de retrait seul.
Dans ce genre d'affaire, on voit que les banques ne sont pas respectueuses de la loi et procèdent par intimidation.

Dernière affaire : 1ere chambre civile 7 novembre 2006. Jolie bourse 2007 page.15.
-Dans cette affaire la Cour va à tord donner raison à la banque. Un mineur qui fait un héritage, sa mère veut placer l'argent et demande conseil à un notaire et un banquier. L'investissement est réalisé à la suite d'un démarchage, qui est illégal car les règles du démarchage n'ont pas été respectées. Le mineur va perdre la quasi-totalité car l'investissement est une catastrophe.
En appel la banque est condamnée, car le démarchage est illégal.
La Cour de Cassation casse l'arrêt avec un raisonnement juridique faux.

Dans l'ensemble en dépit de cet arrêt mal rendu, les juges du fond assure une bonne protection des mineurs et veille au respect des règles juridiques.

L'ouverture d'un compte est un acte important, car souvent des moyens de paiement y sont rattachés et le compte peut être la mise en place d'une ouverture de crédit, et ce peut être dangereux pour les gens.

C) L'établissement de la convention de compte.

La loi a prévu de nombreuses exigences, et l'établissement de la convention de compte. On est à mi chemin entre le consensualisme et le formalisme.

C'est un acte assez libre et simple, mais renforcé par les documents fournis lors de l'ouverture du compte, c'est la convention de compte, qui est très longue et très décrite.
Il y a un bien un écrit, mais il ne conditionne pas la validité, mais il a un rôle important.
Les enjeux, c'est de protéger la partie faible, le client, l'informer sur ses droits, et en même temps, permettre à la banque, une grande liberté quant à ce qu'elle veut faire.
Il y a deux enjeux radicalement opposés.

La convention du compte va porter sur le fonctionnement du compte, les tarifs, les frais, les services et la procédure quant à la modification des clauses de la convention, les délais, préavis, services, frais, commission en cours d'exécution.

Le législateur ces derniers temps, a eu pour volonté d'apporter un cadre légal pour limiter les abus des banques.
L'évolution a été longue, le point de départ c'est *la loi du 11 décembre 2001. MURCEF.*

➔Elle visait à obliger la banque à jouer carte sur table, et il fallait une transparence. Les banques devaient faire des conventions de compte détaillées, mais le lobbing bancaire a été tellement important, qu'elles ont réussi à bloquer l'application de cette loi pendant 4 ans.
Il a fallu la loi de finance de 2005 compléter par un décret d'application du 8 mars 2005 plus un arrêté d'application du 8 mars 2005.

On a un arrêt rendu avant ces nouveaux cadres législatifs.
Il a été rendu sous l'empire du droit commun, *article 1134 du code civil.* Dans le cadre du nouveau dispositif, s'il n'y a pas de disposition spéciale prévue, on est toujours dans le champ d'application de la liberté des banques.

C'est un arrêt *1ere chambre civil 30 juin 2004 Dalloz 2004 p. 2150.*
Le titre est le suivant, tarif bancaire soudainement exorbitant et pourquoi pas ?
Les faits : Cela concernait une cliente contre BNP PARIBAS.
Cette dame avait ouvert deux coffres forts en 1987 et 1989. En 1996 la banque l'informe que pour l'année 1987 le tarif de location du jour au lendemain va être multiplié par trois.
La location passe de 54000 francs à 155000 francs.
Elle a fait un procès, elle a gagné un procès en appel. Il y a abus dans la fixation du prix.
La banque va en cassation et gagne. **Les banques peuvent appliquer des tarifs abusifs, c'est légal.**

Le dispositif issu des textes de 2005 figure aux articles L312-1 du CMF, le dispositif concernait des comptes ouverts après le 28 février 2003, mais ce dispositif a été abrogé et remplacé par l'ordonnance du 15 juillet 2009 qui transpose la DSP, complété par un arrêté du 29 juillet 2009.
C'est le dispositif légal à présent.

Lors de la transposition de la DSP, les banques en ont profité pour mettre à jour l'ensemble de leurs conventions de compte. Sous couvert de la transposition de la DSP, les banques ont jusqu'au 31 mai 2010 pour mettre à jour et toiletter leur convention de compte.

Cette mise à jour n'est pas anodine, la DSP contient des dispositions incroyablement choquantes. La situation des consommateurs est améliorée.

Toutes les banques doivent établir une convention de compte qui est écrite, elle doit être passée par écrit, et ce n'est pas une solennité.
Cette convention écrite va tout préciser dans les relations entre la banque et le client.

C'est-à-dire l'information précontractuelle, les services qui sont proposés, les tarifs, la durée de la convention, les obligations de confidentialité, l'existence du médiateur, les modalités de relevé de compte, leur périodicité, et évidement les modalités de modification de la convention.

Ce type de document est écrit à une main, celle de la banque. Le client a aucun moyen de négocier telle ou telle clause.
La loi prévoit un formalisme allégé, oblige les banques à donner des informations, **mais sur la question des services, des coûts et des commissions, cela reste le principe de la liberté**, ce qui veut dire que l'arrêt de 2004, c'est toujours le droit positif.

Sous la pression des associations des usagers de banque, une certaine protection est assurée pour certain type de frais. ➔ **Un ordre public résiduel a été introduit.**
Il a été introduit par la loi du 5 mars 2007.

Cette loi est complétée par un décret d'application du 15 novembre 2007. Ce sont les frais que les banques prélèvent en présence de chèque sans provision et des prélèvements qui ne sont pas provisionnés.

Pour ces questions, il n'y a plus de liberté pour les banques.

Ces dispositions ont été prises : Le dispositif est le suivant. ➔ Pour les chèques d'un montant inférieur ou égal à 50€. La banque n'a pas le droit de prélever des frais > à 30€.
Pour les chèques > 50€, les frais sont plafonnés à 50€.

C'est une protection relative, car cela vaut pour un chèque, si il y a plusieurs chèques, les frais s'ajoutent.

Pour les prélèvements, le dispositif n'est pas satisfaisant, il y a un plafond qui est de 20€. Pour ce type de problème, tout est informatisé, il n'y a plus de traitement manuel.

On constate que le législateur permet aux banques de prélever des sommes importantes.

Le dispositif est incomplet car on ne sait pas si le plafond vaut une fois pour toute, ou si la banque est en droit de prélever les frais, à chaque fois que le prélèvement est représenté.
En pratique, lorsqu'il y a des prélèvements de la sorte, la banque rejette le prélèvement car le compte n'est pas assez provisionné.
Le mois suivant, l'ordre revient, ils sont de nouveaux rejetés.
Il y a deux possibilités :
-**Soit on considère que c'est un seul et unique incident de paiement**, et donc elle prélève une seul fois les frais.
-Soit on considère que ces incidents sont distinct et donc que la banque peut prélever à chaque fois.
La loi prévoit que les banques doivent informer une fois par an leur client de la totalité des frais perçus sur le compte.

C'est une bonne disposition qui permet au client de prendre conscience de ce qu'il a rapporté à la banque.

Lorsque la banque rejette le chèque, cela entraine des frais, car le compte est insuffisamment provisionné et cela signifie deux choses.
-Les comptes qu'ont les clients, contrairement à leur appellation ne sont pas des comptes courants, mais des comptes de dépôts.

La raison est la suivante, **un compte de dépôt n'a pas le droit du coté du client de fonctionner en débit.**
En d'autres termes la banque a parfaitement le droit de rejeter le chèque ou de refuser le prélèvement si le compte n'est pas suffisamment créditeur.

D'une certaine façon la banque peut accepter le chèque, payer le chèque, accepter le prélèvement, mais si elle le fait, cela veut dire qu'elle accorde un crédit, une facilité de caisse, un crédit de paiement, mais dans ce cas il n'y aura pas de frais de dossier, il y aura seulement des agios.

Supposons que les agios soit de l'ordre de 5%.
Si le chèque est de 50€, les frais que va percevoir la banque, on aura 2,5€ d'agio.
Alors que si elle bloque le chèque, elle peut prélever 50€.

*La modification de la convention.

Ce sont des conventions à durée indéterminée. Comment modifier des clauses dans une convention à durée indéterminée ?
Si c'est à durée indéterminé, aucune des parties n'a le droit de changer les clauses du contrat.
D'un point de vue juridique, la banque ne peut pas imposer le changement de ses conditions.
La seule possibilité, c'est donc de rompre le contrat.

Arrêt chambre commerciale 26 janvier 2010. Dalloz 2010 p. 379.
La banque c'est caisse d'épargne, la banque n'est plus contente de son client, elle veut s'en débarrasser. Le client ne rapporte pas assez.
En 2009 certaines banques ont clos des comptes lorsque les clients ne sont jamais en débit.

La banque peut-elle agir de la sorte ?
La réponse est « oui », **la banque fait ce qu'elle veut. Il n'y a pas de faute et de responsabilité des banques, dans le fait de clore un compte de manière discrétionnaire ou arbitraire.**

La motivation est la suivante : Il y avait un délai de préavis, cela suffi.
La banque va chaque année modifier la convention de compte, elle va augmenter ses tarifs.
Du point de vue du droit, le droit commun ne s'applique pas, il y a une procédure spécifique, et qui a été aggravé de manière consternante par la DSP.

La réglementation spécifique :
Le texte de 2005 portait déjà atteinte au droit commun des contrats en permettant à la banque d'obtenir la modification des clauses de la convention de manière unilatérale en ayant recours à une distinction et une fiction.
La distinction c'est entre les modifications importantes ou non de la convention.

Le dispositif de 2005 distinguait selon la portée de la distinction. Pour des modifications importantes, la banque devait informer à l'avance.
Pour ces modifications importantes, le client peut s'opposer avec le risque de voir la banque clore le compte.
Le silence du client vaut acceptation tacite dans un délai de deux mois.

En droit le silence vaut refus normalement. Il n'y a qu'en droit commercial que le silence vaut acceptation.
Cette règle est écartée au profit des banques.
La DSP a aggravé les choses, elle a amélioré la situation des banques. Art L312-1 et suivant du CMF.
On a en réalité pris prétexte de cette DSP pour améliorer la situation des banques.

Le nouveau dispositif est le suivant, on ne distingue plus selon l'importance de la modification, **la banque peut unilatéralement modifier n'importe laquelle des clauses, y compris les tarifs dès lors que le client a gardé le silence pendant deux mois.**

Le silence de l'acceptation quelque soit le changement.
Ce dispositif est possible à la condition que la convention de base l'ai prévu. Toutes les banques sont en train de modifier leur convention de compte et toutes inclus cette possibilité dans leur nouvelle version, ce qui leur permet de modifier unilatéralement les clauses.

D) Le devoir d'information de la banque.

C'est une question polémique.
Dans la relation entre la banque et le client, il y a d'un coté un professionnel et de l'autre coté un néophyte.
Il existe un déséquilibre, il y a une égalité parfaite issu de l'autonomie de la volonté, c'est un déséquilibre total entre la banque et le client.

La banque est un professionnel et comme tout professionnel elle est assujettie à une obligation d'information. Article L111-1 du code de la consommation.

Tout professionnel vendeur de biens ou prestataires de services doit avant la conclusion du contrat mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques du bien ou du service, ➔ obligation d'information.
La convention de compte réalise cet objectif, elle informe le consommateur de tous ses droits envers la banque.

Les banques ont développé ces concepts. Il prend un visage spécifique.

Les banques ont développé un concept qui vient des USA qui est à double tranchant. Il est ambivalent. « Connais ton client »
L'idée c'est de faire remplir au client des questionnaires pour mieux connaître ses besoins, son profil pour mieux informer et servir le client.

En 2008 dans la revus bancaire et financière, il y a eu en mars un article sur ce concept.

C'est un principe ambivalent :
C'est une bonne chose pour le client, mais il y a un revers de la médaille, si le client ment aux questions la banque s'en servira contre lui. C'est la qu'apparaît l'ambigüité.
Officieusement, c'est pour pouvoir se décharger de toute responsabilité si c'est possible et retourner le questionnaire contre le client.

Ceci étant dit, pour la physionomie de l'obligation d'information de la banque, il y a trois conceptions possibles, des plus restrictives au plus larges.

*Le plus restrictif défendu par la doctrine pro banque. Ce sont les juristes de banque. Ils recherchent souvent l'intérêt de la banque et non l'intérêt du consommateur.
Pour la doctrine pro banque, les obligations des banques se limitent à la seule obligation d'information.
C'est-à-dire, donner, transmettre les différents documents prévus par la loi.

*L'obligation d'information plus le devoir de mise en garde. Le devoir de mise en garde est un conseil négatif. On déconseille l'opération projetée.

***Le devoir de conseil pur et simple**. Il comprend les deux hypothèses précédentes plus un troisième élément. Il y a l'obligation d'information, le devoir de mise en garde et le conseil positif proprement dit.
Le client qui va voir une banque avec un projet, la banque doit lui conseiller le choix le plus avisé, le meilleurs financement, le meilleur placement.
Pour la petite histoire, certain juriste de banque, qui sont pro banque ont du changer de banque car la banque d'origine les trouvait trop sévères envers l'intérêt des banques.

Objectivement, **la solution la plus juste est celle qui est la plus exigeante envers les banques. Or ce n'est pas le droit positif.**
La raison est la suivante, la situation des banques n'est pas comparable avec les autres professionnels. Les banques sont des professionnels, mais ce sont des professionnels qui sont systématiquement rémunérés, et largement rémunérés et surtout, il y a un monopôle. Le monopôle doit avoir des contreparties, ce sont des professionnels rémunérés, ils doivent conseiller leur client.

Ce n'est pas le droit positif, le droit positif, c'est l'obligation d'information et la mise en garde.

Sur cette problématique, la doctrine pro banque a avancé un argument pour contrer ce qui vient d'être dit.
Cet argument, c'est le devoir de non ingérence.
L'idée est la suivante, les banques ne doit pas s'immiscer dans les affaires de son client. Cela c'est le modèle de la banque Suisse.

Si le droit positif prévoit un devoir de non ingérence des banques dans les affaires de leur client. La doctrine probante qui suit cela est un texte L563-3 CMF.
Il consacre le devoir de non ingérence des banques en droit français.

L'article consacre précisément une obligation d'ingérence des banques dans les affaires des clients.
L'article prévoit l'obligation de surveillance à la charge des banques dans le cas de la lutte contre le blanchiment de l'argent sal, les banques ont l'obligation de surveiller leur client et une obligation d'ingérence.
Les banques ont des obligations très lourdes envers leur client, la crise a aggravé les obligations, la Cour de Cassation a durci ces obligations.
Oui les banques ont des obligations d'information lourde et un devoir de mise en garde et elles doivent surveiller ce que font leurs clients.

§2) Le compte de dépôt.

Jusqu'à la DSP il existait deux grands types de compte.
Les deux relevaient du monopôle bancaire. **On a le compte de dépôt**, le compte de droit commun, et **le compte courant.**
La DSP a introduit les comptes de paiement qui viennent fausser le monopôle bancaire. C'est un sous compte de dépôt tenu par une sous banque.
Ce compte ne peut recevoir que des paiements dématérialisés, pas d'espèce, pas de chèques. Il ne peut pas être le support d'opération de crédit.

C'est un compte de dépôt mais qui est limité quand aux sommes que l'on peut déposer.

Le compte de dépôt est un compte à vue. Le client ouvre le compte dépose de l'argent et il a le droit de retirer tout ou partie du dépôt quand il le veut et sans justification. On appelle cela compte à vue, il n'y a pas de terme. La banque doit rendre la totalité des fonds à la demande du client.

Si elle ne le fait pas c'est qu'elle est en dépôt de bilan.

C'est la possibilité d'ouvrir ou de clore un compte comme on veut.
Il y a des enjeux économiques. L'enjeu est le suivant :
Il est en relation avec la solvabilité des banques.
On peut avoir des faillites bancaires.
On suppose que le client a déposé de l'argent sur son compte, si la banque a des difficultés, le client peut-il récupérer son argent ?
Est-il propriétaire ou est-il créancier.
En réalité, il devient créancier, et c'est la banque qui devient propriétaire.

Si cela tourne mal, le client n'est qu'un créancier et donc si la banque fait faillite, il ne peut pas revendiquer les fonds, il est créancier.

Le droit actuel en Europe a prévu un aménagement. Il y a un mécanisme de garantie des dépôts qui vient compenser d'un point de vue économique les risques courus sur le plan juridique du déposant.
Mécanisme de garantie des dépôts. A l'intérieur du plafond qui est prévu, le déposant sera intégralement remboursé. Il ne perdra ce qu'il a déposé qu'au-delà du plafond.

Le problème c'est le montant du plafond. Le niveau de garantie minimal est de 20k€ par compte de dépôt en Europe.
En réalité, c'est rien dans la vie des affaires.
Au moment où l'Europe sombre dans la crise, les pays d'Europe se sont livrés à une surenchère.
Certains pays en Europe ont fait de la concurrence déloyale, ils ont pris des engagements qu'ils ne pouvaient pas tenir.
L'Irlande pour contrer la crise des capitaux, a garanti à 100% les montants déposés.
Ils ont attiré en Irlande des capitaux.

En France on a une garantie de 70k€ pour les dépôts bancaires donc supérieur par les montants initialement prévues.
Chaque pays de l'union Européenne peut prévoir un plafond planché.
Au lendemain de la faillite LEMAN Brother.
L'Europe a pris une directive du 11 mars 2009 avec plusieurs délais de transposition étalé sur 2009, 2010 et 2011.

La nouvelle directive prévoit un plafond planché de 50K€ mais le 31 décembre 2010, le niveau de garantie pour l'ensemble des dépôts d'un même déposant sera fixé à 100k€.
On constate que la crise financière qui secoue l'Europe a entrainé la réécriture des textes, un relèvement massif du plafond planché, qui passe de 20k€ à 100k€.
La directive a considérablement raccourci le délai maximum de remboursement des dépôts.
Le délai variait de 3 mois à 9 mois.
Avec la nouvelle directive c'est 20 jours ouvrables quelque soit son montant.

Il y va de la solidité de l'Europe d'avoir ce genre de disposition.
Il convient de distinguer compte de dépôt et compte titre.
Pour les comptes de dépôt, la qualification juridique est celle de créancier.
Les comptes titres, c'est au sein du compte bancaire, c'est le compte qui va recevoir les actions de sociétés cotés.

Pour ce compte, le client de la banque reste propriétaire. Il n'est pas créancier, il reste propriétaire.
La faillite de la banque ne le concerne pas et il ne perdra rien, la totalité du compte titre est garanti.

Ex : On a 1millions d'euros, on est garantit a 100k€, si on l'investi dans des actions, on est garanti totalement.
Le droit des marchés financiers échappe totalement au droit des procédures collectives.
La faillite cela n'existe pas pour les investisseurs.

1) Les caractéristiques générales.

C'est le compte le plus simple dans son fonctionnement, il **ne peut recevoir que des créances certaines, liquides et exigibles.**

Si une restriction quant aux caractéristiques des créances, il n'y a pas de restriction quant à leur forme contrairement aux comptes de paiement.
Il peut s'agir de créance immatérielle, de paiement dématérialisé que de paiement matériel dans le cadre du dépôt.

Contrairement aux comptes courants, il n'y a pas ici d'exigence de réciprocité des remises. Cela signifie que les remises peuvent être le fait des clients. Les sommes inscrites en compte peuvent être le fait des clients.
Il en résulte, que comme il n'y a pas de réciprocité de remise, le compte de dépôt n'a pas le droit d'être débiteur.
Si le compte se retrouve en débit, le client est en tord, la banque a le droit de prélever des frais. **C'est un motif de clôture.**
Ceci car il n'y a pas de réciprocité des remises.
Si le compte est en débit, cela signifie que la banque a nécessairement accepté un découvert en compte ou encore une facilité de caisse ou encore une facilité de crédit.

Le fonctionnement est simple. Créance certaine liquide et exigible.
Pas de réciprocité. C'est un mécanisme de paiement des créances, de règlements.
Cela veut dire que l'inscription au compte de la créance entraine son paiement. Qui dit paiement, dit extinction. Le paiement fait perdre à la créance en individualité, elle n'existe plus en tant que tel, seul compte le solde du compte.

Si jamais une créance insaisissable est inscrite en compte, cela va entrainer les conséquences suivantes. La créance perd son individualité, même si elle est insaisissable. L'insaisissabilité est reportée à due concurrence sur le solde du compte. Une fraction du solde devient insaisissable.

Ce mécanisme d'inscription au compte supporte certaines nuances, tout dépend de la nature du paiement.
Si la somme remise est le fait d'un dépôt d'argent, monnaie fiduciaire, ou encore un prélèvement, un virement, l'inscription au compte vaut vraiment paiement. Il y a identité entre les deux dates.
C'est-à-dire entre la date d'inscription et la date de paiement.

En revanche, si l'origine de la créance inscrite c'est un chèque, alors l'inscription au compte ne vaut que paiement conditionnel.
Le risque pour la banque c'est le chèque sans provision. La banque n'indique le montant du chèque que sous réserve de l'existence de la provision.
Si la provision n'existe pas il y aura contre passation de l'écriture et c'est-à-dire que le crédit se transformera en crédit.

Cela entraine le phénomène des dates de valeur. Cela veut dire que la date d'inscription au compte n'équivaut pas à la date de paiement.

Certaines configurations donnent lieu à des difficultés.

2) Comptes multiples à même titulaire.

La différence dans ces deux situations est la suivante, il se peut qu'une même personne ait plusieurs comptes ou alors un seul compte pour plusieurs titulaires.

-N'importe qui peut avoir plusieurs comptes, ou ouvrir un compte auprès de différentes banques.
Les raisons sont multiples. La crainte quant à la solvabilité de la banque. Eviter de mettre des sommes importantes auprès d'une même banque.
L'activité professionnelle peut justifier l'ouverture de plusieurs comptes.
Il y aura un compte pour l'activité professionnelle et un autre pour la vie familiale.
L'enjeu vient de la comptabilité. Elle ne doit retracer que les activités liées à l'activité professionnelle.
Pour toutes sortes de raisons légitimes, une seule et même personne peut avoir plusieurs comptes.
Ceci entrainera plusieurs conséquences.
Les règles de principe et les clauses dérogatoires.

Le principe : Chaque compte est autonome.
L'appréciation du débit ou du crédit du client auprès de la banque ne se fait pas de manière globale, mais se fait compte par compte.

Ceci joue même si tous les comptes sont au sein d'une même banque.
La banque peut facturer des AGIOS, et le client doit s'assurer que chaque compte isolément est bien créditeur.
Ces dispositions ne sont pas d'ordre public et chaque partie peut les aménager en ayant recours à deux sortes de clauses :
Les accords de compensation et les accords de fusion de compte.

Accord de compensation : les comptes visés par l'accord vont voir leur solde se compenser. Seul importe le solde global.
Ces accords réalisent donc une sorte de paiement ce qui a des implications en termes de saisie et de procédures collectives.

L'opposabilité aux tiers est limité, elle ne peut pas être opposé à la saisie du compte, elle ne peut pas être conclue en période suspecte.
Si au contraire l'accord est conclu avant la période suspecte, l'accord de compensation est efficace, sera opposable à la procédure collective et permettra à la compensation d'être réciproque.

L'accord de fusion de compte : On l'appelle aussi lettre d'unité de compte. Entre les parties, c'est comme ci il n'y avait qu'un seul compte. Ce qui importe c'est de déterminer le solde global.

Cette clause est satisfaisante, cela évite de se retrouver à découvert. Il y a eu des problèmes.
On a deux arrêts : Chambre commercial 28 septembre 2004 publié RBBF.

Dans cette affaire, il y avait deux comptes distincts et accord de fusion de compte mais aussi et surtout les comptes n'étaient pas libellés dans la même devise.
Cela intéresse les commerçants qui font de l'import et export.

La différence de monnaie de compte n'est pas un obstacle à la conclusion de l'accord de fusion de compte.

La légalité de ces accords a entrainé un autre problème à l'origine du deuxième arrêt.

Depuis quelques années, il y a des fluctuations importantes. Il arrive parfois que la banque ne fasse pas les conversions.
C'est-à-dire qu'elle laisse des créances en dollars sur un des comptes, qu'elle ne fait pas la conversion en euros, et qu'elle cherche à se prévaloir des disparités des monnaies.
Arrêt du 8 mars 2005. Dalloz 2005

Il y avait deux comptes, un compte en dollar et un en franc. Il y avait un accord de fusion de compte. En dépit de l'accord de fusion de compte, la banque n'a pas respecté cette clause et elle avait fait fonctionner les comptes litigieux comme des comptes autonomes.
Il en résultait un préjudice pour le client.
Il avait un solde débiteur qui était apparu sur le compte en dollars. La banque avait procédée à une saisie à cause du débit, sur un compte en franc. Le client avait contesté la saisie.

Arrêt de Cassation : La Cour de Cassation juge dans cette affaire que la banque a non seulement l'obligation de respecter la clause de fusion de compte, mais surtout la banque consacre l'obligation suivante l'interdiction pour la banque de se contredire au détriment d'autrui si cette contradiction pose un préjudice à autrui.

L'arrêt consacre l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

C'est intéressant car en droit Anglos américain « interdiction de se contredire au détriment d'autrui »

3) Les comptes indivis et comptes joints.

Il s'agit à chaque fois d'un seul compte ayant plusieurs cotitulaires. S'il peut y avoir un seul compte avec plusieurs titulaires, leur engagement peut varier. Il y a donc deux sortes de comptes ici.
Le compte indivis n'est pas dangereux, mais il n'est pas pratique à l'usage.
Le compte indivis, c'est un compte en co indivision. Les titulaires sont co indivisaires.
Il faut l'accord de chacun pour faire fonctionner le compte.
La difficulté est contournée avec la méthode des procurations.
S'il y a une procuration en bonne éduforme.
S'il n'y a pas de procuration, la banque est responsable, elle est fautive. Elle verra sa responsabilité engagé envers les autres.

Ce n'est pas une bonne formule pour la banque. Les banquiers ont eu l'idée du compte joint.
La grande caractéristique du compte joint, **il y a double solidarité entre la banque et les clients**.
Solidarité à la fois active et passive.
Cela veut dire que chaque titulaire est créancier de la totalité du solde, la banque ne commet pas de faute en laissant un titulaire viser le compte de l'autre.
La solidarité passive, c'est que chaque titulaire est responsable de la totalité du débit, des dettes du compte.
Si le compte devient en débit, chacun est responsable de la totalité des dettes, la banque a donc le droit de s'adresser à n'importe lequel des titulaires pour payer la dette.

Un arrêt illustre bien *Chambre commerciale 8 février 2005.*
Un couple marié, qui avait ouvert un compte joint auprès d'une banque. Le mari se fait octroyer plusieurs prêts. Sur les contrats de crédit, seules les signatures du mari y figurent.
Le mari dépense l'argent pour lui, ce n'est pas une dette pour le ménage, c'est simplement pour le mari dans son intérêt.
Le mari ne rembourse pas et la banque attaque sa femme. La CA donne raison à sa femme.

L'arrêt est cassé à juste titre. Pour la Cour de Cassation dès lors que les crédits sont virés sur un compte joint. Le co-titulaire est responsable du paiement de la dette même si le contrat de prêt n'est pas signé par les deux.

Le compte joint est dangereux, on peut être condamné à rembourser.
Ce mécanisme permet aux banques d'éluder le régime primaire, qui est d'ordre public.

1ere chambre civile 17 janvier 2006 Dalloz 2006.

Il s'agit d'un compte ordinaire ouvert au nom du mari, couple marié sous le régime de la communauté légale.
Le mari mets de l'argent à la banque, la banque saisit le compte. Celui-ci ne peut pas saisir le compte du mari à cause du régime primaire et de la présomption de communauté. Les revenus sont présumés communs, la banque ne peut pas saisir les revenus communs.

Un compte bancaire ordinaire, la banque ne peut pas le saisir.
Si c'est un compte joint, la solidarité passive prime sur le régime primaire.

Le 11 mars 2010.

Rappel du dernier cours.

-Une circulaire du premier mars a été prise qui modifie les critères pour les cartes d'identité plastifiée. Le certificat d'identité n'est plus requis.

-Le total des intérêts pour les découverts est dû par an.

-L533-3 du CMF a changé de numéro. L561-10-2 du CMF. L561-32, D561-32-1, et R561-38.
On a donc d'un texte unique 4 textes nouveaux. La rédaction a changé également.

§3) Le compte courant.

Le compte courant est un compte bancaire spécifique, une sorte de droit spécial dérogatoire.
Cela signifie que la qualification de compte courant est une qualification spécifique, c'est une notion juridique qui est restrictive, qui emporte des conséquences spéciales qui n'existent pas pour le compte de dépôt. C'est une qualification contrôlée par la Cour de Cassation, c'est une notion théorique.
La notion de compte courant découle de la pratique. ➔C'est une notion bâtie par la jurisprudence à partir de l'interprétation de clause contractuelle.
La caractéristique du compte courant est **de permettre des remises réciproques**, c'est-à-dire de chaque coté, qui s'incorporent dans le solde du compte, lequel solde peut varier dans les deux sens, c'est-à-dire soit au profit de la banque, soit au profit du client.

Cette définition est simplifiée. Elle fait apparaître deux éléments déterminants.
C'est **la réciprocité des remises** avec comme conséquence logique, que **le compte peut être débiteur**. ➔Ce n'est pas une faute du client d'avoir un compte en débit.
Ch.Com 9 octobre 2001 DALLOZ 2001 p. 3191.

C'est un besoin créateur de droit. En effet le dépôt classique qui ne permet pas la réciprocité, il ne convient pas au besoin des commerçants. Ils ont besoin de trésorerie.
Il faut donc cette réciprocité pour satisfaire à leurs besoins.

1) Les caractéristiques générales.

a) Le processus de qualification.

Le compte courant repose sur la réunion de deux éléments. Un élément matériel et un élément intentionnel. **Ils sont tous deux cumulatifs**. ➔ Il faut les deux éléments.
La qualification n'est pas à la disposition des parties. Elles ne peuvent pas rendre un compte de dépôt en un compte courant même si elles le veulent.

-L'élément intentionnel.
C'est la volonté des parties de recourir à la qualification de compte courant. Cela implique que leur convention soit intitulée « compte courant ».
Mais cela ne suffit pas il faut l'élément matériel.

-L'élément matériel.
C'est la remise de créance sur le compte, qui se caractérise par la réciprocité.

➔La qualification n'est pas à la disposition des parties. *Arrêt du 15 mars 2005 1ere ch. Civile DALLOZ 2005 p. 950.*
Dans cette affaire les parties avaient qualifié leur compte de « *compte courant* ». Mais dans le fonctionnement du compte, la réciprocité des remises et les conséquences attachées à cette réciprocité n'existaient pas.
La Cour de Cassation approuve la Cour d'Appel d'avoir rejeté la qualification de compte courant.
➔**La qualification n'est pas à la disposition des parties.**

L'élément matériel pose des problèmes.
Le type de créance pouvant figurer au compte :
*Dans le compte de paiement, c'est uniquement des paiements électroniques pour des créances liquides et exigibles.
*Pour le compte de dépôt, c'est créances certaines et exigibles, électroniques ou fiduciaires.
*Dans le compte courant, des créances de même type vont pouvoir être inscrites.
-Ces créances figurent au disponible du compte.
-Les commerçants travaillent avec les courants d'affaires et il peut y avoir des créances futures, à terme. Ces créances vont figurées **au différé du compte**. ==> Cela simplifie la vie juridique du commerçant.

La Cour de Cassation a une position plus restrictive surtout dans le cadre des procédures collectives. On se demande s'il peut y avoir compensation au sein du compte entre les créances futures et les créances actuelles, c'est-à-dire entre le disponible et le différé.
L'enjeu est le suivant, la compensation est un mode de paiement. Si la banque peut compenser, c'est un avantage pour la banque.
Pour la jurisprudence, *cette compensation des créances ne vaut que pour des créances qui sont certaines et liquides ce qui exclu les créances futures du jeu de la compensation.*

En conséquence la doctrine a une vision plus large de la définition du différé et du disponible. La jurisprudence restreint la compensation du différé.

*Un principe général d'affectation des créances.
Ce principe n'est pas d'ordre public, il n'entre pas dans la qualification de compte courant.
En pratique la banque exige souvent ce principe général d'affectation des créances. ➔ **Le commerçant ne peut avoir qu'un seul compte courant.**

Le commerçant s'engage à domicilier tous ses paiements auprès de sa banque. Ce n'est pas une sûreté, mais c'est une sorte de garantie pour la banque. En pratique, on dit que le commerçant prend l'engagement de faire figurer sur son compte tout son poste client.
La banque est sure que tout **le poste affaire figure sur le compte**.

*Chaque partie doit **être propriétaire** des créances déposées.

La réciprocité signifie que chaque partie va faire des remises sur le compte à la fois à la banque et au client. Si cette réciprocité des remises disparaît, ➔ cela équivaut à la clôture du compte.

Du coté des clients, c'est l'inscription au compte des clients.
Du coté de la banque la réciprocité peut résulter du paiement des commissions et du paiement des agios. En clair, du coté de la banque, on se contente de très peu pour admettre qu'il y a réciprocité.
La notion même de réciprocité est conçue de manière souple en pratique.

Les remises doivent être **réciproques** mais en plus elles doivent être **enchevêtrées**. C'est une exigence de la Cour de Cassation.
Elle distingue les deux notions.
L'enchevêtrement signifie que l'écriture des créances s'alterne. Concrètement, sur le relevé de compte, on aura une série d'écriture réciproque et enchevêtré.

*La position du solde.
Le solde peut **toujours être créditeur** pour le client sur chaque relevé, cela n'empêche pas la qualification de compte courant.

En conclusion, le compte courant est un ensemble de caractéristiques qui sont cumulatives et lorsque ces caractéristiques sont réunies, on aura des conséquences importantes, spécifiques qui différencient le compte courant et le compte de dépôt.

2) Le fonctionnement du compte courant.

Dans le fonctionnement du compte, on retrouve des règles qui sont adaptées au besoin du commerçant. C'est la souplesse, la possibilité d'être en débit, le **caractère indivisible du compte** et l'indivisibilité va reporter l'exigibilité de la créance globale à la clôture du compte.

➔Le compte peut être en débit, tant que le compte n'est pas clos, la banque n'a pas de créance exigible sur son client.
Tant que le compte fonctionne, la banque ne peut pas demander le paiement du solde global.

Le gros intérêt c'est le report de l'exigibilité. Le commerçant peut être en débit,➔ il ne peut pas être forcé à être payé.
Les banques ont essayé de tirer à leur avantage une autre conséquence liée à cette indivisibilité sur le terrain de la prescription.

Dans le crédit à la consommation, il y a un délai spécifique d'extinction, c'est un délai de deux ans et en plus c'est un délai de forclusion, ce n'est pas un délai de prescription.

Il s'est trouvé dans une affaire qu'un commerçant avait bénéficié d'un crédit à la consommation. Dans les deux ans qui avaient suivi l'incident de paiement, la banque n'avait pas réagi.
Elle finit par attaquer au delà du délai de deux ans.
Le client avance que le délai de deux ans était écoulé.

La banque précise que le délai de deux ans ne peut pas jouer car c'est un compte courant et le point de départ, c'est la clôture du compte et non pas l'incident de paiement.
La Cour de Cassation **1ere chambre civile du 22 janvier 2009** DALLOZ 2009 p. 427.
La Cour de Cassation considère que c'est le délai de deux ans qui l'emportait même à l'encontre des caractéristiques du compte courant.
La Cour de Cassation considère que le délai de deux ans est une règle d'ordre public qui ne serait être neutralisé par la technique du compte courant.

Heureusement que la Cour de Cassation a retenue cette solution car dans le cas inverse, il n'y aurait que des comptes courants et plus des comptes de dépôt.

Cette règle d'indivisibilité entraine le report de l'exigibilité à la clôture du compte, c'est une règle qui ne vaut qu'entre les parties, entre la banque et son client. Cette règle ne joue pas à l'égard des tiers.

Cela s'explique par l'effet relatif des conventions, ce mécanisme découle d'une clause contractuelle, le mécanisme de report ne joue pas à l'égard des tiers.
Du coté des tiers, ils ont le droit de saisir le solde même si le compte n'est pas clos.

Si la règle était inverse les commerçants pourraient se rendre insaisissables en s'arrangeant pour le compte ne soit jamais clos.

La doctrine a du mal à expliquer les conséquences.
Comment expliquer ce mécanisme théoriquement.
Il y a trois thèses.

-La conception classique : Pour ces auteurs le mécanisme repose sur une combinaison entre la novation et l'indivisibilité. ➔Chaque créance inscrite est novée, elle perd son individualité. Elle se transforme dans le solde du compte.
La faiblesse de l'analyse est la suivante : L'indivisibilité devrait rendre indisponible les créances inscrites sur le compte tant que le compte n'est pas clos. Or le solde du compte est saisissable par les tiers même avant la clôture.

Conséquence : Si on a une explication imparfaite, il faut la récuser, il faut trouver une autre explication.

-Le Mécanisme de compensation : Dans le fonctionnement du compte courant il y a un mécanisme de compensation, cette compensation permet d'expliquer l'effet de paiement qui est attaché aux créances du compte. Cette explication est exacte, mais certains commercialistes lui reprochent son coté trop civiliste, qui ne rendrait pas compte de la spécificité du compte courant.

-La Synthèse : C'est la théorie de l'effet de règlement. C'est lié à l'inscription au compte de paiement de la créance, on y voit un effet de règlement spécifique du compte courant, complété par le mécanisme de réciprocité, et cette réciprocité équivaut à une garantie pour chaque partie.

Effectivement, cette approche souligne l'originalité du compte courant, mets l'accent sur les caractéristiques propres et le compte courant est adapté au commerçant et aux besoins de la banque.

En conclusion, la jurisprudence et la pratique mélange les trois explications. L'enjeu le plus important, c'est la possibilité de saisie du solde provisoire par les tiers. Il y a donc à la fois, novation, indivisibilité entre les parties, mais limité par l'effet relatif des conventions, mécanisme de compensation réciproque et effet de règlement.

Le compte courant est une invention originale, qui sollicite les techniques civilistes, idéal pour le commerçant.

§4) Le régime des compte bancaires.

A) Le fonctionnement du compte.

Il donne lieu à de nombreuses difficultés.

I) Le relevé de compte.

Il va donner lieu à un certain nombre d'opération. Il pose des problèmes juridiques quant à sa valeur, sa portée et quant à la possibilité de le contester.
Il a une finalité informative, la banque doit informer son client de toutes les opérations qui ont été faites, (paiements, devits).
Cela permet au titulaire que tous les paiements sont justifiés.
Les banques incluent des clauses, il y a d'un coté le modèle règlementaire issu de l'ordonnance qui a transposé la DSP du 15 juillet 2009, mais **les banques complètent ce qui est prévu par la loi par des clauses contractuelles,** qui ne sont pas prévues par ordonnance ou arrêté et qui sont l'expression de la politique de la banque.

Affaire du TGI de Paris 9 novembre 2005, publié DALLOZ 2006 p. 296.

La banque avait inséré 8 clauses abusives. Des clauses qui sont prévues par la banque.
On a :

-Pour la délivrance des chéquiers, la banque prévoyait que la délivrance de chéquier était soumise à l'agrément de la banque. Les conditions de l'agrément n'étaient pas spécifiées. C'était discrétionnaire.

-La convention prévoyait que la banque pouvait demander à tout moment la restitution des chéquiers sans invoquer les raisons.

-Clauses relatives aux modalités pour faire opposition sur un chèque. La convention prévoyait que l'opposition devait être précise, qu'il fallait indiquer le chèque, le numéro du chèque, la date d'émission et le nom du bénéficiaire. A défaut la banque refusait de prendre en compte l'opposition. Le TGI considère que la clause litigieuse induisait le client en erreur en lui faisant croire qu'aucune opposition n'était possible.

-Relative aux conditions de délivrance des CB. A nouveau la convention de compte donnait de larges prérogatives à la banque à la fois pour délivrer la carte et pour la retirer.

-Clauses relatives au mécanisme d'opposition. La clause faisait croire que seule une déclaration écrite d'opposition était possible, ce qui excluait les oppositions verbales.

-De nombreuses banques ont pour habitude de prévoir dans la convention de compte et au verso de chaque relevé de compte, que le délai pour contester est très court. Elle fait croire à tord que passer le délai, plus rien n'est possible.

-Clauses relatives aux modalités de restitution du solde. La banque peut compenser avec la créance du client, n'importe quelle dette.

-La clause relative aux modifications de la convention. La convention prévoyait un délai d'un mois au client pour s'opposer à la modification substantielle et résiliait son compte.

Le relevé à l'air neutre, c'est une information.
Cependant concernant le délai pour contester le relevé. La Cour de Cassation s'est prononcée sur cette question. ➔*Ch.Com 26 mars 1996 p.514.*

La clause a simplement pour effet d'inverser la charge de la preuve. Si le client est à l'intérieur du délai, c'est à la banque de justifier.
Le client a toujours le droit de contester tant qu'il est à l'intérieur du délai de prescription.
La loi et la jurisprudence obligent les **banquiers à conserver tous les éléments de preuve des opérations tant que le délai n'est pas écoulé.**

EX : Les conversations téléphoniques sont enregistrées, c'est un élément de preuve. La durée d'archivage est de 6 mois.
Pour les traces écrites, la durée de conservation c'est le délai de prescription qui était de 10 ans jusqu'à 2008 et qui est passé à 5 ans.
Arrêt 10 juin 2005. La convention stipulait que le délai de contestation était très court, le client conteste après le délai.
La Cour d'Appel précise que tant que la prescription n'est pas acquise, le client a le droit de contester le relevé de compte. La clause ne vaut rien.
L'action du client est recevable. La banque n'a pas pu retrouver les relevés de compte, et elle a perdu.

Jusqu'en 2008, la prescription était de 10 ans. Le législateur réduit le délai. Elle est ramenée à 5 ans.
A cause de la transposition de la DSP, en 2009 article L133-24, le délai de contestation a été ramené à 13 mois.

S'il y a une erreur, un paiement indu. Il faut distinguer plusieurs hypothèses.
Si le client est débité par erreur. Il ne devait rien, il a le droit au remboursement intégral.

La question est la suivante : L'action en remboursement du paiement fait par erreur, et contre qui ?
Il faut distinguer deux hypothèses :

-Celui qui a reçu le paiement, a bien reçu ce qui était du par un tiers.
Dans ce cas, la dette existe réellement. L'action en répétition de la banque solvens, suppose la preuve de son erreur. La banque doit prouver l'erreur qu'elle a commise. Si elle prouve son erreur, **elle a droit à répétition**, sinon tant pis pour la banque. C'est l'article 1377 du code civil ;

Si l'erreur est prouvée, le remboursement peut causer un préjudice au client. Est-ce que le préjudice du client peut être indemnisé ?

- ⇨ Si l'erreur de la banque est fautive, elle devra indemniser le préjudice qu'elle a causé.
- ⇨ L'acquipiens n'est pas créancier. On est dans l'hypothèse de l'indu. En jurisprudence la répétition est possible, la banque a **un droit au remboursement** et peu importe que la banque a commis une erreur. Cela signifie que la preuve de l'erreur n'est plus une condition du remboursement.

Cela découle de l'application de l'article 1376 du code civil. La jurisprudence qui a posé cette règle c'est l'arrêt d'AP du 2 avril 1993.

➔Cependant si la banque a commis une faute, on peut obtenir dommage et intérêt.

Il arrive parfois que le paiement est fait par erreur, il est acquis en jurisprudence que la banque qui a payé par erreur ne peut agir que contre le destinataire du paiement erroné, c'est-à-dire la personne qui a reçu le paiement, c'est-à-dire le titulaire du compte.

La banque qui a fait le paiement erroné n'a pas le droit d'agir contre la banque du client, elle ne peut agir que contre le client. *Ch. COMM 10 janvier 1995.*

La banque du client a le droit de garder l'argent qui lui a été donné par erreur.

En résumé c'est un document important, l'évolution du droit est défavorable aux clients de banque.

II) Les frais et commissions.

Le principe en droit français, **c'est la gratuité du service bancaire de base**. Cela comprend l'ouverture du compte et la remise des chéquiers. L'ouverture du compte doit être gratuite, la remise des chéquiers doit être gratuite. La contre partie, **c'est l'interdiction de rémunérer les comptes de dépôt à vue.**
Les comptes de dépôt à vue fournissent aux banques de l'argent gratuit.

RQ : Les banques essaient d'obtenir des pouvoirs publics la rémunération lorsqu'elles émettent des chéquiers.

Cette gratuité ne vaut que pour le service bancaire de base. La DSP a porté atteinte, car en effet dans la DSP, la banque a le droit de prélever des frais de clôture du compte, sauf si le compte a une durée supérieure à 12 mois.

Le service bancaire de base, c'est tout ce qui est basic, le reste c'est la libre politique de la banque. Il y a une restriction, le plafonnement pour les incidents de paiement.

L'état actuel du droit parait largement en faveur des banques.

Question : Les banques ont-elles le droit de facturer les retraits ?

Jusqu'à la fin des années 90, les retraits étaient gratuits. On pouvait utiliser les CB sur les réseaux concurrents. A la fin des années 90, la plupart des banques ont pris l'habitude de facturer ces retraits, les retraits en guichet.
Un auteur publie un article en 2003 « CAUSSE » ; Il a montré que cette pratique est illégale pour **défaut de cause**. Le frais n'est pas justifié car le retrait effectué par client se rattache et découle l'obligation de restitution du dépositaire.

III) Les intérêts des découverts.

On se demande à quelles conditions la banque a le droit de facturer des intérêts.
La question vaut pour les deux types de comptes, dépôt et compte courant.
Le compte de dépôt n'a pas le droit d'être en débit, et donc il faut que la convention ait prévue la possibilité de découvert.

Pour le compte courant, à priori c'est différent, car le compte courant a le droit de fonctionner à découvert. C'est l'une des caractéristiques du commerçant.
Même pour le compte courant, il y a des exigences très lourdes.

Pour les intérêts, on distingue deux types de clauses. Il ne faut pas confondre la stipulation d'intérêt et la stipulation du taux d'intérêt.

1) La stipulation d'intérêt.

C'est prévu dans le code civil à l'article 1905. Selon cet article **si le prêt ne prévoit pas de stipulation d'intérêt, aucun intérêt n'est possible, le prêt est possible.**
C'est cette question que tranche la question d'intérêt. En d'autre terme, si le terme ne comporte pas de stipulation d'intérêt le taux d'intérêt légal n'est pas appliqué.
Ch. Com 4 décembre 1990, publié dans la revus « banque » Mars 1991 P.315.

Cette jurisprudence ne vaut que pour le compte de dépôt. Elle est sans application pour le compte courant car le propre du compte courant est de permettre le découvert et la perception d'agios.

2) La stipulation du taux d'intérêt.

La stipulation du taux d'intérêt, son objet c'est de préciser le montant du taux, le prix de l'argent, le loyer de l'argent.
S'il y a une stipulation de taux d'intérêt qui a correctement été faite, et qui est donc légale, on appliquera l'intérêt voulu par le prêteur, ici la banque. Si la stipulation du taux d'intérêt n'est pas valable, la banque n'a plus le droit au taux qu'il voulait percevoir. Le prêt n'est pas gratuit, on appliquera le taux d'intérêt légal.

On a eu des questions en jurisprudence, sur la fixation des taux, variation des taux et taux applicable après la clôture du compte.

-Fixation du taux.

La fixation du taux est régie par les articles 1907 du code civil et L313-2 du code de la consommation.
La règle énoncée est simple, **la stipulation du taux doit être faite par écrit.**
Quelle Est le sens de la règle ? Est-ce une règle de preuve ou de validité ?

Si c'est une preuve, on peut essayer de trouver un autre moyen.
Si c'est une règle de validité, c'est le tout ou rien.

Jusqu'à la fin des années 80, la pratique bancaire est la suivante, la mention par écrit du taux d'intérêt dans les comptes de dépôt mais pas pour les comptes courants.
La Cour de Cassation est venue dire que dans tous les cas, la fixation par écrit est une condition de validité.
1ere ch.civ 9 février 1988 et ch.com 12 avril 1988 DALLOZ 1988.

Il y a eu de nombreux procès qui ont porté sur les modalités de remboursement.
Lorsque la stipulation de taux d'intérêt n'existait pas, juridiquement les banques devaient restituer le taux perçu au client, le taux perçu représentant la différence entre le taux légal et le taux voulu par la banque.
La jurisprudence a admis cette règle dans un arrêt de ch.com 9 avril 1991 publié semaine juridique édition entreprise 1991 -179.
Il fallait surmonter une difficulté juridique pour cela.
Les banques ont prétendu que l'imputation des intérêts valait paiement et qu'il y avait extinction des créances.

La Cour de Cassation a considéré qu'au contraire que l'imputation des intérêts ne valait pas paiement, au sens de l'article 1906 du code civil, ce qui permettait alors d'obtenir le remboursement, même s'il n'avait pas protesté à la réception du relevé de compte.

La fixation du taux d'intérêt, c'est par écrit, et c'est une condition de validité.
Il y a cependant deux taux d'intérêt, fixe et variable.

-Variation des taux.
La question de la nature du taux se rattache à une sorte d'habitude pratique Pays par pays. L'usage en France c'est de s'endetter à taux fixe.

En France il n'y a aucun intérêt à s'endetter à taux variable pour des raisons juridiques.
Pour les commerçants, il peut être intéressant de s'endetter à taux variable, c'est de profiter des taux lorsqu'il y a des baisses.

Depuis 2006-2006 les banques françaises ont voulu proposer des taux variables même à des particuliers.
➔Beaucoup de gens s'endettaient à taux variables.

D'un point de vue juridique on a le principe même, et les modalités.
En droit français si on ne s'endettait pas à taux variables, c'était pour une raison juridique issue de la jurisprudence de la Cour de Cassation.
Dans le code civil le prix doit être déterminé et déterminable. Il ne peut pas varier ensuite à la discrétion de l'une des partie Art 1129 du code civil.

Cette jurisprudence vaut aussi pour le prêt, car l'intérêt c'est le prix de l'argent. L'intérêt doit être déterminé et déterminable.
Cette jurisprudence pour le prix a été transposée pour le prêt arrêt 9 juillet 1996.

La conséquence est la suivante : Depuis ce revirement, il est possible de s'endetter à taux variable avec un taux fixé unilatéralement par la banque en cours d'exécution du contrat.

Dans le courant des années 2000, on propose de s'endetter à taux variable.
Pour la France les personnes se sont retrouvées insolvables.
La Cour de Cassation dans un arrêt de 1ere chambre civile, 20 décembre 2007.
Il s'agissait d'une SCI qui s'était endetté pour 24K€ sur 180 échéances mensuelles, à taux variables.
S'il y a eu procès, c'est que le taux a bondi.

La Cour d'Appel a donné raison à l'emprunteur en considérant que la banque n'avait pas suffisamment informé le client sur l'évolution du taux variable, donc la cours d'Appel a condamné la banque a des dommages intérêt.
La Cour de Cassation casse l'arrêt et donne raison à la banque.
La motivation : *L'article 313-2. S'il impose la mention du TEG, cet article ne fait pas obligation au prêteur en cas de stipulation, de révision du taux d'intérêt selon un indice variable d'informer l'emprunteur de la modification du taux effectif résultant de la révision.*

Sur la question des crédits à taux variables sauf dispositions législatives expresses d'ordre public, les banques n'ont aucune obligation d'informer les gens sur la modification des taux.
Arrêt rendu en décembre 2007.
Une loi du 3 janvier 2008 qui est passée. Loi pour développement de la concurrence. Une protection relative a été mise en place. Soit on est dans le cadre de la loi, et il y a une protection limitée. Soit on est dans le droit commun, et il n'y a aucune protection spécifique.

Pour les crédits règlementés à destination du consommateur, la banque a à présent l'obligation d'informer le client de la variation du taux précisément, la banque à l'obligation de remettre une notice qui va expliquer les conditions et les modalités de variation du taux.

-Le taux applicable à la clôture du compte : Les banques souhaiterait appliquer le taux conventionnel. Ce n'est pas possible, c'est le taux légal qui s'applique car comme le compte a été clos, la convention de taux a pris fin.

IV) L'Anatocisme.

Il est réglé à l'article 1154 du code civil. C'est une disposition d'ordre public. On l'appelle aussi la capitalisation des intérêts, cela signifie qu'au bout d'un certain temps, **l'intérêt produit par le capital est ajouté au capital, il perd sa nature juridique, il acquiert la nature juridique de capital**, la conséquence est terrible.
L'intérêt vient grossir le capital.
Cette règle est dangereuse pour l'emprunteur si capitalisation à intervalles faibles.
Il y a une formule mathématique qui permet de savoir quand est-ce qu'un capital va doubler avec les intérêts.
70/ taux intérêt.
Ex : Si on place de l'argent à 7%, en 10ans on est deux fois plus riche.
Si on place de l'argent à 15% En 5 ans on est plus riches.

Quant on entend que la Grèce s'endette à 7%. En 10 ans la dette de la Grèce double.
Si les marchés financiers exigent une rentabilité de 15%.
L'article 1154 du code civil autorise l'anatocisme mais il faut au moins qu'une année se soit écoulée.
Pour un compte de dépôt bancaire classique les intérêts produits par le découvert non payés par le client ne peuvent être capitalisés qu'au bout d'un an après leur naissance.

La convention peut permettre une capitalisation d'intérêt comme elle veut pour les commerçants.

V) Les dates de valeur.

C'est une ruse des banquiers.
Les dates permettent aux banques de faire croire à une personne qu'elle est débitrice alors qu'elle est créditrice.
Si on est le client de la banque, et qu'aujourd'hui on dépose un chèque de 1000€. On sait qu'aujourd'hui on va être débité de 1000€.
Pour la banque on est débiteur pendant plusieurs jours. La banque considère que le chèque déposé, elle le poste date à J+2 dans le meilleur des cas.
Pour le débit, J-2 voir J-5.
Grâce à ces dates, on va être découvert 10 jours.
La banque va facturer des agios pendant 10 jours.

La date de remise du paiement ne correspond pas à la date comptable.
Cette pratique bancaire est irritante et très illégale. Il y a un défaut de cause. Arrêt ch.com 6 avril 1993.

Dans cette affaire, la pratique des dates de valeur est jugée nulle pour violation de 1135 du code civil, défaut de cause.

Il faut introduire des distinctions. La Cour de Cassation juge que cette pratique est illégale pour les virements, prélèvements, les dépôts de billet, dénuée de cause.
Mais pour les chèques, la Cour de Cassation juge que c'est légal. ➔Le mécanisme est légal.

Ch. Com. 11 décembre 2007 Semaine juridique 2008 1346.
Motivation ; Quand il s'agit du chèque, il y a une cause due à la procédure. En effet il faut un certain temps pour que la provision arrive.

Avec la DSP, elle prévoit à présent L133-14 I. **Les dates de valeurs sont strictement interdites désormais. C'est un texte d'ordre public.**

Dans un PSP, aucune date de valeur possible, ➔ Dans une banque, on a le droit.

VI) La contrepassation des écritures.

C'est une inscription qui ne vaut que paiement conditionnel, c'est l'arrivée de la provision qui vaut paiement. Si le chèque est sans provision, la banque va contrepasser l'écriture, **elle avait fait figurer un crédit sur le compte, la contre passation c'est le fait de faire figurer au débit une somme de même valeur.**
Il arrive que la contrepassation a la conséquence de rendre le compte débiteur, tant pis pour le client.
Cette question fait l'objet depuis la DSP de l'article L133-10 II du CMF.

Le 18 mars 2010.

VII) La saisie du solde du compte bancaire.

Les textes qui régissent la question sont anciens, **loi du 9 juillet 1991 complété par un décret du 31 juillet 1992**. Ce sont des textes toujours en vigueur. Ils ont été souvent modifiés.
C'est une des questions importantes vu le contexte économique. Les défauts de paiement sont nombreux, il y a donc beaucoup de saisie de compte.

La saisie répond à une réglementation spécifique. L'intérêt du créancier poursuivant, l'intérêt du débiteur saisi sont pris en compte, et des obligations lourdes pèsent sur la banque, tiers saisi.
➔La banque tiers saisie est la banque qui gère le client saisi.

1) On a l'obligation à la dette

La question porte sur l'identification des débiteurs qui peuvent être poursuivi. C'est simple lorsqu'il y a qu'un seul débiteur. En revanche les difficultés vont apparaître lorsque potentiellement il y a plusieurs débiteurs. S'il y en a plusieurs, qui va être obligé à la dette ?
Un acte de prêt dans lequel, il y a plusieurs emprunteurs qui sont tenus solidairement envers la banque. Dans ce cas là, pas de difficulté, ➔**l'autre répond de tout**. Les deux sont obligés.

Lorsque les débiteurs sont un couple. Dans ce cas la, si l'un des époux s'endette, la banque peut-elle poursuivre l'autre époux ?
On retrouve une problématique à propos des comptes joints. Dans le cas des époux, il faut distinguer plusieurs hypothèses.
Dans les relations entre les époux, il y a un principe de l'autonomie, d'autogestion. Chacun peut contracter seul. Chacun peut emprunter seul librement, et possibilité de dépenser l'intégralité des revenus.

-L'un des époux emprunte seul ou se porte caution seul, l'époux engage que ses propres et ses revenus, **les biens communs ne peuvent pas être saisis et les revenus de l'autre conjoint ne peuvent pas être saisis**.
-La banque acceptera d'accorder le prêt si l'autre donne son accord. L'autre époux n'est pas lui-même caution. L'accord ne signifie pas être co emprunteur. Le droit de gage s'élargit. **La banque peut poursuivre et saisir les biens propres de l'emprunteur principal plus les biens communs, mais pas les revenus des autres conjoints.**
-La banque peut avoir le gage maximal, et les deux époux se portent co emprunteur et sont tous les deux cautions, et **dans ce cas la totalité des biens du ménage est saisissable.**
C'est l'hypothèse la plus dangereuse pour les époux.

Cela va s'articuler avec les règles en matière de compte. Les poursuites de la banque créancière vont être affectées par la présomption de communauté. Cette présomption va bloquer les poursuites de la banque sur le compte bancaire tant que la communauté n'est pas dissoute.
Il faut distinguer selon que la communauté existe.

-Si la communauté existe, 1ere chambre civile 17 janvier 2006, Dalloz 2006 p. 1277. Dans cette hypothèse seul le mari s'était endetté et le compte bancaire était ouvert uniquement à son nom.
La banque devant le défaut de remboursement du mari a entendu saisir le compte, elle a perdu, car elle s'est heurtée à la présomption de communauté.
Cette présomption découle de la combinaison des articles 1402 et 1415 du code civil.
Les sommes inscrites en compte sont présumées communes. ➔Cette affaire montre que le compte bancaire dans ce type de situation est une astuce juridique qui permet de mettre le couple à l'abri.

Une affaire plus récente : **1ere chambre civile 20 mai 2009 petites affiches 2010 n°19.**
Arrêt de cassation : Les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, et le compte était ouvert au nom des deux époux.
En appel la Cour donne raison à la banque en se fondant sur le fait que le compte était ouvert au nom des deux époux. Les époux se pourvoit en cassation et la Cour de Cassation donne tord à la banque et déclare le compte non saisissable.
Même si le compte est ouvert au nom des deux époux, le créancier poursuivant doit quand même prouver à qui appartient les fonds qui sont inscrits sur le compte.

➔Avec l'arrêt de 2009, l'issu est la même que le compte soit ouvert par une personne ou les deux époux.
Le fondement textuel est ici différent, **c'est la combinaison de 1315 et 1538 du code civil.**

Un arrêt controversé de chambre mixte **2 décembre 2005**. Publié Dalloz 2006.
Cet arrêt avait décidé que *le cautionnement réel n'était pas une sureté personnelle. C'est une sureté réelle qui l'emportait et cela entrainait un recul de la protection pour les époux.*
Le législateur a désavoué la Cour de Cassation avec l'article 1422 du code civil, pour restaurer la protection des époux.

- ⇨ On en revient au fait qu'il faut l'accord des deux époux.

- Hypothèse ou la communauté prend fin.

Puisqu'elle prend fin, la présomption de communauté prend fin. Arrêt 1ere chambre 19 septembre 2007.
Dans ce cas, puisque la présomption de communauté tombe, *la banque a le droit de saisir le compte ouvert au nom du débiteur et ce qui s'inverse c'est la charge de la preuve.* ➔C'est à l'autre époux de prouver que les sommes inscrites sur l'autre compte lui appartienne.
Le fondement textuel est l'article 1409 du code civil.

On constate l'intégration au passif commun définitif de l'emprunt.

Un arrêt du 8 juillet 2009. Il s'agit des relations entre la banque et les époux. Les faits : Le mari fait verser sa pension de retraite sur son compte et son épouse qui ne disposait d'aucune procuration sur le compte prend les sous.
Il demande à la banque de lui restituer les sommes prises par son épouse.
La Cour de Cassation donne raison à l'époux. La *banque a connu une négligence*. La Cour de Cassation accueille également le recours subrogatoire de la banque contre l'épouse.
Cela montre qu'il y a un risque patrimonial sur les époux qui peut être neutralisé grâce à certaine faille juridique.
➔Si un époux est à son compte, le risque c'est que tout le ménage soit mis en danger. Le législateur depuis plus de 20 ans essaie de remédier à ces risques en instaurant une protection et rendre une partie du patrimoine insaisissable.

La loi dite LME du 4 aout 2008 avait fortement réformée, modifiée, le droit de l'insaisissabilité en prévoyant grâce à une déclaration, la mise à l'abri et le caractère insaisissable du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel.
A priori ce dispositif était intéressant. La loi était mal faite avec d'énormes défauts. Il est possible que cette insaisissabilité ne valle rien. L'autre problème c'est que ce dispositif ne vaut pas dans le cadre du statut de l'auto entrepreneur.
La loi ne concerne pas l'auto entrepreneur. Il ne bénéficie pas de ce mécanisme de protection. Actuellement il y a un projet de loi sur L'EIRL. Entrepreneur individuel à responsabilité limité. ➔ Il rend le patrimoine privé insaisissable.

Conclusion : On constate l'influence de la crise sur les mécanismes étudiés à deux égards. Une volonté de la Cour de Cassation de protéger comme on peut des débiteurs poursuivis.
Le souci du législateur d'améliorer la protection du débiteur en étendant le périmètre de l'insaisissabilité.

2) Le rôle de la banque tiers saisi.

La banque « tiers saisi » (banque du débiteur) a un rôle prépondérant car c'est elle qui est le mieux à même de savoir s'il y a des comptes saisissables. **La réglementation prévoit une obligation de coopération qui pèse sur la banque** « tiers saisi », ➔la banque va devoir coopérer et indiquer s'il y a un solde saisissable sur le compte.

L'obligation de la banque découle de l'article 60 de la loi de 1991 et également d'un décret du 31 juillet 1992.
Dans le cadre de la saisie on va se placer soit dans l'alinéa 1 soit l'alinéa 2 de cet article.

- ⇨ La banque « tiers saisi » doit informer de la nature des comptes du débiteur, le montant du solde au jour de la saisie et également toutes les opérations qui ont affectées les comptes depuis le jour de la saisie inclusivement.

Pour inciter la banque à correctement exécuter ses obligations, l'article 60 prévoit des sanctions très lourdes. Si la banque refuse de coopérer,➔ **elle devient responsable de la dette personnellement**.
La Cour de Cassation a développé une interprétation sur les alinéas de l'article 60.

- ⇨ Il y a deux hypothèses :

-La banque refuse de répondre.
-La banque répond mais soit elle donne des renseignements faux par négligence, soit elle ment délibérément.

La condamnation ne vaut que dans l'hypothèse ou il y a refus de répondre. C'est l'alinéa 1er. Le premier arrêt c'est 1ere chambre civile Arrêt de 1er juillet 2000.
La deuxième hypothèse renseignement faux ou inexact ➔ La sanction la plus contraignante ne s'applique plus, **on applique le droit commun de la responsabilité.**
L'alinéa 1er est un régime spécifique, la banque est tenue à la totalité de la dette, elle ne sera condamné qu'à des dommages et intérêts. Le créancier saisissant doit prouver le lien de causalité entre la faute et le préjudice subi.

Deux arrêts 3 juillet 2008 DALLOZ 2008 P.2700
10 septembre 2009 : Le créancier saisissant doit prouver le lien de causalité.
2eme chambre civile 19 mars 2009 : La Cour de cassation considère que la responsabilité du tiers saisie peut être retenue même si la saisie était vouée à l'échec, ce qui était le cas dans cette affaire.

Lorsque la saisie est efficace, que le banquier a correctement répondu,➔ le solde du compte est bloqué au profit du créancier saisissant, le blocage vaut à la fois pour l'hypothèse de la saisie attribution et pour la saisie conservatoire.
S'il s'agit d'une saisie attribution**, il y a transfert immédiat de la créance saisie**, au profit du créancier saisissant au jour de la saisie attribution.
S'il s'agit d'une saisie conservatoire, **il y a blocage et attribution du privilège du créancier gagiste**.

La saisie du compte bancaire est efficace, dans le droit spécifique, l'obligation pour la banque de coopérer, et de créer un blocage immédiat.

Il peut y avoir deux problèmes qui portent sur la contestation de la saisie. Qui est compétent pour examiner la contestation, et quel est l'effet de la contestation ?

Sur le juge compétent, on a u**n arrêt 2eme civ, 18 juin 2009 DALLOZ 2009.**
La Cour de Cassation a considéré *que le juge de l'exécution était quand même compétent. Il n'y a pas besoin de saisir le juge du fond.*
Dans cette affaire la créance cause de la saisie découlait d'un acte notarié. Le saisi contestait la validité de cet acte. La Cour de Cassation a considéré que le juge de l'exécution était compétent.

L'effet de la contestation, **2eme ch. Civ 1er octobre 2009 Dalloz 2009 p.2434.**
Pour la Cour de Cassation, s'il y a contestation de la saisie, *cela remet en cause, paralyse l'effet attributif immédiat de la saisie attribution.*

Le paiement est différé pendant toute la durée de la procédure.
Cela montre le coté vivant de la matière.

3) Créance objet de la saisie est le problème de l'insaisissabilité.

Si le compte saisi a un solde supérieur au montant de la créance cause de la saisie, dans ce cas là, **il y a indisponibilité du compte.** Cette indisponibilité est partielle. Elle ne joue qu'à hauteur du montant de la créance cause de la saisie.
Il n'y a pas blocage total du compte.

Le législateur a mal rédigé les textes. Le principe de l'indisponibilité partiel a été posé dans la loi alors que le décret lui prévoyait l'indisponibilité totale.

Le compte saisi a un solde inférieur au montant de la créance saisie. On pourrait croire que le compte va être bloqué pour 1000€.

En réalité **il va y avoir une partie du compte qui va être insaisissable**. La partie du compte insaisissable va s'imputer sur ce que peut réclamer le créancier saisissant. ➔ **Ce qui est insaisissable, ce sont les créances alimentaires, et le reste à vivre, le RMI, le RSA.**

Sur ce point, il y a eu une évolution importante. Il y a des créanciers qui cherchent à saisir le RMI des débiteurs.

Arrêt 12 juillet 2007. DALLOZ 2008.
Dans cette affaire, le débiteur avait réussi mois après mois a épargné une partie de son RMI. Le créancier poursuivant a cherché à prendre le RMI.
Réponse : Le RMI est insaisissable, y compris de la partie du RMI épargné.

Arrêt chambre sociale, 30 juin 2008.
Le créancier voulait saisir les indemnités de départ à la retraite.
C'est une créance saisissable car juridiquement c'est une rémunération.

Dans le dispositif une partie du compte est insaisissable, on l'appelle le reste à vivre, mais en pratique c'est au débiteur de faire les démarches. S'il ne disait rien, le créancier pouvait quand même saisir le RMI.

- ⇨ Le législateur **dans une loi du 12 mai 2009** complétée par un décret. Ils ont crée un article 47-1 de la loi de 91 et article 46 et suivant dans le décret de 92.

Ce dispositif crée le RSA bancaire, et maintenant, le débiteur poursuivit n'a plus à faire les démarches pour s'opposer au créancier, c'est à la banque tiers saisi de bloquer ce qui correspond au RMI et RSA.

Conclusion : On constate à nouveau dans les questions relatives à l'indisponibilité une évolution de la réglementation, qui chercher à améliorer la situation du débiteur saisi.

4) Observation sur la créance cause de la saisie. C'est le droit du créancier poursuivi.

Les comptes qui peuvent être saisis tenus par la même banque. La banque peut avoir plusieurs comptes ouverts au nom du débiteur saisi, et il est possible que le créancier saisissant cherche à saisir la totalité des comptes tenus par la même banque au nom du débiteur saisi**. Il n'y a pas de difficulté si tous les comptes sont situés en France.** Il arrive parfois que certain compte soit situé en France et d'autre à l'étranger.

Une affaire a permis de rappeler une règle.
2eme chambre civile 14 février 2008.
C'est un arrêt de Cassation. La banque était BNP paribas. Le débiteur c'était une société. Il se trouve que le débiteur saisi avait ouvert au moins un compte pour la BNP en France et un autre compte à Monaco.
Le compte qui faisait l'objet de la saisie était celui de Monaco.
La banque est allée prétendre que Monaco n'était pas la France et que le créancier ne pouvait pas saisir le compte à l'étranger.
Les magistrats d'appel ont donné raison. L'arrêt est cassé. Cet arrêt précise : **Si le compte est tenu par une succursale à l'étranger, le compte peut être saisi car la succursale n'a pas la personnalité morale.**
C'est une affaire qui montre que les magistrats ignorent le principe d'unicité du patrimoine.

Pour le fonctionnement du compte saisi il est logique que ce qui se passe après le jour de la saisie, soit inopposable aux créanciers saisissants. Les problèmes apparaissent avant.

Ce qui pose problème c'est ce qui se passe avant. **Les opérations antérieures à la date de la saisie sont opposables**, le banquier tiers saisi peut s'en prévaloir, il peut même se prévaloir d'une contrepassation d'écriture qui intervient postérieurement à la date de la saisie. Mais pour une opération antérieure.

Les opérations antérieures sont opposables au créancier saisissant.
La loi encadre ces questions dans des délais. **C'est un délai de 15 jours ouvrables à compter de la saisie pour opérer des contrepassations et même un mois pour les effets de commerces qui sont remis à l'encaissement et qui serait non payé.**

Le jeu des opérations antérieures peut accroitre matériellement le montant du solde disponible, c'est possible en pratique, mais la réglementation interdit aux créanciers saisissants de s'en prévaloir. Après le jour de la saisie, dans les 15 jours et même dans le mois pour les effets de commerce, **le solde du compte peut être revu à la baisse mais jamais à la hausse**, même si des opérations antérieures sont venues contrer le solde du compte saisi.
C'est une règle qui joue au détriment du créancier saisissant et qui favorise les autres créanciers potentiels du débiteur.
La doctrine précise que l'argent qui vient fluctuer le compte, c'est l'argent de frais. Le créancier saisissant n'a aucun droit sur l'argent frais.

A compter de la saisie, le solde ne peut jamais être revu à la hausse, mais peut être revu à la baisse.

B) <u>La clôture du compte.</u>

Les parties peuvent à tout moment notifier la clôture du compte avec le respect d'un délai de préavis, même si le compte a correctement fonctionné, même s'il n'y a pas de faute.
<u>Le préavis est de 6 mois.</u>
Normalement aucun frais ne peut être perçu par la banque pour la clôture du compte. Depuis la DSP, et pour les comptes de paiement, le prestataire de paiement à la banque a le droit de percevoir des frais de clôture de compte, si le compte a duré moins de 12 mois.
Au passage, la DSP montre quand même un refus de la protection de la partie faible du consommateur.
Lorsque le compte est clos. Normalement le titulaire du compte récupère ce qu'il avait sur le compte. C'est un crédit. ➔ **La banque doit remettre les fonds.**

Il arrive parfois que le titulaire du compte ne fasse rien. Il se pose alors un problème de prescription. Pendant combien de temps la banque doit elle conserver le solde du compte. Pendant combien de temps le client peut-il réclamer le solde. Sur ce point, le droit n'est pas très clair. Normalement on applique la prescription de droit commun. Article L110-4 du code de commerce.
C'était 10 ans jusqu'à la loi du 17 juin 2008, et c'est devenu 5 ans depuis.

Si rien ne se passe sur le compte, la banque a le droit de clore le compte, et le solde du compte est versé à la caisse des dépôts et des consignations.
C'est cette caisse qui va conserver les comptes au profit du client. Cette prescription doit être combinée avec les autres prescriptions, qui découlent d'une loi du 3 janvier 1977.
Cette loi continue de prévoir un délai de prescription décennale.
Il en résulte un manque de cohérence.

Arrêt ch commerciale 8 mars 2005, DALLOZ 2005 p. 884.
Dans cette affaire le client n'a rien fait pendant 10 ans, et il a demandé le solde du compte. *Il a été déclaré prescrit.*

On parle de fonds en déshérence.
*Quand il s'agit de compte bancaire ➔ c'est l'état le bénéficiaire.
*S'il s'agit de contrat d'assurance vie ➔ c'est l'assureur qui garde l'argent.
Lorsque le compte est clos, toutes les opérations doivent être closes. Plus aucune opération n'est possible, il doit rendre tous les moyens de paiement.
La banque doit payer tous les chèques émis avant la clôture, le solde du compte devient exigible, ce sont des comptes à vue.

➔L'arrêté de compte devient intangible, sauf possibilité de rectification en cas d'erreur, omission ou présentation inexacte. Si la banque établit un arrêté provisoire, cet arrêté ne peut pas produire les effets d'un arrêté de compte définitif.

§5) Le virement bancaire.

On verra le rôle de SWIFT, de la nature juridique, conception juridique, les obligations de déclaration de virement des fonds, obligations et responsabilité de la banque.

Définition : **Le virement bancaire réalise le transfert de compte à compte, de monnaie scripturale**.

En lui-même le virement est neutre. Il peut être utilisé pour réaliser plusieurs actes juridiques.

Le problème de SWIFT. Pour la réalisation des transferts de fonds de compte à compte, des banques utilisent des protocoles informatiques, qui permettent l'exécution matérielle de ces transferts. La société qui permet cela s'appelle SWIFT. Son siège est à Bruxelles. Cette société gère un réseau sécurisé qui sert à environ 8000 banques dans le monde, et il s'échange grâce à ce réseau par des virements 6000 milliards de dollars.

Cette société a été suspectée par les américains de permettre en fait à des groupements terroristes de faire transiter des fonds.
C'est le PFPP.
Les USA ont réclamé la mise en place d'une réglementation contraignante contre le terrorisme, leur permettant de voir l'identité des transferts.

En 2009, il était prévu de parvenir à un accord entre les américains et l'union européenne de mettre fin à cela, et la commission de Bruxelles et les états membres étaient parvenus à un accord SWIFT précisant les modalités d'accès des américains aux informations résultant de SWIFT.

Dans le cadre du Traité de Lisbonne, on s'est opposé à cet accord. ➔ L'accord SWFIT n'est pas entré en vigueur.

La nature juridique : Le droit français a une conception spécifique du virement qui ne correspond pas aux conceptions anglo américaines. Il y a deux systèmes qui s'affrontent.

-Soit on considère que le virement est une opération unique qui commence avec l'instruction donnée par le donneur d'ordre, et qui ne prend fin que lorsque la monnaie scripturale arrive sur le compte du bénéficiaire.
La conséquence, **c'est que tant que les fonds ne sont pas arrivés sur le compte du client, du bénéficiaire, le virement n'est pas achevé, et peut être remis en cause**.
La grande caractéristique du virement, c'est qu'une fois qu'il est achevé, il est irrévocable.

Chambre commerciale 18 septembre 2007 dalloz 2007.

Dans cette affaire le virement était arrivé près de la banque du bénéficiaire, le jour même du dépôt de bilan du bénéficiaire. On se demandait si le client avait réellement reçu les fonds ou non. L'enjeu c'était l'étendu du patrimoine pouvant être saisi.
La Cour de Cassation considère que *le virement est achevé que lorsqu'il y a réception des fonds par le client*. Dans cette affaire, le jour ou le virement arrive, il arrive dans les mains de sa banque.
La Cour de Cassation précise que le virement n'était pas achevé, et que *les sommes étaient dans les mains de son mandataire.*

Conception Anglos américaine. C'est une succession d'opération, et il y a autant d'opération qu'il y a de maillons.
C'est la conception Anglos américaine qui a prévalue.
C'est l'inscription en compte qui vaut paiement et qui rend le transfert irrévocable.

Le virement peut recevoir plusieurs significations juridiques. Il y en a au moins 3. Il peut s'agir d'un acte à titre gratuit, une donation, un don réel, soit un crédit.

Donation : La jurisprudence admet le 28 février 2006, Si l'intention libérale est prouvée cela équivaut à un don manuel.

Le virement comme paiement : C'est une façon d'éteindre une dette, d'effectuer un paiement. Dans ce cas, là, c'est un paiement qui éteint la dette.

Crédit : **Arrêt de rejet. 28 février 2006**.
La banque est-elle obligée d'exécuter le virement lorsque la provision n'existe pas ou qu'elle est insuffisante.
Si la provision n'est pas suffisante, la banque est en droit d'exécuter le virement. Elle ne commet pas de faute. Il se peut aussi que **la banque exécute le virement alors que la provision est insuffisante**.
Dans cette hypothèse si la banque a exécuté le virement, juridiquement, il y a octroi d'un crédit.

Pour la Cour de Cassation, il y a un crédit qui est consentie sur la demande implicite du client, ou une facilité de caisse.

*Les obligations de la banque sont assez lourdes.

La banque a l'obligation de réaliser le virement dès lors que les fonds sont là.
Aucun aléa n'entache l'exécution de cette obligation.

On a deux possibilités.
-Soit le client donne l'instruction à la banque qui doit exécuter.
-Soit c'est un compte sur internet, la banque propose ses services et c'est le client lui-même qui exécute l'ordre.

Lorsque **c'est le donneur d'ordre qui exécute lui-même, l'ordre est instantanément exécuté.** Si au contraire l'ordre passe par la banque, l'un des apports de la DSP permet au délai de réalisation **du virement est J+1**. Le lendemain les fonds sont virés.
Il arrive parfois qu'il y ait des erreurs dans la réalisation du virement. Si c'est la banque qui s'est trompé, il faut introduire des distinctions.

C'est l'hypothèse ou l'ordre qui a été donné est inexact ou fausse, ou frauduleuse. **Si on est présence d'un ordre de virement qui est faux dès l'origine, la banque est entièrement responsable**, et elle doit rembourser le client en totalité.
Elle doit le rembourser même si elle n'a pas commis de faute.

Cela a été jugé 3 novembre 2004.
La banque est tenue d'une obligation de résultat.

Ensuite si l'ordre est valable à l'origine mais qui a été falsifié par un tiers ensuite. **Dans ce cas la responsabilité de la banque sera engagé mais en cas de faute prouvée.** Il faut établir la faute de la banque pour obtenir le remboursement.
Cela a été jugé le 7 décembre 93.

Si la falsification est grossière, ➔elle **engage la responsabilité de la banque**. Quand il y a un doute, la banque doit demander au donneur d'ordre si réellement il y a un ordre de virement sinon elle engage sa responsabilité.

Le banquier est dépositaire et l'exécution d'un virement faux dès l'origine équivaut à la violation de l'obligation de restitution qui pèse sur la banque.

Ici sont en cause les articles 1239 et 1937.
Si des clauses abrègent la durée de prescription, la clause est efficace même en présence d'une faute lourde.

- ⇨ 12 juillet 2004.

Il arrive parfois que l'exécution d'un virement car il va entrainer le transfert des fonds, fasse intervenir **une banque relai,** le caractère international du virement augmente le risque de mauvaise exécution.
C'est le cas d'un virement transfrontalier mal exécuté. Si la faute a été commise par la banque intermédiaire, les banques intermédiaires choisies par les donneurs d'ordre, la banque du donneur d'ordre n'est pas responsable de la mauvaise exécution du virement. Il faudra faire un procès contre la banque intermédiaire. **Il en est ainsi car c'est le donneur d'ordre qui a imposé le choix.**

Si le donneur d'ordre n'a pas choisi la banque intermédiaire, l**a banque du donneur d'ordre reste responsable.**
10 mai 2006.

Les virements de fonds à l'étranger, le droit français est assez contraignant et se caractérise par une lutte contre les évasions fiscales. **On passe par une obligation de déclaration**.
Ces obligations sont sévèrement punies en droit français.

Pour les virements, il y a obligation de déclarer le transfert pour des montants supérieurs ou égaux à 10K€.

Tout compte ouvert à l'étranger doit être déclaré. Si ces obligations ne sont pas respectées, intrinsèquement cela entraine des sanctions alors même qu'il n'y aurait pas de fraude fiscale.

On a des sanctions multiples qui sont de nature douanière et fiscale.
Amende du quart de la somme.
-Pour les contrats d'assurance vie non déclarés ➔ c'est le quart de la somme.
-Sanction pour défaut de déclaration du compte.

§6) Le secret bancaire.

On a une évolution importante en législation qui est liée aux évènements.

Pour les banques françaises, elles demandent des informations confidentielles sur leur client. Ces demandent s'accompagnent de clause dans lesquelles les banques demandent au client de renoncer au secret bancaire.

Le secret bancaire est un secret professionnel. La banque grâce à la tenue du compte de son client a accès à une quantité d'informations confidentielles qui révèlent les niveaux de vies, les dépenses. **La banque est débitrice du secret, le client en ait le bénéficiaire.**
La violation du secret bancaire est un délit pénal.
Le secret bancaire peut être distingué du secret des affaires. Il ne relève pas de la qualification de délit pénal.
Ces dernières années, le secret bancaire est devenu mal vue, suspecté de nombreux mots. Il permet de s'abriter et de favoriser l'évasion fiscal, la fraude, le financement, et en considération de cela le législateur en 2008 a porté atteinte à ce secret.

Les banques ont peur de prêter de l'argent à des personnes insolvables et elles veulent collecter le plus d'information possible sur le client.
En d'autre terme, l'évolution que l'on constate, est contingente.

1) Les contours du secret.

Le banquier est tenu au secret professionnel au sens du code pénal, il n'a pas le droit de révéler toutes les informations qu'il a sur ses clients.
Ce secret ne concerne que des informations précises. Le montant du solde du compte, les opérations que fait le client.
En revanche, le fait d'indiquer que le client est solvable ou non n'est pas une atteinte au secret bancaire.

Le CMF est précis sur la liste des personnes assujetties. Article L511-33. Il vient d'être modifié par l'ordonnance du 21 Janvier 2010. Ce texte donne la liste des personnes assujetties au secret professionnel.
Ce sont toutes les personnes qui participent à la gestion ou à la direction de l'établissement de crédit, de même que toutes les personnes qui sont employées.

Toutes les personnes qui ont accès à des informations confidentielles.
Création de l'autorité de contrôle prudentiel par ordonnance de janvier 2010. La liste est longue, c'est le principe du secret partagé.

Le bénéficiaire, **c'est le client, il peut lever le secret.**
Des difficultés apparaissent pour le conjoint, les proches. Oui seul le titulaire du compte est le titulaire, le reste de la famille n'ont pas accès à ses informations.

Pour les personnes morales, la doctrine considère que les bénéficiaires du secret, ce sont **les dirigeants.**
Les membres du CA peuvent se voir opposer le secret, en revanche le CA dans son ensemble ne peut pas se voir opposer le secret bancaire.

Le secret bancaire est opposable aux associés, aux actionnaires lorsque la société est à responsabilité limité.

2) Les dérogations légales au secret.

C'est ici qu'apparaît l'apport de la réforme, opérée par la loi LME du 4 août 2008.

C'était avant la crise financière.
L'évolution est la suivante. Elle porte sur la multiplication des dérogations. Accentuation du recul, atteinte au secret, la lutte contre les activités limites et surtout la peur de la crise économique.
Normalement il y a deux sortes de dérogation.

-Les dérogations légales
Il est logique que les autorités de contrôle n'ait pas à respecter le secret bancaire, il est inopposable aux autorités de contrôle. La banque doit communiquer les informations qui lui sont demandées.

-Dans le cadre de procès, certaine atteinte autorisée au secret bancaire.
On doit communiquer aux juges les informations, au juge commissaire.

C'est la recherche de la vérité.

L'apport de la loi du 4 août 2008. Les banques ont considéré que le secret bancaire leur était nuisible, le risque d'accorder des crédits en n'ayant pas toutes les informations, la collecte de ces informations est une atteinte au secret bancaire, ➔cela a crée la réécriture du secret bancaire au profit des banques.

Le secret bancaire peut être levé au profit des agences de notation. Le nouveau dispositif **prévoit 7 atteintes au secret bancaire** qui permet alors aux banques en toute légalité de ne pas respecter le secret bancaire.

Lorsqu'on est dans l'une des 7 hypothèses, les banques ont le droit de faire circuler toutes les informations confidentielles sur leur client.

Ex : Opérations de crédit effectué directement ou indirectement par une ou plusieurs banques.
Ex : Opérations sur instruments financiers.
Ex : prise de participation ou contrôle dans une banque.
Ex : Cession d'actif ou de fonds de commerce
Ex : Cession ou transfert de créance ou contrat.
Ex : Contrat de prestation de service conclu en but de confier au tiers co contractant.
Ex : Pour l'étude de tout type contrat dès lors que les entités concernées appartiennent au même groupe ➔ La banque peut faire circuler toutes les informations confidentielles.

Si on n'est pas dans l'une des hypothèses de dérogation légale, désormais, **le secret bancaire ne peut être levé qu'avec le consentement exprès du client**.
Avant cette loi, le CMF acceptait l'idée d'accord tacite.

Le 25 mars 2010.

Le jeu du secret bancaire en cas de procès dans le cadre d'un procès civil.

- ⇨ La banque doit pouvoir proposer le secret, elle devra fournir les pièces, on recherche les preuves. La levée du secret permet les preuves.

L'articulation : Tout dépend du point de savoir si on est en présence d'un empêchement légitime ou pas.
Cette notion est dans le code civil, art 10.
➔Si on est en présence d'un secret légitime, le secret est préservé par la banque et il en sera ainsi lorsque la banque est partie au procès.
(Jurisprudence chambre commerciale 13 juin 1995) : *Le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil.*

La banque a le droit de se servir des informations confidentielles pour organiser sa défense. Le secret est un empêchement légitime lorsque le détenteur du secret est un tiers au procès.
Ex : Ch. Com 25 janvier 2005.
Dans cette affaire, le banquier était en défense, il était partie au procès. La Cour de Cassation a accepté que le banquier refuse de produire les pièces réclamées par le demandeur. Elle l'a fait en combinant les deux textes cités.
Article 10 du code civil et l'article L511-33 du CMF : « *L'article 154 de la loi LME redéfinit le champ d'application du secret bancaire applicable au personnel des établissements de crédit, les conditions de son opposabilité au tiers et les conditions auxquelles il peut être levé.* »

Il s'agissait d'un syndicat de copropriétaire qui demandait la communication de pièce permettant d'établir le fonctionnement d'un compte bancaire, tenu au nom d'un promoteur.
La banque a refusé de produire ces pièces et la Cour de Cassation lui donne raison.

- ⇨ **Il y a un empêchement légitime, on peut refuser de produire les pièces.**

Ex : **ch.com 16 décembre 2008 publié DALLOZ 2009.**
Dans cette affaire, le procès opposait un banquier et les cautions. Le banquier poursuivait les cautions. Le procès a eu lieu dans le cadre d'un procès probatoire.
La banque considérait que les cautions étaient tenues de payer, elles contestaient leur obligation à la dette, et demandait en justice que la banque produise les documents établissant sa créance.
En appel la banque avait gagné.
L'arrêt d'appel est cassé, la Cour de Cassation estime que ***le secret bancaire est inopposable à la caution et à ses ayants causes, ayant droits.***
En effet : « *le secret bancaire ne cesse pas du seul fait que le banquier est partie au procès intenté contre lui, cependant sur le droit pour une caution d'obtenir des informations sur l'existence et le montant de la créance dont la banque réclame le paiement à la caution, sans que puisse lui être opposé le secret bancaire ».*

<u>En conclusion :</u> Cela montre l'évolution du secret bancaire. Les dérogations légales ont été très largement élargit.

<u>§7) La lutte contre le blanchiment.</u>

C'est une question complexe, qui pose de nombreuses difficultés. En <u>la matière la France a été pionnière.</u> C'est l'Europe qui a imité la France.
Le point de départ, c'est **une loi du 12 juillet 1990** qui met en place la réglementation.
L'auteur de ce texte c'est Pierre Bérégovoy.

Au départ la législation sur le blanchiment était limitée quand à son champ d'application. Avec le temps le champ d'application est élargi. Il existe trois catégories juridiques de blanchiment d'argent sale.

<u>-Le blanchiment de droit commun</u>
Deux catégories de textes spécifiques
-<u>Un pour le trafic de drogue</u>
-<u>Une réglementation pour le blanchiment d'argent finançant le terrorisme.</u>

Pour le droit commun, le champ d'application était restreint. Le législateur a décidé de recourir à la qualification de blanchiment afin de poursuivre le blanchiment de toute activité délictueuse.
Cela concerne la fraude fiscale, l'évasion fiscale et le blanchiment d'activité délictuelle.

⇨ Il fallait éviter **qu'il y ait une activité clandestine, des fraudes fiscales, et éviter les évasions fiscales.**

Ensuite l'Europe a considéré que cette législation était nécessaire, et trois directives ont été prises.
-On a le **10 juin 1991** modifié par une directive de 2001.
-Troisième directive du **26 octobre 2005** complété par une directive du 1er août 2006.

Ces textes sont appliqués en France par une ordonnance de 2009, qui a remanié la législation anti blanchiment, mais qui n'a pas été très bien rédigée.
Il y a des imperfections. La législation figure dans le CMF, article L561-1 et suivant du CMF.
« *Les personnes autres que celles mentionnées à l'article L 561-2 qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir de l'une des infractions mentionnées à l'article L 561-15.*
Lorsqu'elles ont fait de bonne foi une telle déclaration, ces personnes bénéficient des dispositions de l'article L 561-22.

Les personnes assujetties, les opérations suspectes, les procédures à suivre, et les conséquences de la procédure sont les grandes lignes de ces textes.

a) Les personnes assujetties.

L'évolution est dans le sens d'un constant élargissement. Au départ c'était les établissements de crédits, puis ensuite on a aussi les prestataires de service d'investissement, les prestataires de paiement, les casinos, échangeurs, les sociétés de bourse.
On a élargie les personnes assujetties à deux grands métiers. ➔ **Le chiffre et le droit.**

Les experts comptables, les commissaires aux comptes, les notaires et les avocats. L'inclusion des avocats dans la lutte contre le blanchiment provient des textes communautaires.

En présence d'une opération suspecte, ➔ces professionnels doivent dénoncer l'opération, on appelle cela la **déclaration de soupçon**, déclaration d'une opération suspecte. **Le destinataire est une cellule spécifique TRACFIN dont la tâche est de lutter contre le blanchiment d'argent sale.**

Il est possible de faire les déclarations de soupçon en ligne. On peut être correspondant auprès de TRACFIN.
Le droit français ne donne pas de définition précise de l'opération suspecte. ➔ Dès que l'opération parait inhabituelle, le professionnel doit dénoncer l'opération.

La législation pose certains critères :
-Le montant de l'opération qui sera élevé (15000€, 8000€)
-Un client inconnu
-Un ordre de virement qui vient de l'étranger
-Un virement qui part vers un paradis fiscal
-Des ordres de virement « anonymisés ».

Le professionnel doit la dénoncer car sinon il y a deux possibilités :
-Même si l'opération n'était pas suspecte, **le professionnel s'expose à des sanctions disciplinaires**.
S'il s'agit d'une société de bourse, c'est l'AMF qui contrôle.

-Si l'opération réalisée est un blanchiment, en cas de défaut de déclaration, **la sanction est très sévère, le professionnel pourra être condamné pénalement en tant que complice.**

Tel qu'énoncée cette réglementation est simple. Cependant cela n'a pas empêché qu'il y ait des problèmes apparus avant.
On se demande quelle est la finalité de cette réglementation ? Quel est le sort de l'opération suspecte ? Quelle va être la position de celui qui a dénoncé l'opération ?

Avant la transposition de la directive, un arrêt a été rendu par **la Cour de Cassation, le 28 avril 2004 chambre commerciale** publié DALLOZ 2004.
➔Dans cette affaire, il y avait eu un non respect des procédures de lutte contre le blanchiment par une banque, et le non respect de ces procédures avait causé des préjudices à un client de la banque.
La victime avait attaqué la banque.

Dans cette affaire la Cour de Cassation a refusé de condamner la banque, mais pas d'indemniser les victimes de blanchiment.
La cour de cassation considère que la finalité de cette réglementation est la protection de l'intérêt général et cette protection ne coïncide pas avec la protection des intérêts particuliers. ➔ *Il ne peut pas y avoir réparation du préjudice causé.*

Le sors de l'opération :
Avant la troisième directive, lorsque le professionnel assujetti découvre une opération suspecte, il doit la dénoncer. Mais une fois qu'il l'a dénoncé, doit-il exécuter l'opération ?
Avant la troisième directive, la jurisprudence avait considéré que le professionnel n'a pas le droit de ne pas exécuter l'opération. **Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 9 avril 2004**. Publié Jolie bourse 2004 p. 477.

Faits : il y avait un achat de tableau d'art pour blanchir de l'argent. Le professionnel avait refusé d'exécuter le virement. Le destinataire de cette somme n'a pas pu acquérir l'œuvre d'art.
Celui qui n'a pas pu acheter a attaqué le professionnel.
La Cour d'Appel donne raison au client.

Cet arrêt est par la suite caduc.
L 561-16 du CMF.
« *Les personnes mentionnées à l'article L561-2 s'abstiennent d'effectuer toute opération dont elles soupçonnent qu'elle est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme jusqu'à ce qu'elles aient fait la déclaration prévue à l'article L 561-15.* »
On interdit désormais au professionnel **d'exécuter l'opération suspecte.** Il faut attendre l'issu du contrôle, effectué par TRACFIN pour effectuer l'opération.

Le sors de celui qui dénonce l'opération.
Celui qui dénonce bénéficie **d'une immunité, et impunité totale**, sa responsabilité ne peut pas être mise en cause, même si l'opération apparaît normale après contrôle.

C'était prévu dans l'ancienne réglementation.
La nouvelle réglementation a amélioré l'immunité. Ex : Le salarié qui dénonce son employeur.
Les dirigeants de la banque ne peuvent pas mettre en cause son agissement.

b) La question des avocats.

Il est évident pour les avocats, que le fait de participer à la lutte contre le blanchiment est une mauvaise chose car cela parait très difficile pour eux. Lorsque le droit communautaire a envisagé

d'assujettir les avocats à la lutte contre le blanchiment, ils ont attaqué l'Europe devant la CJCE pour dire que la directive était illégale.

Arrêt du 26 juin 2007.

Dans cet arrêt la *CJCE a considéré qu'il était légitime de soumettre les avocats à la lutte contre le blanchiment et la participation des avocats à cette lutte ne porte pas atteinte au procès équitable.* Si la CJCE en a décidé de la sorte, c'est en raison de l'équilibre réalisé par cette directive communautaire.

En effet l'obligation de l'avocat dépend de sa mission. Si l'avocat intervient dans le cadre des droits de la défense pour un procès ou pour la préparation d'un procès, l'avocat n'a pas à dénoncer son client.

Si l'avocat l'a sollicité, il est exonéré de dénoncer son client. Cela vaut aussi pour la consultation juridique, des lors que la consultation est délivré pour un procès.

Le barreau de Paris a posé la question au président.

Celui-ci a précisé dans une lettre que la consultation est exonérée de la lutte contre le blanchiment.

DALLOZ 2008.

Des lors que le rôle de l'avocat ne se rapporte pas à un procès ou à sa préparation mais à sa relation d'affaire.

Ex : Dans une affaire celui qui avait dénoncé était l'auteur du blanchiment. Il avait dénoncé en disant qu'il bénéficierait de l'impunité.

Arrêt 3 décembre 2003. Chambre criminelle.

Selon cet arrêt le déclarant qui fait la dénonciation en étant de mauvaise fois ne bénéficie plus de l'immunité. **Elle tombe à cause de la mauvaise fois du déclarant.**

Pour le métier d'avocat, il est important qu'il lutte contre le blanchiment. Les fiduciaires peuvent être des avocats. Les avocats fiduciaires sont assujettis à la lutte contre le blanchiment.

28 février 2008, chambre criminelle Publié Semaine juridique 2008.

Dans cette affaire, c'était le blanchiment de fraude fiscale, mais le délit principal de fraude fiscale elle-même n'avait pas pu être établie. On n'avait pas pu identifier les fraudeurs. La procédure principale avait échoué.

Pour leur défense, les blanchisseurs, les complices du blanchiment précisent qu'ils ne peuvent pas être condamnés car le délit principal n'est pas établi.

Le délit de blanchiment est un délit autonome, c'est une infraction générale distincte et autonome, et les peines peuvent être prononcées même si le délit principal n'a pas été établi.

➔Les professionnels doivent prononcer **les opérations suspectes** mais ils doivent aussi mettre en place en interne **les procédures de contrôle efficace**, et en plus former le personnel à la lutte contre le blanchiment.

Dans une affaire la société de bourse, EGP gestion. Elle n'avait pas établi l'organisation de contrôle interne.

Elle n'avait pas formé le personnel et avait comme client un fond suisse, c'était un gros client, car il représentait 54% des fonds apportés. Ce client Suisse avait créé des fonds au Bahamas qui permettaient de blanchir l'argent sale.

Elle a été condamnée par l'AMF pour ne pas avoir contrôlé : 15 JANVIER 2009.

*<u>Le sors du blanchiment.</u>

La législation française permet la saisie du fruit du blanchiment,

⇨ **Arrêt 4 juin 2009 DALLOZ 2009 p. 2950.**

Faits : des mafieux italiens identifiés par la justice italienne qui constate que les fruits sont l'investissement sur la côte d'azur française.

La justice à Nice a donné suite à la commission rogatoire italienne, et la villa sur la côte d'azur a été saisie.

De nombreux gouvernements ont considéré que les paradis fiscaux ont eu un rôle dans la crise financière car de nombreux fonds spéculatifs sont implantés dans des paradis fiscaux, et ils échappent à tout contrôle, ils ont donc joué un rôle dans la crise.
Dans le G20 on a lancé la lutte contre les paradis fiscaux, avec le recul, rien a changé, la Suisse, Monaco, sont considérés comme n'étant pas des paradis fiscaux, il y a une liste blanche, grise et noir.
Ces deux pays ont failli être mis en liste noire.

Un an après, rien n'a changé, il y a toujours des paradis fiscaux.

La Suisse a une conception particulière des banques. La Suisse a lancé **des conventions de coopération**, notamment la Convention d'entraides judiciaires. ➔ La Suisse a fait une réserve importante. Réserve qui est la condition de la spécialité. L'objet de cette réserve est le suivant :
La Suisse accepte d'accorder une entraide judiciaire qu'à la condition expresse que les résultats des investigations faites en Suisse et **les renseignements obtenus collectés ne soient utilisés que pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie.**

Une affaire intéressante : **Cour Administrative d'appel de Versailles le 25 mars 2008.**
Des particuliers ont été considérés comme ayant des comptes en Suisse pour frauder. Ils ont pu être identifiés dans le cadre de la convention de coopération et à l'occasion d'une enquête, les faits à l'origine du procès ont été découverts.
Des poursuites fiscales ont été faites en France.
En Appel, les époux fraudeurs ont eu gain de cause, grâce à l'utilisation de la réserve faite par la Suisse.
Les éléments, informations collectées, les concernant ne faisait pas l'objet de la requête, il ne pouvait pas être utilisé pour la poursuivre.

Ceci montre qu'à travers de quelque chose anodin, la Suisse met à l'abri des fraudeurs de toutes poursuites.

Le point de départ en 2005, concernant une banque Suisse. Cette banque Suisse a une filiale en France. Le numéro 2 est un salarié français.
Un jour, sur le poste d'un de ces collègues constate qu'il y a un ordre louche en provenance d'Europe centrale d'un montant de 315 000 à destination d'un paradis fiscal à Saint-Martin sur un compte anonyme le tout passant par un notaire à Saint-Martin.
Le numéro 2 de la filiale dénonce l'opération à TRACFIN.
TRACFIN n'a jamais pu établir ce qui s'était passé. Les dirigeants de la banque Suisse découvre l'affaire. Le numéro 2 qui avait respecté la loi française est licencié pour faute grave. Ce salarié saisi les prud'hommes pour faire constater le licenciement abusif.
La banque Suisse le convoque à Genève. Il est enregistré à son insu. La banque fait un montage, et l'objet est de faire chanter la banque Suisse.
Le montage est produit devant un juge Suisse. Le juge d'instruction Suisse accepte d'ouvrir l'enquête, le prévenu est renvoyé au fond, et l'audience à eu lieu en mars 2008.

La Cour de Genève a condamné l'ex salarié pour chantage, à une amende.
Les avocats Suisse lui ont pris 200K€ à un particulier. La banque Suisse avait payé 500K€.

Le conseil des prud'hommes a stoppé la procédure.

Une fois obtenue la décision pénale, la banque est venue la produire en France devant les prud'hommes. La **banque Suisse a fait exéquaturé la décision de condamnation**.
➔Elle a été exéquaturée.

Un salarié de banque qui respecte le droit français en France est condamné en Suisse.

La banque Suisse a cherché à discréditer cette personne aux banques française, qu'il y avait tentative de chantage.

TRACFIN a eu connaissance de cette affaire et il est maintenant prévu que c'est une impunité totale du salarié envers son employeur.

CHAPITRE 2 : Les opérations de financement.

§1) La réglementation des taux d'intérêts.

On a le plancher, le plafond et le TEG.
Le prêt d'argent dans le code civil est un prêt gratuit. Il n'y a pas de taux d'intérêt.

De ce fait, Il y a des problèmes liés à la morale et à la religion. Peut-on admettre qu'on puisse s'enrichir en prêtant de l'argent à quelqu'un ?
La religion chrétienne a longtemps interdit le prêt a intérêt. C'est la révolution française qui a régularisé ces prêts.
Cependant l'Islam continue d'interdire ces prêts d'argent. La rémunération nécessite l'écoulement du temps, et le temps n'appartient qu'à Dieu.
Il est interdit dans la finance Islamique d'autoriser des prêts rémunérés. Pour autant il est incontestable que dans les pays islamiques on fait des affaires. Celui qui avance l'argent, est propriétaire de l'affaire et une fois que l'argent est remboursé, il y a transfert de propriété.

Cette conception du financement dans le droit islamique, permet de voir que **quand quelqu'un s'endette, juridiquement il en est propriétaire.** Mais c'est une fiction, en réalité tant que l'on n'a pas remboursé on n'est pas propriétaire.

D'un point de vue économique, on n'est pas propriétaire tant qu'on ne rembourse pas totalement.
Dans la finance islamique, c'est celui qui avance l'argent qui est propriétaire.
Il y a une rémunération de celui qui prête l'argent avec les profits que l'affaire procure.

Lorsque la crise devient évidente, la France a cru que c'est la finance islamique qui allait soulever le pays.
Le droit français pensait que c'était compatible avec la finance islamique.

L'effondrement de Doubaï a montré que le financement islamique n'est pas la solution la plus adapté pour la France.

La création de dette est un mécanisme dangereux à cause des intérêts. Si l'intérêt est trop élevé et si la dette est sur de nombreuses années, le montant des intérêts sera plus élevé que le montant du capital.

Ce mécanisme de création de la dette, concerne les états.

Quelques chiffres :
En une année, des différents plans de relance ont été lancés pour sauver l'occident de la crise, on a dépensé 100* l'équivalent du plan Marshall qui a servit à reconstruire toute l'Europe.

La dette de la France a doublé en 10 ans. Cette année elle augmente de 210 milliard d'euros, sur lesquels des intérêts courts. La Grèce est moins endetté que la France par habitant. Le poids de la dette par habitant est de 27 000€ et en France c'est 30 000€.

➔**La dette double en 10 ans, à cause des intérêts.**

L'essentiel de la dette, c'est la dette de l'état. Seuls les fonctionnaires d'état pèsent sur le budget de la France.
Les fonctionnaires par rapport à avant il y en a 20% en moins.

I) Le plancher.

Il découle des taux directeurs fixés par les banques centrales.
Ex : Pour la zone Euro c'est la banque centrale Européenne.

Le niveau de fixation des taux d'intérêt.
Si on veut relancer l'économie on baisse les taux, et si on veut freiner la croissance, on augmente les taux.
Lorsque les taux sont abaissés, l'argent devient bon marché, cela incite les gens à s'endetter, cela finance l'avenir, lorsque l'argent est élevé, il est déraisonnable de s'endetter, il vaut mieux attendre que les prix baissent.

Aux USA, sous l'ancien président de la banque centrale, on avait fait diminuer les taux, cela a entrainé une croissance immobilière, **donc une augmentation des taux qui passent de 2% à 5,5%.**

La banque centrale européenne a imité la banque américaine. C'était à l'été 2008, la banque centrale européenne a augmenté ces taux à 4% ➔ Cela a intensifié la crise.

Actuellement le taux d'intérêt est de 1%.

On parle de taux d'intérêt négatif, car l'inflation est supérieure à ce taux d'intérêts.

Aux USA c'est de l'ordre de 0, .. % de même qu'au Japon depuis plus d'une décennie.
Lorsque les banques centrales abaissent les taux à 0, .. % c'est assez gênant pour une raison évidente, c'est qu'il n'y a plus aucune marge de manœuvre. C'est donc une arme qui devient inutilisable.

Pourquoi la Grèce n'en profite pas ?
Ce n'est pas parce que les taux d'intérêt sont bas que le débiteur peut s'endetter à taux très bas.
En réalité cela avantage les banques, ce sont les principaux bénéficiaires, mais cela désavantage le reste de l'économie.
Les banques se refinancent auprès des banques centrales. Les banques centrales prêtent de l'argent aux banques. Donc ➔Les bénéficiaires ce sont les banques.
Ce décalage porte un nom, **c'est un SPREAD.**

- ⇨ Ce SPREAD **représente la rémunération qu'impose le créancier à un débiteur en contre partie de ces services.** Le banquier va se faire rémunérer le service rendu et le risque pris.

Plus le débiteur est fragile, économiquement, plus le SPREAD est élevé. Plus le SPREAD est élevé, plus il est fragile.

Observation : On ne peut plus recourir à la dette quand le système fonctionne de la sorte, même si les taux d'intérêt sont bas.

Quand on veut financer l'avenir, on a besoin de capital, d'argent ; il y que deux moyens, soit la dette, soit le capital.
Le recours à la dette, c'est une création d'obligation à la dette avec un taux d'intérêt. ➔ On voit que ce système ne marche pas.

L'autre issu c'est le recours au capital. C'est de l'argent gratuit, il ne coûte rien. Celui qui apporte les capitaux n'est pas rémunéré. Si les affaires se passent bien, il y a des profits.

La plus efficace c'est le capital car c'est de l'argent gratuit, mais le recours au capital n'est pas bien lorsque la bourse s'effondre.

II) Le plafond.

Lorsqu'une réglementation admet les taux d'intérêts, on se demande s'il faut prévoir un plafond ?
Le droit français s'est caractérisé par une volonté de protection des emprunteurs. Cette protection passait par **la réglementation de l'usure.**
Au-delà d'un certain taux, il est excessif et il est interdit pour les prêteurs de prêter à un taux d'intérêt supérieur au plafond.

L'évolution de la réglementation a été importante. C'est allez dans le bon sens pour les créanciers. Il y a eu une évolution concernant le seuil.

C'est par le gouvernement que le seuil est fixé en fonction des différentes catégories de prêts, du crédit à la consommation, à la durée, et le seuil de l'usure dans un premier temps, ce n'est pas plus de 25% par rapport au barème établi par le gouvernement.
Ce seuil, cette marge de fluctuation a été portée à 33%. ➔Ce fait est déjà une aide importante donnée aux créanciers.
Le principe est tel qu'il y avait une protection, et c'est quelque chose de tellement choquant que les sanctions étaient de nature pénale. **L'usure est un délit pénal condamné par deux ans de prison et 45K€ d'amende. L313-5 code de la consommation.**
« Quiconque consent à autrui un prêt usuraire …. Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45k€ ou de l'une de ces deux peines seulement… »

Article L 313-3 du code de la consommation : « *Constitue un prêt usuraire, tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers… »*

Au début des années 2000, il se caractérise par un effondrement vertigineux des grandes classes boursières occidentales, la France a été horrible car la bourse a perdu 66% en deux ans.
En réaction à cette baisse violente, les banques centrales ont baissé les taux directeurs fortement. L'argent est devenu bon marché.
La forte baisse des taux directeurs a posé un problème aux banques. ➔ Plus le taux de plancher baisse, plus les barèmes baissent, plus le plafond baisse.

L'élément déclencheur, **c'est la baisse des taux directeurs.**
Les banques françaises ont mis en avant que la notion d'usure n'existe pas à l'étranger. Il y a un plancher mais pas de plafond.

Les banques françaises ont cherché à obtenir la suppression de la notion d'usure.

RQ : Sur le marché international de la dette, les banques américaines prêtent à des taux d'intérêt très élevé.

Il y a donc un lobbying.
Le ministre de justice de l'époque « PERVEN » déclare dans un premier temps, qu'il n'y a pas besoin de loi pour supprimer la notion d'usure, il faut simplement une circulaire. Cependant cela est totalement faux…

L'évolution a eu lieu en plusieurs temps à travers deux lois, l'une du **1 er aout 2003** (dite DUTREILLE), loi d'aide au PME, et ensuite une **loi du 2 aout 2005**.
Le principe avant ces lois.

- ⇨ **L'usure est un délit et on ne peut pas prêter à des taux d'intérêt supérieur à 33%.**

Le pouvoir de l'époque abroge cette règlementation, il n'y a plus d'usure, il n'y a plus de plafond sauf exception.
La réglementation c'est à article L 313 et suivant du CMF
La règlementation de l'usure n'existe plus sauf exception. C'est le cas des découverts en compte, et les prêts aux particuliers à finalité non professionnel.

En revanche, ceci résulte de L313-3, ne sont plus concerné par la notion d'usure, les prêts consentis aux personnes morales et les prêts consentis aux particuliers dans le cadre de leur activité professionnelle.

L'article L313 prévoit que cette réglementation d'usure concerne que les crédits indiqués et que les articles L313-4 5 6 ne s'appliquent pas quand il y a la réglementation de la notion d'usure

Lorsqu'il y a usure, l'intérêt est excessif et la banque doit rendre l'intérêt excessif.
L'article L313-4 permet de calculer cela. **On ramène l'intérêt au niveau du plafond s'il existe, donc le barème + 33%.**

Le problème c'est l'imputation de l'intérêt excessif. L'article L 313 est mal rédigé, Il s'impute sur les intérêts et non le capital c'est-à-dire que le capital n'est pas réduit en priorité, donc il continue à produire des intérêts.

On a donc assisté de 2003 à 2005 à une évolution choquante à cause de la crise financière, les banques ont obtenue la dérèglementation de l'usure car elles ne faisaient pas assez d'argent sur leur métier de base.

L'application dans le temps de cette réforme.
Affaire chambre criminelle 3 novembre 2005 DALLOZ 2006.

Les faits : Le point de départ c'est 1986. De 1986 à 1992, un prêteur usurier prête en ne respectant pas la réglementation sur l'usure. L'emprunteur se plaint et saisi la justice. ➔ **C'est un délit.**
Mais à cause des lenteurs de la justice cette affaire n'est toujours pas jugée quand la réforme à lieu. Devant la chambre criminelle, il dit qu'il y a rétroactivité, et obtient gain de cause. Suppression rétroactive du délit.

III) Le TEG.

C'est une question difficile. Dans le dispositif de protection des emprunteurs, il y a le plancher et le plafond, et ensuite il y a le mode de calcul, ➔comment calculer l'intérêt ?
Ce qui est en cause ici, c'est à la fois la prévisibilité, l'information de l'emprunteur pour des raisons de protection. Cette information est délivrée à travers le TEG.
Le taux d'intérêt fixé par la banque peut ne pas correspondre au TEG.
Ce TEG doit être appelé bientôt le TEAG.

Il y a une directive de 2008, et le gouvernement a annoncé la loi sur le crédit consommation.
C'est un dispositif très important, ➔ **informer l'emprunteur sur le cout réel de sa dette.**
Le taux perçu par la banque ne correspond pas au taux réel car entre les deux, il y a des frais qui vont s'intercaler.
On a un taux d'intérêt brut et un taux global.
Cette réglementation a donné lieu à de nombreux procès, une bataille judiciaire, c'est une question vivante, plus les emprunteurs sont en situation de crise, plus il y aura de contentieux.

C'est le taux d'intérêt légal ➔ L 313-2 du CMF : *« C'est la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuarielle, des adjudications de bons du trésor (titre de créance) fixe à treize semaines. »*

Il y a une réglementation du TEG. La banque n'aura le droit à son TEG que si elle a respecté la réglementation, sinon le crédit ne devient pas gratuit, on appliquera le taux légal.

On a des modifications importantes, le taux était de 2,95% en 2007, il passe a 3,99% en 2008, en 2009 le taux tombe à 3,79%.
Il faut au moins 6 mois pour que les changements de taux soit efficace dans l'économie.

Pour 2010, le taux d'intérêt légal est tombé à 0,65%.

Les banques prêtent à un taux négatif.

L'argent ne vaut plus rien aujourd'hui quand on connaît le taux d'intérêt légal.

a) Les modalités d'indication

Il y a deux façons d'indiquer le TEG.
-Soit ex ante
-Soit ex post.

*Ex ante, c'est au départ, dans le contrat initial,
*Ex post, c'est au fur et à mesure.
Le droit français actuel combine les deux idées.
C'est la solution la plus protectrice pour deux raisons. Tout au long du crédit l'emprunteur est averti.

➔**Le droit communautaire, prévoit qu'une information ex ante, et pas une information ex post.**

b) Les frais pris en compte

La Cour de Cassation a rendu trois arrêts importants sur le TEG.
-1ere chambre civile 20 février 2007, DALLOZ 2007.
-Chambre commerciale 10 juin 2008 DALLOZ 2008.
-1ere chambre civile 11 juin 2009.

Dans l'arrêt de 2007, la cour de cassation se montre protectrice de l'emprunteur dans l'interprétation des dispositions du code de la consommation ➔L311-3 *La cour de cassation met en œuvre cette technique d'information ex ante et ex post.*
Lorsqu'il s'agit d'une ouverture de crédit, il y a deux conditions pour que le TEG soit valablement stipulé. Il faut d'abord que :
-Le TEG soit indiqué dans un document écrit préalable.
-Le TEG doit être indiqué sur tous les relevés.
Si l'information fait défaut, pour la Cour de Cassation, **les agios ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, qui ne vaut donc que pour l'avenir.**

Il peut y avoir régularisation mais elle ne vaut que pour l'avenir.

Pour la deuxième, la seule mention indicative du taux ne vaut pas reconnaissance du taux d'intérêt. Il n'y a pas d'agio.

C'est une jurisprudence favorable aux emprunteurs.
Cette jurisprudence entraine des problèmes de prescription dans l'hypothèse où la banque n'a pas bien stipulé les intérêts. Les solutions résultent des trois arrêts cités.

c) La prescription

Il faut distinguer deux sortes de crédit pour le mécanisme de la prescription.
La prescription
-**C'est 5 ans si c'est un prêt classique.**
-**Pour le crédit à la consommation c'est 2 ans.**

Si c'est un prêt classique, pas une ouverture de crédit, la cour de cassation retient une solution simple, on appelle **cela un point de départ fixe, et non flottant**. ➔C'est la date du contrat qui compte. Un contrat de prêt classique, la date de départ c'est la date du contrat.

L'ouverture de crédit : Lorsqu'il s'agi d'un concours financier ou crédit en comptes courants.
La Cour de Cassation retient non pas un point de départ fixe, mais un **point de départ flottant**. Le point de départ ce n'est pas la date du crédit, **➔ca va être une autre date, indéterminée au moment de la conclusion du contrat.**

Définition : C'est la date à laquelle l'emprunteur a découvert ou aurait dû découvrir la cause de nullité du TEG. C'est à la fois un point de départ flottant et à la fois un point de départ fixe.

Il faut combiner cette règle avec ex ante et ex post.
Si on a à la fois l'écrit préalable qui indique le TEG et le TEG sur chaque relevé, les deux conditions sont satisfaites. Chaque relevé fait courir un nouveau délai de 5 ans en 5 ans.

*S'il n'y a pas d'écrit préalable, mais si le TEG est indiqué sur les relevés, **le TEG ne vaut que pour l'avenir, mais chaque relevé fait courir un nouveau délai**, et pour la période antérieure, il a droit à la restitution.

S'il y a uniquement un écrit préalable, mais pas de TEG sur les relevés, **il n'y a pas de TEG du tout.** La banque n'a pas le droit à son TEG. Il s'agit d'une jurisprudence protectrice de l'emprunteur, un réaliste des magistrats.

Le problème c'est qu'on ne voit pas comment l'articuler avec la directive communautaire. Or la directive communautaire ne prévoit pas la « ex post », on a un recul de la protection de l'emprunteur.

d) Le mécanisme de restitution

Arrêt 1ere chambre civile 18 février 2009. Publié DALLOZ 2009.
Arrêt de rejet, rendu sur le fondement de l'article 1154 du code civil : *« Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière »*

Le TEG n'avait pas été correctement stipulé, il y a eu un procès, il s'agissait d'un prêt garanti par une hypothèque, les emprunteurs ont eu gain de cause, le problème portait sur l'imputation des paiements. Comment imputer les paiements déjà effectué ?

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation se fonde sur le capital lui-même. Cela entraine un accroissement de l'effet extinctif de l'imputation des paiements.

C'est paradoxal, le code civil est plus protecteur que le code de la consommation.

On a constaté que la réglementation du TEG figure dans le code de la consommation, les banques se sont engouffrées dans une brèche, elles ont avancées que comme le TEG n'est que dans le code de la consommation, son respect ne concerne que les crédits au consommateur et pas les autres crédits,
➔**La cour de la cassation leur a donné tord.**

Quels sont les frais pris en compte ?
Comment on calcule le TEG ?

Le 1er avril 2010.

*Les frais inclus et la méthode de calcul.

Pour les frais, cela n'apparaît pas dans le code. Dans le droit français actuel, **tous les frais doivent être pris en compte.**
Il y a eu beaucoup de procès, pour déterminer quels types de frais il fallait prendre.

Ex : les frais de notaire doivent êtres inclus, crédits notariés. Sur ce point, la directive communautaire marque une régression car dans cette directive, ➔ les frais de notaire ne seront plus pris en compte.

Ex : Pour les clients des banques mutualistes, qui souhaitent obtenir un crédit. On s'est demandé en jurisprudence s'il fallait prendre en compte dans le calcul du TEG les frais liés à la souscription des parts sociales émises par la banque mutualiste.
Ces banques n'accordent des prêts qu'à leurs associés.
Dans un arrêt de 2007, la Cour de Cassation a considéré que *ces frais devaient être pris en compte*.
Cela montre qu'il faut bien prendre en compte les frais.

Ex : Les frais de forçage. Cela concerne les hypothèses ou il y a une autorisation de découvert avec un plafond. Le client peut dépasser le plafond. Le dépassement du plafond va permettre à la banque de demander des frais.
Ces frais doivent-ils être inclus dans le calcul du TEG ?
La cour de Cassation 5 février 2008 ch.com DALLOZ 2008 p. 609.

La Cour considère que *ces frais doivent être pris en compte dans le calcul du TEG.*

L'enjeu est majeur car si **la banque n'a pas fait ce calcul, celui-ci est mal calculé et il ne peut pas s'appliquer, on en revient au taux légal dans le meilleur des cas.**

Ex : Ce qu'il faut prendre en compte, c'est la totalité des frais, assurance, actes notariés, tous les frais liés aux taux d'intérêts.
Les frais qui ne concernent que le fonctionnement du compte, sont exclus du calcul du TEG. On appelle **cela les commissions de compte ou de mouvement.**

*La méthode de calcul.
Dans le droit français, il y a eu un aller retour.
Les banques calculaient le TEG non pas sur l'année civile, mais sur une année bancaire qui est de 360 jours.
Cela entraine une conséquence, ➔cela permet de faire baisser artificiellement le taux. La question s'est posée de savoir si les banques peuvent agir de la sorte.
La Cour de Cassation dans un premier temps, **17 janvier 2006 ch.com Dalloz 2006**, dit que l'année doit être une année civile.
Pour les sanctions, dans la directive communautaire, rien n'est prévu pour les sanctions.
Le droit français pourra envisager une évolution pour les sanctions.

La Cour de Cassation dit que si c'est calculé sur 360 jours, ce n'est pas légal.
L'année bancaire, ce n'est **qu'un usage bancaire,** les usages de commerçant ne valent qu'entre les commerçants.

Or, la Cour de Cassation a abandonné cette solution dans un arrêt du **24 mars 2009,** DALLOZ 2009.
La Cour de Cassation fait un revirement de jurisprudence, elle admet l'année bancaire de nouveau, même à l'encontre de non commerçant.
Cela permet de faire croire que le taux d'intérêt est plus bas. ➔ Il suffit que ce soit prévu dans le contrat. **Cela devient une clause de style.**

Conclusion : C'est un point important dans le droit bancaire, il sert à informer l'emprunteur, à pouvoir faire jouer la concurrence. L'évolution ici, est à contre courant.

§2) L'ouverture de crédit.

Elle pose des difficultés juridiques.
Définition : **L'ouverture de crédit est une promesse de crédit que le client peut utiliser comme il le souhaite, c'est aussi une réserve d'argent.**

Cette qualification a été posée par **un arrêt 21 janvier 2004.**
Cette qualification pose des difficultés.
On a une période où la période est utilisée et une période où elle n'est pas utilisée.

Lorsque la banque consent une ouverture de crédit, mais qu'elle n'est pas utilisée, on se demande si la banque est liée, et est-ce que les tiers peuvent s'en prévaloir ?

➔Pendant des décennies, la Cour de Cassation considère que le prêt quelque soit sa forme, sa nature et quelques soit les parties, **était un contrat réel**. Le contrat réel ne se forme que **par la remise de la chose, ➔ donc tant que la chose n'est pas remise, le prêt n'est pas formé**.

La promesse d'un contrat réel ne vaut pas grand-chose. La banque peut très bien refuser de remettre les fonds. ➔ La promesse ne peut pas déboucher sur l'exécution d'un contrat.
Souvent cela débouchait par une action du client contre la banque.

Arrêt 27 mai 1998 1ere ch.civ, la Cour de Cassation a fait évoluer la qualification. Désormais le contrat de crédit au sens large peut avoir deux natures juridiques.
On a :
-Le contrat de crédit consenti par **le professionnel** et le contrat de crédit consenti par **un particulier.**
Quand le prêt est consenti par un particulier, c'est toujours un contrat réel. La nature juridique n'a pas changé, donc la promesse de crédit ne vaut pas crédit.

Cependant avec cet arrêt la Cour de Cassation a changé la qualification lorsque le prêteur est un professionnel. ➔ Le contrat de crédit est un contrat consensuel, et promesse de crédit vaut crédit.

Cela a des conséquences pour l'ouverture de crédit, dès que la banque met en place l'ouverture de crédit, elle est liée, et **tous les paiements qui viennent sur le compte doivent être honorés.**
En d'autre terme, promesse de crédit vaut crédit, ➔ la banque est liée.

L'ouverture de crédit va se traduire par un écrit même si ce n'est pas une condition de validité.
Le TEG, la durée, le montant autorisé seront écrits.

Dans le cadre des ouvertures de crédit on peut avoir **les crédits révolving**, qui regroupe dans le droit de la consommation un crédit renouvelable.
➔Le client bénéficie d'une réserve de crédit, il est plus riche du montant du crédit autorisé.
Lorsque le crédit est accordé, tant qu'il n'est pas utilisé, le titulaire ne paie aucun intérêt, et il n'y a aucun frais.
Cependant s'il est utilisé, on aura le point de départ des taux d'intérêts, c'est un crédit qui se reconstitue au fur à mesure des remboursements.

La banque fait exprès, que les remboursements soient peu élevés. (La dette peut doublée en 3 ans).

La publicité utilise comme argument de vente ce qu'il y a de plus dangereux, ce qu'il y a de plus négatif. ➔Ces sociétés communiquent que l'on rembourse en douceur.
Dans les crédits révolving, on indique que les trois premiers mois, on ne rembourse rien. **Si on lit en détail on se rend compte que les intérêts courent**.

Certains créanciers, tiers, ont cherché à saisir la ligne de crédit, le montant du découvert autorisé. ➔La Cour de Cassation **2ème ch.civ, 18 novembre 2004,** la Cour de Cassation considère qu'il n'y avait aucune créance saisissable, même quand la ligne de crédit n'est pas utilisée.

S'il y a un écrit, c'est pour stipuler valablement le TEG.

S'il n'y a pas d'écrit, cela va poser deux problèmes, pour savoir quel est le taux d'intérêt et qu'elle est le montant du plafond.

I) Le montant des agios.

Ce sont les arrêts de 2007, 2008, 2009 qui s'appliquent. Par hypothèse, il n'y a pas d'écrit préalable, **il peut y avoir qu'un TEG ex post sur les relevés**. Dans ce cas le TEG est valable, mais ne vaut que pour l'avenir. Il n'y a pas de régularisation rétroactive possible.

Concrètement l'intérêt du client lorsqu'il n'y a pas d'écrit préalable, **c'est de refuser de payer les agios tant que le TEG n'est pas apparu sur les relevés**. Le taux c'est le taux d'intérêt légal.

II) Le montant du découvert autorisé

Deux hypothèses :
-Il y a un écrit, il va énoncer le montant du découvert autorisé. Tant que le client respecte le montant, il est en règle, la banque doit payer tout ce qui arrive sur le compte.
S'il y a dépassement, la banque fait ce qu'elle veut. Soit elle refuse de payer, et applique des frais, soit elle accepte de payer et applique aussi des frais.

-Il se peut que la banque n'ait pas fait d'écrit. Il n'y a donc pas de plafond prévu.

* 1ère hypothèse.

La banque accepte de payer ce qui arrive sur le compte, un chèque, un virement, CB. Si c'est ponctuel, ce n'est pas une ouverture de crédit, ➔ **C'est une facilité de caisse**. Celle-ci est dangereuse.

Arrêt ch.com 15 avril 2008 : Les faits : Il s'agissait de relations entre un banquier et un commerçant, un professionnel. Ce dernier avait des problèmes de trésorerie, ponctuellement la banque avait accepté de payer ce qu'il y avait sur le compte.
Un jour sur le compte arrive un virement de 50K€. La banque refuse de le payer, et déclenche des problèmes pour le commerçant.
Le client attaque la banque. Des paiements fait par le passé alors qu'il n'y avait pas de provision, prouvait une mise en place tacite d'une autorisation de découvert. C'était répété.
La Cour de Cassation précise qu'il ne s'agit ici que d'un geste commercial, **donc il n'y avait pas d'ouverture de crédit, même pas tacite.** La banque avait donc le droit de refuser le paiement, son concours, l'octroi de crédit, et elle n'avait aucun préavis à respecter. ➔ Il n'y a aucune responsabilité de la banque.
Si un crédit est mis en place, la banque peut le révoquer avec un préavis, lorsqu'il s'agi d'une facilité de caisse, il n'y a pas de préavis.

Cet arrêt montre les dangers pour la banque et les professionnels.
Si au contraire on considère qu'il y a bien une autorisation tacite de découvert, la banque ne peut pas la dénoncer, elle ne peut pas la révoquer du jour au lendemain, il faut qu'elle respecte un préavis, et donc si un paiement arrive sur le compte, elle doit l'honorer, sinon elle engage sa responsabilité. Il faut donc déterminé le montant du découvert autorisé, cela parait difficile sans écrit.
La jurisprudence est pragmatique, elle va regarder ce qu'il s'est passé avant, ➔**on examine les trois derniers mois avant l'incident, et sur ces trois mois, on calcule le découvert moyen, qui avait été autorisé par la banque sans rien dire.**

III) La révocation du découvert autorisé.

On est dans l'hypothèse où il y a bien eu une autorisation de découvert, et peu importe la forme, que ce soit écrit ou tacite. **Dès lors qu'on est en présence d'une autorisation de découvert, la banque a l'obligation de respecter un préavis.**
➔**Si c'est une facilité de caisse, la banque peut y mettre un terme sans préavis.** Tant qu'on est dans le préavis, la banque est obligée de payer.

Sur la possibilité de rompre à tout moment. **Ch.com 26 janvier 2010. Dalloz 2010 p.379.**

Le litige, il y avait une ligne de crédit entre la banque et une société. Les banques ont fermé les lignes de crédit.
La Cour de Cassation précise que la banque fait ce qu'elle veut.
La banque peut mettre un terme au crédit quand elle veut, il ne peut pas y avoir de responsabilité de la banque.

Article du monde 5 janvier 2010.

Le préavis.
Il y a eu une évolution notable c'est L 313-12 du CMF. « *Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à une durée fixée, par catégorie de crédits et en fonction des usages bancaires, par un décret pris après avis de la Commission bancaire. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai.*
L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise.
Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit. »

Il prévoit l'exigence du préavis. Le crédit doit être dénoncé par écrit. Cela pose deux problèmes, la forme du préavis et sa durée. Le texte prévoit une forme écrite**. L'exigence de l'écrit n'est pas simplement une exigence de preuve mais une exigence de validité.**
Si la banque n'a pas notifié un écrit, la rupture ne vaut rien. La banque verra sa responsabilité engagée. Elle doit notifier au moins avec LRAR.

La volonté du législateur a été d'améliorer la sécurité juridique. Dans la version initiale du texte, c'était la dénonciation par écrit, avec un délai de préavis conforme aux usages. On a une insécurité juridique. Le législateur a considéré que la référence aux usages n'était pas pertinente.
30 décembre 2005. ➔ ***Il a été prévu que ce n'était plus une référence aux usages mais une durée minimale de 60 jours.***

Cette disposition s'est révélée insuffisante à cause de la source du principe. Il ne s'agissait que d'un décret. Or la durée du préavis, c'est la nature contractuelle.
La valeur d'un contrat a une valeur de loi.
Le décret ne pouvait pas les empêcher de faire cela.

La loi a été prise **le 19 octobre 2009**. Cette loi comporte plusieurs dispositions. La durée de préavis ne bouge pas, 60 jours minimum, cependant c'est une disposition d'ordre public.

Ensuite, la loi du **19 octobre 2009** prévoit que lorsqu'il s'agit de crédit aux entreprises, en cas de rupture du concours, cette loi prévoit que si l'entreprise en fait la demande, **la banque doit motiver les raisons de la rupture.**
L'information communiquée est confidentielle.

Dans l'arrêt de 2010 : en l'absence de disposition légale particulière, la banque fait ce qu'elle veut, elle doit juste respecter le préavis.
Dans le champ d 'application de la loi de 2009, la banque ne peu plus rompre comme elle veut.
Il y a donc eu une évolution remarquable qui est liée à la crise.

La question que l'on peut se poser : Est-ce que la banque peut motiver n'importe comment ?
La loi prévoit l'obligation de motiver si l'entreprise en fait la demande.

Peut-elle motiver de manière discriminatoire ?

§3) Le crédit à la consommation.

C'est une question difficile, c'est un droit de masse, qui s'applique à beaucoup de personnes.
Le point de départ, c'est **une loi SCRIVNER de 1978.**
Cette loi a été reprise dans le code de la consommation L311-1 et suivant.
C'est une réglementation qui poursuit des objectifs différents.
L'enjeu c'est inciter les gens à s'endetter, pour qu'il consomme. La consommation des ménages est un des moteurs importants de la croissance en France.

Depuis quelque mois la consommation est en baisse. Si la consommation devient négative, il n'y aura plus de croissance. Il y a un enjeu politique. C'est de la croissance artificielle qui repose sur de l'endettement.
On incite les gens à s'endetter pour avoir de la croissance.

Si on veut que les gens s'endettent, il faut qu'il le fasse en toute sécurité. Il faut prévoir des dispositifs de protection de la partie faible.
Cette réglementation dérogatoire au droit commun est très protectrice du consommateur.
L'autre enjeu, c'est l'intérêt des banques, la rémunération, les intérêts, et dans le crédit à la consommation les intérêts sont colossaux.

Cette réglementation a été efficace, elle a obtenue son objectif. Le droit communautaire a suivi le mouvement, **la directive du 23 avril 2008** sur le crédit à la consommation qui réalise des régressions au détriment des consommateurs et des règles très avantageuses pour les banques.
La directive prévoit ainsi la création **d'un formulaire standardisé impératif,** très contractuel qui comporte 14 mentions.

Les banques veulent tout connaître de leur client pour voir si elles vont prêter ou pas, une intrusion dans la vie des gens.
La banque va collecter plein d'information sur ses clients. On appelle cela **le SCORING.** C'est la notation des clients.
On va évaluer la solvabilité du client, ne pas prêter si le client est insolvable, il faut collecter les informations.
Pourquoi ces inquiétudes ?
En 2009, un article du monde **17 mars 2009**. Le gouvernement s'attaque aux excès du crédit à la consommation.

Le monde 11 novembre 2009 p. 13.
Il y a plus de 800K familles en sur endettement. En un an, les taux d'impayés ont progressés de 100%. Pour les prêteurs sur gage, la hausse a été de 30% en un an.
Ces statistiques montrent l'ampleur de la crise, le ¼ de la population française connaît de grosses difficultés sociales et financières.

Ces considérations économiques expliquent pourquoi les autorités s'occupent du SCORING. Au lieu de prêter les causes, on a commencé à se poser les bonnes questions.

Le SCORING, c'est mettre une note au client. Ce SCORING est d'autant plus impératif que la directive du 23 avril 2008, crée une nouvelle obligation pour les banques, **c'est évalué la solvabilité du consommateur.**

Avant même ces nouveaux textes, il a été mis en place une réglementation du SCORING, c'est venu en 2006, la CNIL s'en est occupé. La CNIL prend en compte les données qui sont répertoriées.
Elle a mis en place un régime simplifié. L'autorisation au traitement des données est donné des lors que la banque accepte les conditions de la CNIL, sinon il y aura tout un système de contrôle.

Les banques ont essayé de mettre en place un fichier central de crédit qui portait une atteinte considérable au secret bancaire, à la protection de la vie privé, à cause de l'ampleur du traitement, et de la durée de conservation.

DALLOZ 2007 p.1187.
La CNIL a refusé la création d'un fichier central de crédit.

Dans l'intervalle, la loi LME est passé, qui a réformé le secret bancaire, et le nouveau régime du secret bancaire, plus grand-chose n'empêche les banques de créer leur fichier.

I) Le domaine de la réglementation.

C'est une réglementation dérogatoire, **il faut que toutes les conditions soient prévues pour être dans le crédit à la consommation.**
Le droit commun est plus protecteur que ce régime dérogatoire. C'est un contrat consensuel, qui va attirer l'attention du client sur ses engagements à venir, avec toute une série d'information délivré par le consommateur.

Selon L311-2 du code de la consommation, « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit.
Pour l'application du présent chapitre, la location-vente et la location avec option d'achat, ainsi que les ventes ou prestations de services dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné, sont assimilées à des opérations de crédit. »

Cela vise toutes opérations de crédit, ainsi que son cautionnement éventuel, consenti à titre habituel par des personnes physiques ou morales, à titre onéreux ou à titre gratuit.

Cette définition très large permet de retenir l'application de la réglementation non seulement aux banques, mais aussi aux vendeurs qui accorderaient des crédits.
En réalité les personnes visées par ce texte sont aussi les grandes surfaces. Ils sont concernés par le dispositif lorsqu'ils accordent des crédits.
Un certain nombre d'opération sont exclus du champ d'application. L 311-3 code de la consommation.

« Sont exclus du champ d'application du présent chapitre :
1° Les prêts, contrats et opérations de crédit passés en la forme authentique ;
2° Ceux qui sont consentis pour une durée totale inférieure ou égale à trois mois, ainsi que ceux dont le montant est supérieur à une somme qui sera fixée par décret ;
3° Ceux qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public ;
4° Les opérations de crédit portant sur des immeubles, notamment les opérations de crédit-bail immobilier et celles qui sont liées :
a) A l'acquisition d'un immeuble en propriété ou en jouissance ;
b) A la souscription ou à l'achat de parts ou d'actions de sociétés donnant vocation à une attribution en jouissance ou en propriété d'un immeuble ;
c) A des dépenses de construction, de réparation, d'amélioration ou d'entretien d'un immeuble, lorsque le montant de ces dépenses est supérieur à un chiffre fixé par décret.
Les dispositions du présent article n'ont pas pour effet d'exclure les prêts, contrats et opérations de crédit passés en la forme authentique et les prêts, contrats et opérations de crédit d'un montant excédant le seuil fixé en application du présent article du champ d'application de l'article L. 311-5. »

Première exception : Le crédit notarié car on considère que le notaire va informer et protéger celui qui s'endette, il n'y a pas besoin de la protection de la loi.

Deuxième exclusion : Une exclusion liée à la durée de l'opération. ➔ Si le crédit, a une durée inférieure ou égale à trois mois, cette réglementation ne s'applique pas.

Troisième exclusion : Une exclusion en fonction du montant. Les crédits à la consommation sont souvent assez faibles. On comprend le seuil fixé par la loi.
Il y a exclusion lorsque le bien acheté à crédit a une valeur supérieure à 21500€.

Avec la directive communautaire, le seuil bascule à 75000€.
Plus le seuil est élevé, plus un certain nombre de contrat de crédit vont basculer dans la catégorie du crédit à la consommation.

Pour les crédits à la consommation, le taux de l'usure est très élevé et les banques peuvent appliquer des taux très élevés.
Pour les banques, elles peuvent élargir leurs crédits qui vont être soumis à des taux très élevés.

Quatrième exclusion : Exclusion des opérations qui financent une activité professionnelle. La réglementation ne s'applique pas. On va prendre la finalité professionnelle, c'est le droit commun qui s'appliquera.
L'affectation nécessite une clause expresse, qui énonce que la finalité du crédit est professionnelle.
Soit il y a une clause expresse et la réglementation ne s'applique pas, soit il n'y a pas de clause et la réglementation s'applique, peu importe la destination des fonds.

Cinquième exclusion : Prêts consentis aux personnes publiques.

Sixième exclusion : Les opérations de crédit qui portent sur des immeubles. C'est logique car il existe une réglementation spécifique du crédit immobilier.

Lorsque l'ensemble des conditions sont réunies, cette réglementation s'applique automatiquement.

Cette réglementation se caractérise par la volonté d'informer l'emprunteur sur ses obligations. La réglementation joue un rôle de protection. Cette protection va passer par l'obligation d'adresser une offre préalable de crédit.

II) l'obligation d'adresser une offre préalable de crédit.

Son principe est prévu à L311-8 à L311-13 du code de la consommation. Dès lors qu'on est en présence d'un crédit qui entre dans le champ d'application de cette réglementation, **la banque doit obligatoirement adresser une offre préalable de crédit.** Si elle ne le fait pas, le crédit est irrégulier et la sanction est la déchéance des intérêts.
Les autorités ont établis de longue date des modèles règlementaires, des offres types. Ces offres avaient été élaborées par l'ancien CRBF pour des raisons de sécurité juridique.
Le gouvernement établi des offres types homologués par décret ou arrêtés, ce qui donne une force juridique à ces offres.

Pour des raisons de sécurité juridique. Avec l'entrée en vigueur, les offres types vont devoir être réécrites avec les 14 mentions.
Tout ceci est parfaitement justifié. Le CRBF avait établi un certain nombre d'offre type. Il y avait 9 modèles qui n'avaient pas été modifié jusqu'en 2007. Le comité a été supprimé en 2003. Ces

prérogatives ont été dévolues au ministre de l'économie. C'est le ministre de l'économie qui élabore maintenant ces questions.

En 2007, **un arrêté du 24 juin 2007 a prévu 6 modèles types.**
Les 6 nouveaux modèles types étaient illégaux. Dans la précipitation, **un arrêté du 14 mai 2007**, juste avant l'entrée en vigueur de l'arrêté, vont remplacer les nouveaux modèles types.

Normalement lorsque l'offre adressée par la banque est conforme au modèle type, elle ne peut pas être critiquée. C'est une sécurité juridique pour la banque.
L'offre va indiquer de nombreuses mentions :
-Le montant du crédit
-Sa nature
-Objet et modalité du contrat
-Conditions d'assurance
-le TEG qui va devenir le TAEG.
-Le total des perceptions forfaitaires de la banque demandée par la banque en plus des intérêts.
-Le prêteur doit ventiler entre les frais de dossier et frais d'échéance.

L'offre préalable doit être adressée avant. On a deux problèmes.

-<u>Modification d'un contrat en cours.</u>

Il y a déjà un contrat en cours, mais va être modifié. La banque doit-elle adresser une nouvelle offre de crédit ? La Cour de Cassation **18 juin 2000 1ère ch.civ.** Elle fait prévaloir la volonté de protéger la partie faible, et donc si on veut la protéger, ➔**on exige pour toute modification du contrat une nouvelle offre de crédit.**
Si la banque modifie l'offre, la modification est irrégulière.

<u>-Lorsqu'on bascule d'un découvert autorisé à un crédit qui bascule dans le crédit à la consommation.</u>
Le crédit va changer de nature quant à sa durée.
Tant qu'on est à l'intérieur des trois mois, la réglementation spécifique ne s'applique pas. Le découvert tacite, s'il dure plus de trois mois, des lors qu'on est à l'intérieur du plafond, bascule dans un crédit de consommation.
➔**La banque doit impérativement dès le premier jour qui suit le troisième mois donner une nouvelle offre de crédit.**

III) <u>La durée de l'offre de crédit.</u>

L'offre va devoir être maintenue pendant un certain temps.
Prévoir le maintient de l'offre pendant une certaine durée est contradictoire. ➔ On veut faire jouer la concurrence.
Si on prévoit une durée de maintient de l'offre, c'est pour que le candidat est besoin de la lire.
On prendra l'offre la plus intéressante.
L'article L311-8, prévoit que l'offre doit être maintenue pendant 15 jours à compter de son émission.

« Les opérations de crédit visées à l'article L. 311-2 sont conclues dans les termes d'une offre préalable, remise en double exemplaire à l'emprunteur et, éventuellement, en un exemplaire aux cautions. La remise de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de quinze jours à compter de son émission. »

Une fois que le client l'a reçu, il peut l'accepter ou rester silencieux. Le silence vaut refus. Le client qui donne son acceptation dispose **d'un droit de rétractation**, il a le droit de revenir sur son

engagement. Ce droit est discrétionnaire. Ce droit de rétractation cours à compter de l'acceptation de l'offre.
A compter de l'acceptation, cours un nouveau délai. **Le délai de rétractation est de 7 jours.**
Avec la directive communautaire, le délai de rétractation va passer **à 14 jours.**
Le délai maximum sera de un mois (15 + 14 jours).
Pour faciliter l'exercice de la rétractation, l'offre préalable doit contenir un formulaire détachable, il déchire le coupon, et retourner le formulaire à la banque.

Ce droit de rétractation suscite la réflexion. L'approche doctrinale : La doctrine civiliste s'est indignée, c'est une atteinte portée à la force obligatoire des contrats, article 1134 du code civil.

Le droit de rétractation poursuit un objectif caché et y parvient tout à fait. Les gens se font piéger.
On veut que les gens s'endettent, et il ne faut pas que le consommateur réfléchisse. La simple idée de savoir que l'on peut se rétracter, va les mettre en confiance et ils vont s'engager.

Ce dispositif procède d'une analyse sociologique ou psychologique.
Ces manipulations c'est l'étude des théories mimétismes.

Pour rendre efficace le droit de rétractation, on prévoit une sorte de no man's land juridique. Pendant les 7 jours que durent le délai de rétractation, **aucune des parties n'a le droit de faire quoi que ce soit, la banque ne doit pas débloquer les fonds**, le client ne doit rien payer L311-15 et L311-17 du code de la consommation.

Avec la nouvelle réglementation, la directive a crée une situation bancale. Dans la directive, si la durée du droit de rétractation est de 14 jours, le no man's land juridique est une durée de 7 jours.

On a des difficultés juridiques.
Que se passe t-il si ce n'est pas respecté ? Est-il possible de contourner le dispositif ?
Est-il possible de chercher à limiter l'exercice de la rétractation ?

Il est interdit de contourner ce dispositif, d'obtenir quoi que ce soit avant le terme du délai de rétractation et cela même lorsqu'il y a eu démarchage. L121-26.
La Cour de Cassation fait strictement respecter cela, **1ère chambre civile 17 janvier 2008**, DALLOZ 2008 qui concernait le démarchage.

Est-il possible de contourner la difficulté **en anti datant** les contrats ? En pratique, c'est fréquent.
Un arrêt de **CA de DOUAI 24 mai 2005.**

Faits : Un démarcheur arrive de rénover toutes sa cuisine. Le démarcheur arrive et anti date les contrats. La CA répond que l'anti datage est efficace et l'acheteur est lié.

Ce dispositif est efficace lorsque **la rétractation est discrétionnaire,** il faut qu'elle soit exempte de toute pénalité, aucune indemnité.
Dans le droit positif, la rétractation discrétionnaire n'entraine aucune pénalité, il n'y a rien à verser.
Or un arrêt de la CJCE a ouvert une interrogation **3 septembre 2009. L'arrêt porte sur l'exercice du droit de rétractation dans la vente à distance.**
La question posée est : Est-ce qu'une législation peut prévoir que l'exercice de la faculté de rétractation va donner lieu à paiement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien ?

Dans cette affaire, la CJCE a admis que le droit communautaire ne s'opposait pas à ce que la législation d'un état membre prévoit une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien. Cependant la CJCE pose des limites.

-Cette indemnité n'est possible que si le consommateur a fait du bien qui a été vendu à distance **un usage d'une manière incompatible avec les principes du droit civil, tel que l'enrichissement sans cause.**
Même s'il y a eu un usage abusif, il ne faut pas que l'indemnité porte atteinte à la finalité de la directive, c'est-à-dire à l'efficacité et l'effectivité du droit de rétractation.

Cet arrêt semble mal rendu si on veut sauvegarder l'effectivité du droit.

IV) Sort du crédit tributaire du sort de l'opération principale.

Il va apparaître l'un des aspects dérogatoires de la réglementation par rapport au droit commun. Dans le droit commun, et donc cela vaut pour un prêt, un crédit ordinaire. Dans le droit commun, le contrat principal est le contrat qui le finance, contrat de crédit, **ces deux contrats sont autonomes**. Le sort de l'un n'a aucun effet sur l'autre. Si le contrat est valable, l'acheteur doit s'exécuter même s'il n'a pas obtenu le crédit.

Si le contrat de vente tombe pour une raison ou une autre, le fait que le contrat tombe n'a aucune incidence. L'acheteur doit quand même exécuter le contrat de crédit. Ca c'est le droit commun. Chaque contrat a sa propre cause.
Dans le droit commun des deux contrats, ils ne se tiennent pas lieu de cause. Le sort de l'un n'affecte pas le sort de l'autre.

Cette réglementation est dangereuse pour le consommateur qui a intérêt à ce que les deux contrats soient liés.

Pour des raisons de sécurité juridique, pour des raisons de protection, pour l'inciter à s'endetter, **les deux contrats sont liés dans le crédit à la consommation.** ➔ Si le contrat de crédit tombe, il pourra se dégager du contrat de vente.

- ⇨ Cette idée pose des problèmes dans sa mise en œuvre.

En cas de difficulté, si quelque chose tourne mal, souvent il y aura recours au juge. Cela entraine des frais de procédures.

Si on veut que le contrat de crédit soit efficace, il faut impliquer le juge.

La Cour de Cassation a longtemps considéré que le juge puisse s'impliquer. Elle a imposé un office du juge très limité. ➔ Si le consommateur ne comparait pas ou n'a pas d'avocat, le juge n'a pas a soulevé un moyen qui lui donne raison.

La CJCE heureusement a imposé à plusieurs reprises une solution différente, **arrêt OCEANO GAUPO CJCE 27 juin 2000.**
Dans cette affaire, la CJCE a considéré *qu'il entrait dans l'office du juge de soulever tous les moyens qui pouvaient défendre le consommateur.*

La Cour de Cassation a été désavouée.
A cause de cela, le législateur a changé les règles. L'article L141-4 du code de la consommation a été réécrit par une loi du 3 janvier 2008.
Le texte dit ceci : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».*

La Cour de Cassation s'est inclinée.
1ère ch. Civile, 22 janvier 2009.

Les faits : En 1999, une dame s'endette pour 23K€ remboursable en 57 échéances. Elle a été défaillante, la banque l'a attaqué, elle devait rembourser le prêt, mais le tribunal d'instance a retenu la déchéance des intérêts. Elle a prononcé la déchéance des intérêts conventionnels.
Le juge avait soulevé d'office et la Cour de Cassation casse.
Le tribunal d'instance de Grenoble refuse de s'incliner et refuse d'accorder les intérêts à la banque.
La Cour de Cassation est obligée de s'incliner et rejette les pourvois.
La Cour de Cassation : *La méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge.*

L'article L141-4 dit : « toutes dispositions »

Un autre arrêt, **1ère ch.civ 14 mai 2009**. A nouveau la motivation de la Cour de Cassation va changer et une faille va apparaître dans l'office du juge.
Elle dit : « *le juge du fond est tenu de relever d'office* ».
En l'espèce le juge n'avait pas relevé d'office.
La Cour dit que le juge n'a pas à relever d'office les arguments lorsque l'emprunteur n'a invoqué aucun fait propre à caractérisé l'application du texte, de telle sorte que le juge n'a pas à procéder à une recherche que les faits dont ils étaient saisis n'appelait pas.

La demande de la banque était éteinte, ce qui était en cause, c'était le délai de forclusion.

En dépit des arrêts de la CJCE et de l'évolution de la loi, la Cour de Cassation continue à avoir une lecture très personnelle.

Article L311-23 du code de la consommation : Le contrat principal ne peut pas prendre effet tant que le délai de rétractation n'est pas expiré.
Le contrat principal n'a aucun effet.

L311-25 : L'exercice du droit de rétractation entraîne la résolution de plein droit du contrat principal. Lorsque le contrat de crédit tombe, cela entraine la résolution automatique.

L311-20 : Cet article est illégal au regard du droit communautaire. Les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien, ou de la fourniture de la prestation. Ce texte qui est anodin est hors la loi, il est mal rédigé.

Cours droit bancaire du 8 avril 2010

Article L 311-20 : article illégal consacré par CJCE en date du 4/10/07 (semaine juridique 2008 2eme partie 10031). Dans les faits en 2003, un couple est démarché chez lui pour changer leurs fenêtres, un contrat est signé d'une valeur de 6000 euros, il y a un contrat complété d'un crédit de consommation. A la livraison, les époux se sont aperçu qu'il était impossible de poser des fenêtres en raison d'un « dorman » c'est à dire un vice. Les époux ont contesté, demandent la résiliation, saisissent la justice, en demandant la nullité du contrat de vente et la résiliation du contrat de crédit. Le vendeur et la banque ont contesté sur le fondement de l'art L311-20. Pourquoi ? Le contrat de vente litigieux ne mentionnait pas de manière précise le délai de livraison contrairement a L 311-20. De plus, la mention du bien financé ne figurait pas dans le contrat de crédit donc le contrat était mal rédigé, **donc il n'y avait pas d'interdépendance**.

QUESTION : pour que le principe d'interdépendance joue, est il nécessaire que les deux crédits soient mentionnés dans les deux ? Dans les faits, ceci n'apparait pas et l'art L311-20 semble en faire une condition. La CJCE condamne la France, art L 311-20 est mal rédigé, il n'est pas nécessaire que l'interdépendance joue mm s'il n'est pas mentionné dans le contrat, c'est donc pas une condition.

En conclusion, ya un mécanisme efficace qui est très innovant à l'époque, qui déroge au droit commun.

V) la protection de l'emprunteur pendant l'exécution du contrat.

Il est possible que l'emprunteur rencontre des difficultés matérielles dans le remboursement du crédit.
L'intérêt de l'emprunteur est de ne pas rester passif, le mieux est mm de saisir le juge. En effet, en cas de difficultés, l'emprunteur a le droit de saisir le juge pour obtenir un réaménagement de sa dette mm dans le cadre du droit commun (art 1244-1 et 1244-3). Le réaménagement sera imposé à la banque et les motifs (problèmes professionnels, licenciement, maladie…..) sont légitimes. Le consommateur peut attaquer au tribunal du lieu de livraison, le domicile du défendeur. **L'aménagement se fait pour une durée de 2ans**.

Si l'emprunteur ne fait pas cette démarche, la situation va devenir catastrophique, la banque peut se prévaloir de la défaillance de l'emprunteur (L311-30), la banque va se prévaloir de la déchéance du terme, exiger le remboursement immédiat du capital, les intérêts échus. Si l'emprunteur ne peut pas payer les échéances, il ne peut certainement pas rembourser le capital. La banque pourra envoyer les huissiers et bloquer les comptes bancaires.

Article L311-30
En vigueur depuis le 27 Juillet 1993

En cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du code civil , sera fixée suivant un barème déterminé par décret.

En absence de règlement effectif les sommes restantes dues continuent à produire des intérêts au taux d'intérêts contractuel (ça peut être 20% pour un crédit conso). La banque peut aussi demander une indemnité à titre de sanction, dont le montant est fixé par barème, fixé par décret, c 8%du capital restant du plus les intérêts qui court. C donc une situation qui ne doit pas arriver !!!

QUESTION : Est ce que l'emprunteur a le droit de rembourser de façon anticipé ? « qui paie dette, s'enrichit ! » pour pas payer les intérêts.

Dans le droit commun, si le terme est prévu, l'emprunteur doit le respecter, et ce n'est pas possible de rembourser de manière anticipé, la banque veut bénéficier des intérêts. Dans le droit de la conso, il est autorisé a l'emprunteur de rembourser de façon anticipé (L311-29).la réglementation prévoit tout de même un montant minimum que la banque peut refuser.

Article L. 311-29 *- L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation sans indemnité, le crédit qui lui a été consenti. Toutefois, le prêteur peut refuser un remboursement partiel anticipé inférieur à un montant fixé par décret. Le présent contrat ne s'applique pas aux contrats de location, sauf si ces contrats prévoient que le titre de propriété sera finalement transféré au locataire.*

Cette disposition montre qu'il n'y a aucun intérêt à s'endetter a taux variable, car en cas de taux fixe, l'emprunteur peut rembourser quand il veut. Cette disposition est protectrice des intérêts du consommateur. **La directive communautaire revient sur ce principe**. Contrairement à ce qu'il existe, *le prêteur peut avoir une idemnité en cas de règlement anticipé, dite équitable. La directive prévoit des plafonds, ce n'est pas sécurisant car chaque état membre dispose de marche de manœuvre lors de la transposition, et les états membres peuvent limiter cette possibilité à des remboursements supérieurs dans la limite de 10000 euros*. Le prêteur sera en droit d'exiger une indemnité supérieure si le banquier prouve que le préjudice qu'il éprouve dépasse le montant fixé par la directive. Plus

l'intérêt contractuel est élevé et plus le préjudice de la banque est élevé et plus les banques peuvent demander des indemnités.

Problème des clauses abusives :

Le contrat de crédit à la conso est un contrat de crédit propice aux clauses abusives. La banque n'est pas privée de multiplier les clauses.

Décret du 18 mars 2009 : jusqu'au décret, sur la qualification des clauses, y avait un problème de preuve car c'était la partie faible de prouver la clause abusive. ce décret (Dalloz 2010 p770 chronique du droit de la conso) pris en application de la loi de 2008 LME, **décret fait évoluer la question de la charge de la preuve**. *Deux listes ont été établies* : une liste où ya présomption irréfragable des caractères abusifs de la clause, une autre où ya présomption simple du caractère abusif de la clause qui permet au professionnel de prouver que ya pas de clause abusive. Le décret comporte cependant un vice juridique concernant l'arbitrage. Question : imposer un arbitrage comme mode de résolution du litige, est ce abusif ? oui c'est abusif.

Les auteurs soulignent le problème : le caractère abusif résulte d'un décret mais dans le code civil, la sanction de la clause compromissoire est la nullité. Or le décret est inférieur à la loi donc il aurait mieux fallu une loi pour la qualification de la clause abusive.

= deux observations : - **nullité est différent de clause abusives**. La nullité suppose un procès, elle est confirmée si elle est confirmée et elle est prescriptible et les délais sont courts. La clause a un caractère non écrit, pas besoin de faire un procès. Aucune confirmation n'est possible dans le droit français mais pas dans le droit commun. Pas de prescription.

Problème de techniques juridiques :
Incidence de la source de l'offre de crédit : portée des offres règlementaires. En cas de litige, pour l'appréciation de l'offre, quant au rôle du juge, il faut prendre en considération l'origine de l'offre, celle-ci reproduit elle le model type ou la banque a-t-elle ajoutée des clauses propres en plus ? Cette considération affecte le rôle du juge et change la physionomie du procès. En effet,

1) si la banque s'est contentée de reproduire le model, le juge judiciaire n'est pas compétent pour apprécier le caractère abusif de la clause. C'est la compétence du juge administratif, **le juge judiciaire sursoit à statuer** et le consommateur saisit le juge administratif, risque qu'il soit hors délai. Il arrive parfois que l'illégalité du décret ou arrêté découle non pas d'un non respect de la loi Française mais d'une violation du droit communautaire : ex : rémunération des comptes de dépôt abus.

2) La banque ne sait pas contenter du model elle a ajouté des clauses, le juge judiciaire est alors compétent pour apprécier la clause litigieuse. Si jamais la clause est qualifiée d'abusive, la sanction est redoutable. C'est une offre de crédit non conforme à la réglementation, **il y a la déchéance des intérêts.**

Pour **l'office du juge**, *CJCE 4/6/09 (petites affiches n°244)* : CJCE énonce que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif de la clause contractuelle, des lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaire à cet effet. Cet arrêt va plus loin. Le juge doit soulever d'office même si le demandeur ne parait pas. *(Arrêt PANNOM).* Si le juge dit que la clause est abusive, alors il ne l'applique pas sauf si le consommateur s'oppose à la « non application de la clause », le consommateur peut aussi confirmer la clause et demander son utilisation.

Exemple de clauses abusives :

- *TI 28/10/08* : la banque CIC prévoyait que pour octroyer le crédit, **le contrat prévoyait en plus une épargne obligatoire à la charge de l'emprunteur.** C'est paradoxal, si la personne a besoin d'argent, donc elle ne peut pas épargner. Si la clause est admise, le non respect de la clause, ca permet à la banque de faire constater la défaillance de l'emprunteur et obtenir la déchéance du terme. C'est une bonne idée pour la banque, car c'est inciter l'emprunteur et c'est un gage pour la banque. Dans les faits, l'emprunteur s'endette à la CIC, et il y a une défaillance dans le remboursement. La banque attaque, la personne assignée vient et ne reste pas au procès et ne se manifeste plus. Dans cette affaire, le juge d'instance a réalisé son office et dit que la clause est abusive, elle a pour objet de rendre l'offre illégale car l'obligation est contraire au droit bancaire. La clause est réputée non écrite et il y a déchéance des intérêts.

- *CCass 10/07/06 : avis Dalloz 2006 p2313*.**cas des crédits revolving** (crédit qui se reconstitue au fur et a mesure). Le crédit prévoit que la banque n'avait pas à adresser d'offre préalable de crédit quand elle décidait d'augmenter le montant du crédit, la banque qui modifie le contrat doit modifier l'offre. Ccass dit que c une clause abusive car elle aggrave la situation de l'emprunteur. L'offre est illégale, cela a donc pour conséquence la déchéance des intérêts.

- *Article de Mr Poissonnier magistrat (Dalloz 2006 p 370)* : « les clauses résolutoires abusives dans le crédit a la conso ». **l'article fait un inventaire des clauses résolutoires**, la banque prévoit de telles clauses fondées sur la situation financière de l'emprunteur.

Certaines clauses sont abusives dans les exemples suivants :

_ Résolution du contrat en cas de modification de la situation financière.
_ Résolution en cas de redressement ou liquidation financière
_ Résolution en cas de surendettement ou rétablissement personnel
_ Résolution en cas d'inscription de l'emprunteur sur un fichier
_ Résolution en cas d'émission de chèques sans provision
_ Résolution en cas de clôture du compte du client
_ Résolution en cas de défaillance dans l'exécution d'un autre contrat de crédit (emprunteur a plusieurs contrats de conso, un n'est pas remboursé est un motif de rupture d'un contrat bien exécuté ?non ! ici la banque cherchait interdépendance de plusieurs crédits)
_ Résolution en cas de décès du co-emprunteur ou de la caution
_ Résolution par rapport a la situation personnelle du co-emprunteur : -départ du territoire français métropolitain pour aller dans les DOM TOM - en fonction de l'âge – fondé sur l'état de santé de l'emprunteur (âge, maladie, décès).
_ Résolution en cas de mesures civiles de protection (tutelle, curatelle)
_ Résolution en cas de fraude ou en cas de renseignement faux, inexact lors de l'établissement du contrat.
_ Résolution en cas de changement dans la situation familiale de l'emprunteur
_ Résolution en cas de résiliation du contrat d'assurances
_ Résolution en cas de survenance d'un évènement indéfini

= C'EST UN ARTICLE INTERRESSANT !!! conseil il faut le lire !!!

V) prescription et forclusion

Le droit de la consommation est caractérisé par un régime spécifique, dérogatoire au droit commun qui pose des problèmes d'application. Des solutions nouvelles sont posées en 2010.

La solution du droit commun se s'applique pas, le délai écarté et la nature du délai selon le droit commercial est écarté.
Le législateur considère que ce sont des contrats liés à la consommation qui financent des prêts sur de courtes durées avec une volonté de protection de la partie faible, et volonté que le contentieux soit rapidement éteint. < art L311-37 le délai est de deux ans >. C'est un délai de forclusion : au bout de deux ans le délai est éteint.

L 311-37 du code de la conso : *Le tribunal d'instance connaît les litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions « en paiement » engagées devant lui « à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur » doivent être formées dans les deux ans de l'évènement qui leur a donné naissance à peine de forclusion.*

La mise en œuvre du texte entraine des difficultés (saisine du juge et point de départ du délai) et 2010 apporte des solutions.

La saisine du juge.

Avant la loi du 17/06/08 portant réforme de la prescription et jusqu'à un *arrêt de 2006*, pour ce type de question, **la saisine d'un juge incompétent n'arrêtait pas le cours du délai**. Donc le délai continuait de courir et quand le juge se dessaisit, c'était fini depuis longtemps. **Cette solution a été abandonné dans *l'arrêt chambre mixte 24/11/06 (semaine juridique 2007 2eme partie 10058)*.**
Avec cet arrêt, la saisine du juge interrompt le délai même quand c'est un délai de forclusion. L'incompétence de l'avocat n'affecte pas le statut de la banque au procès. Le Législateur consacre cette jurisprudence avec la loi 2008 dans l'article 2241 code civil. C'est une aide pour les banques.

Article 2241 du code civil : *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure.*

Point de départ du délai

Il est fixe ou flottant.
On retrouve la problématique du TEG.

3 points de départ sont envisageables :

- Date de conclusion du crédit (solution la plus ancienne)
- Date d'apparition du 1er incident de paiement non régularisé (solution intermédiaire)
- Clôture du compte auquel est rattaché le crédit de consommation (solution qui rallonge indéfiniment le point de départ du délai)

Beaucoup de banques se sont retrouvées hors délai et ont attaqué les consommateurs. Ce délai a rendu service à l'emprunteur)

Arrêt AP 6/6/03 (Dalloz 2003 p 1905) : crédit révolving. Il y avait eu un incident de paiement non régularisé. Dans cette affaire, la Cour de Cassation dit que *le point de départ est la 1ère échéance impayée non régularisée (point de départ flottant). Si la banque attaque 2 ans après cette date, tout est éteint et la banque ne peut plus rien obtenir*.
Si dans l'intervalle, l'emprunteur régularise, cela arrête le cours du délai. Il recommencera à courir dès le prochain problème. Il repartira à zéro.
Cet arrêt est un revirement, car avant la Cour de Cassation retenait la date de clôture du compte et la banque avait la totale maitrise du contentieux.

On constate que la notion de compte de dépôt disparait et c'est la notion de crédit qui est consacré.

Mais la Cour de Cassation était bien loin de tout régler avec cet arrêt….

Arrêt 7/12/04 (Dalloz 2005 p 141) : dans les faits **c'était un crédit revolving qui prévoyait un plafond d'autorisation de découvert et dans l'éxecution du contrat**, l'emprunteur est devenu défaillant et a cessé de rembourser.
QUESTION : quel le point de départ du délai ?

➔La Cour de Cassation reprend la solution de 2003 et y apporte une précision. Ici, l'incident est le dépassement du plafond autorisé, c'est ce qui fait courir le délai. Si dans l'intervalle, l'emprunteur régularise, cela stoppe le délai et le découvert passe en dessous du plafond. Si à nouveau, il y a un dépassement, un nouveau délai de 2ans court.

⇨ **c'est donc une application de 2003. Mais l'arrêt apporte un plus pour contourner la forclusion**.
La Cour de Cassation dit que le dépassement du découvert autorisé valait une mise en place d'un découvert tacite et puisqu'il y avait autorisation tacite, il n'y avait pas d'incidence. Le dépassement du plafond fait nécessairement courir le délai de 2ans.

Arrêt 1ere ch civ 3/5/07 (Dalloz 2007 p 1418) : dans les faits il y a un découvert exprès et la banque est hors délai.
La Cour de Cassation reprend la solution de 2004 : il y a incompatibilité. *La qualification du découvert exprès entraine le découvert tacite* .le juge ne connaissait pas la jurisprudence de 2004.

Arrêt 22/1/09 (Dalloz 2009 p 427) : **affaire du compte courant**. Ici la banque populaire paris avait prétendu que quand le crédit à la consommation se rattache à un compte courant, le point de départ est le point de clôture du compte courant car à l'intérieur du compte courant, tant que la convention de compte est en cours, le solde n'est pas exigible. Ici la Cour de Cassation fait application de l'article L311-37 code conso : texte d'ordre public.

⇨ On constate que la Cour de Cassation fait prévaloir la notion de crédit sur la notion de compte même dans le cas du compte courant.

Les deux derniers arrêts sont bien rendus : si la Cour de Cassation avait jugé autrement la banque pouvait totalement neutraliser le délai de forclusion en retardant indéfiniment le point de départ.

Arrêt 1ere ch civ 11/2/10 (Dalloz 2010 p 498) : dans les faits c'était un crédit à la consommation. Il y avait plusieurs emprunteurs c'est à dire un couple, co-emprunteurs solidaires. Difficultés de remboursement en 2004, et la banque accepte un réaménagement de la dette dans le remboursement uniquement à l'égard de l'un des co-emprunteurs et a égard de l'autre rien. Le crédit n'est pas remboursé, la banque attaque l'autre co emprunteur et on est au delà du délai de 2ans de la 1ère incidence.
QUESTION : est ce que le réaménagement de la dette à égard de l'un a pour effet de retarder le point de départ à l'égard de l'autre ?
Les juges du fonds avaient dit que cela avait pour effet de retarder.
La Cour de *Cassation dit que* ***le report du point de départ du délai est inopposable à l'autre débiteur, fut il débiteur solidaire*****.** ➔ La dette est éteinte à son égard.
Pourquoi y a t-il report du délai ?car il y a rééchelonnement de la dette.

§ 4) le prêt bancaire

C'est un prêt classique de droit commun.
Il peut être un prêt à court moyen long terme, un crédit consenti sans considération de l'opération principale.
Le droit commun a une place importante illustrée par le rôle de la cause.
Depuis quelques années, un économiste a soutenu que consentir des crédits pour des petites sommes était une bonne idée, bénéfique (système des micro-crédits). Dans ses travaux, il y a eu une offensive pour faire la promotion du micro crédit, ce dernier est un terme curieux, on peut y voir des intérêts faibles, mais c'est faux, c'est le contraire, car c'est une activité rentable pour le prêteur.

Article le monde 12/1/10 p18 « micro crédit : miracle ou désastre ? »
Si le micro crédit correspond à un micro intérêt, c'est une bonne chose, mais si c'est pour avoir des intérêts a 16% 17%.....ca laisse a réfléchir !!!

QUESTION : le refus de remboursement était il un délit pénal ?

Jusqu'au 20eme siècle, il y avait la prison pour dettes, supprimée depuis, sauf pour les dettes fiscales.
Le créancier dans une affaire a saisi la justice en prétendant que le non remboursement était un abus de confiance.
La Cour de Cassation refuse cette approche *: ch crim 5/9/07 (semaine juridique édition générale 2007 2eme partie n°10186)* en disant que le non remboursement d'un crédit même intentionnellement n'est pas un délit pénal.

Le prêt bancaire a une qualification simple c'est à dire réel et consensuel.

Quand il y a un prêt, il y a un monopole bancaire. Dans certaines affaires, il est difficile de qualifier l'opération =>*Arrêt ch com 23/1/07 droit des sociétés 2007* : dans les faits, une société de conseil en placement avait conseillé à ses clients, certains investissements pour l'achat d'actions et à revendre avec paiement du prix à terme mais sans stipulation du transfert de propriété. Le point de départ des faits date de 1998. Les placements boursiers étaient désastreux et les parties ont attaqué en responsabilité. Le conseil appelle en garantie son assureur. L'assureur ne veut pas indemniser. L'assureur gagne, l'assurance n'a pas joué et le conseil en investissement a dû rembourser les pertes sur son patrimoine.
Le problème de qualification dans cette affaire : La Cour de Cassation dit que le problème*, ce n'était pas simplement l'achat, c'était en réalité le prêt bancaire car il y avait retard dans le paiement du prix (1ere caractéristique du prêt).*
Par conséquent le conseiller s'est livré à des activités qu'il n'avait pas le droit de faire du courtage. Le conseiller avait agi en dehors du champ de l'activité donc l'assurance n'avait pas a payer.

I) La nature

Il existe aujourd'hui 2 types de contrats de prêts : réel quand le prêteur n'est pas un professionnel et consensuel quand le prêteur est un professionnel.

Quand le prêteur n'est pas un professionnel : *1ere ch civ 28/3/00 (Dalloz 2000 p 240).*
Dans une autre affaire, la Cour de Cassation admet la validité de prêt de restructuration : *ch com 15/12/09 (Dalloz 2010 p 146)* .**ce sont des crédits consentis dans le cadre de procédures collectives**.
Il s'agissait ici de prêts de restructuration accompagné d'inscription en hypothèque. Ce type de prêt est valable, n'est pas un paiement anormale et il n'y a pas arrêt du cours des intérêts.

Depuis deux ans, la Cour de Cassation a été saisit de procès sur la cause d'un contrat de crédit bancaire.
La Cour de Cassation pose un principe : la cause est différente selon la nature du contrat.

Définition de la cause quand c'est un contrat réel :
C'est un prêt consenti par un non professionnel.

Arrêt Cour de Cass 1ere cciv 19/06/08 (Dalloz 2008 p 1827) : quand c'est un contrat réel, la cause est constituée par la remise de la chose, la chose est la somme des capitaux prêtés.
La remise de la chose est aussi une condition de formation du prêt. La conséquence, dans les faits, est qu'il y avait contestation du remboursement par emprunteur.
La Cour de Cassation dit que *l'emprunteur ne rapportait pas la preuve du non remboursement de la somme litigieuse donc il a perdu.*
Quand c'est un contrat réel, la cause constituée par la remise de la chose et la charge de la preuve pèsent sur l'emprunteur. Ici c'est la preuve des faits négatifs qui est demandé. Le versement des fonds suffit à prouver la cause. Par conséquent, les règles qui concernent la cause sont dangereuses pour l'emprunteur.

Définition de la cause quand c'est un contrat consensuel :

Arrêt 19/06/08 (Dalloz 2008 p 1825) : dans cet arrêt il s'agissait **d'un prêt d'argent consensuel**, le litige entre banque et emprunteur qui porte sur la cause. L'enjeu c'est les intérêts.
La Cour de Cassation donne une définition de la cause : comme ce n'est pas un contrat réel, la cause réside dans chacune des obligations des parties. La cause de l'obligation de l'un réside dans l'objet de l'obligation de l'autre.

La Cour de Cassation dit que c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur, que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat.
A priori, la définition de la cause est différente, la motivation de la cour de cassation aussi.
Il faut se placer à la date de la conclusion du contrat qui n'est pas la date de remise des fonds.
Dans les faits de l'arrêt, on croit comprendre que le crédit devait être affecté, il **y avait une destination des fonds qui n'est apparu qu'après la conclusion du contrat de crédit**. Si on retient la destination des fonds postérieur à la conclusion, le contrat a été conclu de fait sans cause. Il faut se placer à la date de la conclusion du contrat pour apprécier la cause….par ailleurs la charge de la preuve évolue et ne pèse plus sur l'emprunteur.

Arrêt 7/4/09 ch com (Dalloz 2009 p 2080) : arrêt de cassation : dans les faits il y a un **découvert de compte courant mis en place en 2002** et en cours d'exécution du crédit, la banque refuse de maintenir le découvert et le crédit et met en demeure l'emprunteur de payer les sommes dues. L'emprunteur conteste les obligations de la banque.

L'emprunteur a deux moyens notamment :
-le devoir d'information et de mise en garde de la banque.
La Cour de Cassation dit que la banque avait bien fait. ➔La Cour de Cassation reprend la motivation posée par la 1ère chambre civile de l'arrêt antérieur.
La Cour d'appel avait considéré que la banque avait bien remis les fonds et *la Cour de Cassation sans autre motif dit que la Cour d'Appel a violé les articles 1131 et 1134 du code civil*.
➔La remise des fonds ne suffit plus a prouvé que le contrat est causé, l'emprunteur a obtenu gain de cause.

Le 15 avril 2010.

(Retour en arrière dans le cours : Apport jurisprudentiel).

Arrêt ch. Com 16 mars 2010. DALLOZ 2010 P.823.

Il est relatif aux dates de valeur. Dans cette affaire, on était dans l'hypothèse d'une date de valeur dépourvue de cause. ➔ La banque avait utilisé cette technique pour facturer des agios. Le client en a demander la restitution des agios. ➔*La banque n'a pas le droit de percevoir des agios.*

L'arrêt apporte deux éléments.

-Pour la prescription, c'est le droit commun, 5 ans à partir de la perception indue des intérêts. C'est un arrêt de Cassation.

-Le client a le droit de demander le remboursement des agios, même s'il n'a pas demandé la nullité de stipulation de l'intérêt conventionnel.

(Retour au cours).

Le dernier **arrêt du 7 avril 2009** était un arrêt troublant qui laissait entendre que quand le prêt est consensuel, la simple preuve de la remise des fonds, ne suffit pas à prouver que le prêt est causé.

La simple preuve de la remise des fonds, ne suffit pas à établir que l'arrêt est causé. Du point de vue de la charge de la preuve, ➔ c'est la banque qui supporte la charge de la preuve.
Ce n'est pas le cas lorsque c'est un prêt réel.

Interprétation et critique de l'arrêt : Normalement la cause est toujours présumée. On présume qu'il y a une cause. Or là cet arrêt met à mal ce principe.

L'obligation du prêteur c'est la remise des fonds, cela ne suffit pas à établir la cause.

Arrêt du 14 janvier 2010 1ère chambre civile, DALLOZ 2010 P.259.

L'un des arrêts concerne le prêt réel et l'autre arrêt est relatif au prêt consensuel.

*Pour le prêt réel, il n'y a pas de rigidité. La solution c'est que *la charge de la preuve pèse sur l'emprunteur. Le contrat est valable, même si la cause n'est pas exprimée de manière expresse*.

*Pour le prêt consensuel, la Cour de Cassation dit que la *charge de la preuve pèse sur le banquier*. Il doit apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds.
En l'espèce, il s'agissait d'une offre préalable de crédit. Le client a contesté avoir reçu les fonds et pour la Cour de Cassation, cela suffit a débouté la banque.

Ce qui était esquissé dans l'arrêt de 2009 apparaît. *La charge pèse sur le banquier et si le client conteste, la banque sera dans une grande difficulté.*

En conclusion, la Cour de Cassation se montre soucieuse de la protection de l'emprunteur pour le prêt consensuel.

II) La clause de destination des fonds.

Il arrive parfois que le prêt de droit commun contienne une clause relative à la destination des fonds. Cette clause fait apparaître dans le droit commun du prêt une autre considération, un enjeu qui existe dans les régimes spéciaux. ➔**Lier les deux contrats.**

Dans le droit commun, s'il n'y a pas de clause de destination, le contrat principal ne peut pas tenir lieu de clause, c'est un mobil extérieur. Chaque contrat est autonome et il s'apprécie indifféremment.
Elle permet de prendre en considération le contrat principal.

L'intérêt de cette clause est multiple.
-Du coté de l'emprunteur, cela permet de soulever le débat sur la cause, c'est à dire que **si l'opération principale ne se fait pas, le contrat de prêt se retrouve sans cause.**

Ex : Si le contrat principal pouvait se faire, mais que l'emprunteur ne respecte pas la destination des fonds.
Si l'emprunteur ne respecte pas la destination des fonds, ➔ il commet une faute. Le respect de la destination des fonds, ➔**c'est un engagement.**
C'est une clause à double tranchant pour l'emprunteur, cela lui donne une protection et cela peut se retourner contre lui. Il pourra être sanctionné. ➔ C'est une clause ambivalente.

-Du coté du banquier, **cela lui permet de surveiller ce que fait son client.** Cela va permettre une sorte d'immixtion. Le risque est double pour la banque. Si elle ne surveille pas la destination des fonds, elle commet **elle aussi une faute dont les tiers pourront se prévaloir si la mauvaise destination leur a causé un préjudice.**

Si la banque s'immisce trop dans la gestion, elle peut avoir la qualité de gestion de fait, immixtion dans la gestion.

Conclusion : La clause est à la fois intéressante et dangereuse pour les deux parties.

Ex : Ch. Com 18 mai 1993. DALLOZ 1993 P. 609. *La responsabilité a été engagée pour ne pas avoir surveillé la destination des fonds.*

Lorsqu'il y a une clause de destination, *le contrat principal est annulé en cas de non respect et on aura la nullité du contrat de prêt*. **1ère ch. Civile 1er octobre 1996 DALLOZ 97.**

L'emprunteur doit restituer les fonds, mais les clauses d'intérêts sont nulles, et la banque devra restituer les intérêts.

III) Le remboursement du prêt.

Les parties doivent respecter les dispositions du contrat de crédit. S'il y a un terme, **chaque partie doit respecter le terme en question.** On verra par la suite que la banque a le droit dans le droit commun de rendre **le remboursement anticipé très pénalisant.**

Si le contrat est à durée indéterminé, chaque partie a le droit de dénoncer unilatéralement le crédit et mettre un terme pour l'avenir sans donner de motif. La seule obligation **c'est de respecter un préavis** (60 jours).

IV) Les garanties et les assurances.

Pour les garanties, c'est logique, la banque va demander des garanties, sûretés réelles, personnelles.
Il arrive en pratique que les banques accordent des crédits sans garantie.
C'est dangereux pour la banque car le risque est le suivant :
➔**Ce sont des poursuites pénales contre la banque au titre de l'abus de biens sociaux.**

Juridiquement, accorder un crédit important à un débiteur sans garantie, c'est faire courir un risque à la banque.
Si c'est fait en connaissance de cause, c'est une faute pénale (abus de biens sociaux).

*Pour les assurances :

Il y a eu une évolution jurisprudentielle importante.

- ⇨ La banque exige une assurance que l'emprunteur doit souscrire qui va couvrir un certain nombre de risque.

Tout dépend du contrat d'assurance, licenciement, accidents, maladie, qui vont empêcher l'emprunteur de rembourser le prêt.
Si l'évènement survient et qu'il est couvert par l'assurance, **c'est l'assureur qui se substitue.**
Si le contrat d'assurance fonctionne, la banque continue d'être remboursée, et elle ne peut pas demander la résolution du crédit. C'est une sécurité très importante.

Dans le crédit immobilier, les gens s'endettent pour 20-30-40 ans. Cela entraine un risque maximal d'accidents tout au long de la vie du crédit.

Pour des raisons contingentes le risque de défaillance est devenu très important.

Avant cette problématique, **la Cour de Cassation admettait une responsabilité de la banque à des conditions restrictives.**
Ex : Le contrat d'assurance n'a pas joué et l'emprunteur s'est retrouvé défaillant sur le plan juridique.

➔ La banque notifiait la résolution du crédit. La Cour de Cassation à la fin des années 90 admettait *la mise en cause de la responsabilité de la banque et donc une compensation entre la dette de l'emprunteur vis-à-vis de la banque et la dette de la banque vis-à-vis de l'emprunteur.*
-Il fallait que la banque ait imposé l'assureur.
-La responsabilité de la banque était engagée au titre d'une mauvaise exécution de l'obligation d'information.

Ex : 1ère ch. Civile 12 janvier 1999. Revue de droit bancaire et financier janvier 2000.

*Le choix de l'assureur : Les grandes banques ont des agréments pour de nombreux métiers. Dans les filiales il y a toujours une qui fait de l'assurance.

Ce système a révélé ses limites avec la montée du chômage, la montée de la crise.

On a donc eu une évolution jurisprudentielle.

Le gouvernement a fini par s'inquiéter de la situation de l'état du droit dans ce secteur en considérant qu'il était nuisible pour les emprunteurs de ne pas avoir de choix pour les assureurs, et il est question qu'une loi soit prise.

C'est **le découplage** entre l'offre de crédit immobilier et l'offre d'assurance. ➔La banque n'aura plus le droit d'imposer son assureur.
Il est curieux de faire figurer cette disposition qui porte sur le crédit immobilier dans une loi qui touche aux crédits à la consommation.

L'autorité de la concurrence s'était saisie de cette question. Elle a rendue un avis sur cette question en demandant que le découplage soit prévu par la loi.
Ex : DALLOZ 2009 p. 2414.

Séquence jurisprudentielle :
A la fin des années 90, **la responsabilité de la banque pouvait être retenue lorsqu'elle avait mal conseillé son client** mais pour l'appréciation de l'obligation d'information, il suffisait pour la banque d'avoir respecté les exigences légales.
Ces exigences :
-Le code des assurances prévoit une notice explicative annexé au contrat pour les candidats.
-Le contenu de la notice est fixé par la loi.

Jusqu'à la fin des années 90, la Cour de Cassation précisait qu'il suffisait pour la banque d'avoir remis la notice. Dès lors que la notice a été remise, il n'y avait pas de responsabilité possible pour la banque.
En réalité, remettre une notice ne suffit pas en pratique à vraiment éclairer l'emprunteur, le candidat à l'assurance.

La Cour de Cassation en vient à considérer que la notice ne suffisait pas à éclairer le candidat emprunteur.

L'évolution a eu lieu en plusieurs temps.

Arrêt 2ème ch. Civile 25 janvier 2007 DALLOZ 2007 P. 577.
Dans ce premier arrêt la Cour de Cassation dit *que l'obligation d'information est correctement exécutée lorsque la notice est annexée, encore faut il que le document qui a été remis par la banque constitue une notice au sens de la réglementation.*
➔L'obligation d'information n'a pas été respectée dans cet arrêt, la responsabilité de la banque a été engagée et il y a compensation entre ce que doit la banque et ce que doit le client.

Au mois de Mars Arrêt **AP 2 mars 2007, dalloz 2007. P.**
Faits : Un agriculteur souscrit plusieurs emprunts et avait adhéré à l'assurance de groupe. Sa santé se dégrade et la banque se prévôt de la défaillance de l'emprunteur pour demander la résolution des crédits, et il y avait défaillance car l'assurance n'a pas joué pour un détail juridique. **Dans le contrat d'assurance le risque couvert c'était l'invalidité totale et définitive.**
En l'espèce si cette personne ne pouvait plus faire ce métier, juridiquement ce n'était pas une invalidité totale et définitive.
La notice avait été remise, les documents avaient été remis par la banque.

La Cour de Cassation fait évoluer sa position et dit : *Même si la notice a été remise et que donc légalement la banque a exécuté ses obligations, cela ne suffit pas à prouver que la banque a correctement exécuté son obligation d'information.*
La Cour de Cassation, dit ***qu'il ne suffit pas de remettre la notice, il faut qu'elle attire l'attention sur les risques couverts, sur l'adéquation du contrat proposé.***

- ⇨ La banque a été tenue pour responsable. Elle devait verser des dommages et intérêts.

La Cour de Cassation considère que le mécanisme d'information prévu par la loi est insuffisant. La Cour de Cassation juge la loi et la trouve imparfaite.

2ème ch. Civile 14 juin 2007.
Faits : Dans cette affaire, le client avait omis de s'assurer. La banque c'est Banque populaire. Il devient défaillant, la banque le poursuit, et en Appel on considère qu'il n'y a pas de responsabilité de la banque car il n'y a pas eu de contrat d'assurance.
L'arrêt d'Appel est cassé, la banque doit fournir la notice, et éclairer le client, mais surtout, **La banque doit vérifier que le client s'est bien assuré, sinon elle est en tord. Elle doit attirer l'attention du client sur les risques liés au défaut d'assurance.**

Arrêt de 2008, la Cour de Cassation a rendu un arrêt important, commenté dans la plupart des revus.
1ère ch. civile 22 mai 2008.
Dans cet arrêt la Cour de Cassation consacre que ce que l'on appelle la stipulation de contrat pour autrui.

Les faits étaient les suivants : Il se trouve que le contrat d'assurance groupe contenait une clause qui était de nature à être qualifiée de clause abusive.
Il y avait une difficulté juridique. La qualification de clause abusive est impossible dans les relations entre la banque et l'assurance.
Techniquement, il y avait une grande difficulté.

La clause prévoyait : aucune prise en charge de l'invalidité permanente et totale ne pouvait intervenir dès la fin du mois ou survenait **l'un des trois évènements suivants :**
-Soit la liquidation de toute pension de retraite
-Départ ou mise en pré retraite
-Cessation d'activité professionnelle.

L'emprunteur s'est retrouvé dans la situation d'invalidité totale et permanente, mais en plus il a été mis à la retraite par l'employeur.
L'emprunteur est défaillant, et **l'assureur refuse de payer.**

Pour contourner cette difficulté, la Cour de Cassation dit que la stipulation pour autrui permet à l'emprunteur assuré d'avoir un lien contractuel direct avec l'assureur, alors la clause peut être qualifiée d'abusive.

- ⇨ *La clause a été neutralisée et l'assureur a dû payer.*

Le 2 octobre 2008, la Cour de Cassation a réaffirmé ce que l'on vient de voir. *La remise de la notice ne suffit pas, et la banque doit éclairer son client sur l'adéquation du contrat d'assurance avec sa situation.*

Arrêt qui révèle les limites de cette jurisprudence.
2ème ch civile 10 juillet 2008 p. 2226.
Faits : L'emprunteur est défaillant, il est poursuivit par la banque, il sollicite l'assurance, et cela ne joue pas.
Le prêt avait été résilié en raison du non paiement des cotisations d'assurance. La situation était la suivante : Non seulement le crédit était résilié, mais aussi, comme il y a eu défaut de paiement des cotisations, l'assurance ne joue pas, l'emprunteur se retrouve démunit fasse aux deux professionnels.

La qualification de clause abusive ne peut jouer que si l'emprunteur n'est pas en tord.
➔C'est le défaut de paiement des cotisations qui est important ici.

2 octobre 2008 : Dans l'une des affaires, *il n'y avait pas d'adéquation entre la durée du crédit, et la durée du contrat d'assurance.* ➔ **La Cour de Cassation considère que la responsabilité de la banque est engagée.**

Une autre limite dans le dispositif de protection. **Arrêt 1ère ch. Civile 18 septembre 2008 :**
Les faits correspondent à ce que l'on a vu dans les autres arrêts. Un emprunt, un contrat d'assurance mal rédigé, le risque se réalise, l'emprunteur est défaillant et l'assurance ne veut pas payer.
Ici seul le risque décès était garanti.
Dans cette affaire, le client aurait du gagner. Or ce n'est pas ce qui va se passer.
La Cour de Cassation est totalement désinvolte.
La mauvaise exécution a bien été retenue par la Cour D'appel. Mais pour la Cour d'Appel, du point de vue de la réparation du préjudice, ce n'est pas la réparation de tout le préjudice, mais simplement la perte d'une chance. (**La perte de chance de ne pas avoir conclu un contrat mieux adapté.)**

Sans méconnaitre le litige, la CA a considéré que le préjudice imputable s'analysait en une perte de chance qu'elle a souverainement invoquée.
L'avocat a mal rédigé ses conclusions. L'avocat avait présenté un argument principal et un subsidiaire. Violation de l'obligation d'information, et subsidiaire, il n'y avait pas d'offre de prêt conforme et donc déchéance des intérêts conventionnels.

L'avocat avait dit que le subsidiaire devait être analysé dans l'hypothèse ou la banque a correctement fait son devoir d'information.

La CA a examiné l'ensemble, elle a retenu le manquement à l'obligation d'information mais elle l'a indemnisé, et elle a refusé de se prononcer sur les intérêts conventionnels.

La Cour de Cassation : *Etant donné qu'il s'agissait d'un subsidiaire, la Cour D'appel n'avait pas à se prononcer sur la demande subsidiaire*.

En conclusion : Il y a une évolution satisfaisante du droit, une meilleure protection, de l'emprunteur au détriment de la banque et de l'assureur. Il y a deux limites, ce n'est pas parfait, le risque lié au défaut de paiement de cotisation du contrat d'assurance, cela ruine tous les efforts que l'on a vu.
On a un aléa judiciaire.

§5) Le crédit immobilier.

Introduction :
Les préoccupations du législateur sont dues au fait qu'il y a des enjeux économiques importants. Les enjeux sont différents. Il faut savoir que les achats immobiliers sont pris en compte par les économistes dans le calcul de la croissance.
En d'autre terme, plus les prix de l'immobilier flambe, plus cela permet aux pouvoirs en place d'afficher officiellement de la croissance.

EX : La croissance est affichée trimestre par trimestre. La CHINE vient annoncer qu'elle a une croissance de 11%.
La France 0,2% de croissance.

Pour des raisons politiques, on pousse les gens à s'endetter.
Il y a eu une baisse de 10% pour l'immobilier. Cela a entrainé la chute des taux d'intérêts.

Cependant, les chiffres sur les prix de l'immobilier ne sont pas fiables. Ils sont établis par les agences immobilières mais en réalité, elles ne représentent qu'une petite partie du marché. Les chiffres délivrés par les agences immobilières sont fondés sur les promesses de vente. Or C'est simplement un indicateur.
En réalité, les chiffres ne tiennent pas compte de la marge de négociation. En général elle est de 8%.

C'est le site internet PAP (particulier à particulier) qui publie des chiffres et qui indique la marge de négociation.

Les chiffres publiés par les notaires sont déjà plus fiables car ce sont des ventes, et non pas des promesses de vente. Le problème, c'est qu'ils ont 6 mois de retard.

Aujourd'hui, les prix sont beaucoup plus élevés qu'avant et il est difficile de s'endetter pour financer un achat immobilier.
Des économistes ont mis en avant **un indice de souffrance immobilière**. *Monde 26 aout 2009 p. 12*.
➔Cet indice est à son plus haut historique, il faudrait une baisse de 25% des prix de l'immobilier pour que l'indice redevienne à un niveau normal par rapport à son niveau historique.

Dans le même sens, il y a deux affaires :
Cœur défense et Morgan stanley.

Cœur défense : C'est l'une des tours de la défense. Cette tour, c'était le siège d'ING France. Cette tour a été construite pour un coût de 600 millions d'euros. Elle a été achetée par « Leman brother » pour 2 milliards d'euros. Pour amortir le prix, il faut 42 ans de loyer sans compter toutes les charges.

Dans cette affaire on a eu une tentative de sauvegarde de la Tour pour éviter que les créanciers s'en saisissent. La Cour d'Appel a annulé la procédure de sauvegarde contre la tour.

A l'heure actuelle, la Tour vaut 1 milliard d'euros. On a une perte de 50% en un peu plus d'un an.

Conclusion : Le placement immobilier est un placement dangereux.

Morgan Stanley : Le fond immobilier de cette entreprise qui investi en Europe a perdu les 2/3 de sa valeur en un an. Plus de 5 milliard de dollar en 1 an car les prix de l'immobilier ont baissé.

La problématique du point de vue du droit, **c'est de sécuriser, apporter une protection à l'emprunteur.**
Il faut protéger les emprunteurs avec 3 considérations.
-La durée d'amortissement de la dette (a)
-Les risques liés au taux variables (b)
-Le sors de l'emprunteur défaillant (c)

On verra dans le détail que la règlementation du crédit immobilier attache de l'importance à ce que l'emprunteur soit dument informé de l'amortissement de la dette.

Lorsque l'emprunteur rembourse, une partie correspond au remboursement des intérêts et l'autre partie du capital.

Quelques Chiffres : 24 SEPTEMBRE 2007 page. 3

Il y a eu 3 simulations :

(a) Lors d'une cessation du remboursement du capital. La question est de savoir combien l'emprunteur a encore à rembourser en capital. Si on prend l'Interruption du remboursement du crédit au bout de 5, 8 et 11 ans.
Si l'interruption a lieu à 11ans et si le crédit est sur 30 ans ➔ **L'emprunteur dans cette affaire n'a remboursé que 20% de sa dette.**

Ce sont des chiffres qui montrent que la question de l'amortissement de la dette est importante, le droit doit sécuriser l'emprunteur, et attirer son attention sur ces dangers.

(b) Jusqu'aux arrêts de 1995, si c'est à taux fixe, et que le taux d'intérêt diminue les banques vont proposer des taux variables.
Quand les taux ont fortement augmenté, on pouvait lire dans un article du Monde du 24 octobre 2007 que les emprunteurs à taux variables se sont retrouvés dans des situations très délicates.

Ex : Pour le CIC le taux d'intérêt est passé de 3,4 à 4, 8% en un an.
La maturité de la dette est passée de 25 à 34 ans.

De nombreux ménages se sont trouvés insolvables.
Il y a un danger, le droit français ne sécurise pas assez les intérêts des emprunteurs, le droit est perfectible. En pratique, les banques mettent sur pied des techniques de couverture de la fluctuation, de la volatilité. Le crédit est capé.
En pratique ces couvertures sont mal faites, elles ne couvrent qu'une partie du risque.

(c) Le sort de l'emprunteur n'est pas le même qu'en droit français, ou en finances islamiques.
Chez les américains, l'emprunteur défaillant n'arrivent plus à rembourser son prêt, il abandonne le bien et il est libéré de ces dettes, il n'a plus de dette, il est libéré de sa banque.

Aux USA, ils ont cessé de rembourser et ils ont abandonnés leur bien.

Dans la finance islamique le risque est pour le propriétaire. En droit français, l'emprunteur n'est pas libéré, il ne peut pas abandonner le bien comme ca, il est propriétaire d'une dette.
La situation de l'emprunteur est beaucoup plus pénalisante. Il n'y a aucune comparaison possible entre la situation des emprunteurs américains, et la situation des emprunteurs français.

L'emprunteur a une chance de s'en sortir s'il sollicite la procédure de surendettement. Cela n'a rien d'automatique.

La Cour de Cassation 2ème ch. Civile, 14 mai 2009, publié DALLOZ 2009 p. 2200.

Dans les faits, quelqu'un s'endette, il est défaillant, l'assurance ne joue pas, le prêt est résilié, la maison est saisie. La Cour de Cassation adoucie les conditions quand à la réduction de la dette après la vente du logement principal.
Dans les faits, c'est un couple divorcé, c'est la femme qui demandait la diminution de la dette.
Les juges du fond avaient refusé la réduction de la dette, car au moment de la saisie, elle n'occupait plus l'appartement.
La Cour de Cassation *précise que la réduction peu avoir lieu même si à la date de la saisie l'emprunteur ne paie plus l'appartement notamment car il a divorcé.*

Il a d'autres conditions : La mesure doit être spécialement motivée. La demande de réduction doit être faite dans les deux mois après sommation, sinon c'est tardif.

La CEDH a rendu un arrêt récemment **5 novembre 2009 DALLOZ 2010P. 860.**

Arrêt relatif aux procédures de saisie. *L'idée c'est que la CEDH pourrait considérer que la vente du bien saisi doit éteindre la dette.*

I) Champ d'application de la réglementation.

C'est une réglementation dérogatoire **qui date de 1979.**
La Cour de Cassation et la CEDH ont eu un rôle très important. Il y a eu un intense lobbying des banques qui tentaient de combattre la jurisprudence.

L 312-2 du code de la consommation.

« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux prêts qui, quelle que soit leur qualification ou leur technique, sont consentis de manière habituelle par toute personne physique ou moral en vue de financer les opérations suivantes :
1° Pour les immeubles à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation (mixte).

a) Leur acquisition en propriété ou en jouissance ;
b) La souscription ou l'achat de parts ou d'actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en jouissance ou en propriété
c) Les dépenses relatives à leur construction, leur réparation, leur amélioration ou leur entretien lorsque le montant de ces dépenses est supérieur à celui fixé en exécution du dernier alinéa de l'article L 311-3

2° L'achat de terrains destinés la construction des immeubles mentionnés au 1° ci-dessus. »

La Cour de Cassation a étendu l'application de ce texte **en admettant les sociétés d'attribution d'immeuble à temps partagé.**

RQ : La réglementation spécifique s'applique au financement des dépenses, relative à la construction, la réparation, l'amélioration, entretient de l'immeuble.

Si le montant du prêt est > au seuil de l'article 311-3 du code de la consommation. 21500€ qui doit passer à 75K€.
Il y a des exclusions pour la réglementation. Si l'immeuble a un usage uniquement professionnel, c'est le droit commun qui s'applique. **Cela devient dangereux pour l'emprunteur.**
Exclusion consentie pour les personnes morales de droit public, exclusion pour les prêts qui financent une activité professionnelle.

Cour de Cassation 1ère ch. Civile 14 juin 2007. Dalloz 2007. *La protection spécifique ne joue pas au bénéfice du souscripteur de part de SCPI.* ➔ Ce sera le droit commun au financement.

1ère ch. Civile 3 juillet 2008
La Cour de Cassation considère que la protection jouait dans l'hypothèse suivante : *Il y avait eu démarchage à domicile et proposition d'achat. La protection joue.*

Au titre du champ d'application, c'est une réglementation dérogatoire.

II) Le délai de réflexion.

Comme pour le crédit à la consommation, cette réglementation prévoit un délai de réflexion qui est de **10 jours.** ➔ Cela permet de faire jouer la concurrence.

Le principe est posé à l'article **L 312-10 du code de la consommation**. C'est un texte d'ordre public, qui ne peut pas être neutralisé par les parties.

« L'envoie de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.

L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cacher de la poste faisant foi. »

En cas de violation par les parties, **la conséquence c'est la nullité du prêt de l'emprunteur et donc une prescription de 5 ans.**

Le banquier doit maintenir son offre pendant au moins 30 jours à compter de la réception de l'offre par l'emprunteur. C'est prévu à l'article L312-10.
Pendant cette période, **tout paiement est interdit, la réglementation prévoit une peine d'amende par la banque en cas de violation de ce no man's land juridique.**

Si le candidat emprunteur souhaite donner son accord, l'acceptation doit être donnée par lettre, par écrit. La Cour de Cassation précise qu'à défaut, ➔ **il y a déchéance des intérêts.**

Le problème de la prescription de la déchéance des intérêts. **En 2001 1ère ch. Civile 13 mars 2001.**
La durée est de 10 ans et non pas 5 ans. ➔ Pour elle ce n'est pas un problème de nullité.

III) L'offre préalable de crédit.

La réglementation L312-7 ET L312-8 prévoit **l'obligation pour la banque d'établir une offre préalable de crédit** qui doit comporter un certain nombre d'élément pour informer le mieux possible l'emprunteur.

L312-7 du code de la consommation : « Pour les prêts mentionnés à l'article L312-2, le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques. »

L'article L312-8 du code de la consommation prévoit tous les éléments devant figurés dans l'offre préalable.
Le TEG doit être indiqué.
Pour le crédit à la consommation, il y a un facteur spécifique, c'est le temps, la durée, c'est un crédit à long terme.
Le fait que le crédit soit à long terme, on a le problème de l'amortissement de la dette. Eteindre le capital.
Ce type d'information est délivré par le **tableau d'amortissement de la dette. Il figure dans l'offre préalable de crédit**. Si le taux est fixe, alors la durée d'amortissement ne bougera pas.
Ces informations doivent être données dans l'offre préalable du crédit. On retrouve les problématiques du crédit immobilier.

Lorsque la réglementation a été posée en 1979, toutes ces préoccupations n'étaient pas transparentes. La réglementation initiale ne prévoyait pas l'exigence du tableau d'amortissement.

La Cour de Cassation a été confrontée à la question suivante : L'offre préalable de crédit doit-elle comporter ce tableau d'amortissement en plus de l'indication du taux d'intérêt ?

La Cour de Cassation a donné une réponse positive.
1ère chambre civile 16 mars 1994.

La Cour de Cassation a dit que *l'offre devait contenir ce tableau*. La loi était muette, le tableau doit ventiler pour chaque échéance ce qui correspond au paiement des intérêts et au remboursement de la dette, et à défaut d'un tel tableau d'amortissement, pour la Cour de Cassation, *il y a déchéance des intérêts et nullité du crédit.*

Cela a été une onde de choc violente : ➔ **La banque doit rembourser tous les intérêts versés**. La durée de prescription était de 10 ans.
Les banques se sont indignées. Les banques ont obtenues du législateur le désaveu de la Cour de Cassation.

Une loi a été prise le 12 avril 1996 pour donner tord à la Cour de Cassation pour les contrats de prêt déjà conclu et en cours d'exécution.
L'article L312-8 du code de la consommation
Pour l'avenir le législateur impose **le principe du tableau d'amortissement.**

- ⇨ **Cependant, cela concerne que les crédits à taux fixes et non pas les crédits à taux variables.**

La doctrine pro banque à l'époque est satisfaite. « Épilogue du tableau d'amortissement ».

Dans le prolongement du nouveau texte, la Cour de Cassation considère qu'en cas de violation de la nouvelle réglementation, le prêt reste valable, il n'y a pas de nullité du prêt, mais simplement la déchéance des intérêts.
Toutes les garanties restent valables.

Arrêt 1ère chambre civile, 6 janvier 1998.
Dans cette affaire, il y avait bien eu au départ une offre préalable de crédit. L'emprunteur avait accepté l'offre, et cela avait été mis en place.
Par la suite, à cause de l'évolution des taux d'intérêt, l'emprunteur a renégocié sa dette, mais lors de la renégociation de la dette, la banque n'avait pas remis formellement une nouvelle offre préalable de crédit.
Il n'y avait pas non plus de nouveau tableau d'amortissement. En cas de non renégociation du crédit, la banque a-t-elle l'obligation d'établir une nouvelle offre de crédit ?

La Cour de Cassation décide que *la modification du contrat en cours équivaut à la conclusion d'un nouveau contrat, il faut une nouvelle offre de crédit accompagné d'un nouveau tableau d'amortissement à jour des nouvelles échéances*. La Cour de Cassation a prononcé la déchéance des intérêts.
Les banquiers ont été furieux.

Pour combattre cela **une loi est prise en 25 juin 1999** qui vient désavouer la Cour de Cassation.

En cas de non renégociation du crédit, les modifications apportées sont faites uniquement sous forme d'un avenant. La modification n'équivaut pas à un nouveau contrat, qui va détailler l'amortissement d'un crédit.

Cette loi vise non seulement les crédits à taux fixe et les crédits à taux variables.
Si juridiquement il n'y a pas d'offre préalable, il faut noter que cela y ressemble car il y a un tableau d'amortissement et un délai de réflexion de 10 jours offert à l'emprunteur.
Ce délai court à compter de la réception de l'avenant proposé par la banque.

En conclusion. La loi de 1998 donne à la fois tort à la Cour de Cassation et à la fois raison car il faut un nouveau tableau d'amortissement, et il y a un nouveau délai de 10 jours.

1 ère ch. Civile 8 novembre 2007.
Dans cette affaire, la Cour de Cassation considère qu'en cas de renégociation du crédit, il y a un formalisme allégé qui va s'appliquer.

Le délai n'avait pas été respecté. La Cour de Cassation donne raison à la banque. L'emprunteur n'est pas fondé à se prévaloir de sa propre carence pour arguer du non respect du délai de réflexion de 10 jours.

A la suite de l'arrêt de 94 et de la loi de 96.

- ⇨ De nombreux emprunteurs ont saisi la justice. Ils ont saisi la justice en pensant qu'ils allaient gagnés.

Les emprunteurs qui ont perdu leur procès ont prétendu qu'il y avait violation de la CEDH car il y avait atteinte au procès équitable.

Le CC avait considéré que la loi de 96 était parfaitement légale, et disait que l'atteinte est justifiée par l'intérêt général.
La protection de l'intérêt des banques correspondait à la protection de l'intérêt général.

La Cour de Cassation s'est alignée. *Elle considère que la loi de 96 est conforme à l'article 6.*

Ex : 20/06/1999. On est en présence d'une loi rétroactive qui s'applique au procès en cours, même devant la Cour de Cassation.
On les appelle l**es lois de validation rétroactives.** La Cour de Cassation a considéré que l'état n'était pas partie au procès.

Du point de vue des droits français, l'état a le droit de prendre des lois de validation rétroactive. Tel était la position du droit français, au début des années 2000.

La CEDH a été saisie ensuite : La CEDH a condamné la France. Elle considère que la loi de validation était contraire à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme.
Arrêt 14 février 2006.
Arrêt 12 juin 2007.

La motivation de la CEDH est cinglante. Le requérant a obtenu une condamnation à 50K€ pour préjudice moral.
La CEDH considère que seul un impérieux motif d'intérêt général peut justifier un tel comportement, ensuite la protection de l'intérêt des banques ne constitue pas un tel impérieux motif d'IG.

La CEDH se moque du CC. S'agissant de la décision du CC, la Cour rappelle qu'elle ne saurait suffire à établir la légalité de cette loi, sa conformité avec les droits de l'homme.

Conclusion : Quand les intérêts bancaires sont en jeu, les intérêts des droits de l'homme sont bafoués.

IV) L'interdépendance des contrats de prêt et de vente.

Le régime du crédit immobilier suit le même raisonnement que le crédit à la consommation pour sécuriser l'investissement et la situation de l'emprunteur, il faut lier le contrat principal et le contrat qui le finance. Si le contrat principal n'a pas lieu, le contrat de crédit tombe, et si l'emprunteur n'arrive pas à trouver le crédit, il n'est pas lié par le contrat de vente.

La mise en œuvre de ce principe a donné lieu à beaucoup de difficulté.

Jeudi 6 mai 2010.

La mise à jour.

*La cause du prêt.

L'arrêt 09-10977. C'était un prêt entre deux particuliers. 1ère chambre civile 8 avril 2010.
C'est un contrat réel, et en cas de contestation c'est à l'emprunteur de prouver. La somme avait été remise 110 000€. Celui qui a remis la somme prétendait qu'il s'agissait d'un prêt.

- ⇨ *La Cour d'Appel avait donné raison au remettant des fonds, le prêteur. L'arrêt est cassé, 1315, 1341, 1812 du code civil.*
  Elle tranche la question à travers la cause. En réalité on est en présence d'une clause catégorique.
  La preuve de la remise des fonds qui n'était pas contestée à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer.

C'est une évolution. Ici c'est une inversion.

Elle ajoute que la preuve d'un prêt doit être rapportée conformément aux règles gouvernant les actes juridiques.

C'est une solution qui rapproche les solutions s'agissant de la charge de la preuve d'un prêt consensuel ou réel. ➔ La remise des fonds ne suffit plus.

Le droit ici est spécial qui va déroger au droit commun. Selon le droit commun le contrat qui finance est indépendant, le sort de l'un n'affecte pas le sort de l'autre. Cette règle est dangereuse pour celui qui finance. Le droit commun est écarté et ici les deux contrats vont être liés.

La liaison entre les deux contrats n'existe que depuis 1979.
Arrêt chambre commerciale, 12 janvier 2010 publié revue de droit bancaire et financier 2010

Il y avait un contrat principal et un contrat de financement. Le montage était compliqué. L'acquéreur était une SCI et non un particulier.
Dans le même temps, pour le montage, il y avait un contrat d'assurance vie. Le contrat est lui-même financé par un crédit.

Le contrat d'assurance vie était un contrat multi support. Il peut être investi en bourse. En l'espèce tous les contrats d'assurance vie ont été catastrophiques.
L'emprunteur est-il en droit d'y renoncer et ainsi échapper aux prêts.
La Cour de Cassation *dit qu'il n'y a pas de lien*.
Même si le client renonce à son contrat d'assurance vie, ➔cela n'entraine pas la nullité du contrat de prêt.
Le contrat de prêt est causé, il a sa propre cause. Cette affaire montre tout l'intérêt de la mise en place de cette réglementation et lorsqu'elle ne joue pas à cause de son champ d'application.

Le droit spécial : **L'offre de crédit est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la « non conclusion » dans un délai de 4 mois à compter de son acceptation du contrat principal.**
Règle posée par l'article L312-12 du code de la consommation.

Du coté du contrat de crédit c'est la technique du contrat résolutoire qui est utilisée.

Cette règle est d'ordre public. Le délai de 4 mois est un délai qui ne peut pas être plus court, mais il peut être plus long.
Le contrat principal lui est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du crédit. Cela dans un délai minimum d'un mois à compter de la date de signature du contrat principal.
Cette règle est posée à L312-16.
Le dispositif semble simple, on combine les deux contrats.
La mise en œuvre de ces textes a posé des difficultés dès l'entrée en vigueur de la loi. Il y a eu beaucoup de contentieux. Pour la condition suspensive, la cour de cassation admet que *l'acheteur puisse y renoncer à ce mécanisme à condition que la renonciation ait lieu après la naissance du droit et qu'elle ait lieu en toute connaissance de cause.*

Si jamais il y a une fraude de la partie alors il y a une renonciation sans effet.

Par hypothèse, l'acheteur n'a pas la totalité de l'argent. S'il trouve l'argent, il peut acheter, sinon il ne peut pas.
S'il ne trouve pas l'argent il est dégagé.

En pratique, le vendeur **va stipuler une indemnité d'immobilisation.** C'est la contre partie de la promesse. *(10 à 15% du prix).*

Si l'acheteur n'a pas l'argent, et pour se dégager il doit payer l'argent de l'indemnité d'immobilisation. Le dispositif stimule l'investissement immobilier. Il fournit des garanties pour l'acheteur. S'il n'a pas d'argent et qu'il ne peut pas payer l'indemnité, d'immobilisation, il y aura une saisie de l'immeuble, mais elle ne paiera pas la dette, car la saisie sera moindre par rapport au prix de l'immeuble.

La jurisprudence résout une difficulté. Eviter les abus de la condition suspensive. Si l'acheteur obtient une promesse et ne cherche pas les crédits. Si on applique le mécanisme, il peut être débarrassé de la promesse et n'a pas à payer l'indemnité d'immobilisation.

La Cour de Cassation a interprété le dispositif avec de la sévérité à l'encontre du candidat acheteur. ***Elle lui impose l'accomplissement de diligence.***
Soit l'acquéreur prouve qu'il a fait des démarches et il n'aura pas à payer l'indemnité, soit il n'arrive pas à prouver qu'il a fait les démarches et dans ce cas, ➔**le jeu de la condition suspensive est acquis**, et on fait comme ci la condition suspensive était acquise ce qui entraine la formation du contrat de vente.

Si on aboutit à cette hypothèse, la seule solution c'est de payer l'indemnité d'immobilisation.

Il y a eu beaucoup de jurisprudence sur les démarches que doit faire l'acquéreur.

Ce qui compte pour le jeu de la condition suspensive, ce n'est pas l'acceptation de l'offre de crédit mais simplement la présentation d'une offre de crédit qui est conforme et adressée, sans même qu'elle soit signée.
C'est la présentation d'une offre de crédit. Dès lors que des offres de crédit ont été établies par des banques, la condition suspensive est acquise et la vente principale est formée. Ce dispositif peut être adapté en pratique. La Cour de Cassation admet que *le jeu de la condition suspensive soit tributaire non pas de l'obtention d'une offre de crédit, mais de sa signature.*

C'est en pratique un mécanisme dangereux pour l'acquéreur, il a l'obligation de faire les démarches le plus rapidement possible dans le délai imparti. S'il obtient des offres de crédits conformes à ce qui était prévu, il est lié par la promesse de vente, peu importe qu'elle ne soit pas signé.

S'il ne fait pas de démarche, la condition suspensive joue, il est lié et la jurisprudence récente s'est confrontée à des difficultés :
-La période récente a montré qu'un certain nombre de candidat avait eu du mal à trouver une offre de crédit conforme à la promesse de vente. Le candidat a eu les yeux plus gros que le ventre.

-Y a-t-il une faute de la part du candidat acquéreur dans le fait de solliciter un crédit qui ne correspond pas à ce qui est prévu dans la promesse de vente.

Cette question est tranchée par un arrêt **du 12 septembre 2007. Dalloz 2008P 329.**
Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a fait preuve de bienveillance. Elle a pris en compte la situation de l'acquéreur et a considéré que *l'insuffisance de la surface financière de l'emprunteur n'est pas en soit fautive et donc la condition suspensive est acquise et la vente n'est pas formée.*

La défaillance du candidat emprunteur à cause de son manque de moyen n'est pas en soit une faute.

Sur un autre point, la Cour de Cassation considère que solliciter une offre de crédit qui n'est pas conforme à la promesse de vente est en soit fautif. *C'est une faute de solliciter un crédit pour un montant supérieur à ce qui était prévu.*

3ème chambre civile 30 janvier 2008. Dalloz 2008 p. 545. La Cour de Cassation précise que *la charge de la preuve de la conformité de l'offre de crédit pèse sur l'acquéreur.* Le risque du procès est pour l'acquéreur. Il y a un danger manifeste pour l'acquéreur.

Si jamais le candidat se retrouve dans cette situation. ➔ **Il doit payer l'indemnité d'immobilisation**. Mais sur ce point, la Cour de Cassation admet *que l'indemnité peut être réduite, modérée et cela sur le fondement de la qualification de clause pénale.* C'est la porte de secours pour l'acquéreur. Il y a clause pénale. Ici, il y a une faute dans les démarches. La faute c'est solliciter un crédit qui n'était pas prévu.
3ème chambre civile 24 septembre 2008. Dalloz 2008 p. 2497.

La Cour de Cassation a rendu **le 7 novembre 2007**, trois arrêts de rejet du même jour. Ce qui était en cause c'est le degré de diligence de l'acquéreur et la date ultime à laquelle le vendeur peut revenir sur sa décision de vendre.

Pour l'hypothèse ou c'est la signature du contrat qui compte. La Cour de Cassation a précisé que *la date qui compte pour la formation du crédit, c'est la date de rencontre des consentements et non la date à laquelle le crédit est finalisé.*
Arrêt 3ème chambre civile 24 septembre 2003.

Si plusieurs crédits sont nécessaires pour réaliser la vente.
Le législateur envisage l'hypothèse qu'il était possible que le candidat acquéreur recours à divers crédits auprès de plusieurs banques.
S'il y a plusieurs crédits consentis, comment apprécier le jeu de la condition suspensive. Le jeu va-t-il être apprécier crédit par crédit ou globalement.
La solution est la suivante, **il faut d'abord que le candidat acquéreur informe les prêteurs qu'il va recourir à plusieurs crédits.**
Si cette information est donnée alors **le jeu de la condition suspensive joue ici crédit par crédit.** C'est la solution la plus favorable pour l'acquéreur. Chaque prêt est conclu sous la condition suspensive de l'obtention des autres prêts. **Si un seul des crédits manque, le candidat acquéreur n'est lié ni par la promesse de vente et de tous les crédits qui lui ont été accordés.**
Pour éviter les abus, il y a un seuil posé par la loi ➔ 10 %.

Cette appréciation crédit par crédit ne vaut que pour les crédits qui sont supérieurs à 10% du financement total.
L 312-13 du code de la consommation pose ces règles.

La possibilité d'écarter le dispositif :

L 312-15 prévoit que le contrat principal c'est-à-dire la promesse de vente **doit indiquer comment le prix va être payé.** Est-il payé directement ou indirectement même en parti avec l'aide d'un prêt. Il est possible qu'il y ait un apport personnel.

Si cette mention apparaît, il y a recours à un crédit. Mais la législation permet à l'acquéreur de renoncer à ces dispositifs c'est-à-dire de renoncer aux financements de la vente par un crédit.
Si en réalité l'acquéreur s'est trompé, il ne bénéficiera pas du mécanisme de l'écrit et il sera piégé.

Compte tenu des risques attachés à la neutralisation du droit spécial. S'il n'y a pas financement par un crédit, ➔ **le contrat principal doit comporter une mention manuscrite de la part de l'acquéreur qui indique qu'il reconnaît avoir été informé sur le dispositif, sur la portée de sa renonciation**. Cette renonciation est irréversible.

Si la mention en question fait défaut, le droit spécial s'applique et donc il a le droit à l'application du dispositif.

CCL : Le bilan semble satisfaisant. Des règles juridiques précises réalisent un juste équilibre entre les intérêts en présence. Il y a une sécurité juridique, la jurisprudence est stable et connue et ces règles juridiques stimulent l'achat immobilier.

- ⇨ Des règles juridiques biens convenues peuvent avoir un effet économique important.

V) Les conséquences de l'interdépendance des deux contrats.

Le sort de l'un affecte l'autre contrat. ➔ Les deux contrats sont liés. Cela produit une sécurité juridique. Si les deux contrats sont liés, la rédaction des textes laissent à désirer. La Cour de Cassation a fait prévaloir l'esprit sur la lettre, elle a élargit le dispositif par rapport à sa lettre.
Du coté du contrat principal, selon la loi, si le contrat principal n'est pas conclu, ce qui est prévu c'est que l'emprunteur rembourse à la banque tout ce qu'il a reçu plus les intérêts y afférant.
Le texte est doublement mal rédigé.

Le prêteur en réalité ne peut demander que le remboursement des frais d'études, frais de dossier dont le montant est plafonné par décret.

➔L'article 312-14.

Le contrat de crédit : **S'il n'est pas obtenu et qu'il n'y a pas de faute de la part du candidat acquéreur, toute somme versée d'avance par l'acquéreur doit lui être restituée.** (Indemnité d'immobilisation). Le vendeur n'a pas le droit de garder l'indemnité d'immobilisation, sans aucune retenue ou indemnité. De plus si le vendeur tarde à restituer, le 15ème jour, la somme produit intérêt au taux légal majoré de moitié.

Cela suppose qu'il n'y ait pas de faute si le candidat acquéreur n'a pas fait des démarches ou s'il a été fautif dans les démarches, alors dans ce cas, le vendeur n'a rien à restituer, il garde l'indemnité d'immobilisation. La condition suspensive est réputée acquise.

La Cour de Cassation par ailleurs applique une solution commune aux trois hypothèses de non conclusion du contrat. L'absence effective de conclusion, la « non conclusion » pour dol ou vice du consentement ou un contrat valable mais résolu.

La Cour de Cassation applique l'interdépendance à ces trois hypothèses. Si le contrat principal tombe pour l'une de ces trois raisons, l'emprunteur est dégagé.
La résolution judiciaire de la vente entraine la résolution de plein droit et rétroactive du crédit.

- ⇨ Non seulement l'acheteur récupère le prix et en plus la banque devra restituer tous les intérêts perçus.

L'enjeu économique est colossal. **1ère chambre civile 1er décembre 1993**, publié semaine juridique 94.

Elle repose sur l'effet rétroactif de la résolution qui commande la remise des parties en l'état antérieur.
L'article L312-9 établit un lien entre le crédit et le contrat d'assurance, sécuriser l'acquéreur. **Si l'assureur refuse d'agréer l'emprunteur, l'emprunteur a le droit d'obtenir la résolution de plein droit du contrat de crédit sans frais ni pénalité,** mais il doit faire les démarches dans un délai d'un mois, à compter de la notification du refus d'agrément.

VI) L'exécution du crédit et remboursement anticipé.

L'emprunteur doit rembourser au fur à et mesure des échéances prévues. Crédit de 25 à 30 ans en général.
Sur un délai aussi long, il est évident que l'emprunteur court le risque d'avoir des difficultés. Si on n'est pas dans l'hypothèse de l'assurance, **l'emprunteur a le droit de solliciter du juge un délai de grâce, et il a tout intérêt de le faire.**
Pour un crédit qui dure 30 ans ➔ **c'est un délai de grâce de 2ans**. Si l'emprunteur éprouve des difficultés, la banque a le droit de le considérer comme défaillant, et en cas de défaillance, la banque a le droit de percevoir des indemnités mais heureusement ces indemnités sont plafonnées par la loi pour éviter des abus. L 312-22 et 313-12.

La défaillance de l'emprunteur qui n'est pas couvert par l'assureur :
le crédit devient exigible, et on finit par une saisie de la maison. Comme hypothèse de défaillance on peut penser à la règle des échéances du terme.

1ère chambre civile 13 décembre 2005 publié semaine juridique édition entreprise 2006 n°2743.

Il s'agissait d'un couple qui avait acquis à crédit un appartement de crédit immobilier. L'une des particularités c'était les prêteurs, c'était la caisse des dépôts et consignation. Le prêt comportait une disposition particulière. *L'emprunteur s'engage à habiter personnellement et continuellement l'immeuble faisant l'objet du prêt à ne pas le vendre, ni le louer sans l'accord du prêteur*. Dans les faits l'emprunteur n'avait pas respecté cette clause.

- ⇨ La caisse avait fait jouer la clause il y avait une faute dans l'exécution du contrat entrainant la déchéance du terme.

Une phase judiciaire s'engage. En première instance, le juge du fond donne raison à la caisse des dépôts et consignation. On estime la clause entièrement valable, ce qui permet à la banque d'envoyer les huissiers, de notifier des commandements de payer abusifs.

En Appel, la Cour d'appel considère que la clause est nulle. Elle porte une atteinte au droit de propriété. Atteinte à l'article 544 du code civil.

La Cour d'Appel dit que la clause qui prévoit l'interdiction de louer ou de vendre est nulle. En appel, la Cour d'Appel a considéré que la caisse des dépôts et consignation avait abusé du droit d'agir en justice. Le comportement de la caisse des dépôts avait été fautif.
Délivrance de commandement de payer pour des sommes déjà payer par des emprunteurs. *L'arrêt est cassé, il n'y a pas eu d'abus de droit.*

Il n'y a pas d'abus de droit d'agir en justice. Il ne peut pas y avoir abus quand le premier juge considère qu'il n'y a pas abus de droit.

Le remboursement anticipé mais voulu :
L'emprunteur a-t-il le droit de rembourser par anticipation tout ou partie du crédit ?

On retrouve la question du crédit à la consommation. C'est la possibilité de rembourser sans pénalité.

Dans le crédit immobilier, la législation permet à l'emprunteur de rembourser de manière anticipée en tout ou partie. La solution est moins avantageuse. Selon L312-21 le contrat de crédit peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10% du montant initial sauf s'il s'agit du solde du crédit.
Le code prévoit la possibilité pour la banque de prévoir, d'imposer le paiement d'une contre partie, d'indemnités.

Il donnera lieu à paiement d'indemnité. Contrairement au droit commun, l**es indemnités sont plafonnées.**
L'indemnité a pour objet les intérêts non encore échus. Article L312-21. Le plafond est également prévu par ce texte combiné par l'article R312-2. **Maximum de 3% du capital restant dû avant remboursement.**

L'emprunteur a tout intérêt à rembourser de manière anticipé dans deux hypothèses, soit il est devenu solvable pour payer la dette. S'il y a de l'inflation il n'y a pas d'intérêt. Lorsqu'il n'y a pas d'inflation il faut rembourser.

RQ : Si les taux d'intérêts baissent et que l'emprunteur s'est endetté à taux fixe alors il pourra bénéficier de la baisse des taux, obliger sa banque à renégocier et si elle refuse, c'est le refus anticipé avec le paiement de 3%.

Ce dispositif a pour effet de rendre inutile le recours à des taux variables.

Le remboursement anticipé quand le mécanisme spécifique ne s'applique pas.
Arrêt « affaire de la fédération française d'athlétisme ».
1ère chambre civile 27 septembre 2005. En 1995, la fédération française de l'athlétisme décide de changer de siège social acquiert un nouvel immeuble qui est financé à crédit sur 15 ans, 14 millions de francs, et au TEG de 10,17%.

Après la conclusion du crédit la FFA constate que les taux d'intérêt baissent et elle s'était endettée à taux fixes. La FFA arrive à obtenir un nouveau crédit de la part d'un nouveau prêteur. En contre partie, **la banque exige une indemnité au titre des remboursements anticipés, une indemnité de près de 4 millions de francs.**

L'indemnité vient compenser le manque à gagner. La FFA conteste.
La Cour de Cassation approuve la CA d'avoir donné raison à la banque. ➔ *On est dans le droit commun même s'il y a achat d'un immeuble (finalité professionnelle).*

Le dispositif de plafonnement de l'indemnité ne joue pas et la banque fait ce qu'elle veut.

4 millions c'est énorme. Le juge peut-il réduire cette somme ? ➔ *Non le juge n'a pas le droit de diminuer l'indemnité.*

Il n'y a pas de faute dans l'exécution du contrat. L'indemnité ne vient pas sanctionner l'inexécution.

Cet arrêt nous montre l'importance des dispositions protectrices prévues par le code de la consommation et ce qu'il en est, quand le droit commun s'applique. La Cour de cassation considère que l'indemnité a une cause. **C'est la réparation du manque à gagner.**

Lorsque l'emprunteur ne bénéficie pas du mécanisme protecteur, il a plutôt intérêt à s'endetter à taux variable.

Pour des raisons évidentes, le code de la consommation, neutralise tout droit à indemnité au profit de la banque, même en cas de remboursement anticipé, dans les hypothèses suivantes : **Le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier à financer. Banque qui fait suite à un changement du lieu d'activité professionnel ou de son conjoint ou encore l'hypothèse du décès de l'emprunteur ou encore vente causée par la cessation forcée de l'activité professionnelle de l'emprunteur.**

CCL : L'exécution du contrat de crédit immobilier, le dispositif est protecteur, l'emprunteur dispose de nombreuses armes juridiques, encore faut-il connaître le droit.

VII) La prescription extinctive.

Les enjeux sont considérables. Dans le crédit à la consommation, les crédits sont de courtes durées, deux ans, délai de forclusion. Lien logique entre la durée du crédit et la prescription.

En matière de crédit immobilier, jusqu'au début des années 2000, **la durée de prescription était de 10 ans** et en pratique les gens s'endettaient pour des durées allant de 10 à 15 ans.

Dans les années 2000, il y a une rupture.
-Les banques ont accepté de prêter sur de très longues durées.
-La loi du 17 juin 2008 qui a divisé par deux la durée de prescription.

La durée de prescription est de cinq ans. Si le point de départ c'est la prescription, l'emprunteur ne peut plus se plaindre.
Il a toujours été considéré qu'ici c'était le droit commun qui s'appliquait.
Des problèmes difficiles sont apparus en pratiques.

Question : On se demande quel type de prescription il faut appliquer en fonction de l'acte et enfin quel est le point de départ de la prescription ?

Sur la nature de la prescription en fonction de l'acte. Il arrive en pratique que **le prêt soit consenti soit par acte privé, soit sous un acte notarié**.
L'acte notarié a la force exécutoire et en cas de défaillance de l'emprunteur, le créancier peut envoyer les huissiers sans saisir le juge.

C'est particulièrement intéressant pour les bailleurs. La forme notariée du crédit va-t-elle changer la durée de prescription ?

La prescription doit t-elle être de droit commun, 10 ans avant et 5 ans aujourd'hui ou doit-elle passer à 30 ans ?

30ans car les décisions de justice sont prescriptibles (30 ans). Les décisions de justice se prescrivent par 30 ans car elles ont la force exécutoire.

Il s'est produit pour des crédits immobiliers, que des banques pendant 10 ans ne fassent rien et au bout de 10 ans, la banque se réveille.

11 février 2003. *La première chambre civile a décidé que la forme de crédit est indifférente et c'est toujours le droit commun (5 ans aujourd'hui).*

Quelques mois plus tard, dans un procès devant la chambre commerciale. **8 octobre 2003**. ➔ Dans cette affaire la question a été posée.
La chambre commerciale considère que le moyen n'est pas sérieux et de ce fait elle applique la procédure de non examen du pourvoi.

Deux ans plus tard, même problématique devant la deuxième chambre civile. Dans cette affaire, toujours un prêt notarié. La deuxième chambre civile dit que la prescription c'est 30 ans. La banque gagne le procès.

Une insécurité juridique considérable. Il sera mis un terme en 2006. Arrêt chambre mixte, 26 mai 2006 dalloz 2006 n° 23.

La chambre mixte décide *que la forme du prêt n'a aucune importance, c'est le droit commun qui est appliqué.*
Enfin la première chambre civile a encore eu à connaître de cette question. 12 juillet 2007. Dalloz 2007.
La première chambre civile applique sa jurisprudence et décide que la prescription c'est le droit commun et non pas 30 ans.

<u>Le point de départ de la prescription :</u>

Si c'est un point de départ fixe, c'est au bout de 5 ans, si c'est un point de départ flottant c'est 5 ans après la survenance du point de départ.
Si le fait est découvert au bout de 20 ans, rien n'est prescrit.

La jurisprudence combine le point de départ flottant et point de départ fixe. La Cour de Cassation a appliqué la solution du point de départ flottant **au profit des cautions du crédit.** La caution d'un crédit immobilier. C'est un arrêt important, 12 mai 2004, DALLOZ 2004p. 1664.
Le cautionnement disproportionné entre les ressources et le montant des crédits. Dans cette affaire la Cour de Cassation donne raison à la caution. Pour ce type d'hypothèse *le point de départ, c'est la connaissance des poursuites par la banque à travers la demande de la banque à la caution d'exécuter son obligation.*

A propos de la caution, dans **un arrêt du 17 novembre 2009** publié p. 2926, la banque avait méconnu ses obligations.
La cour de Cassation admet que la caution a le droit de se prévaloir **de la violation du devoir de mise en garde pour obtenir la compensation entre la créance de la banque et sa propre dette**.
C'est intéressant car du coté de la caution le point de départ est flottant.

S'agissant de l'emprunteur, la Cour de Cassation a dans un premier temps considéré que le point de départ était également flottant. La prescription ne commence à courir que du jour ou le fait a été découvert ou aurait dû être découvert.
Dans un arrêt récent la Cour de Cassation considère que *le point de départ devait être un point de départ fixe, à savoir le jour de l'octroi de crédit.*

- ⇨ **Cf : Arrêt du 26 janvier 2010.**

CCL : La distribution de crédit.
En 2007, les banques ont distribué une quantité record de crédit en France. Le montant global c'est 200 milliard d'euros en une année.
La répartition est la suivante.
Environ 150 milliard pour le crédit immobilier et environ 50 milliard d'euros pour le crédit à la consommation.

Après la crise, il y a eut une baisse brutale, pour le crédit immobilier on arrive 90 milliard d'euros.
Pour le crédit à la consommation, cela a été divisé par deux 25 milliards.

Cela indique une baisse brutale de la distribution de crédit en France. Il y a un lien entre la quantité d'argent distribué et la croissance.

Les rapports entre la dette et l'inflation : Le poids de la dette n'est pas le même selon qu'il y a de l'inflation ou de la déflation.
C'est à cause du nominalisme monétaire.

S'il y a de l'inflation le poids de la dette est allégé.
Au lendemain de la 2nd Guerre mondiale, l'Angleterre s'est retrouvé avec des dettes colossales. L'inflation a permis de supprimer les dettes publiques.

Lorsqu'il y a de la déflation, il est très dangereux de s'endetter. L'écoulement du temps favorise le créancier.
Les dettes ont beaucoup progressées et on est quasiment en déflation. Il y a le mur de la dette.

En Grèce les mesures vont tuer toutes croissances possibles. L'effet récessif va entrainer une récession.

§7) La responsabilité bancaire.

Les banques sont responsables pour de multiples raisons, ce sont des professionnels. Elles bénéficient d'un monopole.
Les responsabilités des banques sont multiples, obligation de résultat, dans la tenue du compte, dans les virements, l'envoi des relevés, l'information etc.

La responsabilité de la banque dans la distribution du crédit :

La doctrine pro banque, a une vision minimaliste de la responsabilité des banques, ➔ **elle ne doit pas s'immiscer dans la gestion de son client.**
La banque doit informer son client, le TEG, le tableau d'amortissement mais rien de plus.
A suivre cette analyse, une distribution de crédit irresponsable n'entraine pas de responsabilité dès lors que les obligations légales d'informations ont été satisfaites.

Position intermédiaire. La banque doit conseiller son client, aller au-delà de ce que prévoit la loi. Elle doit mettre en garde son client lorsqu'elle considère que l'opération projetée est dangereuse pour son client. Risque d'endettement excessif.

Troisième position : La banque doit conseiller activement et positivement son client. Quelle est la solution la plus adaptée.

Face à ces positions jusqu'au début des années 2000, la Cour de Cassation retenait la position minimaliste. Elles ne devaient que délivrer les obligations d'informations légales.

Au milieu des années 2000, la jurisprudence a évolué et a consacré **un devoir de mise en garde au bénéfice des emprunteurs,** mais plusieurs distinctions sont rendues nécessaires.
Il faut distinguer le droit commun et les procédures de sauvegarde.
A l'intérieur il faut distinguer le crédit aux entreprises et le crédit au particulier.

Cette jurisprudence s'est révélée insatisfaisante. Il y a eu un flux et un reflux.

Une partie de la doctrine a critiqué la cour de cassation.

La Cour de Cassation a eu à apprécier la responsabilité des banques dans le crédit et dans la distribution des produits de placement.

Introduction : La position de la Cour de Cassation sur la responsabilité des banques.

Les banques cherchent à placer des produits financiers, car cela leur rapporte de l'argent sous forme des frais de commission ou frais de gestion.
Pour les produits de placement, les banques devraient mettre sur pied des produits sophistiqués qui promettent aux particuliers d'investir sur tel ou tel support, la bourse, mais en sécurisant le placement.
Comment ? Par la publicité.
Si on place tant dans un produit, si la bourse monte on est sur de gagner, si elle baisse, on ne peut pas perdre les capitaux.

Article du monde 6 juin 2009 p. 9

Techniquement les banques ne peuvent garantir **que grâce à des produits dérivés.**
Le schéma est le suivant : ➔ Le produit dérivé va être utilisé contre la baisse.

-Si la bourse monte, le produit dérivé ne sert à rien, l'argent est en totalité perdu.

-Si la bourse baisse, la baisse de l'argent investi va être compensée par l'argent gagné. Ce schéma n'a pas marché et ne pourra jamais marché.
Cela marche pour la spéculation mais c'est tout.

Plus la baisse augmente, plus le coût du dérivé augmente. Le gérant n'arrive plus à acheter la couverture.

Affaire « bénéfic ». Un fond garanti distribué par la Poste (l'état). La poste et les conseiller ont proposé à toute une série de personne de placer leur argent dans bénéfic.
La bourse a perdu 50% en 10 ans.
Dans l'affaire bénéfic la garantie n'a pas joué.

Les gérants de la poste avaient monté leur schéma de couverture en disant qu'il ne pouvait avoir une perte de 25%. Or la perte a été de 66%.
Devant les juges du fond, les épargnants ont gagné.

Chambre commerciale 19 septembre 2006.
Chambre commerciale 23 juin 2009.
La solution : la Poste n'est pas responsable, les gens ont tout perdu.
La raison : *La poste n'a pas manqué à son obligation d'information car dans la notice il était indiquer que la couverture ne jouait qu'en cas de perte de 20% maximum.*

24 juin 2008 chambre commerciale.

Le 20 mai 2010.

Réforme du crédit à la consommation. L'assemblée nationale a déjà adopté le projet de loi.
Une indemnité est possible et c'est jusqu'à 1% du montant du prêt.
Le crédit revolving va perdurer. Il y aura la mise en place d'un fichier pour voir si le client est solvable ou pas.

Reprise du cours :
Deux arrêts un de 2006 et un de 2009.

Arrêt 24 juin 2008.
C'est un placement collectif financier. La notice technique signalait le risque de perte.
La Cour de Cassation, considère que pour ces questions, il doit ya voir cohérence entre la publicité et la notice et entre la publicité et l'investissement proposé.
Ce n'était pas le cas. La Cour de Cassation donne tord à la banque, sur le fondement de l'article 1147 du code civil.

- ⇨ La Cour de cassation vise un règlement de la COB.

Les opcvm sont remplis de produits pourris. Le point de départ c'est 2003. On savait qu'il y en avait et il fallait que les banques s'en débarrassent.

Affaire Abatus. Article du 4 mai 2010 p. 3.

C'est de la gestion collective. Dans cette affaire, il fallait évacuer des produits pourris. Cela a été titrisé, le titre est ensuite noter par une agence de notation. Une fois titrisé, ils étaient notés triple A.

Ensuite la banque épuise ses produits pourris.

Ils se débarrassent de leur produit pourris.

Les banques américaines utilisent la technique de la révélation du conflit d'intérêt comme clause d'irresponsabilité.

Dans le dernier bulletin jolie bourse, il y a plusieurs affaires :

Ch.comm 19 janvier 2010 n°09-10627.
Arrêt inédit qui n'a pas été publié dans le bulletin. Cet arrêt est un revirement dans l'arrêt bénéfik. Dans cette affaire, la Cour de Cassation donne raison au client.

1147 du code civil. L'investissement proposé n'était pas adaptée aux besoins de l'investisseur. La publicité était trompeuse, et donc il y avait une responsabilité de la poste.
Arrêt de Cassation, violation de la loi.

Dans le bulletin, deux affaires en relation avec les questions des pratiques financières. Arrêt CE 28 décembre 2009 p. 138.

L'intermédiaire s'appelait reveco. Cela se passe en 2004. Un fond suisse, attaquait une société française. La société suisse vendait des actions qu'elles n'avaient pas.

C'était des ventes au comptant. Mais la société n'avait pas les actions et ne les a pas livré. Elle n'a jamais livré les actions qu'elle vendait.
L'AMF fait une procédure, cette société rèveco laissait faire a été condamné par l'AMF.

Le CE découvre cette pratique fin 2009.
La décision est 200K€ de sanction.

Décision de sanction de l'AMF, 12 novembre 2009.
On a des spéculateurs qui vendent des actions sans les avoir.
Dans l'affaire en question, il y avait ouverture d'une procédure sur le fondement de la modification de cours.
La commission des sanctions, prévoient que la vente à découvert qui est illégale, n'est pas illégale et elle refuse la notion d'abus de marché.
L'AMF dit que les cessions en question s'inscrivait dans un mouvement général à la baisse.

L'Allemagne déclare la guerre au spéculateur. Elle agit seule, elle interdit de vendre des actions que l'on n'a pas. Le gouvernement allemand dit que ces pratiques met en péril le système financier allemand.

L'AMF dit que ce n'est pas bien et elle continue à soutenir la spéculation à la baisse.

La Commission de Bruxelles soutient l'Allemagne.

Cela fait gagner beaucoup d'argent mais à très peu de gens.

Ces techniques qui reposent sur la destruction fait gagner de l'argent à l'AMF.

Ce qui arrive : La gestion collective va être réformée dans peu de temps, les OPCVM, les sicav, la directives du 13 juillet 2009 a été prise, OPCVM 4.

- ⇨ Elle doit entrer en vigueur le premier juillet 2011. On a une présentation intéressante. Cela concerne la gestion collective.

L'objectif principal est de libéraliser les métiers de la gestion collective. Pour des raisons sociales et fiscales, il faut dissocier le fond lui-même et le gérant.

Ex : L'opcvm vient d'un fond français, mais le gérant sera dans le pays le plus laxiste d'europe.

Du point de vue du contrôle, ce ne sera pas les règles du contrôle, mais les règles du pays de gestion.

Le problème du document d'information : Tout dépend du degré de précision de la notice.

L'objectif est que la notice est supprimé, il n'y a plus à faire de notice, il n'y a plus de contrôle, La directive permet que la langue puisse être usuelle en matière financière.

La responsabilité en matière de droit bancaire.

I) Le droit commun.

a) Le crédit aux particuliers.

La Cour de Cassation décide à partir du milieu des années 2000 de protéger les emprunteurs via le droit commun 1147 du code civil.
La position de la Cour de Cassation précise que l'obligation d'information n'est pas possible. A partir de 2005 opère une évolution de sa jurisprudence, élargit les banques en sa matière. Obligation d'information + obligation de mise en garde.

Cela ne va pas jusqu'au devoir de conseil. Déconseiller l'opération si elle présente un risque pour l'emprunteur.
Arrêt du 12 juillet 2005.

Cette jurisprudence est assez casuistique et déroutant. Elle repose sur deux distinctions. Leur articulation est problèmatique.
L'emprunteur est-il averti ?

Y a-t-il un risque lié à l'endettement ?

Si l'emprunteur est averti, la banque ne lui doit aucune obligation de mise en garde, elle doit exécuter les obligations d'informations, mais elle n'a pas à lui déconseiller l'opération.

L'emprunteur averti est quelqu'un qui travaille dans une banque.

Un professionnel qui n'y connaît rien dans le monde de la finance ne sera pas un emprunteur averti.

S'il n'est pas averti, la banque doit lui déconseiller l'opération.
L' issue de la jurisprudence est la suivante. Si c'est un emprunteur non averti et qu'il y a un risque qui se matérialise, la banque est responsable, et la banque devait indemniser l'emprunteur.

L'indemnité doit être équivalente au préjudice subi.

Dans un arrêt de 2006, 3 mai.
Si le conjoint est averti mais que l'emprunteur ne l'est pas, selon cette jurisprudence, il n'y a plus d'obligation de mise en garde qui pèse sur la banque.

Cette solution a été abandonnée, 1ère ch. Civile 30 avril 2009. La banque doit en fait évalué la faisabilité du projet, et si la banque constate que la faisabilité est douteuse, alors la banque doit mettre en garde l'emprunteur.
A défaut c'est une responsabilité de la banque.

C'était jugé ch. Comm 20 juin 2006.

Le banquier ne doit pas se contenter d'un simple avertissement relatif aux charges du prêt. Arrêt 1ère ch.civile 1_ septembre Décembre 2008.

La banque doit évaluer la capacité financière des emprunteurs, et le risque de l'endettement née de l'octroi du crédit.

Arrêt ch. Mixte 29 juin 2007. Dalloz 2007 P. 1950. La question est la suivante, peut-on être un emprunteur non averti quand on est un emprunteur professionnel. Certains juges considéraient que dès lors qu'on emprunte pour son activité professionnelle, on ne peut pas être considéré comme un emprunteur profane.

La banque ne doit rien à cet égard. Emprunteur professionnel est synonyme d'emprunteur averti. Ce sont des termes synonymes.
Il est évident que c'est une fiction, la plupart des gens n'y connaissent rien. Dans l'une des affaires, il s'agissait d'un agriculteur qui s'était endetté pour les besoins de son activité. L'épilogue arrive 20 ans plus tard.
L'endettement était trop élevé, il a été jugé que le crédit était disproportionné. Dans ces deux arrêts la cour de cassation considère qu'on ne pouvait pas tenir pour équivalent les deux termes, emprunteur professionnel ne veut pas dire emprunteur averti.

1ère ch. Civile 28 mai 2009. L'objet du procès c'est aussi la responsabilité du notaire. La notaire est-il responsable ? Lorsqu'il y a des risques d'endettement et que le notaire n'a rien dit.

Dans cette affaire, il y avait disproportion entre le prêt et la valeur de la garantie, c'était l'immeuble acheté, sa valeur hypothécaire, il y avait un risque d'endettement. Pour la Cour de Cassation, le notaire est responsable, il est tenu du devoir de mise en garde et il en est tenu lorsqu'il y a disproportion entre la valeur de l'immeuble hypothéqué et la valeur du prêt.

Cette responsabilité subsiste nonobstant le fait que l'acte notarié lui-même indiquait clairement la valeur de l'immeuble hypothéqué.

Cette jurisprudence a été suivit d'un refus. Il n'y a pas de responsabilité de la banque en cas de déloyauté de l'emprunteur 30 octobre 2007.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un emprunteur non averti qui avait sollicité un crédit auprès d'une banque, il y avait risque de crédit qui s'est concrétisé, il y avait un procès contre la banque. L'emprunteur avait dissimulé à la banque l'existence d'autre crédit en remboursement.

CCL :En cas de déloyauté, elle repose sur la dissimulation, et il n'y a pas de responsabilité de la banque.

A cet égard, la transposition de la directive, qui va mettre en place un fichier, et qui va obliger les banques à vérifier les crédits en cours.

La banque devra vérifier ce qu'il en ait de la solvabilité.
Ch. Commerciale 20 octobre 2009 :

C'est le recul le plus important, il y a un sentiment de malaise. Dans cette affaire, un emprunteur non averti, il y avait un risque de crédit, l'opération s'est mal passée. Il n'a pas pu être remboursé. Il y avait bien risque de crédit. La CA a condamné la banque, a versé à l'emprunteur une indemnité égale au montant de la dette de telle sorte que cela se compense.

Si l'indemnité ne compense pas le préjudice, la CA avait dit que l'indemnité vient compenser. La Cour de Cassation casse, le préjudice causé par la faute de la banque, s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter.

L'indemnité ne peut jamais équivaloir au préjudice subit (10%, 15%).

Les banques ont mal réagit,

Arrêt 18 février 2009.
Crédit, un emprunteur non averti, le crédit se passe mal, on remet en cause la responsabilité de la banque. Dans cette affaire, la Cour de Cassation décide qu'il n'y a pas de responsabilité de la banque, même si c'est un emprunteur non averti dès lors qu'il n'y avait pas un risque du crédit.

Il faut avoir un risque d'endettement. C'est le fait que les revenus de l'emprunteur sont supérieurs au montant des échéances.

Arrêt 19 novembre 2009 :

La question : Quel raisonnement le juge doit-il suivre ?

Jusqu'à ces deux arrêts, la Cour de Cassation avait décidé que le juge lui-même devait vérifier s'il y avait un risque d'endettement.
On vérifie que c'est un emprunteur non averti.

Cette solution est remise en cause avec les deux arrêts. La Cour de Cassation considère qu'il n'y a plus d'ordre, la CC fait ce qu'elle veut.

L'état du droit positif est le suivant, les magistrats peuvent suivre l'ordre qu'ils veulent, d'abord vérifier si c'est l'emprunteur averti ou non, et ensuite autre raisonnement vérifier s'il y a un risque d'endettement et dès lors qu'il n'y a pas de risque d'endettement, on examine pas si l'emprunteur est averti ou non.

Pouvoirs qui relèvent du juge du fond. Il y a une grande casuistique, une certaine insécurité juridique.

On a l'impression qu'il y a un reflux et un influx, en 2005, audace de la CC et finalement, il y a un refus.

*La prescription :
Il y a une évolution jurisprudentielle, elle se prononce sur cette question 1ère chambre civile 9 juillet 2009. Dalloz 2009 p. 1960.

A l'époque on était sous l'empire de la prescription décennale. L'emprunteur avait été défaillant, et il a été contraint de vendre l'immeuble qu'il avait acheté à crédit, il l'a vendu dans des conditions précipitées.

L'acheteur avait dû renoncer à son projet. A cette occasion il a éprouvé une moins value.
La banque était fautive, elle a soutenue que l'action était prescrite. L'action a été déclarée éteinte par application de la prescription décennale.

Le problème était double.
Quel est le point de départ et le dommage réparable ?
Pour le point de départ, il est différé, flottant et non fixe.
Le point de départ est le suivant, date de la vente de l'immeuble. C'est à cette date que l'emprunteur s'est rendu compte du préjudice.

L'arrêt laisse entendre que le préjudice réparable va être la moin value mobilière. C'est aussi la perte sur le contrat principal.

Sur le préjudice réparable, la CC dit que ce n'est qu'une perte de chance, ce n'est pas la moins value mobilière, la ch. Comm a rendu une solution différente.

26 janvier 2010, arrêt publié au bulletin. La chambre commerciale commence à tenir un raisonnement identique, à savoir le point de départ c'est la réalisation du dommage ou la date à laquelle le dommage est révélé.

Le dommage résultant au manquement du devoir de mise en garde qui consiste en une perte de chance, ce dommage se manifeste dès l'octroi du crédit, à la date du prêt donc 5 ans après la date de conclusion du crédit.

b) Crédits aux entreprises.

La ch commerciale s'st alignée. Le point de départ c'est trois arrêts de 2006.

L'emprunteur professionnel peut être un emprunteur non averti et si c'est le cas, et qu'il y a un risque d'endettement, la banque est responsable.

Cette jurisprudence se révèle décevante, il y a beaucoup d'injustice.

II) Les procédures de sauvegarde.

S'il s'agit d'un professionnel in bonis, s'il dépose son bilan, on passe dans un régime spécifique, qui est celui des procédures collectives.
Pendant longtemps, jusqu'à la loi du 26 juillet 2005.

Le principe était celui de la responsabilité des banques dans l'octroi du crédit. En cas de crédit irréfléchi, la banque était responsable.

En 2005, il se produit deux choses :
D'un coté la suppression généralisée du délit d'usure. La même année le législateur pose le principe de l'irresponsabilité des banques dans la distribution du crédit, si l'entreprise dépose le bilan.
La banque qui était normalement responsable dépose le bilan.

Ce principe obéit à un principe et une exception.
Le principe c'est celui de l'irresponsabilité sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises sont disproportionnées.

Le texte a été récrit par ordonnance du 18 novembre 2008 pour permettre la nullité des fiducies suretés disproportionnées. Le juge peut aussi réduire la sureté.
Ce dispositif laisse perplexe.
Le CC a refusé d'y voir une atteinte au principe d'égalité.

Une partie de la doctrine a fait un commentaire acère du texte. Dalloz 2006 p. 2916.
Le texte pose deux difficultés. Une d'ordre juridique et l'une pratique. Il est possible que la France finisse à être condamné par la CEDH au titre de L 650-1

La deuxième difficulté d'ordre pratique. Si une banque qui a accordé des crédits successifs, les affaires marchent mal pour les emprunteurs. Si cela reste comme cela la banque va être responsable.

La banque sait aussi que si l'entreprise dépose son bilan, la banque est à l'abri. Ce texte incite les banques à faire provoquer le dépôt de bilan.

En conclusion : L'année 2005 a été une riche année, on a supprimé le délit d'usure et le principe de responsabilité.

Le Bordereau D'Ailly.

Les entreprises ont besoin de se refinancer, d'avoir un fond de roulement, elles se refinancent entre elle. Si le système bancaire ne fonctionne plus. Pour les entreprises c'est plus difficile, elles n'ont que deux sources de financement. La bourse va pouvoir accéder aux marchés financiers.

Soit essayer d'anticiper les paiements qui nous sont dûs.

Le créancier professionnel a un certain nombre de créance. On peut céder à la banque des créances. La banque les achète et elle facture son service. Elle va prendre des commissions. Ce qui perd d'un coté, le gagne de l'autre.

Le droit français, dispose de deux techniques pour permettre ces transmissions.
L'une le bordereau d'Ailly et l'autre l'affacturage.

Dans les deux cas, il s'agit de transmission. Dans les deux cas, les techniques sont différentes.

Dans le bordereau d'Ailly, c'est de la cession de créance. Dans l'affacturage c'est de la subrogation. Le droit français en 1981, a introduit cette technique de la cession simplifiée de créance professionnelle pour permettre facilement aux professionnels de mobiliser leur créance.

L'article 790 du code civil ne s'applique pas, c'est un régime simplifié présentant une grande efficacité juridique.

Lorsqu'une créance est cédée, elle est cédée pour un prix. La cession de créance, c'est une cession escompte, il y a transfert de propriété et transfert irrévocable.
On oppose à la cession escompte, la cession de garantie, il y a un transfert de propriété. Le propriété devient propriétaire de la créance, il est temporaire en garantie, et donc c'est une cession sans prix.

La cession escompte :

Ex : Une créance de 100. Le débiteur doit 100 à son créancier. Il ne peut pas attendre le terme, il a besoin d'argent. Si le débiteur est d'une solvabilité douteuse, il est mal noté, le créancier va avoir du mal à céder sa créance pour le prix.

La valeur faciale était de 100. Il va consentir un rabbai qui va se rajouter à la solvabilité de la banque. Le spéculateur va acheter pour une valeur réduite.

Ensuite celui qui va acheter la créance va réclamer sa créance. Il va demander 100. S'il arrive à obtenir les 100, il fait une plus value incroyable.

Ce dispositif joue dans le cadre du bordereau d'Ailly. Dans certain cas, le débiteur pourra s'affranchir, se libérer en payant le prix qu'à payé le spéculateur.

Le droit français connaît cette règle. On appelle cela, le retrait litigieux.

Article 1699 du code civil. Le retrait litigieux s'applique au bordereau d'Ailly, il permet au débiteur de racheter sa dette, mais pour le prix payé par le spéculateur. Il faut qu'il y ait un litige sur la créance. C'est une condition restrictive.

La Cour de Cassation a fait application du retrait litigieux à des cessions de créances faites au bénéfice au fond commun de créance.

Ch. Comm 13 avril 2008.

Dalloz 2008 p. 1341.

Le spéculateur c'était Jacky mordan. Elle a perdu, elle a été retrayée. Ch. Comm 27 mai 2008, publié DALLOZ 2008.

Cession de créance multiple pour un prix global. Il n'y avait pas d'individualisation des créances. La Cour de Cassation juge que le fait que le prix soit global n'empêche pas l'exercice du retrait litigieux.

Des créances titrisées puis cédé, le débiteur peut se défendre s'il y a un litige sur la créance en question.

On dit souvent que le droit français n'est pas adapté. 26 avril 2007 p. 17.

Les faits : Dans ce trafic qui consiste à acheter pour un prix provisoire, ce sont des états mal notés, c'était la ZAMBIE.

Un fond charognard avait acheté sur le marché international la dette de la ZAMBIE. La ZAMBIE a refusé de payer la totalité de la dette. Le juge anglais, a donné raison à la ZAMBIE de ne payer qu'une partie de la dette, le droit anglais est moins efficace que le droit français. Le débiteur va payer plus que le prix d'achat, et c'st le juge qui va fixer comme il l'entend. Le droit français, si les conditions sont remplies. Sur ce point le droit français est plus efficace. Dans la pratique d'aujourd'hui c'est un business.