**DROIT BANCAIRE ET DU CREDIT**

# Introduction

###### I EVOLUTION HISTORIQUE

L’activité bancaire est très ancienne, l’élaboration du droit bancaire est récente.

19° siècle, grande banques : pas de législation spécifique.

Entre deux guerres, premiers textes pour éliminer des indésirables. Banque de France 1800, Caisse des dépôts et Consignations 1816.

Gouvernement de Vichy a légiféré pour organiser sur un mode corporatiste de nombreuses professions. La Banque : les 13 et 14 juin 1941.

Contrôle par l’Etat du système bancaire. Reprise des lois.

2 décembre 1945 : nationalisation de la BDF, Crédit Lyonnais, Sté Générale... La loi de 45 a subsisté jusqu'à la loi bancaire de 1984.

En 1945, idée de mettre en place un régime de droit commun :

Banques :

activités de généralité : opérations de crédit, recevoir des fonds en dépôt. Inscription sur liste des banques tenue par une commission nationale du crédit. Distinction :

 \* banque de dépôts (opérations de crédit à court terme) et

 \* banque d’affaires (vocation à prendre des participations dans les entreprises, crédits de ces entreprises...).

 \*1946 : banque de crédit à long terme : crédit à plus de 2 ans, dépôts de fonds à plus de 2 ans (moyen et long terme).

Etablissements financiers : pas le droit de recevoir des dépôts de fonds du public

Conseil national du crédit

Rôle : proposition auprès du Gouvernement, consultation, pouvoir réglementaire.

Organe de contrôle : Commission de contrôle des banques : contrôle des banques et des stés financières, fonction disciplinaire, juridictionnelle.

Organes de représentation : association française des banques, des établissements bancaires.

Ce système n’a pas fonctionné :

 - rigidité. Pression de la concurrence, évolution économie française, cloisonnement de 45 ne convenait plus.

 - sous couvert de droit commun des établissements bancaires, la législation s’appliquait à une minorité : les banques inscrites sur la liste des banques ne représentaient que 40 % des dépôts à vue et crédits à l’économie.

En France, grand problème de financement, le législateur a tendance à créer une institution spéciale, des règles dérogatoires. Quand le besoin spécifique a disparu, le réseau spécial survit, le législateur élargit son domaine d’activité.

Dans les années 70, 80, de nombreux réseaux dérogatoires ont survécu et augmenté leur domaine d’activité, et pas soumis au droit commun. Pour les autres banques : “ concurrence déloyale ” car ces établissements ont des régimes fiscaux plus favorables. Pressions de la CEE : directives européennes.

Loi du 24/01/1984 abolit la législation de 45. La législation bancaire est destinée à mettre en place un organe réglementaire pour produire des normes internes à la profession. Objectifs : moderniser la profession bancaire, chaque établissement devant fonctionner dans des conditions comparables.

Notion d’établissement de crédit  (**EC**):

tout établissement de crédit doit être soumis à la loi de 84 : véritable droit commun.

- réformer en tenant compte de ce qui existait. Les établissements ayant leur propre législation seront soumis à la loi de 84 et demeureront soumis à leur propre législation.

- rénover le dispositif institutionnel : nouveau Conseil National du Crédit. Création de la commission bancaire (pouvoirs augmentés : contrôle et surveillance). Création d’un Comité de la Réglementation Bancaire (édicter les règlements de la profession). Société Française des Etablissements de Crédit (rôle de représentation).

- modifier les relations entre les utilisateurs et les établissements de crédit : Comité Consultatif.

**Définition de l’EC** :

Personne morale qui effectue à titre de profession habituelle des opérations de banque.

Opérations de banque :

- réception des fonds du public

- opérations de crédit

- mise à disposition des clients de moyens de paiement ainsi que la gestion des moyens de paiement.

Droit bancaire : droit qui régit les opérations de banque et les personnes qui les gèrent à titre professionnel.

###### II - LE DROIT POSITIF

Le droit bancaire est avant tout un droit professionnel qui se rattache au droit commercial. Le droit bancaire fait partie du droit économique : il participe au crédit (influence le crédit), protection des utilisateurs, organisation de la profession.

Le droit bancaire a une originalité par rapport au droit commercial: accomplissement d’un très grand nombre d’opérations répétitives. Contrat d’adhésion, plus très informatisé (importance de la forme liée à l’informatique). Le droit intègre ces exigences de forme parfois. Informatique : le système bancaire fonctionne principalement avec lui.

Le droit bancaire a été fortement influencé par l’internationalisation. Influence du droit européen, acte unique, création d’un marché unique, retranscrit en droit interne.

Réforme BDF le 4 août 1993 : but faire apparaître un conseil de la politique monétaire indépendant du gouvernement. Surveiller la masse monétaire et ses contreparties.

Les établissements de crédit ont tenté de se rapprocher des établissements bancaires étrangers : exemple affacturage : acclimatation au droit français d’un mécanisme anglo-américain le factoring, faire des réseaux, mobiliser des crédits : le mécanisme de la subrogation personnelle, avoir un système souple et efficace (avant 1690 Ccivil) le bordereau Dailly n’a rien changé à la pratique de la subrogation personnelle.

###### III LES SOURCES DU DROIT BANCAIRE

Usages sont très importants, peuvent déroger à des dispositions d’ordre public (1154 Ccivil).

Droit européen, conventions internationales.

Importance du droit bancaire : établissement de crédit est indispensable à la vie économique. Il déclenche la cessation des paiements, quand le banquier soutient l’entreprise, pas de cessation des paiements.

Pour les particuliers, crédits à la consommation s’est développé.

Le législateur a imposé une bancarisation de la société : obligation de recourir aux établissements de crédit (but fiscal).²

Dans les années 50 à 70, phénomène de généralisation des activités, de concentration des établissements de crédit. Système bancaire, ; grand nombre de guichets, pas seulement en France.

Faible rentabilité : législation récente pour le renforcement de la protection des déposants (création d’un fonds pour garantir les risques de problèmes de la Banque).

# partie 1

# l’organisation de la profession bancaire

## titre 1

## les structures de la profession

### chapitre 1

### les établissements de crédit

#### section 1 la notion d’ec

##### I Contours de la définition

L 24/01/84 : personnes morales, opérations habituelles, opérations de banque. Il suffit qu’une personne effectue l’une ou l’autre de ces opérations.

###### la réception des fonds du public : art 2

Fonds qu’une personne recueille d’un tiers notamment sous forme de dépôt avec le droit d’en disposer pour son propre compte et à charge de les restituer.

- Ne sont pas considérées comme provenant du public des fonds reçus d’une personne qui doit être assimilée à la personne qui perçoit les fonds (ex associés - sté). Les fonds remis par les associés en nom, soit associés SNC, SA qui ont 5 % du capital, soit par les dirigeants sociaux de la personne morale alors même qu’ils ne sont pas associés.

Fonds non intégrés au capital, remise de fonds en compte courant.

Ces fonds sont des prêts accordés à la société. Idem pour les fonds laissés à la disposition de l’employeur par les salariés : le salarié n’est pas un tiers par rapport à l’employeur.

Idem pour les fonds qu’une personne reçoit de son EC

- La disposition pour son propre compte. Si des fonds sont affectés, usage pas libre, différent des opérations de banque. Une société de bourse impose un dépôt pour 10 PA. La sté de bourse ne peut faire ce qu’elle veut des fonds. Le courtier reçoit des fonds pour telle opération.

###### les opérations de crédit : art 3

Tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d’une autre personne ou prend dans l’intérêt de cette autre personne un engagement par signature (aval, cautionnement, garantie indépendante).

Le prêt n’est qu’une sorte d’opérations de crédit.

Mise à disposition immédiate des fonds au crédité alors que le crédité aurait dû normalement attendre (cession Dailly par exemple). Promesse de mise à disposition des fonds est une opération de crédit. Le banquier autorise un éventuel découvert, même s’il n’y a jamais de découvert.

Engagement par signature : pas de mise à disposition de fonds. Engagement pris à l’égard d’un tiers par l’EC. Exemples : l’aval, caution ou garantie indépendante au profit d’un tiers, Entreprise importation, droits de douane, accord avec les douanes payer au mois, les douanes demandent un engagement bancaire.

Doit être fait à titre onéreux : moyennant rémunération ou intérêt à l’opération. Acte à titre onéreux : moyennant rémunération. Nombreuses opérations échappent à la notion d’opérations de crédit : crédit fournisseurs...

La loi bancaire assimile aux opérations de crédit les opérations de crédit-bail et toutes les locations avec offre d’achat.

Crédit-bail : opération par laquelle une personne loue un matériel d’équipement auprès d’un EC qui a consenti à son client une promesse unilatérale de vente. Permet au client de s’en porter acquéreur, prix déterminé, tient compte des loyers versés. Donne du crédit à l’entreprise. Formule coûteuse (intérêt de la banque). Tant que l’entreprise n’a pas relevé l’option d’achat, l’EC en est propriétaire, mais pas d’actif de l’entreprise, pas de moyens d’exploitation si la Banque reprend le matériel.

Locations avec option d’achat : achat de VTM en leasing permettait de jouer sur la TVA : opération de crédit.

###### la mise à disposition de moyens de paiement et leur gestion.

Mise à disposition de moyens de paiement : billets, pièces.

Chéquiers différent de la mise à disposition de moyen de paiement : on peut le faire soi même.

Carte de paiement : mise à disposition d’un moyen de paiement. Mise en place d’un distributeur de billets ne peut être fait que par un EC.

La gestion des moyens de paiement est toujours une opération de banque.

###### de manière habituelle et à titre professionnel.

Habitude : renouvellement plusieurs fois

##### II Conséquences de la qualification d’EC

Soumission à la loi bancaire, bénéfice d’un monopole.

Soumission à la loi bancaire

*Exceptions* :

 organismes et services font des opérations de banque, mais ne sont pas qualifiés d’EC. Ex : trésor public, BDF, Service financier de la Poste, Caisse des dépôts et consignations. Ils sont soumis à une réglementation qui leur est propre. Mais possibilité pour le comité de la réglementation bancaire d’étendre l’application de certains de ses règlements à ces organismes. Ouverte de guichet : mêmes conditions pour la Poste.

 Le législateur a autorisé des entreprises, différent des EC à accomplir, y compris à titre d’opérations habituelles, des opérations de banque précises. Ex : Stés de Bourses, d’assurances : peuvent accorder des prêts hypothécaires ou les cautionner. Tenir compte de la situation acquise par les Stés d’assurance. Stés de bourse peuvent mettre à disposition de leurs clients des moyens de paiement et les gérer.

le monopole bancaire : art 10

 réception des fonds du public :

 à vue ou à moins de 2 ans de terme :

le monopole est très strict. Interdiction à toute personne différente d’un EC de recevoir, même occasionnellement des fonds du public à court terme. Interdiction de la réception par les entreprises. Un particulier peut recevoir des fonds à court terme.

*Exception* : art 12 - 3° ;L 84 : une entreprise peut procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle directement ou indirectement des liens en capital qui confèrent à l’une des entreprises liées un pouvoir effectif de contrôle sur les autres. Cas des groupes : une des stés peut centraliser les excédents des autres stés sans qu’elle soit un EC.

 réception à moyen ou long terme :

interdiction que si à titre habituel.

Même exception pour les groupes de stés. Il est permis à une entreprise d’émettre des valeurs mobilières ou des bons, billets négociables sur un marché réglementé : réception de fonds du public.

 Les opérations de crédit

*Exceptions* :

- groupes de sté : une sté peut consentir des opérations de crédit aux autres stés du groupe.

- Organismes à but non lucratif : but social, prêts à leurs ressortissants sur leurs fonds propres, n’enfreignent pas le monopole bancaire

- Employeurs peuvent prêter à leurs employés.

 art 12-1 permet à une entreprise de consentir à ces cocontractants des délais ou des avances de paiement : légalisation du crédit interentreprises.

 Mise à disposition de moyens de paiement et la gestion.

Monopole de la gestion.

Mais mise à disposition de moyens de paiement : il est permis à des entreprises d’émettre des bons, cartes, destinés à l’achat auprès d’elles de biens et services déterminés.

Art 14 L 84 : interdit à toute personne différente d’un EC d’utiliser des expressions faisant croire qu’elle est agréée en tant qu’EC ou provoquant une confusion. Ce monopole bancaire est sanctionné pénalement : emprisonnement de 3 mois à 3 ans. Commission bancaire peut se constituer partie civile.

#### section 2 la classification des etablissements de crédit

##### I Les établissements à statut particulier

###### La banque de France

L du 4 août 1993.

Comité chargé de définir la politique monétaire de la France. BDF doit la mettre en œuvre.

BDF joue en rôle de refinancement des EC : intervient sur le marché interbancaire et sur le marché monétaire : rôle régulateur. Sur marché interbancaire, mobilisations de crédit, ventes de crédit. BDF détermine le taux directeur d’où découlent les autres taux pratiqués.

Marché monétaire : ouvert à tous, mais conditions de garantie. On négocie des titres de crédit.

BDF assure le service de caisse pour le compte du Trésor Public.

Depuis la réforme de 93, la BDF ne peut plus être le banquier de tout le monde : s’éloigne du droit commun.

###### Le Trésor public

Pas de personnalité juridique = Etat. C’est le caissier de l’Etat.

La réception de fonds du public : dépôts obligatoires : collectivités locales, établissements publics administratifs, budgets annexes de l’Etat plus dépôts volontaires (conventions entre France et certains pays : ouvertures de comptes). Un simple particulier peut ouvrir un compte au trésor public.

Les opérations de crédit : avances à court terme aux collectivités locales, organismes de Sécu.

Les garanties données par l’Etat : certains emprunts obligataires sont assortis de garanties de l’Etat

###### Les services financiers de la poste

Caisse nationale d’épargne et services des chèques postaux. Datent de 1880.

Caisse nationale d’Epargne : propose des produits, comptes sur livrets, crédits et produits banalisés.

Comptes chèques postaux : service de caisse, mêmes conditions que les EC.

###### La caisse des dépôts et consignations

reçoit en dépôts une partie des fonds des caisses d’épargne, dépôts reçus par le notaires (conventions : taux privilégiés), fonds disponibles des organismes sociaux et de retraite, assurances.

Opérations de crédit : au Trésor public, entreprises à statut (SNCF), HLM, Agence centrale de Sécurité sociale.

Finance les collectivités territoriales sur le long terme, organismes sociaux, dans secteurs industriel.

C’est un énorme groupe : secteurs entiers où il y a des bureaux d’étude. immobilier, aménagements urbain.

Scandale : on l’a soupçonné de vouloir renationaliser la sté générale.

##### II Les établissements de crédit

L 24/01/84 Art 18 : Banques, Banques mutualistes ou coopératives, caisses d’épargne et de prévoyance, caisses de crédit municipal, stés financières, institutions financières spécialisées.

###### Les banques

Il n’y a pas de différentes catégories de banques. Distinction banque française par rapport à banques étrangères a disparu. Sont des généralistes.

###### Les banques mutualistes et coopératives

Soumises à la loi de 84 plus législation qui leur est propre.

En principe, ces banques ne devraient pas pouvoir faire les mêmes choses que les banques ; clientèle ciblée, produits spécifiques. C’est de moins en moins vrai : mouvement de banalisation de ce type de banque. Clientèle est la même que celle des autres établissements. Mêmes opérations.

Exemples :

Crédit agricole. Caisses régionales, caisse nationale organisme central : caisse de garantie du réseau, refinancement du réseau. Le code rural s’applique au crédit agricole. Avant ne pouvait s’adresser qu’aux paysans pour distribuer des prêts bonifiés. Caisses ont obtenu de s’implanter en milieu urbain. Avantages ont sauté. 1989, doivent payer l’IS.

Autre crédit agricole : le crédit mutuel agricole : réseau plus restreint.

Banque populaire : financer les petites entreprises artisanales, industrielles, commerciales. Caisse centrale....perte de leur spécificité.

Crédit mutuel : créé pour financer les familles : habitat, besoins des particuliers. Plus tard, financement des entreprises, collectivités locales.

Crédit maritime mutuel : financer les cultures marines et la pêche artisanale. Aujourd’hui, toute personne. Banalisation relative.

Le crédit coopératif : banque française du crédit coopératif (BFCC) organe central de tous les établissements de crédit coopératif. Finance les établissements coopératifs : équipements sociaux.

###### Caisses d’épargne et de prévoyance

1818 ; création sous l’impulsion des banquiers privés pour récupérer les bas de laine. Rémunérations des dépôts : fonds centralisés sont reversés à l’Etat moyennant un intérêt. Ce réseau propose d’autre produits, services de caisse. Réorganisé en 1991 : il y avait des organes délibérants (paralysie).

###### Caisses de crédit municipal (CCM)

Héritiers des monts de piété : prêt sur gage. Caisses sont rattachées à une collectivité territoriale. Organe central est l’Union Centrale des CCM. Gens qui ne sont plus désirés dans les banques, gens réfractaires aux banques. Nantissement sur salaire ou sur pension de retraite. Réseau en perte de vitesse.

###### Sociétés financières

Ne peuvent effectuer des opérations de banque que dans la limite de ce que prévoit la décision d’agrément où les opérations de banques visées par les lois et règlements qui ont créé les stés financières.

Elles ont été créés par des textes spéciaux : législation 41-45. Etablissement de crédit. Texte spécifique de 84 : stés de cautions mutuelles, cautionnement par sté de caution mutuelle.

Stés de crédit immobilier HLM : prêts hypothécaires pour acquisition logements HLM.

Selon agrément, stés financières qui assurent du crédit à la consommation. COFINOGA, DIAC. Les groupes de stés peuvent créer des stés d’affacturage.

###### Institutions financières spécialisées

Etat leur a confié une mission permanente d’intérêt public. Ex Crédit foncier de France : prêts fonciers ordinaires, prêts aux collectivités territoriales, distribution de prêts aidés par l’Etat, prêts à la navigation maritime, fluviale et aérienne (hypothèques possibles).

Ex : Crédit d’équipement des PME..

### chapitre 2

### les organismes de direction, de contrôle et de representation de la profession

#### section 1 les organes de direction

##### I Organes consultatifs

 Conseil national du crédit

consulté sur les orientations de la politique monétaire et du crédit. Consulté pour faire des études sur les conditions de fonctionnement du système bancaire et financier en ce qui concerne les relations avec la clientèle.

Rapport annuel au PdR. Plus, consulté lors de l’élaboration d’une loi, d’un décret, sur le système bancaire et financier.

 Comité des usagers

Représentant des usagers, entre autres problèmes rencontrés par les usagers avec les EC (problèmes concrets).

##### II Organes de décision

 Conseil de la politique monétaire : loi de 93

Définir la politique monétaire française. Surveiller l’évolution de la masse monétaire et de ses contreparties.

Comprend le gouverneur et 2 sous gouverneurs de la BDF. 6 membres nommés pour 9 ans choix sur liste établie par les présidents des 2 chambres, par le président du conseil économique et social.

 Comité de la réglementation bancaire

Pouvoir réglementaire. EC y sont soumis plus autres organismes : décrets en Conseil d’Etat. Tout ou partie d’un règlement peut être étendu aux organismes et services visés à l’art 8 de la loi bancaire : Poste, Caisses dépôts et consignations....

Certains règlements peuvent être étendus à des organismes para-bancaires : compagnie financière. Contrôle d’au moins un banque.

*Ce pouvoir est constitutionnel*. Le comité est une autorité administrative : Etat. Textes doivent faire l’objet d’une homologation par un décret ministériel. Règlement sur les conditions de prises de participation. Conditions d’implantation de réseaux, organisations des services communs à la profession, normes de gestion, tenue de la comptabilité.

Ce comité a, à sa tête, le Ministre de l’économie et des finances, vice président le gouverneur de la BDF. 4 membres nommés par le ministre (membres du conseil national du crédit). 2 personnes compétentes : organisation syndicale principale EC, président association française des EC.

 Le comité des EC

Accès à la profession n’est pas libre. Délivre l’agrément plus suivi administratif de la vie de l’EC.

Attributions : délivre l’agrément, le retire pour des motifs autres que disciplinaires (EC qui cesse son activité).

Le comité va enregistrer les déclarations faites par les EC au cours de leur vie (changement de situation), autoriser les modifications qui sont soumise à autorisation préalables (ouverture de guichet, modification des activités, prise de participation dans un autre EC).

Présidé par le Gouverneur de la BDF, le directeur du Trésor, plus membres nommés parmi les membres du conseil national du crédit

#### section 2 les organes de controle

##### La banque de France

Mandataire d’un autre organisme ou intervient pour gérer les services communs qui font des contrôles.

Gère des fichiers. Chaque EC a les informations nécessaires sur la solvabilité.

- Centrale des risques : personnes qui ont une activité économiques -entreprises).

- Fichier des chèques impayés.

- Fichier des incidents de paiement : crédit non professionnels.

- Fichier des retraits de cartes bancaires.

- Centrale des bilans de la BDF : statistiques des bilans des entreprises.

- Fichiers des chèques perdus ou volés.

##### La commission bancaire

L 84 réformée en 93.

Fonction de contrôle, vérification : fonction juridictionnelle : juridiction disciplinaire.

 Attributions administratives :

- contrôle du respect de la légalité (respect des normes de gestion qui leur sont imposées : critiques de la commission sur ce point, contrôle pas assez approfondi).

- contrôle de la gestion : la commission bancaire doit surveiller l’évolution de la situation économique des EC.

- contrôle du respect des règles de bonne conduite des EC.

*Moyens d’actions* :

BDF prête son personnel et ses moyens. Communication de pièces jusqu’au contrôle sur place. Rapport communiqué à l’organe dirigeant de l’EC, à son organe délibérant et à son commissariat aux comptes.

 *Attributions juridictionnelles* :

commission bancaire sanctionne les manquements constatés.

Avertissements, blâmes, interdiction d’effectuer certaines opérations, suspension temporaire ou démission d’office d’un ou plusieurs dirigeants, le retrait de l’agrément.

Des mesures de publicité peuvent être ordonnées.

La commission bancaire peut désigner un administrateur provisoire ou un liquidateur de l’activité bancaire.

Gouverneur de la BDF, Directeur du Trésor, 4 membres nommés par le Gouvernement, conseillers d’Etat et à la Cour de cassation.

##### Les organes centraux des réseaux mutualistes ou coopératifs

assurer un contrôle et une fonction juridictionnelle. (garant de la solvabilité des membres du réseau). Contrôle de légalité :

- respect légalité bancaire (signale à la commission bancaire)

- respect de la législation propre au réseau (pouvoir juridictionnel) jusqu’au retrait de l’agrément propre au réseau.

#### section 3 les organes de représentation

##### Organes centraux de réseaux mutualistes et coopératifs

rôle d’intermédiaire, d’assistance et de représentation des membres du réseau.

##### Organismes de premier niveau

 Association française des banques : L 1901

adhésion obligatoire. Vocation à représenter ses membres vis à vis des pouvoirs publics, des organes de contrôle de la profession.

 Association française des stés financières

même chose, adhésion obligatoire

 Groupe des institutions financières spécialisées

même fonction syndicale.

##### Organe qui couvre tout ça : Association française des EC : AFEC.

Représentation des intérêts collectifs des EC auprès des pouvoirs publics, étude des intérêts communs, délivrance de parères (preuves de l’existence d’un usage).

## titre 2

## le statut bancaire

### chapitre 1

### l’accès à la profession

Art 15 loi bancaire : avant de pouvoir exercer leurs activités, les EC doivent obtenir leur agrément délivré par le Comité des EC. (EC français et étrangers).

Marché unique européen : grande directive de 1989 : reconnaissance mutuelle de l’agrément donné par le pays d’origine. Quand un EC a son siège dans un pays de l’Union, pas besoin de demander un agrément préalable si agréé dans son pays d’origine.

EC mutualiste : agrément donné par le réseau, puis agrément donné par le Comité des EC.

Agrément : appréciation favorable d’un EC qui remplit les conditions. 12 mois pour répondre. Absence de réponse différent de l’agrément. Agrément demandé par l’association (AFB pour les banques par ex). Le refus doit être motivé.

Décision d’agrément : agrément dans l’une des 6 catégories. Délimitation des opérations de banques.

Sanctions : toute personne exerçant des opérations de banque à titre habituel et pas agréé : sanctions pénales : délit. Fermeture de l’établissement, publicité de la décision.

Sanction : fait d’utiliser une dénomination pouvant faire croire que la personne est agrée comme EC ou confusion entre catégories d’EC.

Conditions de l’agrément :

 \* *Conditions d’ordre juridique* :

- il faut justifier de la possibilité d’exercer pour son propre compte des opérations de banque en conformité avec la législation.

- choix d’une forme adéquate : personne morale, forme juridique qui permettre des respecter la profession bancaire : privilégie la sté commerciale.\*

- exigence d’un capital social minimal : seuils de capitaux sont définis par catégories d’EC. Si EC issu d’un pays membre de l’Union, condition de capital se vérifiera par rapport à la maison mère.

- choix de la dénomination : pas de confusion dans l’esprit du public.

 \* *Conditions d’ordre économique* : art 15 l 84

- le programme d’activité de l’entreprise et moyens techniques et financiers qu’elle prévoit de mettre en œuvre. Examen de la qualité des actionnaires (au moins 10 % du capital).

- vérifier l’aptitude du candidat à réaliser ses objectifs de développement plus la compatibilité avec le bon fonctionnement du système bancaire. Jauger les capacités de cet EC de garantir la sécurité des déposants.

Conditions relatives aux dirigeants

Distinction des personnes qui auront en charge la détermination effective de l’orientation de l’activité et des autres.

Ce type de dirigeants doit répondre à 2 conditions : honorabilité et expérience adéquate. Excluent personnes ayant eu une faillite personnelle, interdiction, condamnation pénale (pour escroquerie, abus de confiance...).

Expérience adéquate : expérience de responsabilité, dirigeant d’un autre EC, ou expérience professionnel dans le milieu professionnel où l’EC aura sa clientèle.

Autres dirigeants : condition d’honorabilité.

### chapitre 2

### la sortie de la profession

Le retrait de l’agrément.

Art 19 :

- Commission bancaire : quand l’EC ne remplit plus les conditions auxquelles l’agrément est subordonné (capital mini plus atteint).

- EC membre d’un réseau bancaire mutualiste ou coopératif se verrait retirer par l’organe central du réseau l’agrément du réseau. Agrément par rapport à la catégorie d’EC.

- un candidat obtient son agrément, comité des EC l’agréé. Ce candidat n’exerce pas son activité pendant 12 mois : retrait agrément. Fait pour un EC de cesser son activité de crédit pendant plus de 6 mois (perte d’agrément).

- à la demande de l’EC lui-même : regroupement d’EC.

- commission bancaire dans l’exercice de sa fonction juridictionnelle.

Si retrait de l’agrément à une sté mère d’un pays de l’Union, la succursale française ne pourra plus exercer.

Conséquences :

EC immédiatement en liquidation quant à l’exercice de l’activité. Liquidation des opérations en cours. L’EC doit compléter sa dénomination sociale par “ en liquidation ”. Cette liquidation ne signifie pas la fin de l’EC. Peut faire autre chose après la liquidation.

### chapitre 3

### l’exercice de la profession

#### section 1 le statut economique

##### I la limitation des activités aux seules opérations de banque : principe

Exceptions prévues par les textes :

 art 5 loi bancaire : opérations connexes aux activités de banque

- Opérations de change, opérations sur l’or, les pièces, opérations de placement, souscription, garde, gestion de valeurs mobilières.

- Conseil et assistance en matière de gestion financière

- Prestation de service pour aider à la création et au développement des entreprises

- Location de biens mobiliers et immobiliers s’agissant des EC autorisés à faire des opérations de crédit-bail.

 Art 6 et 7 loi bancaire

Art 6 : les EC peuvent prendre et détenir des participations dans des entreprises existantes ou en création.

Art 7 : les EC peuvent exercer d’autres activités que les opérations de banque dans le respect des règlements pris par le comité de la réglementation bancaire.

Exemples : Gérer un patrimoine immobilier non affecté à leur exploitation. Activité de mandataire. Courtier. Commissionnaire pour le compte de leurs filiales. La fourniture de services au moyen de la sous-traitance pour les clients de l’EC (ex transports des fonds).

*De toute façon, deux conditions cumulatives :*

 - respect des règles de la concurrence

 - les produits de ces activités autres ne doivent pas être supérieurs à 10 % du produit net bancaire.

##### II les règles issues de la politique monétaire

Refinancement : marché interbancaire.

Interventions de la BDF : taux directeurs.

Les EC ne sont pas libres de rémunérer les dépôts. Seuls les comptes sur livrets ou bloqués peuvent donner lieu à un intérêt créditeur.

Le système des réserves obligatoires : banques, banques mutualistes et stés financières. Ces EC doivent verser sur un compte non rémunéré auprès de la BDF des fonds : ils sont calculés sur le montant des emplois ou des sommes exigibles par leurs clients (pourcentage). Ces fonds sont en moins, ne sont pas disponibles par l’EC. Si l’EC développe son activité, il va devoir se refinancer sur le marché interbancaire : il paye le prix du refinancement. Les réserves obligatoires sont couteuses.

#### section 2 le statut financier

S’assurer de la solvabilité du système bancaire. Dispositions d’ordre préventif. Contrôle par la commission bancaire. Mesures mises en œuvre quand équilibre financier menacé, quand défaillance : indemnisation.

##### I les mesures d’ordre préventif

Ratios que les EC doivent calculer en permanence. But : mesurer les risques pris par les EC ou la solvabilité par rapport à la liquidité des EC. C’est un rapport arithmétique entre les fonds propres de l’EC et d’autres paramètres :

- *coefficient de couverture des risques* : EC mesurent les risques qu’ils encourent du fait de leurs opérations. % de risque par opération. Comité de la réglementation bancaire (CRB) fourni les %. Eviter que les EC ne prennent trop de risques. Ces ratios sont calculés au niveau des maisons-mères : comptes consolidés.

- *coefficient de division des risques* : appréciation des risques par client. Ratio entre fonds propres et ensemble des opérations faites par un client ou un groupe de clients. Défaillance d’un client menacerait l’équilibre financier de l’EC.

- *coefficient des fonds propres et des ressources permanentes*. Immobilisations, participations dans les entreprises, montant des crédits à plus de 5 ans de terme. Fonds non disponibles actuellement par rapport aux fonds propres.

- *coefficient de liquidité* : rapport entre les avoirs disponibles (à vue ou à moins d’un mois de terme) et les ressources exigibles par rapport aux clients à vue ou à un mois de terme. L’EC doit faire face à ces demandes des clients.

- *coefficient de solvabilité* : mesurer les risques encourus en fonction du type de clients.

Contrôle commission bancaire.

Le gouverneur de la BDF invite les actionnaires de l’EC ou les autres EC à venir soutenir l’EC en difficulté.

Art 52 loi 84: le gouverneur de la BDF invite les actionnaires à fournir à celui-ci le soutien nécessaire. Si cette invitation n’a pas de succès, le gouverneur peut organiser la solidarité de la place : concours prêté par l’ensemble des EC pour fournir à l’EC en difficulté. But : prévenir les intérêts des déposants.

##### II les mécanismes de garantie

###### 1 - les banques mutualistes et les caisses d’épargne

Organisation entre banques mutualistes et caisses d’épargne d’un fonds de garantie. Chaque affilié verse une contribution sous forme de fonds ou de valeurs. Le jour où l’un d’eux est défaillant, le fonds indemnise les déposants.

###### 2 - association française des banques (AFB)

Les EC affiliés à l’AFB bénéficient d’une garantie. Suppose l’ouverture de la procédure de RJ de la banque concernée. Appel de fonds à ce moment là pour pouvoir indemniser dans la limité d’un plafond, les déposants.

Loi 8/8/1994 : création d’un art 52-1 pour la loi de 84 : adhésion obligatoire de tout établissement de crédit agréé en France à un système de garantie pour indemniser les dépôts ou fonds disponibles des déposants en cas d’indisponibilité de ces fonds.

#### section 3 le statut applicable au personnel des ec

Garantir l’indépendance des EC. Le secret professionnel.

##### I l’indépendance des EC vis à vis de leur personnel

Eviter que les décisions de gestion ne soient influencées parce que les dirigeants auraient des intérêts dans les entreprises clientes.

Imposer au personnel une obligation d’information à chaque fois que ce personnel est susceptible d’avoir des intérêts dans une entreprise autre que l’EC.

Art 16, 17 loi 84 : les membres du personnel ayant le pouvoir d’engager l’EC.

L’art 16 impose à tout membre du personnel ayant le pouvoir de signer, d’informer l’EC de tout emploi ou tout travail rémunéré qu’il peut avoir par ailleurs. La direction de l’EC est à même d’apprécier si cet autre travail est susceptible d’influencer l’exercice de ses fonctions (retrait de dossiers, changement de poste).

Art 17 : membres ayant le pouvoir d’engager l’EC. Veut exercer des fonctions de direction, administration, gestion dans une autre EC ou dans une sté commerciale. Il faut obtenir une autorisation préalable, sinon il ne peut pas le faire. En l’absence de l’autorisation, faute et donc sanctions disciplinaires. L’EC a un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non l’autorisation.

Transposition dans toute EC de la réglementation sur les conventions des SA. Conventions autres que celles portant sur les opérations courantes : opérations entre EC et un dirigeant, un EC et une autre entreprise ayant des dirigeants communs   convention doit être autorisée préalablement. SA c’est le conseil d’administration ou organe désigné. Commissariat aux comptes fait un rapport annuel à l’assemblée générale. L’AG doit délibérer a posteriori sur ces conventions.

##### II l’obligation au secret professionnel

Art 57 : toute personne qui, à titre quelconque, participe à la direction ou gestion ou qui est employée par un EC est tenue au secret professionnel pour les informations confidentielles.

###### 1 - informations confidentielles

Les informations précises et dépourvues de caractère de généralité. Ex : bon payeur, fin de mois difficile : pas couvert par le secret bancaire. Position d’un solde de compte bancaire : couvert par le secret bancaire.

Le client est bénéficiaire du secret bancaire. Pour la personne morale, c’est l’ensemble des dirigeants. Pour le mandataire : le secret bancaire ne peut lui être opposé.

###### 2 - cas où le secret bancaire n’est pas opposable aux tiers

La commission bancaire : le secret ne joue pas contre elle.

L’administration des douanes peut exiger la communication de tout document.

N’est pas opposable à l’autorité judiciaire dans le cadre d’une procédure pénale.

En procédure civile, une partie peut demander au juge d’accorder à un tiers la communication de document : ne fait pas obstacle au secret professionnel.

TGI Bordeaux 19/6/1990. Exception en matière de divorce : le conjoint a droit de connaître les informations relatives au compte de l’autre époux.

Saisie entre les mains de l’EC pratiquée par un créancier du client. Le banquier est obligé de déclarer à l’huissier instrumentaire quels sont les fonds et valeurs qu’il détient pour le compte du débiteur.

Loi du 12/7/1990 pour la lutte contre le blanchiment de l’argent issu du trafic de stupéfiants. Création d’une cellule de coordination de lutte contre les actes de trafic de stupéfiants. Obligation de déclarer les sommes détenues par leur clients leur paraissant pouvoir provenir d’une des informations prévues au code de la santé publique ou au code des douanes. + les fonds dont la provenance est douteuse. Immunité dans l’hypothèse où le soupçon est infondé. Cellule de coordination peut saisir le procureur de la république ou l’administration des douanes pour investigations. Cellule peut s’opposer à ce que l’EC fasse telle ou telle opération avec le client. Banque a l’obligation de garder le secret vis à vis du client. Obligation de délation est sanctionnée civilement et pénalement. Sanctions pénales pour les dirigeants de l’EC.

## titre 3

## les etablissements para-bancaires

Les compagnies financières :

sté commerciale qui a pour activité de prendre et de gérer les participations.

Stés ainsi contrôlées comprennent plusieurs EC dont une banque. Appellations de Cie financière n’est pas protégée par le droit. Ex Paris, “ Cie financière ”, en fait c’est un EC.

Les bureaux de représentation :

EC étrangers : il faut se faire agréer.

Ils vont prospecter : ouvrent des bureaux de représentations : prospecter la clientèle. Doivent informer le Comité des EC.

# partie 2

# l’activité bancaire

## titre 1

## mécanismes supports de l’activité bancaire

### chapitre 1

### les comptes bancaires

La notion de compte n’est pas spécifique au compte bancaire. Compte bancaire : le banquier reçoit des fonds en dépôt + paye. Le banquier est mandataire. Juridiquement, c’est une convention qui a pour but de permettre le paiement d’une créance d’une partie en compte sur l’autre.

**La convention de compte permet un paiement de créance réciproque entre les parties en compte.**

#### section 1 théorie générale du compte

##### I l’ouverture du compte

###### A - La convention d’ouverture d’un compte

La convention d’ouverture de compte obéit au droit commun des contrats. Consensuelle, peut être verbale. Minimum de formalisme : l’EC demande un spécimen de la signature du client. Les tribunaux peuvent constater l’ouverture d’un compte quand il y a remise de signature. De plus en plus, sont faites par écrit : incitation du CRB.

Porter à la connaissance du client les conditions générales de banque : informations sur les services offerts et les coût des services. Pour s’assurer la preuve, les EC font systématiquement signer un instrumentum.

preuve d’une obligation du banquier : différent de validité.

###### B - La liberté de refuser l’ouverture d’un compte

Loi 84, ordo 86. Les EC ont le droit de refuser l’ouverture d’un compte.

Le banquier, à tout moment, peut décider de résilier la convention. Cette liberté est incompatible avec l’obligation de recourir au paiement des chèques dans certains cas.

Possibilité pour toute personne qui s’est vu refuser l’ouverture d’un compte par plusieurs EC et se trouve sans compte bancaire, de s’adresser à la BDF pour lui demander de désigner un EC ou une personne de l’art 8 de la loi bancaire (Trésor public, centre de chèques postaux...) auprès duquel elle pourra ouvrir un compte. Le compte sera ouvert, mais la banque ne sera pas tenue de délivrer des formules de chèques.

La loi du 30/12/1991 a ajouté à ce dispositif que l’EC doit motiver son refus de délivrer des formules de chèques.

###### C - Les vérifications de l’EC à l’ouverture d’un compte

Vérifications d’identité, adresse des personnes à qui elles ouvrent un compte. CdC exigeante : exige la fourniture d’un document officiel avec photo. Facture, quittance de loyer. Lettre d’accueil : la banque envoie une lettre à l’adresse.

Contrôle de l’honorabilité de leur client. Pas d’interdiction bancaire, surveiller l’origine des fonds. Le fait de disposer d’un compte bancaire participe d’une apparence d’honorabilité.

La capacité et les pouvoirs de la personne.

Ouverture avec les représentants de l’incapable : ouverture du compte donne une apparence de capacité. Convocation avec les représentants de l’incapable (mineurs). Le compte fonctionnera avec plusieurs fondements : mandat au mineur de faire fonctionner le compte et pour les actes de la vie courante.

Problème des pouvoirs.

*PM* : dirigeant ou représentant mandaté par l’organe compétent.

*Les époux* : communauté de vie consacrée par le droit : statut de l’EC : est à même de savoir qu’un époux n’a pas de revenus personnels et veut ouvrir un compte pour une sté. Le banquier sait que les fonds appartiennent à l’autre conjoint. Législateur : présomption irréfragable. Chaque époux est libre d’ouvrir un compte ; Chaque époux est présumé propriétaire des fonds ou titres déposés en compte.

L’EC a l’obligation de déclarer l’ouverture des comptes à l’administration fiscale.

##### II le fonctionnement du compte

###### A - La passation et la tenue du compte

La passation en compte : toutes les fois que le client est créditeur de l’EC ou débiteur, le montant de la créance peut être passé en compte pour former un des articles du compte. Réalité juridique plus réalité comptable.

- juridique : entrée en compte de la créance. La créance se trouve juridiquement dans le compte. La créance doit présenter les caractères requis pour être payée : liquidité, certaine, fongible. Accord de volonté des parties : donné de manière ponctuelle ou donné par avance (convention entre les parties).

- comptable : inscription en compte au débit ou au crédit du compte.

Tenue du compte par l’EC. Pour chaque opération l’EC doit indiquer sa nature, date, montant, position du compte après l’opération.

###### B - effets de l’entrée en compte de la créance

C’est un mécanisme de règlement : quand la créance est entrée en compte, elle se trouve fusionnée pour donner un solde provisoire du compte.

Dans un compte ordinaire, la créance ne sera juridiquement payée que plus tard dans le cadre d’une compensation globale à la clôture du compte. Calcul du solde définitif du compte : fait apparaître un solde débiteur ou créditeur : règlement effectif.

Analyse remise en question par certaines auteurs : le compte ordinaire, comme le compte courant, contient un mécanisme de règlement qui ne doit rien à la compensation. Dès que la créance entre en compte, elle se trouverait juridiquement payée : éteinte, s’y trouve substituée la créance du solde du compte (mécanisme de règlement sui generis).

Le solde provisoire du compte peut être producteur d’intérêts : intérêts débiteurs (sauf compte bloqué et livrets).

Un EC peut facturer les intérêts débiteurs (agios) quand le compte fonctionne en position débitrice.

La production d’intérêts obéit à des règles du droit civil : il faut que cette production d’intérêt ait été stipulée entre les parties, sauf en matière commerciale.

- Problème de preuve : problème résolu car le banquier a l’obligation d’informer le client. Signature de l’instrumentum : stipulation intérêts débiteurs.

- Taux conventionnel d’intérêts : problème détermination du taux. Fixation préalable et par écrit. Plus législation sur l’usure. Droit impose que soient stipulé le taux, plus le taux effectif global (TEG), plus les frais, plus le reste..). CdC : l’EC doit avoir fixé par écrit ce TEG de manière préalable. Le TEG varie. Les clients des EC contestent par la suite que le taux ne satisfait pas à l’obligation de l’écrit. L’EC a droit à un taux débiteur, mais au taux légal.

CdC : à partir du moment où l’EC porte à la connaissance du client la modification du TEG et qu’ensuite le client laisse le compte fonctionner en position débitrice, signifie qu’il a accepté le taux.

CdC : usage bancaire : quand le client reçoit ses relevés de compte sur lesquels est porté le TEG pratiqué et qu’il ne proteste pas dans un délai d’usage, il a accepté le taux implicitement.

La CdC admet que ce taux soit contractuel. Il doit être communiqué par écrit. Le TEG ne peut pas être déterminé de manière préalable. 0 à - 100 000 x % - 100 000 à 1 M : x + y % = variation en fonction des tranches d’utilisation du découvert. Les clients ont agit en répétition du taux d’intérêt (différence entre TEG et taux légal). CdC : obligation applicable à compte de 1988, date donnée de manière arbitraire par la CdC (protection des banques).

L’anatocisme : capitalisation des intérêts : 1154 Ccivil. Possibilité de capitaliser les intérêts échus quand il y a une stipulation, et que les intérêts échus le sont pour une année civile entière. Autre cas, décision de justice. L’anatocisme a un effet de levier considérable. Capital 100, intérêt 10. Assiette pour année suivante 110.

Les EC peuvent-ils y avoir recours ?

- pour les comptes ordinaires, la capitalisation n’est possible que dans le respect des dispositions du Ccivil, art 1154 (stipulation + intérêts échus d’une année civile entière).

- En matière de compte courant, solution différente. La capitalisation est admise sans stipulation expresse par période de 3 mois.

Le versement des commissions de compte : rémunérer l’EC pour le service qu’il rend en tenant le compte. Quand l’EC accepte que le compte fonctionne en position débitrice, celui-ci est en droit d’exiger des commissions qui rémunèrent le risque pris par l’EC (tout cela constitue le TEG).

Le problème des dates de valeur.

Les opérations de compte à compte se traduisaient par un délai d’exécution. Entre le moment où enregistrement par la banque et les fonds disponibles, plusieurs jours. Quand on portait au crédit du compte une somme, date de valeur était postérieure à l’enregistrement de l’opération. Quand débit du compte, décalage date de valeur par débit. Système destiné à permettre le calcul d’intérêts débiteurs (agios).

Les EC ont utilisé le système pour d’autres effets : apprécier l’existence ou non d’une provision. EC, refus de traite : au jour de la présentation au paiement, on se situait entre le jour d’enregistrement de l’opération et le jour de la date de valeur. La CdC a réagi : condamnation de cette utilisation des dates de valeur. Chambre commerciale du 27/6/1995 (JCP édition entreprise 1070). Le système de la date de valeur ne peut pas servir à apprécier la provision.

###### C - la saisie du solde créditeur d’un compte

Créance sur l’EC. Idée pour les créanciers de vouloir exercer leurs poursuites sur cette créance qui est un bien. Ce problème de saisissabilité de soldes provisoires a été contesté. Chambre commerciale 13/11/1973 : libre saisissabilité d’un solde créditeur de compte courant. 2 types de voies d’exécution :

- saisie conservatoire : avant un procès, rend indisponibles au débiteur des biens lui appartenant. Il faut une autorisation de justice, en principe.

- saisie exécution : titre contre le débiteur. On fait exécuter la créance par un huissier.

Problèmes :

- l’EC ne peut plus invoquer le secret bancaire, doit informer l’huissier des comptes et positions.

- La voie d’exécution va entraîner l’indisponibilité du solde créditeur.

Ce blocage ne peut pas être total : il y a des opérations qui sont en cours au jour où la saisie est pratiquée. Loi de 91 : le solde bloqué sera modifié au crédit par les remises faites antérieurement à la saisie aux fins de paiement. Le solde sera modifié au débit s’agissant des chèques et retraits en liquide aux guichets remis à l’encaissement antérieurement à la saisie et n’ayant pas encore donné lieu au débit effectif du compte.

Ces saisies se heurtent à des règles visant à instaurer une insaisissabilité partielle des sommes portées au compte :

*Salaires* :: difficile de déterminer ce qui est du salaire et ce qui n’en est pas. Le législateur a prévu un système forfaitaire. Le solde créditeur du compte avec sommes insaisissables est lui-même insaisissable. Le salarié peut demander de laisser disponible la fraction insaisissable du dernier salaire, excepté des dépenses faites avant la saisie.

*En matière d’époux*, régime de communauté : fait apparaître la masse de biens indivis.

Principe : gains et salaires d’un époux est un bien commun. Quand un époux fait une dette, il oblige tous les biens communs. Art 1414 : gains et salaires d’un conjoint ne peuvent pas être saisis par les créanciers de l’autre époux.

Insaisissabilité des biens du conjoint. Mais quand ils sont sur un compte bancaire : sommes se mélangent. Législateur : quand créancier d’un époux fait une saisie sur un compte bancaire où il y a les salaires de l’autre époux, celui-ci peut demander de soustraire à la saisie une somme correspondant au dernier salaire ou à la moyenne des 12 derniers salaires ou gains.

###### D - la prescription applicable au solde du compte

Quand des créances, entre les parties en compte, entrent dans le compte, elles sont remplacées par un article de compte et on ne peut pas transposer la durée de prescription d’une somme entrée en compte à la prescription du solde provisoire.

Durée de prescription de la créance du solde du compte. Cette prescription de la créance du compte court du jour où le compte est clôturé.

Prescription commerciale 10 ans. Même pour un acte mixte. Joue contre le non commerçant.

##### III la clôture du compte

###### A - les causes de clôture du compte

1 - la convention de compte a une durée déterminée.

La survenance du terme met fin à la convention. Même dans ce cas, la jurisprudence reconnaît à l’EC la possibilité de clôturer le compte quand il y a perte de confiance dans le client (intuitu personae).

2 - la convention de compte a une durée indéterminée.

Elle est résiliable à tout moment par chacune des parties. l’EC doit notifier : écrit et préavis motivation. Quand clôture du compte est brutale, sans préavis : indemnisation du client pour clôture abusive du compte. Clôture sans préavis pour perte de confiance dans le client, mais elle doit être motivée.

Clients peuvent clôturer un compte : différent d’une non utilisation du compte.

Certains événements clôturent immédiatement le compte : décès d’une PP, disparition d’une PM, la liquidation judiciaire.

Redressement judiciaire : la convention de compte continue à recevoir exécution. Le banquier fige la situation et ouvre un compte bis (compte de redressement judiciaire).

###### B - les effets de clôture du compte

Arrêter le compte.

Phase de liquidation du compte : dénouement des opérations en cours (créances des parties entrées en compte, plus opérations de services de caisse). Ce dénouement des opérations en cours permettra l’établissement d’un solde définitif.

Commission liées au fonctionnement du compte vont cesser d’être échues.

Problème des intérêts débiteurs qui peuvent être dus à partir de la clôture du compte. 2 conceptions :

- on est toujours en présence d’une même créance de l’EC sur le client : les stipulations prévues par la convention de compte continuent à s’appliquer.

- la clôture du compte, c’est une résiliation de la convention, les intérêts ne peuvent plus être dus, seuls sont dus les intérêts moratoires au taux légal.

Les conventions de compte prévoient ce qu’il faut faire. Si la convention de compte est muette : le tribunal apprécie la commune intention des parties. Si pas de preuve que les intérêts conventionnels doivent s’appliquer, c’est le taux légal qui s’appliquera.

##### IV les modalités particulières pouvant affecter la convention de compte

###### A - convention de compte conclue par plusieurs titulaires

1 - compte collectif ou indivis.

Personnes ont des intérêts communs (héritiers, entrepreneurs, stés en participation...). le compte ne peut fonctionner que par un accord unanime des indivisaires. Le compte ne peut fonctionner que sur signature de tous les titulaires du compte. Système très rare.

Pour l’EC, aura fait stipuler un engagement indivisible et solidaire.

EC bénéficie de la solidarité passive.

Gestion d’affaires communes avec droit de contrôle : peuvent accorder un mandat.

2 - compte joint.

Plusieurs co-titulaires : l’EC va stipuler la solidarité active de ces derniers. Chacun des co-titulaires peut seul faire fonctionner le compte puisqu’il est seul créancier pour le tout de l’EC. Pas de mandat des autres co-titulaires. Engagement solidaire (solidarité passive) et indivisible envers l’EC.

Comptes joints sont souvent pratiqués : difficultés

Opérations de l’un est opposable aux autres : possibilité à tout moment ouverte à un co-titulaire de demander la désolidarisation du compte joint.

Les compte joints résolvent les problèmes nés du décès d’un co-titulaire. Compte ordinaire avec procuration à son conjoint : décès de l’époux titulaire, le compte est clôturé, la procuration est caduque, le conjoint survivant ne peut plus faire fonctionner ce compte. Dans un compte joint, le survivant continue de faire fonctionner le compte (solidarité active) jusqu'à ce que le banquier ait reçu une interdiction formelle par les héritiers (par acte extra judiciaire).

La connaissance de fait du banquier est indifférente, mais il doit informer les héritiers sur la situation du compte.

###### B - l’ouverture de plusieurs comptes par un seul titulaire

Quels sont les liens entre les comptes , ou indépendance entre les conventions de compte ?

Principe : indépendance des comptes

Ex : chèque n’est pas provisionné : 3 000 F sur un compte, chèque de 10 000 F et 500 000 F sur un autre compte. En cas de saisie d’un compte, l’EC ne peut pas dire sur tel compte il y a tant, sur tel autre tant.

Ex : compte 500 000, compte 300 000. La saisie portera sur les 500 000.

Pas de compensation entre les sommes des différents comptes d’un titulaire détenus par un EC. Ne peut pas faire une compensation. Les agios débiteurs doivent être calculés compte par compte.

Exceptions

Le client de l’EC peut stipuler pour établir un lien entre les différents comptes.

- stipulation prévoyant juridiquement la possibilité de compenser les comptes entre eux

- convention d’indivisibilité des différents comptes : il y a un compte unique avec différentes expressions comptables.

- convention par laquelle les parties constituent une sûreté sur le solde créditeur d’un compte en garantie du paiement du solde débiteur d’un autre compte.

#### section 2 la théorie du compte courant

Théorie élaborée par la pratique. Pas de règles légales. Jurisprudence : règles fondées sur l’usage, la commune intention des parties. controverses doctrinales.

Théorie du compte courant : personnes en relations d’affaires suffisamment suivies : sont tour à tour créancières et débitrices l’une de l’autre : simplification du règlement de ces créances réciproques.

Si les parties ont accepté de simplifier à l’extrême le règlement de leurs créances réciproques, c’est parce que la convention de compte courant leur offre une ou des garanties de paiement : sécurité de paiement.

##### I les éléments du compte courant

Accord de volonté : éléments spécifiques. Tribunaux utilisent des présomptions à partir d’éléments objectifs sur le fonctionnement du compte.

###### A - l’élément intentionnel

La commune intention des parties doit avoir 2 objets :

 - avoir voulu soumettre leurs créances réciproques à un mécanisme de règlement particulier qui consiste à fondre toutes ces créances en un solde disponible.

 - pour que le mécanisme fonctionne, les parties doivent avoir convenu d’affecter au compte toutes les créances à naître entre elles : permettre qu’il y ait des remises de créances réciproques entre les parties.

Ces éléments doivent être recherchés par le juge au regard de l’acte (instrumentum). Le tribunal va chercher les 2 éléments intentionnels avec des éléments objectifs : chaque partie va remettre des créances sur l’autre en compte. Ex : effets de commerce. Le banquier mandataire : remise aux fins d’encaissement (à échéance) ou remise de créance du client sur le banquier qui fait suite à l’escompte de l’effet. Il faut que ces remises en compte soient faites de manière réciproque et systématique.

###### B - l’affectation générale

On doit retrouver l’affectation générale des créances réciproques entre les parties au compte. Il ne faut pas que ponctuellement, au cas par cas, les parties en compte aient à décider si oui ou non cette créance va entrer en compte.

Offrir aux parties en compte un mécanisme de garantie. Idée : on sait que toutes les créances entre les parties vont s’équilibrer.

Par une convention, il est admis ponctuellement que le banquier et son client conviennent que telle créance ne sera pas payée par entrée en compte courant.

CdC a consacré la jurisprudence des juges du fond : à chaque fois qu’une créance de l’EC sur le client confère à l’EC des prérogatives exceptionnelles, celui-ci peut unilatéralement décider de soustraire cette créance de l’affectation générale au compte :

en matière d’effet de commerce. Porteur d’un effet de commerce a un recours cambiaire contre les signataires de l’effet. Compte courant : un client remet un effet de commerce à l’escompte. EC se retourne contre le client. Normalement passe sur compte. EC peut sortir cette créance du compte et pourra demander à un avaliste de le payer (si le client est proche de la liquidation judiciaire).

###### C - La réciprocité des remises

Tour à tour, l’EC et son client font des remises de créance en compte.

Un compte qui enregistrerait d’abord des créances du client sur l’EC au terme de la convention = remboursement du crédit : ce n’est pas un compte courant. Il faut des créances réciproques, tour à tour. Ce qui était un compte courant à l’origine peut dégénérer.

Finalité de la remise réciproque : c’est le mécanisme de garantie que contient le compte courant.

Le compte courant contient 2 éléments :

- *le disponible du compte* : fraction du compte qui enregistre les créances entrées en compte. Convention de compte courant appréhende des créances qui n’ont pas les caractères requis pour être payées. Ex : créance n’est pas exigible, fongible..

- *le différé du compte* : créance ne sont pas entrées en compte, pas payées, mais enregistrées au différé du compte (salle d’attente du compte) jusqu’au moment où la créance aura les caractères nécessaires.

Ex : un client va déposer le bilan. Solde débiteur du compte. Dans le différé du compte, créances sur l’EC. Le jour où les créances seront exigibles elles seront disponibles. Le solde du compte sera alors équilibré. L’EC déclarera un solde débiteur plus faible.

##### II les effets du compte courant

###### 1 - le paiement d’une créance qui entre en compte

Remise en compte courant produit un effet novatoire + l’indivisibilité des articles du compte.

Effet novatoire :

commune intention des parties : considérer qu’à partir du moment où la créance entre en compte (= disponible) la créance est réputée payée. A la créance se substituerait un article du compte d’où l’effet novatoire. Mais pas de véritable novation. Total des articles du compte : solde provisoire. Il y a seulement un changement de montant, différent de novation. Effet novatoire = au sens large.

*Le compte courant repose sur une compensation successive*.

 \* Conception abandonnée : dans la pratique des conventions de comptes courants, les tribunaux ont constaté qu’alors même que l’entrée en compte d’une créance ne ferait qu’accroître le solde débiteur ou créditeur, les parties considèrent que la créance est payée.

 \* 2ème explication : compensation différée dont les effets sont reportés à la clôture du compte. Compensation in futurum. A la clôture, obligations juridiquement éteintes.

 \* 3ème explication : le compte courant ne s’appuie pas sur la compensation et n’assure pas le paiement des créances dans le futur. Mécanisme original de règlement instantané des créances réciproques par leur simple fusion dans le solde provisoire. Naît une créance qui est le solde provisoire du compte. La CdC semble avoir consacré cette explication.

Cette créance était disponible pour le client : le client peut en faire ce qu’il veut, peut être la provision d’un chèque ou d’une traite envers un créancier. Possibilité de saisie de cette créance a été longtemps contestée. Libre saisissabilité du solde du compte courant date de 1973.

Solde provisoire débiteur : créance de l’EC sur le client. Cette créance n’est pas exigible avant la clôture du compte. Par permis à l’EC d’introduire une action en recouvrement contre son client pour avoir paiement de ce solde provisoire débiteur. Pour rendre cette créance exigible, EC doit clôturer le compte. Possibilité si les parties l’ont prévu, de rendre immédiatement exigible un solde débiteur provisoire du compte courant.

###### 2 - l’indivisibilité des articles du compte

La créance payée et transformée en article du compte sera regroupée en un bloc indivisible, unique.

Le compte courant : il n’est pas possible à l’une des parties ou à des tiers de vouloir isoler du compte courant un des articles du compte. Du moment que la créance est entrée en compte, elle sera dans le bloc indivisible, unique.

Une partie ne peut unilatéralement chercher tel ou tel élément pour l’isoler.

D’un point de vue juridique, les articles du compte sont indépendants car les articles forment un bloc (on ne peut pas dire telle créance a servi à payer telle créance : le rapprochement des deux ne permet pas de dire que c’est payé).

L’indivisibilité des articles du compte a des conséquences :

- un bloc unique : il est possible de demander des garanties de paiement du solde provisoire (il faut une sûreté légitime car les créances entrées en compte n’ont plus de sûretés).

- De même, quand un créancier veut faire une saisie d’une des parties, la saisie peut porter sur le solde provisoire (c’est l’assiette de la saisie). Cela a été admis en 1973.

La loi de 91 et le décret d’application de 92 ne visent que les comptes ordinaires.

Dans le compte courant, on doit prendre en compte les créances réciproques (même si la créance n’a pas les caractères pour être payée). En cas de saisie, l’assiette de la saisie conservatoire résultera des créances au différé du compte au jour où la saisie est pratiquée. Ex : créance client sur le banquier. La créance est au différé du compte le jour où elle sera exigible, elle basculera du différé au disponible. Cela augmente l’assiette de la saisie. Ex : créance du banquier sur le client : elle passe au disponible quand elle est exigible : le solde, objet de la saisie diminue. CdC chambre commerciale le 13/11/1973.

- Problèmes à propos des intérêts des agios débiteurs et de l’anatocisme se retrouvent ici.

Raisonnement sur l’anatocisme : quand le banquier calcule par trimestre les agios débiteurs, ce n’est pas de l’anatocisme, car l’anatocisme c’est de faire entrer dans le calcul des intérêts, les intérêts échus mais non payés (opération fictive). Dans le compte courant, entrée en compte de la créance : elle est payée (juridiquement).

Ce raisonnement est artificiel et contestable, mais la CdC admet cette pratique pour le compte courant (art 1154).

Dans le compte courant, problème des dates de valeur (arrêt du 29/3/1994 JCP aff 94 n° 949).

La CdC casse la décision du juge du fond qui disait que les dates de valeur ne peuvent avoir pour effet de déterminer les dates de remise de chèque. Par contre, hormis le cas du chèque, les dates de valeur ne peuvent pas être prises en compte pour déterminer la position débitrice ou créditrice d’un solde provisoire.

- Le compte courant est aussi un support de caisse pour le compte du client.

#### section 3 compte courant et redressement et liquidation judiciaires

##### I le problème de la constitution d’une sûreté réelle

Le jugement d’ouverture de la procédure doit fixer la date de cessation des paiements. Le mécanisme permet d’invoquer des nullités de droit pendant la période suspecte : le fait que le créancier, pendant la période suspecte exige une sûreté pour une dette antérieure. Quand, dans la période suspecte, on s’aperçoit que la sûreté consentie au banquier pour garantir le solde débiteur du compte. A partir de quand y a t il constitution de cette sûreté en garantie d’une dette antérieure ?

difficulté : le compte courant appréhende toutes les créances réciproques, le solde du compte évolue.

*La CdC, dans un premier temps* (1935-1955), considérait que la sûreté devait être frappée d’inopposabilité de droit si le solde débiteur du client avait diminué ou s’était maintenu au même niveau postérieurement à la constitution de la sûreté. Ce n’est que si le solde débiteur s’était accru, après constitution de la sûreté, que la CdC considérait qu’il y avait eu constitution d’une sûreté pour dette nouvelle (ça ne tombe pas sous la nullité de droit).

*Dans un second temps* (1955-1970), la CdC a utilisé un second critère : la sûreté réelle devait être nulle, inopposable, quand, au jour de la constitution de la sûreté, on s’aperçoit qu’elle est inférieure ou égale au solde débiteur existant. Quelque soit l’évolution du solde débiteur, il y avait volonté des parties de garantir la dette existante. Quand le montant de la sûreté est inférieur ou égal au solde débiteur existant : nullité de droit.

*Dans un troisième temps*, la CdC a cumulé les 2 critères : sûreté constituée alors que :

- le montant garanti par la sûreté est inférieur ou égal au solde débiteur existant au jour au la sûreté est constituée

- le solde débiteur s’est accru postérieurement à la constitution de la sûreté.

Cette jurisprudence n’est pas satisfaisante car ces critères oublient le fait que le compte courant appréhende toutes les créances réciproques des parties même celles non encore entrées en compte. Ce différé du compte peut perturber l’analyse.

Ex : une sûreté constituée en période suspecte, avant la constitution du solde définitif. Le solde débiteur augmente : si la sûreté réelle est constituée au jour où une créance du banquier sur le client existe dans le différé, cette créance basculera dans l’article du compte, mais celle-ci existait déjà.

De même, s’il y a une sûreté d’un montant de 100 000 F. Au jour où la sûreté est constituée, solde débiteur de moins 200 000 F mais il y a, au différé du compte, une créance du banquier sur le client de 200 000 F. Le jour où cette créance a le caractère exigible et entre en compte : le solde est de 0 et le banquier accepte, ensuite le solde de 100 000 F. Quand la créance annule le solde débiteur et que des opérations nouvelles sont consenties par le banquier, la sûreté produit ses effets (1970/1975).

***Aujourd’hui***, la CdC impose de rechercher s’il existe, après constitution de sûreté, des avances nouvelles consenties par l’EC. Dans la limite de ces avances nouvelles, la sûreté produira ses effets. C’est par rapport à la logique du compte courant : on regarde tous les articles du compte courant.

##### II les limites des engagements de la caution

Le solde provisoire du compte courant ne peut donner lieu à l’action contre la caution. Si la créance n’est pas exigible à l’encontre du client, elle ne peut pas l’être à l’égard de la caution, sauf si une stipulation permet à l’EC d’exercer l’action en paiement d’un solde provisoire débiteur du compte. Problème de l’exigibilité.

Les engagements de caution sont souvent donnés pour une durée indéterminée. Dans ce cas, la caution est libre de résilier son engagement de caution. De même, quand la caution est donnée pour une durée déterminée à l’expiration du terme.

Quand résiliation de l’engagement de la caution à durée indéterminée, ou survenance du terme quand durée déterminée, quelque soit la portée de cette extinction de l’obligation de la caution, il demeure l’obligation de couverture et l’obligation de règlement.

L’obligation de couverture vise à définir ce que doit répondre, dans le temps, la caution. Celle ci devra couvrir le montant du solde débiteur au jour où elle a résilié son engagement ou au jour de survenance du terme de la caution.

Ex : au jour de résiliation, si solde débiteur 500 000 F, l’obligation de couverture s’arrête à 500 000 F. Si ensuite le solde débiteur passe à 700 000 F, la caution n’est plus engagée pour les 200 000 F.

L’obligation de règlement : régler ce qu’on a couvert. Il n’y a pas extinction de l’obligation de règlement. Donc la caution ne peut pas être obligée à plus que le débiteur principal : si à la clôture du compte, le solde définitif est créditeur, la caution n’est tenue à rien. Mais si le solde définitif est débiteur : 2 cas :

 - soit le débit est inférieur au montant de couverture : la caution ne peut pas être tenue à plus que le débiteur principal.

 - soit le débit est supérieur au montant de couverture : la caution doit payer le solde débiteur.

*La CdC est venue au secours des cautions* :

elle a, en contrariété complète avec les règles des comptes courants, amélioré le sort des cautions. La CdC considère que la caution ne peut pas être tenue au delà de son obligation de couverture, ni être engagée plus que le débiteur principal. Mais, elle considére que les remises de créance, effectuées pour le débiteur principal au compte courant après résiliation du cautionnement, doivent venir s’imputer sur le montant que doit couvrir la caution pour diminuer les engagements de la caution : arrêt du 15/3/1977.

*Réaction des EC* : ils ont inséré dans les contrats de cautionnement une stipulation par laquelle la caution renonce aux remises de créance en compte faites par le débiteur principal après résiliation de l’engagement ou la déchéance du terme. La Chambre commerciale a reconnu cette stipulation comme valable (6/7/1983), puis l’arrêt du 20/12/1983 n’a pas admis cette clause. Un arrêt du 12/2/1991 réaffirme la validité de ce type de clause.

##### III la contre-passation des effets de commerce passés en compte courant.

Problème du recours cambiaire des EC ayant escompté un effet revenu impayé. La jurisprudence est favorable aux EC.

- si le compte fonctionne : la créance née du droit cambiaire, doit entrer en compte. Par dérogation à ce principe de l’affectation générale, les EC sont autorisés à choisir de soustraire du compte courant cette créance sur le client constituée par le recours cambiaire (intérêt : si solde est débiteur, on fait entrer en compte la créance : on perd le recours cambiaire. Le banquier peut dire que la créance n’entre pas en compte, il conserve la propriété de l’effet et pourra demander paiement à d’autres signataires de l’effet de commerce).

- si le compte est clôturé : liquidation du compte. On ne peut plus faire entrer de créance en compte. La CdC a admis qu’après la clôture du compte, la traite revenant impayée, l’EC peut contre-passer l’effet, càd faire entrer sa créance contre le client en compte. Des décisions de justice font référence à la connexité pour justifier cette solution.

- si le titulaire du compte fait l’objet d’une procédure collective : la jurisprudence a admis, quand le compte n’est pas clôturé, que le banquier peut laisser le compte appréhender la créance ou qu’il peut vouloir soustraire au mécanisme du compte la créance cambiaire.

La créance peut être appréhendée par le compte ou elle peut être antérieure au jugement déclaratif. Le banquier va obtenir le paiement d’une créance antérieure.

Si le banquier décide de contre-passer, il va pouvoir conserver l’effet si le solde provisoire est déjà débiteur. Ça va lui permettre d’exercer d’autres recours car il est porteur de l’effet. C’est très favorable au banquier. Quand le compte est clôturé, le banquier peut contre-passer l’effet alors même que le compte ne fonctionne plus.

**Comparaison du compte ordinaire et du compte courant**.

Le compte ordinaire : construction moins achevée. Les effets du règlement sont plus limités. Une créance du client sur le banquier entrant en compte se trouve payée, mais, en revanche, la créance du banquier sur le client ne sera pas payée, par compensation, à la clôture du compte.

Le compte ordinaire sert souvent à assurer un service de caisse. Du point de vue juridique, dans les comptes ordinaires, il n’y a pas d’affectation générale. De même, le régime applicable à l’anatocisme est différent : en matière de compte ordinaire, il n’y a pas d’usage bancaire, il faut respecter l’art 1154 Ccivil.

### chapitre 2

### le service de caisse

#### section 1 notion de dépôt de fonds

Le service de caisse fonctionne par le dépôt de fonds à la banque et par la restitution de fonds au client. Cette notion est différente de la notion de dépôt du droit civil : contrat par lequel une personne remet une somme d’argent à un dépositaire s’engageant à la lui restituer à sa demande.

en réalité, il faut comprendre que quand l’EC va se voir demander d’encaisser des fonds pour le client, le client fait un dépôt en compte. Le banquier exécute son mandat : il conservera les fonds en les inscrivant dans un article du compte. De même, quand le banquier fait un virement à la demande de son client, il restituera des fonds sur le compte bancaire (article au débit du compte).

Le dépôt de fonds en banque obéit à des règles :

 - l’EC doit restituer, sur la demande du client, les fonds, dès lors que le dépôt est à vue.

 - le banquier restitue les fonds qu’il a en dépôt pour le compte du client.

 - obligation de restitution : elle peut prendre des formes variées.

Le banquier n’est obligé de restituer que quand il y a dépôt de fonds pour vous. Quand il y a convention d’ouverture de crédit : le banquier a plafonné à moins 20 000 F : le banquier doit restituer des fonds dans le cadre de l’ouverture de crédit (dans la limite de l’ouverture de crédit).

La notion de fonds disponibles laisse place au jeu de la compensation : l’EC peut, de sa propre initiative, compenser les fonds qu’il détient sur vous avec une créance qu’il a sur vous. Il peut donc refuser de restituer la somme.

#### section 2 le service d’encaissement et de paiement

##### I le virement bancaire

**Définition** : il consiste à débiter le compte d’une personne d’une certaine somme d’argent pour créditer le compte d’une autre personne.

Quand le banquier fait un virement bancaire pour le compte de son client, ça pourrait s’expliquer par la délégation : le banquier s’oblige à payer le bénéficiaire du virement. En fait l’EC n’a jamais voulu s’engager sur ses fonds propres pour faire un virement au profit du bénéficiaire : l’EC n’a aucun engagement vis à vis du bénéficiaire.

Derrière le virement bancaire, il y a un mandat donné à l’EC et servant à faire le transfert de monnaie fiduciaire de l’EC mandataire à l’EC mandant qui reçoit la monnaie fiduciaire.

Il y a mandat tacite du bénéficiaire du virement : l’EC accepte de recevoir les fonds, créditer le compte. Il y a mandat exprès de celui qui demande le virement.

A l’origine, les virements donnaient lieu à des bourses de compensation (chambre des compensations), ils se faisaient sur papier. Avec l’informatique, la compensation ne s’est plus faite par échéance de papier, mais par entrée dans l’ordinateur. Désormais, le système de transmission informatisée des données géré par le GIE (système bancaire de télé compensation) permet de réaliser la compensation instantanément.

Pour déclencher les ordres de virements, on peut utiliser les effets de commerce, les chèques, les ordres de virement à proprement parler, les avis de prélèvement, les cartes de paiement.

###### A - l’utilisation des effets de commerce

Les effets de commerce constituaient des opérations pour assurer le transfert des fonds.

Evolution des lettres de change : création de lettres de change papier non circulantes émises mais ne circulent pas (transmission par données informatiques).

L’EC n’est que le mandataire de son client et ne paie que dans la mesure où il détient des fonds pour son client. L’EC, assurant le service de l’encaissement, va consentir à son client une avance sur le recouvrement : le compte sera crédité immédiatement des effets à recouvrer. Si le paiement ne peut pas être assuré par le créancier domiciliataire, l’EC va contre-passer l’écriture portée sur le compte (c’est le remboursement d’une avance faite : il se rembourse en contre-passant le compte du client).

###### B - l’utilisation du chèque

Le chèque est un moyen de paiement qui n’est pas de plein droit pour le titulaire d’un compte. Les EC peuvent accepter ou refuser de délivrer des formules de chèques dites de paiement (problème de la confiance des EC). Quand un client obtient de l’EC désigné par la BDF l’ouverture d’un compte, l’EC est libre de refuser de délivrer les formules de chèques.

Les EC sont chargés de la police des chèques :

l’EC ne peut pas délivrer des formules de chèques à un client avant d’avoir vérifié sur le fichier de la BDF si le client n’est pas sous le coup d’une interdiction bancaire.

La banque doit informer tous les EC auprès de qui le client a ouvert un compte (du fait qu’il y ait eu incident de paiement dans l’EC).

Si le banquier n’a pas vérifié ou a remis des formules de chèques alors que le client est sous le coup d’une interdiction bancaire, l’EC devra supporter la charge du paiement des chèques sans provision émis par son client (le banquier est garant).

Si le banquier refuse de délivrer les formules de chèques, ce refus doit être motivé.

Le tireur doit justifier d’une provision préalable et non à venir. Cette provision doit être maintenue. L’existence de la provision s’apprécie sous la forme du crédit sur le compte ou d’une ouverture de crédit consentie au client par l’EC.

Quand la déclaration d’incident de paiement est faite à la BDF, il y a des recours ouverts par le décret de 35 au tireur sanctionné : il peut demander à l’EC de reconnaître l’ouverture de crédit: possibilité de saisir le juge civil (même si commerçant) pour demander de prononcer l’annulation de l’incident de paiement (incidence sur les pénalités : obligation de régulariser et payer une pénalité libératoire ; si annulation de l’incident, le client ne doit pas payer les pénalités).

Possibilité de saisir le juge des référés pour demander de suspendre l’interdiction bancaire quand les éléments de contestation du tireur du chèque sont sérieux (on pense que le juge du fond pourrait annuler l’incident de paiement).

Quand incident de paiement, l’EC déclare à la BDF : l’EC doit notifier à son client et lui demander de restituer les formules de chèques en sa possession. Le texte a prévu des facultés de résiliation (interdiction bancaire pendant 10 ans).

Possibilité de régulariser par le paiement du chèque, en payant une pénalité libératoire (amende doublée quand plus de 3 régularisations par année). Pénalité due au Trésor public.

Exception : régularisation dans les 30 jours de l’incident de paiement et quand il n’y a pas eu, dans les 12 derniers mois, d’incident de paiement : le tireur du chèque sans provision ne doit pas les pénalités libératoires.

Quand régularisation plus paiement des pénalités : incident de paiement est levé.

Quand compte-joint ou indivis : si incident de paiement suite à l’émission de chèques sans provision par l’un des titulaires du compte : l’interdiction s’étend à tous les titulaires du compte (mais ça ne concerne pas les autres comptes du co-titulaire du compte).

Quand mandataires sociaux tirent un chèque sans provision sur le compte de la sté : interdiction bancaire est limitée au compte de la sté. Cela affecte-t-il ses comptes personnels ? Arrêt chambre criminelle du 8/2/1982 : a considéré que l’interdiction bancaire s’étendait à tous les comptes personnels du mandataire.

L’émission d’un chèque sans provision n’est plus pénalisé. Il y a une possibilité d’intervention du droit pénal : certaines infractions prévoient des peines complémentaires. Ex retrait d’une provision, violation de l’interdiction bancaire.

Il y a pour le bénéficiaire du chèque un droit acquis à la provision. Problème : chèque et des ordres de virements bancaires. Le banquier doit tout d’abord payer le chèque. Le fait d’être payé par chèque est plus intéressant que d’être payé par virement bancaire.

Le processus de paiement ne peut pas être interrompu sauf cas d’opposition au paiement du chèque : perte ou vol d’un chèque, ouverture d’une procédure collective frappant le porteur du chèque, utilisation frauduleuse d’un chèque (ex un mandataire détourne un chèque pour l’encaisser lui).

L’EC n’est pas juge de l’opposition : il doit bloquer la provision dans l’attente d’une décision judiciaire.

Quand l’opposition au paiement du chèque est infondée, le bénéficiaire du chèque va saisir la juridiction judiciaire pour obtenir mainlevée de l’opposition et le paiement du chèque. L’auteur de l’opposition infondée sera soumis à une interdiction bancaire.

On peut obtenir paiement du chèque par intervention des huissiers : on demande à l’EC d’établir un certificat de non paiement du chèque. On l’adresse à l’huissier qui le signifiera au titulaire du chèque. Il aura un délai d’un mois pour payer et s’il ne le fait pas, l’huissier fait un titre exécutoire.

L’EC doit payer le chèque quand la provision est suffisante sur le compte du tireur. L’EC doit vérifier la signature du tireur, si le chèque est signé par quelqu’un n’ayant pas qualité pour le faire, l’EC doit restituer les fonds au client.

Problème : la falsification du chèque. 2 hypothèses :

- le faux est facilement décelable : si EC paye néanmoins, il est juridiquement tenu de supporter la charge de son paiement envers son client. La CdC admet ce raisonnement même s’il y a eu faute du client. Commerciale 28/11/1995, Dalloz affaires pages 122 et s. un client avait facilité l’utilisation de son chéquier à un tiers. la banque avait prévenu. La CdC falsification grossière, EC ne doit pas payer.

- le faux n’est pas décelable à l’œil nu. 2 hypothèses :

 \* le chèque pas l’EC est un faux dès l’origine. Le client n’a jamais mis en circulation ce chèque. La perte devrait être supportée par l’EC.

 \* Le chèque a été émis à l’origine par le client. Falsification des mentions du chèque. L’EC n’est responsable que s’il a commis une faute, mais quelle faute ? puisque la falsification n’est pas décelable.

Dans l’hypothèse où le chèque payé par l’EC est un faux dès l’origine, l’EC peut se dégager de sa responsabilité en prouvant la faute du client.

###### C - l’ordre de virement

L’EC du débiteur reçoit un ordre : débiter le compte de son client et transmettre les fonds à l’EC du créancier.

1 - l’EC du débiteur (qui assure le service des paiements).

Client donne un mandat à l’EC. Forme libre : transmission informatique (diminution des délais et des coûts. L’ordre de virement ne confère aucun droit au créancier . L’EC doit procéder à la vérification de la régularité de l’ordre de virement.

Le banquier doit débiter le compte de son client et transmettre à l’EC du créancier.

2 - le service de l’encaissement (EC du créancier)

L’EC n’a pas été prévenu par personne. L’EC va valablement réceptionner ces fonds pour le compte de son client. L’EC va soumettre cette opération à ratification en envoyant à son client, un avis, ou sur le relevé périodique du compte. La non contestation dans un délai prévu par l’EC vaut acceptation de l’opération.

###### D - les avis de prélèvement

1955-1960 : EDF-GDF recherchait un moyen de recouvrement peut coûteux de menues créances. Le créancier propose au débiteur un système donnant au créancier l’initiative dans le processus de paiement. Le créancier envoie à son débiteur un formulaire d’adhésion au système.

Dans cette convention, on trouve une convention de domiciliation des créances à venir à l’EC du débiteur. Par cette convention, le débiteur donne un mandat permanent à son EC domiciliataire pour qu’il paye toutes les créances dues à son créancier, sous la forme d’un avis de prélèvement dont l’émetteur est le créancier et effectué par l’EC du créancier.

- le créancier, émetteur de l’avis de prélèvement : convention entre le créancier et sa banque pour préciser la forme et les modalités de l’émission et de la présentation des avis de prélèvement

- le débiteur et son EC : mandat permanent : le banquier n’est pas délégataire, il ne s’engage pas à payer lui-même la créance.

Ce mandat est toujours révocable. Le débiteur peut, à tout moment, s’opposer au paiement des avis de prélèvement présentés par le créancier.

Pour protéger le débiteur, ce système n’est utilisé que par des entreprises offrant des garanties sérieuses, le créancier doit avertir son débiteur du débit de son compte à venir suffisamment à l’avance pour que le débiteur puisse vérifier l’existence et le quantum de la créance et révoquer le mandat de payer.

Ce système n’offre pas de garantie pour le créancier : pas de droit acquis, pas de droit sur la provision. Recours en responsabilité contractuelle.

Si il y a chèque et virement et que la provision n’est pas suffisante, le chèque est payé en priorité.

###### E - le titre interbancaire de paiement (TIP)

Le TIP a été lancé en réaction à l’avis de prélèvement. Cies d’assurance n’aimaient pas que le débiteur ait l’impression de ne pas participer au processus de paiement.

Idée : utiliser une formule sans portée juridique émise par le créancier qui la transmet par voie postale : contient un ordre de virement à exécuter au profit du créancier : débiteur date et signe et réexpédie le document à un centre de traitement qui saisit les inscriptions : EC créancier, débiteur, n° de compte... ce centre de traitement donne les ordres de paiement. Opérations entièrement automatisées. Le débiteur doit donner son accord créance par créance. Le centre de traitement du TIP conserve les documents pendant 10 ans. Utilisé par les Cies d’assurance. Le débiteur peut refuser de signer le document et payer par un autre moyen. La portée juridique du TIP est inexistante.

###### F - les cartes de paiement et de crédit

cartes bancaires

Organismes émetteurs adhérent à un GIE.

Retrait dans guichets automatiques. Cartes émises par un EC ou un organisme de l’art 8 de la loi bancaire. Monopole d’émission de ces cartes.

Fonction de paiement : commerçants, prestataires ayant adhéré au système des CB. Paiement du commerçant ou prestataire est fait par leur propre EC. Remboursement par l’EC du débiteur. Loi de 91 : la carte émise par un EC ou un établissement, services art 8 loi 84, qui permet soit le retrait de fonds, soit le transfert de fonds.

Instrument de crédit : EC émetteur de la carte accorde au titulaire CB la faculté de lui rembourser les sommes versées à l’EC du commerçant, prestataire, de manière échelonnée dans le temps, sous la forme d’un découvert plafonné.

Fonction de garantie : certains émetteurs ont fait de la présentation d’une CB l’équivalent d’une autorisation donnée par l’émetteur au commerçant, prestataire.

cartes accréditives

Emises par EC en dehors du cadre bancaire. EC qui émettent ces cartes sont des stés financières : américan express. Servent essentiellement de cartes de paiement. Ne servent en principe pas de cartes de retrait.

cartes privatives

Emises par des grands distributeurs. Permettent le paiement auprès de ces distributeurs des produits vendus par ces distributeurs. Ces cartes sont gérées par des EC : ouverture de crédit auprès de l’EC sous forme de découvert en compte.

##### II - rapports entre émetteur et titulaire de la carte

Contrat porteur ou d’adhérent. CDD renouvelables tacitement, renouvellement de la carte, respect d’un préavis. L’EC peut y mettre fin à tout moment en cas d’inexécution de ses obligations et utilisation abusive de la carte. Si client est un particulier, formaliste du code de la consommation car ouverture de crédit..

a) obligation de l’EC

EC s’engage à rembourser à tout autre EC concernant les sommes payées par cet autre EC à un commerçant, prestataire, quand il y a utilisation de la carte. Cette obligation est, jusqu'à un montant, une obligation de résultat. Pour la fraction excédant le montant garanti, l’EC n’est tenu que d’une obligation de moyen (par rapport aux fonds de son client).

Le titulaire de la carte ne peut s’opposer au paiement que pour perte ou vol de la carte, redressement et liquidation judiciaire du commerçant ou prestataire, mais pas pour utilisation frauduleuse de la carte.

b) obligation du titulaire de la carte

- paiement des cotisations annuelles

- remboursement de l’EC des montants que ce dernier a payé à son confrère

- en cas de perte ou de vol : obligation d’information envers l’EC.

 La charge d’une carte volée ou perdue : jurisprudence 1980-1986 : système informatique offre une grande sécurité. Code : présomption de faute du titulaire de la carte. 8 octobre 1991, deux arrêts (JCP 92 21791).

 \* Utilisation de la carte avant la date de déclaration de perte ou vol : c’est à l’EC d’apporter la preuve, y compris par simple présomption de la faute du client qui est causale de l’utilisation de la carte perdue ou volée. La CdC n’a pa condamné les stipulations contractuelles qui édictent une présomption de négligence de la part du client. Commerciale 1 mars 1994 : cette présomption est valable.

 \* Utilisation de la carte postérieure à la déclaration de perte ou vol. les EC ont les moyens de déprogrammer la carte. A défaut de mise en œuvre de ces moyens, l’EC supportent les conséquences de l’utilisation de la carte.

##### III - rapports entre commerçant et son EC

Convention cadre lie les parties. résiliation à tout moment.

Obligation du commerçant ou prestataire : s’engage à accepter le paiement par carte. Le commerçant fixe les modalité du paiement par carte. Le contrat reproduit le plafond de paiement garanti par l’émetteur de la carte. Pour les somme supérieures au plafond, le commerçant sait que le paiement ne lui est plus garanti. Son EC va payer l’intégralité, mais dans la limite de ce qui n’est pas garanti, son EC ne pouvant se faire rembourser, va se rembourser sur le commerçant : avance sur recouvrement.

Moyen : solliciter une autorisation de dépassement du plafond garanti (donné par terminal). Si l’autorisation est donnée, le commerçant ne court plus de risque.

La commission retenue par son EC sur le montant que doit lui régler l’EC (environ 1 % du chiffre d’affaires).

##### IV - rapports interbancaires

EC du titulaire de la carte garantit le paiement à l’EC du commerçant.

EC du titulaire de la carte se fait rémunérer pour le remboursement de sommes à l’EC du commerçant.

L’EC du commerçant verse une commission à l’EC du porteur de la carte.

**Loi de 91 : infractions** : contrefaçon ou falsification des cartes de paiement et de retrait, usage d’une carte contrefaite, falsifiée en connaissance de cause, acceptation de recevoir un paiement d’une carte contrefaite ou falsifiée (en connaissance de cause). Celui qui utilise une carte volée peut être receleur. Escroquerie.

### chapitre 3

### le service du change

Cours du change : de gré à gré. Cotation

- Opérations de change au comptant :

achat d’un montant de devises contre la vente d’un montant d’une autre devise.

Quand une entreprise française achète des $, cascades d’opérations de change, $ se procurent aux USA.

Ex : entreprise française importation de tapis des Indes. Prix du marché est libellé en $. L’entreprise française demande à son EC de se procurer des $ pour payer le fournisseur indien. EC va déterminer la contre-valeur en F des $. L’EC se procure les $ aux USA. Virer les $ à l’EC aux USA de la banque indienne : créditer la contre-valeur des $ en roupies à la banque en Inde.

- Opérations de change à terme :

Opération par laquelle une entreprise veut se prémunir d’un risque de fluctuation du change qui lui serait défavorable.

Ex importateur français - prix du marché en $. Prix payable à terme. Doit se procurer des $ si risque de hausse du $. Exportateur français : reçoit le prix du marché. Si $ chute, problème.

Importateur : va demander à l’EC d’acheter des $ aujourd’hui au prix d’aujourd’hui que l’importeur paiera dans deux mois.

Exportateur : EC va acheter des $ + contre-valeur. Quand le terme survient, EC achète des $ au prix convenu. EC vont doubler la conclusion de l’opération de change à terme du client d’une opération de change au comptant.

Importateur : EC regarde ce que donne aujourd’hui l’achat de $. Il les achète immédiatement = il se prémunit contre le risque de change. L’EC va se livrer à une simulation entre ce que peut rapporter, sur les deux mois, les francs placés et les $ placés aux USA. Correction de l’offre de l’EC.

Exportateur : attend à terme de recevoir des $. EC va aujourd’hui vendre des avoirs en $. Contre-valeur en F est donc déterminée. EC sait ce qu’il peut proposer. Différentiels de placement, idem plus haut. Il arrive que l’EC emprunte des $ et vende immédiatement les $, évite de diminuer ses avoirs en $.

### chapitre 4

### les operations connexes a l’activité bancaire

#### Les EC ont un rôle dans la formation du capital des sociétés.

Depuis 83, les EC sont habilités à recevoir les fonds provenant de la libération du capital.

Titres côtés : EC proposent ces titres au public. SA : EC acquièrent des titres (un EC ou plusieurs), les conservent pendant un an : renégociation des titres : appel public à l’épargne. Opération de portage.

Les EC ont eu un rôle dans l’intervention en bourse des titres de stés. Les EC transmettent les dossiers pour l’admission à la cotation de stés. Pour garantir la bonne fin de l’opération, on peut faire appel à un EC.

Intervention dans l’offre public d’achat des titres. EC garant des engagements irrévocables de l’initiateur de l’ordre.

#### La fourniture de renseignements

Les EC peuvent fournir à leur clientèle des renseignements sur tels ou tels clients, fournisseurs, partenaires..

Problème : ne doit pas porter atteinte au secret bancaire. Information d’ordre général : pas de problème. Informations particulières : secret bancaire. Ex : un EC a communiqué la liste des clients douteux d’un client à un concurrent de ce client.

Le renseignement bancaire est une source de responsabilité à l’égard de celui qui sollicite le renseignement.

Le renseignement fourni peut être inexact. Régime des obligations de moyens.

Tribunal : le destinataire du renseignement n’est pas dispensé de faire des vérifications.

Les parties peuvent convenir des clauses limitatives de responsabilité. Le renseignement fourni, soit à titre onéreux, soit à titre commercial gratuit. l’EC peut refuser de donner les renseignements.

Responsabilité à l’égard de celui qui est concerné par le renseignement.

Le renseignement n’entre pas dans le domaine du secret bancaire. Renseignement inexact ou diffamatoire : responsabilité délictuelle de l’EC est engagée. Renseignement donné par l’EC est exact, mais la délivrance du renseignement cause un préjudice à celui qui est concerné par le renseignement : perte d’une chance, un marché en principe, pas de mise en jeu de la responsabilité de l’EC. Mais, quand le renseignement a été donné dans l’intention de nuire, c’est différent.

#### La gestion de portefeuilles et de patrimoines

Portefeuilles de valeurs mobilières plus autres types de placement, conseil. EC sont des intermédiaires entre leurs clients et les stés de bourse (monopole de l’exécution des ordres en matière de titres). L’EC est un commissionnaire (différent de mandataire). Il transmet, en son nom, un ordre. Commissionnaire agit, en son nom à lui, pour le compte d’autrui.

#### Produits d’assurance sont présentés par les EC

Emprunt à des PME plus assurance sur la vie du dirigeant. Les EC proposent toutes sortes d’assurance : n’agit qu’en qualité de mandataire d’une personne qualifiée pour proposer des produits d’assurance. L’EC doit informer du refus de l’assureur.

#### Le contrat de coffre-fort

Un EC met à disposition de son client un compartiment dans un coffre-fort. CdC : “ louage de chose ” : ne rend pas compte de l’obligation de surveillance et de garde des choses entreposées dans le coffre.

“ dépôt ” : EC ne sait pas ce qui est entreposé et qui est à part : contrôle, surveillance du coffre.

Dans un premier temps, surveillance : obligation de moyen, diligence. Obligation particulière de surveillance, faute toujours établie par le demandeur.

Le 29 mars 1989, première chambre civile : c’est une obligation de résultat. Surveillance des accès au compartiment des coffres forts.

Le client a l’obligation de se comporter en bon père de famille : pas d’objets dangereux. Obligation de loyer.

Les banquiers ont essayé de faire stipuler une clause de limite de responsabilité : plafond. Inconvénients : celle clause s’efface en cas de faute lourde.

Mise à la charge du client de l’obligation de ne pas déposer des biens dont la valeur est supérieure à un plafond. Sinon, le client est en faute : réparation limitée.

Problème de la preuve du contenu du coffre : peut se faire par tout moyen. Les tribunaux se fondent sur des présomptions.

Souvent, procurations données par le titulaire du coffre : mandataire ou pouvoir agir en leur nom personnel. Si contrat de coffre est un compte joint, pas de problème. Si un seul contractant, l’EC est-il tenu d’indemniser celui qui n’est titulaire que d’une procuration ? pas de contrat entre EC et lui. Jurisprudence : EC doit indemniser la disparition des avoirs personnels de celui qui n’a qu’une procuration.

## titre 2

## les opérations de credit aux entreprises

### chapitre 1

### les opérations de credit aux entreprises : generalites

Distinction entre le crédit accordé au préalable par contrat et le crédit qui résulte d’une tolérance de l’EC. Responsabilité des EC dans l’octroi de crédit aux entreprises.

#### section 1 les crédits consentis avec ou sans engagement de l’EC

##### Mouvement spontané et unique de l’EC.

###### Facilité de caisse

pas d’obligation de maintenir le crédit. Si pas d’engagement ferme, EC : éventualité de payer. EC peut interrompre à tout moment la facilité de caisse.

Important contentieux : de plus en plus les EC préfèrent donner des engagements fermes. EC peut se désengager même avec des engagements fermes.

###### Ouverture de crédit

engagement ferme consenti par un EC de fournir des fonds à son client dans la limite du plafond et à la demande du client. Ex découvert en compte courant, crédit d’escompte, mobilisation de créance par bordereau Dailly, avance en compte courant

L’ouverture de crédit est une promesse unilatérale de crédit. Le crédit ne va pas être forcément exécuté, peut être exécuté partiellement. L’EC va prévoir avec son client les modalités : ouverture de crédit simple ou reconductible, durée, somme, sûretés, modalités de rémunération de l’EC (taux d’intérêt, commission pour risque pris par l’EC). Même si pas d’utilisation, rémunération due.

Régime juridique des ouvertures de crédit : difficulté de distinguer l’ouverture de crédit et la simple facilité de caisse. Possibilité de résiliation, obligation d’information.

 Ouverture de crédit ou facilité de caisse

Problème : ouverture de crédit consentie verbalement ou tacitement. Client : c’est une ouverture de crédit, EC c’est une facilité de caisse. Tribunal va devoir apprécier les faits.

Si permanence, renouvellement habituel d’une telle forme de concours.

Si, sur les 6 derniers mois, ou si pas permanent mais à chaque fois que dépense, EC fait fonctionner le compte à découvert, c’est la preuve d’une convention d’ouverture de crédit tacite.

Ceci est vrai pour les crédits consentis aux particuliers. L’offre de crédit aux consommateurs doit être écrite. Sinon 3 mois de découvert consenti sans écrit, l’EC perd les intérêts.

 Résiliation

*ouverture de crédit est stipulée à une durée indéterminée*. Chaque partie peut y mettre fin de sa propre initiative. Loi 84 art 60 : quand un EC consent un cours habituel à une entreprise et ce concours est à durée indéterminée. L’EC qui veut résilier la convention doit remplir 2 conditions :

 - notification par écrit de cette résiliation

 -respect d’un préavis : contrat, ou, à défaut, de 30 à 60 jours, temps pour trouver une autre EC.

Pas de respect du préavis quand situation du crédité est irrémédiablement compromise ou comportement gravement répréhensible de l’entreprise : double mobilisation d’une créance : escroquerie. Il doit quand même notifier la résiliation du concours.

*Le concours est à durée déterminée*. Les parties doivent respecter le concours jusqu’au terme.

Même en matière d’ouverture de crédit à durée déterminée, la jurisprudence admet la résiliation pour motif grave. Art 60 de la loi de 84 : concours à durée déterminée : situation irrémédiablement compromise et comportement gravement répréhensible, résiliation possible sans préavis.

Pendant le préavis, le concours est maintenu. A l’issue du préavis, le client devra avoir remboursé.

##### Les obligations d’information

Concernant le crédité lui même.

Loi de mars 94, dite loi Madelin : obligation d’information précontractant à la charge de l’EC à destination des entrepreneurs individuels qui sollicitent un concours financier pour des besoins concernant leur activité professionnelle.

S’applique quelque soit le concours prévu, dès lors que l’EC va solliciter une garantie. Entrepreneurs individuels : employeur en nom (différent de l’employeur en EURL). Garantie : peu importe qu’elle soit réelle ou personnelle.

L’EC doit donner par écrit à l’entrepreneur individuel, en précisant la possibilité (offerte par la loi) de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l’exploitation de l’entreprise.

La loi explique que l’entrepreneur a 15 jours pour faire son offre de garantie. Mais, EC pas obligé d’accepter la garantie qu’on lui propose. Cela va obliger le crédité à réfléchir, obliger l’EC a examiner une proposition de garantie.

Sanction du non respect de l’obligation d’information : l’EC ne peut pas se prévaloir des garanties autres qu’il aurait prises ou des garanties personnelles.

Problème des cautions :

Les EC accordent un concours financier à une entreprise sous la condition d’un cautionnement donné par une PP ou une PM. Ils ont l’obligation, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, de porter à la connaissance des cautions, le montant qui reste dû (principal, intérêts, commissions...) au 31 décembre précédent.

Caution donnée à durée indéterminée : EC doit informer la caution de sa faculté de résiliation qui lui est reconnue. La non information de ce qui peut rester dû : perte du droit aux intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la nouvelle information.

Non information de la faculté de résiliation : droit commun : engagement de la responsabilité civile de l’EC en cas de préjudice causé à la caution par ce défaut d’information.

Cautions des engagements d’un entrepreneur individuel qui a obtenu un crédit nécessaire à l’exercice de sa profession. Loi 84, art 48, obligation étendue aux cautions dans l’engagement est à durée indéterminée par une PP. EC doit faire connaître à la caution le montant de sommes dues au 31/12 avant le 31/3. Obligation étendue à toutes les créances d’un entrepreneur individuel.

#### section 2 les responsabilités encourues par l’ec à l’occasion d’un crédit

##### I responsabilité de droit commun.

Pour faute prouvée.

- *Le fait de consentir ou renouveler un crédit* en connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l’entreprise. La situation de l’entreprise peut être difficile, mais il faut une perspective d’apurement de l’entreprise : pas de faute.

Crédit consenti à l’entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise : apparence de solvabilité : les tiers peuvent se plaindre de la continuation de l’entreprise. EC est un professionnel : connaissance effective d’une situation compromise + connaissance des éléments qui auraient dû le conduire à caractériser la situation de l’entreprise.

- *la rupture abusive des concours par l’EC* est une faute. Faculté de résiliation de l’EC plus modalités.

Si l’entreprise elle même est en cessation de paiement. A l’occasion des procédures collectives, période d’observation : l’EC va vouloir rompre son concours. La jurisprudence : l’administrateur judiciaire peut demander la poursuite des contrats en cours. L’EC ne peut pas invoquer l’intuitu personae pour résilier le concours d’une entreprise en redressement judiciaire.

- *l’octroi d’un crédit à une entreprise dont l’activité est illicite* (ou interdiction professionnelle). Quand l’EC consent un crédit à une entreprise dont l’activité est illicite ou l’entrepreneur a une interdiction professionnel, il commet une faute. L’EC doit contrôler la régularité et l’honorabilité de l’entreprise à laquelle il consent un concours, plus une obligation de délation.

##### II responsabilité en tant que dirigeant de fait.

Art 180 loi du 25/1/1985.

Quand insuffisance d’actif et faute de gestion d’un dirigeant de droit ou de fait de l’entreprise, faute contribuant à l’insuffisance d’actif, le tribunal peut mettre à la charge d’un ou plusieurs dirigeants, tout ou partie de l’insuffisance d’actif.

Un EC, s’il s’est immiscé dans la gestion de l’entreprise peut être un dirigeant de fait : tout personne qui exerce une activité positive de direction et de gestion et de manière indépendante. Si EC donne des conseils qui sont en fait des injonctions (sous condition du soutien bancaire) il est dirigeant de fait.

#### section 3 distinction de certains types de crédits

Crédits accordés individuellement ou en pool.

En pool : intervention de plusieurs EC : opération très importante, souci de répartition des risques.

*Diverses modalités sont possibles* :

- chaque établissement intervient dans la mise à disposition des fonds, et pour prendre un risque. Ex 3 Millions = 3 EC, 1 EC = 1 million, risque 1 Million.

- Risques assumés par un EC . fonds appelés par plusieurs EC. Si l’entreprise est défaillante, EC qui prend les risques doit rembourser les autres EC.

- Un EC fournit la somme, risque pris par d’autres.

Le pool bancaire n’est pas forcément apparent aux yeux du client. Généralement un EC est chef de file de ce regroupement : le client s’adresse à lui.

*Fondement juridique* : sté en participation : n’est qu’un contrat. Contrat de sté, apports, partage de bénéfices ou pertes. N’est qu’un contrat, pas de PM, pas d’immatriculation au RCS. Régime : convention principale à défaut code civil.

Le chef de file a des obligations de diligence dans la surveillance du bon déroulement de l’opération de crédit, mesures conservatoires : une certaine liberté d’appréciation lui est reconnue. Obligation d’information envers les membres du pool, les membres doivent vérifier par eux-mêmes certaines choses.

Crédit reposant sur la mobilisation d’un crédit et crédit non mobilisable.

Crédit mobilisable : mobilisation au profit de l’EC d’une créance : escompte, bordereau Dailly. Permet à l’EC de mobiliser à son tour sa créance auprès d’un autre EC.

Crédit non mobilisable : ne repose pas sur une créance.

### chapitre 2

### les credits lies a une mobilisation de créance

#### section 1 l’escompte des effets de commerce

Endossement d’un effet au profit de l’EC. C’est une opération de crédit car EC va en régler le prix à l’entreprise qui lui remet ainsi la traite. L’entreprise va bénéficier immédiatement de fonds sans avoir à attendre l’échéance de l’effet pour aller solliciter du tiré son paiement.

Escompte par caisse : remise au coup par coup d’effets : l’EC n’est pas tenu d’escompter les effets, pas d’ouverturEC.

Crédit d’escompte : ouverture de crédit par laquelle l’EC s’engage à escompter, dans la limite d’un plafond, tous les effets que lui présenteraient un client.

Forme classique d’escompte : remise par le tireur à l’EC.

Pratique : remise à l’escompte de l’effet sur le tiré : quand le tireur n’a pas la surface financière suffisante pour avoir un crédit auprès de sa banque. Ex équipementier auto : clients sont Renault, Peugeot : traite tirée sur Peugeot est présentée à l’escompte par Peugeot auprès de son EC : EC va directement régler le tireur.

#### section 2 le crédit sous forme de cession de créances par bordereau dailly

Opération de nantissement et de cession de créances simplifiée.

Objectifs :

- substituer à l’escompte papier (coût important). Problème : dans le droit des obligations la cession de créance de droit commun comporte un formalisme coûteux.

- permettre le nantissement de créance. Problème : les EC ne veulent pas du nantissement pas bordereau Dailly. Ils préfèrent qu’on leur cède la créance, la cession de propriété étant la meilleure sûreté contre les procédures collectives.

- fondement juridique simple au contrat d’affacturage : subrogation personnelle conventionnelle.

Conditions d’application

 *conditions de fond*

- créances : peu importe la cause des créances

- parties : le cessionnaire ne peut être qu’un EC. Le cédant doit être une PP ou PM de droit privé ou public, mais dans l’exercice d’une profession. Le cédé doit avoir agit dans l’exercice de son activité professionnelle.

 Mobilisation de créance de marchés privés ou publics : problème. Protection des sous-traitants : interdiction à l’entrepreneur de mobiliser la totalité d’une créance : uniquement la quote-part de la créance relative aux opérations qu’il fera lui-même, sauf si l’entreprise apporte une caution bancaire qui garantit le paiement des sous traitants.

 *conditions de forme*

mentions obligatoires : intitulé, loi du 2/01/1981, nom et dénomination sociale de l’EC bénéficiaire, désignation des créances, signature du cédant, date de la cession (opposable aux tiers). la date supporte la preuve contraire par tout moyen. Adjonction au bordereau d’un support informatique.

Effets :

*Cession de créance par bordereau Dailly*

- bordereau utilisé comme substitut de l’escompte.

- mobilisation de créance sur bordereau : le banquier n’en paye pas le prix, il consent un autre crédit : avance, découvert en compte courant... La contrepartie de cette cession de créance est l’ouverture d’un crédit. Les créances sont la garantie du crédit consenti. Problème : ce n’est pas de la cession de créance. La loi de 84 est intervenue pour dire que c’est de la cession de créance.

*Recouvrement de la créance cédée*

- la cession de la créance est opposable au débiteur cédé à compter de sa date. Tant que l’EC n’a pas interdit au débiteur cédé de payer au cédant, le cédé peut valablement payer entre les mains du cédant. Le cessionnaire aura un recours contre le cédant. Quand la cession de créance est notifiée au débiteur cédé, il peut opposer au cessionnaire les exceptions contre le cédant, mais les exceptions personnelles doivent être exercées avant la cession.

*moyen de mettre en échec* :

faire parvenir au débiteur cédé un acte d’acceptation de la cession. S’il accepte, il ne pourra plus opposer une quelconque exception au cessionnaire. Le seul envoi de la notification de la cession ne fait pas échec à l’opposabilité des exceptions.

Les EC ne notifient pas nécessairement : confiance en leur client, plus cédant assure le recouvrement en qualité de mandataire du cessionnaire.

Défaut de paiement du débiteur cédé :

le cessionnaire peut engager des procédures de recouvrement contre le débiteur cédé. Recours ouvert à l’EC contre son client le cédant : le cédant garantit solidairement le paiement de la créance au cessionnaire, le cédant garantit la solvabilité du cédé.

Le cédé qui reçoit notification de la cession de créance, peut commettre une faute s’il n’avertit pas le cessionnaire de l’absence de toute créance, notamment si l’EC demande des informations. Cour Appel Paris 10/4/1992. Pas d’obligation générale d’information (sauf demande de l’EC).

Problème des nullités facultatives de la période suspecte.

Conflit entre EC cessionnaire et autres créanciers d’un même débiteur : EC cessionnaire et la clause de réserve de propriété. Ex centrale d’achat achète sous clause de réserve de propriété. Revente à un détaillant : mobilisation de cette créance par la centrale d’achat. Puis la centrale fait l’objet d’une procédure collective. Le fabricant va revendiquer les marchandises ou le prix non encore perçu des marchandises : réclamation au détaillant. L’EC, titulaire de la créance en paiement du prix réclame au détaillant. Pour la CdC : en pareil cas, revendiquant dans le cadre une réserve de propriété, il y a subrogation réelle Le jour où l’EC est devenu cessionnaire de la créance, celle-ci n’était plus dans le patrimoine du cédant.

#### section 3 l’affacturage

Né dans les années 60. 3 personnes : entreprise cliente, EC affactureur, débiteur des créances qui vont être mobilisées.

L’affactureur s’engage par contrat avec l’entreprise client à lui payer le montant des créances que l’entreprise a sur ses propres clients : factures approuvées.

Ce paiement est fait moyennant une subrogation conventionnelle de l’affactureur dans les droits et actions du client sur son débiteur.

La subrogation personnelle transmet la créance : si la créance est éteinte dans les rapports entre subrogeant et

débiteur, la créance demeure dans les rapports entre subrogé et ce même débiteur : mobilisation d’une créance.

La convention donnant naissance à l’affacturage : autres services :

-pour créances dont EC ne voudra pas devenir titulaire : “ factures non approuvées ”, service de caisse. EC assure son client du service de son recouvrement.

- sélection des entreprises clientes : service de renseignements

- tenue de fichier client, voir établissement des factures.

Clientèle en général est la PME à fortes marges. Dispenser les entreprises à mettre en place ses propres structures.

Domaine d’application : crédit à court terme de 90 jours et créances commerciales.

Les débiteurs peut être des artisans, commerçants, professions libérales, personnes publiques.

Affactureur sont forcément des stés financières (sté française d’affacturage). Pas de règles législative : pur produit de la pratique. Dailly voulait fournir un fondement à l’affacturage, c’est raté. Pratique bien rodée, formule satisfaisante.

Contrat d’adhésion à durée indéterminée, généralement fort intuitu personae. Les clients s’engagent à affecter à l’affactureur la totalité de leurs factures : éviter que le client fasse le tri des bonnes et mauvaises créances. C’est à l’affactureur de faire le tri.

Le client s’engage à communiquer toutes informations sur les éléments de cette créance et sur la personne du débiteur. Pour le tri, + recouvrer sa créance contre les débiteurs après la subrogation.

En principe, l’affactureur n’a pas de recours contre son client en cas d’impayé par le débiteur.

Cette convention prévoit les modalités d’organisation de la mobilisation de la créance : en matière de subrogation conventionnelle, il faut établir une quittance subrogative au plus tard au moment du paiement.

La convention prévoit la rémunération de l’EC.

L’opération de crédit résulte du fait que l’affacturage permet à l’entreprise d’avoir le paiement immédiat de sa créance alors que celle-ci est à terme.

Dans l’affacturage, l’EC n’achète pas la créance, ne paye pas le prix. Il paye la créance exacte. On n’est subrogé que dans la limité de ce qu’on a payé. Les EC inscrivent deux écritures distinctes :

-paiement de la créance fait au créancier (au crédit)

- rémunération prélevée par l’EC (au débit).

La quittance subrogative est établie et n’a pas à être enregistrée car on est en matière commerciale.

Date portée sur le bordereau, quittance suffit.

##### I Rapports entre l’affactureur et son client

affacturage laisse la faculté discrétionnaire à l’EC de refuser la mobilisation de la créance à son profit.

Par type de clients, les EC définissent des plafonds.

Pièces justificatives concernant les créances doivent être fournies par le client : quittance subrogative obligatoire.

La périodicité est définie par convention.

La convention prévoit l’obligation de “ notifier ” au débiteur le transfert subrogatoire de la créance. Cette notification n’a rien à voir avec la notification au débiteur cédé en matière de cession de créance. La notification constitue le débiteur de mauvaise foi de l’informer de la subrogation pour lui interdire de payer valablement entre les mains du subrogeant : éviter que par inadvertance le débiteur paye le subrogeant. Généralement coup de tampon sur la facture envoyée au débiteur.

La jurisprudence rappelle l’efficacité du système : Cour d’appel Paris 17/1195, D affaires 96 n° 2 page 41.

L’inscription au crédit du compte vaut paiement. Paiement + quittance vaut subrogation conventionnelle. Est opposable au débiteur dès qu’elle a été notifiée.

Cette notification a des effets importants : le débiteur est obligé de payer l’EC. Client et EC peuvent convenir que pas de notification et que subrogeant se chargera, comme mandataire du subrogé, de recouvrer la créance.

L’affactureur n’a pas de recours en principe contre son entreprise cliente (subrogeant) en cas de non paiement par le débiteur des créances. Dans la subrogation personnelle, le subrogeant n’est pas garant de la solvabilité du débiteur. Il n’est garant que de l’existence de la créance.

Mais, les EC ont prévu la possibilité d’instituer des recours de leur part contre l’entreprise cliente en cas d’impayé de leur débiteur par le cautionnement (dans la limite d’un plafond généralement). La caution d’une créance future est possible.

##### II Rapports entre l’affactureur et le débiteur

Affactureur : seul et unique créancier du débiteur. Dès la notification du transfert subrogatoire, le débiteur doit payer à l’EC. A défaut de notification, le débiteur peut payer valablement entre les mains du subrogeant.

Problème des moyens de défense dont dispose le débiteur quant il est actionné en paiement par l’EC.

Dans le transfert subrogatoire, la créance est transmise avec accessoires et imperfections au subrogé. Le débiteur peut opposer à l’EC les exceptions qu’il aurait pu opposer au subrogeant. L’opposabilité des exceptions joue à plein quand celles-ci sont inhérentes à la créance (vice de la chose vendue).

Pour les exceptions liées aux personnes, donc extérieures à la créance, elles ne sont opposables qui si elles ont joué ou si elles existent en germe avant la subrogation (le paiement, la compensation).

La subrogation est opposable à compter du jour où le débiteur est informé du transfert subrogatoire. Chambre commerciale3/04/1990 (D 91, page 181).

### chapitre 3

### le creditaux entreprises non lie a une mobilisation de créance

#### section 1 les prets

##### Généralités

Les prêts sont soumis aux règles du prêt d’argent : code civil. C’est un contrat réel. Si pas de remise des fonds, le contrat n’est pas formé.

Ex : une profession libérale avait emprunté à un EC, sous forme d’un découvert en compte courant. Le banquier prend peur. On propose au client d’apurer le compte courant en refinancant par un prêt (le remboursement du prêt étant plus avantageux par le taux) et il y a constitution d’une hypothèque. La banque n’a jamais débloqué les fonds et le financement par compte courant a continué : négligence. Le banquier a voulu saisir l’immeuble. Le contrat de prêt n’étant pas formé, l’inscription hypothécaire étant liée au prêt, le banquier n’a donc pas de titre.

Les fonds, ainsi débloqués, ne le sont pas en vertu de l’exécution du contrat (car contrat unilatéral). Si les fonds sont remis : c’est une condition de formation du contrat.

Quand EC débloque les fonds : modalités variées. Ne sont parfois pas débloquées directement entre les mains du crédité, parfois les fonds sont débloquées pour régler directement des tiers.

Il y a une clause : en cas de non affectation des fonds, il y aura déchéance immédiate du prêt.

Ces prêts peuvent être consentis pour une durée déterminée (moyen, long terme). Quand le concours financier est à court terme, il arrive que ce soit à durée indéterminée (respect d’un préavis)

Il arrive que les banquiers mettent une clause de remboursement anticipé : terme stipulé dans l’intérêt du créancier. Interdit aux débiteurs de faire un remboursement anticipé (intéressant quand les taux d’intérêt baissent) des pénalités sont prévues.

Les sûretés : le crédité fournit des sûretés Voir droit des sûretés. Si dépôt de bilan, que devient la sûreté ?

problème du lien qui peut exister entre le contrat de prêt et le contrat principal.

Ex : achat d’un camion, prêt bancaire. 2 contrats : un contrat de vente entre entreprise et fournisseur, le contrat principal, et un contrat de crédit, le contrat accessoire. Si la vente est résolue, pour vice caché, défaut de conformité, quelle sera l’incidence sur le contrat de crédit ? En droit commun, cette question n’est pas résolue par les textes. Les contrats sont autonomes l’un par rapport à l’autre. cause du contrat de prêt différent vente mais mise à disposition des fonds.

Code de la consommation : opération de crédit aux particuliers. Le législateur a créé le lien entre les 2 contrats : résiliation de l’un entraîne la résiliation de l’autre.

##### Typologie des prêts

###### crédits à court terme (moins de 2 ans)

Prêt classique : fonds portés au crédit du compte du client. Découvert en compte, avances en compte : sûretés généralement exigées (cautionnement par ex).

Crédit courrier : prêt de très, très courte durée (24 à 48 heures). L’entreprise doit régler un paiement important avant un règlement important qu’elle doit recevoir.

Facilités de caisse : entreprise qui n’a pas la trésorerie suffisante pour assurer les dettes en fin de mois. Sont immédiatement régularisés.

Crédits à court terme, mais permanents : découverts. Insuffisance de fond de roulement va être supportée par son banquier.

Crédits relais : durée de plusieurs semaines ou mois : permettre à l’entreprise d’attendre une rentrée d’argent.

Crédit de campagne : activités saisonnières. Une ou deux fois par an : prêts accordés aux entreprises pour financer une activité saisonnière à venir. L’activité remboursera le crédit.

###### crédits à moyen (2 à 7 ans) et long terme (supérieur à 7 ans)

Se sont des prêts purs et simples.

#### section 2 le credit bail

L 6/1/1966 : mobilier, Loi 6/1/1986 certains biens incorporels (fonds de commerce), Loi 31/12/89 immobilier.

##### I - le crédit bail d’équipement mobilier

Location de biens mobiliers acquis par des stés de crédit bail (=EC) qui vont en demeurer propriétaire pendant une période irrévocable pendant laquelle l’entreprise locataire aura la faculté d’acquérir le ou les biens loués selon un prix convenu d’avance et qui tient compte des versements faits à titre de loyers.

Couplage d’une location et d’une promesse unilatérale de vente consentie par l’EC.

Beaucoup de succès, mais les praticiens en sont revenus.

Une entreprise peut se procurer immédiatement un bien sans avoir à faire d’apport initial, utiliser ce bien pendant une période déterminée en versant des loyers et, en fonction de son intérêt, de devenir ou non propriétaire en fin de période de location.

*Problème* : le crédit bail est une formule de financement coûteuse pour l’entreprise. Les loyers contiennent une quote part d’amortissement par l’EC. Quand il s’agit de devenir propriétaire du bien, il est obsolète ou périmé.

En cas de procédure collective, si l’entreprise n’est pas à jour des loyers, l’EC fait jouer la clause résolutoire et revendique le bien dont il est seul propriétaire. on reprend le matériel nécessaire à l’activité de l’entreprise (même si le prix est payé à 99 %).

Crédit bail adossé : un fabricant fabrique un matériel lourd, le vend à l’EC : fonds. EC redonne le matériel en crédit bail au même fabricant. Faculté pour le crédit preneur de sous louer le matériel (entreprises d’avions).

Les loyers de sous location servent à payer les loyers du crédit bail à l’EC. Le crédit preneur sera, s’il le veut, propriétaire à la fin.

Opération de crédit bail est assimilée à une opération de crédit. Mais refus de l’assimiler s’agissant des cautions et de l’art 48 de la loi de 84.

###### A - la conclusion du contrat

Fondamentalement, l’EC a une position ambiguë : - acquiert le matériel mais volonté ferme : ne veut avoir qu’un rôle financier.

Mandat donné par la sté de crédit bail à son futur cocontractant. Objet : négocier auprès d’un fournisseur une offre de vente portant sur tel ou tel matériel. Offre faite à l’EC. Peut être doublée d’une promesse synallagmatique de crédit bail. La sté de crédit bail a, seule, qualité pour accepter l’offre.

Si l’offre convient à EC, le contrat de crédit bail va être conclu + comporte une location, une promesse unilatérale de vente pour un prix déterminé ou déterminable + prise en compte des loyers pour déterminer le prix dans la phase de liquidation.

 Le contrat prévoit que les loyers ne sont exigibles qu’à compter de la livraison du bien.

###### B - la publication du contrat

*Registre spécial* : greffe du tribunal de commerce. Le crédit preneur est immatriculé à titre principal. Tribunal du lieu où se trouve l’EC où le matériel est utilisé. But :

- permettre à tout créancier d’une entreprise de se faire une idée de la solvabilité de cette entreprise.

- conditionner l’opposabilité des droits du crédit bailleur aux tiers. en cas de procédure collective du crédit bailleur peut être opposé aux tiers connaissant le crédit bail. Preuve par tout moyen.

*Documents comptables du preneur* : permettre à toute EC sollicitée par l’entreprise d’apprécier la charge financière que peut représenter ce contrat de crédit bail.

La publicité au RCS est valable 5 ans, et renouvelable.

###### C - l’exécution du contrat

Louage de chose.

EC ne veulent pas avoir d’obligation à leur charge en qualité de crédit bailleurs : rôle financier uniquement. Conventions de crédit bail : dérogations au louage de chose.

1 - les obligations du bailleur

*Art 1719 Ccivil : obligation pour le bailleur de délivrer la chose au preneur*.

Dans un contrat de crédit bail, il incombe au crédit preneur d’obtenir lui-même la livraison par le vendeur du matériel loué. Appréciation par l’acquéreur de la conformité de la chose livrée à la chose promise.

Le crédit preneur est mandaté par le crédit bailleur pour réceptionner la chose.

Le crédit preneur s’engage à n’exercer aucun recours contre le crédit bailleur quand la livraison est défectueuse ou pour défaut de livraison.

Le crédit preneur peut exercer des recours contre le fournisseur

*le fait de supporter les grosses réparations de la chose*.

Cette obligation dans un contrat de crédit bail est évacuée. Les stés de crédit bail ne tiennent pas à entretenir la chose. Le crédit preneur a l’entier entretien de la chose. Clause : le crédit preneur ne peut suspendre le paiement des loyers si la chose est inutilisable à la suite d’un défaut d’entretien.

*1721 Ccivil : obligation de garantie contre les vices cachés ou défaut de la chose louée* la rendant impropre à son usage normal.

Dans le crédit bail, pas d’obligation de garantie. Interdiction de suspendre le paiement des loyers. En contre partie, le bailleur doit transférer au crédit preneur les droits et obligations du preneur contre le vendeur de la chose avec vice sont transférées au crédit preneur.

1722 Ccivil : en cas de perte totale de la chose louée par cas fortuit, le bail est normalement résilié. La perte partielle par cas fortuit, le locataire peut demander la résiliation ou la diminution du loyer.

Crédit bail : perte partielle même par cas fortuit, force majeure, le locataire doit réparer à ses frais, pas de suspension ou de réduction des loyers. Perte totale, le locataire doit s’acquitter des loyers restant dus.

Le crédit-bail prévoit une obligation d’assurance (crédit preneur doit s’assurer).

Dommages causés par l’utilisation de la chose.

Civilement, le bailleur n’est pas responsable, car pas gardien de la chose. Mais on ne sait jamais ! obligation pour le crédit preneur de souscrire une assurance garantissant les dommages causés par l’utilisation normale oui non de la chose.

2 - les obligations du locataire

Celles qui naissent du report qui incomberaient normalement au bailleur.

Le crédit preneur s’engage à utiliser le matériel conformément à sa destination. Obligation de moyens quant à la conservation de la chose (bon père de famille).

Obligation de payer les loyers : à échéance + clause de résiliation de plein droit en cas de non paiement d’une échéance. Si la convention est résiliée, reprise du bien par l’EC.

Clauses pénales : crédit preneur doit payer la totalité des loyers restant dus (immédiatement).

Obligation d’informer le bailleur de tout incident entraînant la non utilisation du matériel loué. + interdiction faite au preneur de déplacer le matériel loué sans autorisation du crédit bailleur. Le locataire doit avertir le crédit bailleur de toute mesure de nature à porter une atteinte au droit de propriété : saisie exécution ou mesure conservatoire sur ce bien.

Interdiction faite au crédit preneur d’inclure dans un nantissement le bien, objet de contrat de crédit bail.

Information du bailleur des locaux quant à l’existence du crédit bail. Car le bailleur a un privilège sur les biens entrant dans les locaux loués.

###### D - les litiges entre le fabricant et le crédit preneur

Fournisseur : matériel non conforme, vice caché... acheteur a des actions contre le vendeur. Inexécution de l’obligation de délivrance, garantie contre vice caché. Une des sanctions : anéantissement rétroactif de la vente normalement dans les rapports entre acquéreur et vendeur.

Le banquier ne veut pas se mêler de ces problèmes : pas de recours du preneur contre le bailleur.

Idée de transférer au crédit preneur les droits et actions du crédit bailleur contre le vendeur de la chose. Permettre ainsi au crédit preneur d’actionner le vendeur en laissant en dehors le bailleur.

Fondement : mandat - stipulation pour autrui.

Souvent, les crédits preneurs ont entendu exercer l’action qui tend à la résolution de la vente : le crédit preneur poursuit ensuite le crédit bail, anéantissement du contrat principal. Poursuite de l’anéantissement du crédit bail. :Les stés de crédit bail l’ont mal pris. Litiges car positions divergentes entre la chambre civile et commerciale.

Chambre mixte : la chambre commerciale est favorable au maintien du contrat de crédit bail en cas de résolution de la vente (9/1/1990). La première chambre civile : anéantissement et crédit bail (9/3/1982).

Chambre mixte du 3/3/1989 : 3 arrêts du 23/11/90.

CdC : la résolution de la vente entraîne la résiliation du crédit bail sous réserve de l’application des clauses convenues par les parties qui auraient pour objet de régler les conséquences de la résolution du contrat principal.

Les clauses : en cas de résolution de la vente, le crédit preneur est garant de la restitution par le vendeur du prix de la chose vendue. Vendeur est solvable, il restitue le prix, vendeur insolvable, le crédit preneur est engagé à restituer le prix payé au vendeur. Clause valable pour la CdC.

NB : problème de la cause du contrat.

###### E - la fin du contrat de crédit bail

le locataire ne lève pas l’option : restitution du matériel.

Il lève l’option : EC transfère la propriété, entreprise verse le prix résiduel.

Convenir de faire succéder à ce contrat de crédit bail un contrat de location pur et simple de ce matériel.

Ces contrats ont été générateurs d’une loi de 1975 qui a investi le juge d’un pouvoir modérateur contre les clauses pénales quand manifestement elles sont excessives ou dérisoires (art 1152 Ccivil). Modération de la clause pénale en fonction de l’avantage procuré au créancier par l’exécution partielle du contrat.

##### II - le crédit bail en matière de fonds de commerce et d’éléments incorporels

Le législateur a permis un crédit bail portant sur fonds de commerce (1966 puis 1986). Même régime qu’au dessus.

Pas de succès : en cas de résiliation de la convention le fonds de commerce est restitué à l’EC, l’EC est obligée de continuer les contrats de travail (licenciements).

1989 : modification : pour donner un seul élément incorporel du fonds de commerce : le droit au bail. Les stés de crédit bail peuvent être titulaire du droit au bail et le mettre à disposition du commerçant. Si le contrat est résilié, EC récupère le droit au bail.

Mais décret de 1953, d’ordre public : Le crédit bailleur est seul à pouvoir demander le renouvellement. Mais, pour le reste, solutions contractuelles.

##### III - le crédit bail immobilier

- le crédit bail immobilier direct :

crédit bail de matériel d’équipement appliqué à un immeuble. Le crédit preneur mandaté pour acquérir le terrain, pour passer le faisceau de contrats nécessaires à la construction. Publicité du crédit bail : si phase de location supérieure à 12 ans publicité foncière et hypothèque.

- le crédit bail immobilier indirect :

création d’une sté civile immobilière : seront associés le crédit preneur et la sté de crédit bail. La SCI fait construire. La sté de crédit bail va contracter le crédit bail avec cette SCI, elle va financer l’acquisition du terrain.

La SCI va louer les locaux (contrat de départ) pour une très longue durée à l’entreprise utilisatrice (co associée de la SCI). La SCI va rembourser les avances consenties par la sté de crédit bail.

La promesse unilatérale de vente porte sur les parts sociales de la SCI, prix convenu d’avance tenant compte des loyers versés.

En fin de période de location, la levée de l’option consiste pour le preneur à devenir propriétaire de toues les parts (= fin de la SCI) (ou achat par le conjoint) assurer la propriété de l’immeuble. Si le preneur ne lève pas l’option, la sté de crédit bail reste propriétaire de ses parts.

Le montage a un intérêt fiscal.

Difficultés : bail à usage commercial, décret de 53. CdC : on est pas en présence d’un bail commercial car loyers payés ne correspondent pas à la valeur locative de l’immeuble, les loyers recouvrent l’amortissement de l’acquisition de l’immeuble.

### chapitre 4

### le crédit par signature

#### la cautionnement bancaire

EC se porte caution pour un de ses clients à titre onéreux. Octroi de sûretés au banquier. Le créancier ou la loi peut exiger un cautionnement bancaire. Cautionnement commercial : régime du contrat de cautionnement. Caution subrogée par effet de la loi dans les mains du créancier qu’elle désintéresse.

#### la garantie indépendante

Engagement d’un EC de payer une somme déterminée à la demande du bénéficiaire de cette garantie et sans pouvoir invoquer les moyens tirés du contrat entre le garanti et le créancier de la garantie pour refuser de payer.

engagement de l’EC est autonome de l’engagement du débiteur garanti. Différence avec la caution.

Ex : exception d’inexécution. Dans la garantie indépendante, on ne peut invoquer une telle exception. CdC 1982 et 1983 : chambre commerciale 20/12/82 a consacré le caractère autonome de la garantie. Nullité du contrat : le banquier s’est engagé, sauf hypothèse de la fraude, le banquier doit payer.

Chambre commerciale du 13/12/1983 indépendance de l’engagement du garant inexécution fautive du créancier invoquée par la banque.

Si le débiteur a payé, le garant peut invoquer ce paiement. Si nullité ou résolution (effet rétroactif) du contrat, (décision définitive) le garant peut l’invoquer pour refuser de payer.

La fraude joue rarement.

La garantie indépendante peut être stipulée pour que le garant puisse être actionné à la première demande.

Garantie souvent subordonnée : garantie sur demande justifiée : demande doit être motivée (ex par une inexécution contractuelle du client de la banque).

Garantie documentaire : paiement sur présentation de documents.

Régime juridique : l’EC est tenu de payer, sauf fraude. Il a un recours contre son client pour se faire rembourser l’intégralité de ce qui a été payé au bénéficiaire.

Si la garantie indépendante est mise en jeu et que la mise en jeu n’est pas fondée, le client de l’EC a un recours contre son créancier qui a reçu le paiement par l’EC.

#### Le crédit par acceptation

EC joue le rôle du tiré d’un effet de commerce. L’EC entend payer l’effet à échéance. L’EC consent une ouverture de crédit à son client pour payer l’effet de commerce si le client n’est pas en mesure de payer l’effet.

#### Le ducroire de banque

ducroire : garantie de la bonne fin d’une opération.

Ici, l’EC garantit un vendeur contre l’insolvabilité éventuelle d’un acquéreur. Donné sous forme cambiaire.

Ex : EC avalise le tiré alors même qu’EC va escompter la traite : l’EC est implicitement, mais nécessairement censé avoir renoncé à ses recours cambiaires contre le tireur. Si le tiré ne paye pas, l’EC ne va pas recourir contre le tireur qui a un recours contre l’aval.

### chapitre 5

### éléments sur le crédit au commerce international

#### le crédit documentaire

Exemples :

- connaissement : document établi par le transporteur de marchandises. Titre de transport qui représente la marchandise. Celui qui l’a en sa possession est censé être en possession des marchandises.

- Documents douaniers nécessaires pour prendre possession des marchandises.

- Documents d’assurance

Dans le commerce international, circulation de documents : on lie une garantie donnée par un EC à la remise de documents. Crédit documentaire : un expéditeur va exiger de son acheteur qu’il y ait intervention d’un EC (au moins) qui va intervenir pour permettre le paiement d’une lettre de change. Mais ce paiement ne sera fait que contre la remise des documents.

EC s’engage personnellement à l’égard de l’exportateur pour payer contre remise des documents : engagement direct de l’EC au profit de l’expéditeur. Engagement irrévocable.

EC fournit à l’acheteur étranger les sommes nécessaires au paiement du vendeur exportateur : pas d’engagement juridique de l’EC qui intervient à l’égard du vendeur = ouverture de crédit consentie à l’acquéreur. L’obligation juridique est à l’égard de l’acquéreur. C’est révocable. Crédit documentaire révocable.

Convention entre vendeur et acheteur : parties conviennent que le règlement du prix se fera au moyen d’un crédit documentaire.

Seconde convention entre acheteur et un EC. Modalités : crédit documentaire révocable ou irrévocable. Emission d’un document : preuve de la mise en place du crédit documentaire. Montre de quel crédit documentaire il s’agit. Indique les documents exigés.

EC a l’obligation de vérifier les documents : formellement.

La convention fixe les éléments de rémunération de l’EC.

Acheteur produit la lettre de credit, preuve qu’un EC s’est engagé.

Dans le commerce international, plusieurs EC s’engagent : l’opération se double d’un engagement d’un EC dans le pays de l’exportateur qui s’engage à payer au vendeur. Cet EC est garanti par l’EC de l’acquéreur.

L’EC n’est tenu de payer qu’aux vues des documents prévus et vérification de leur régularité formelle. L’EC procède à la levée des documents : paye ou mise à disposition des fonds. EC demande remboursement à son client. EC a le droit de retenir les documents et même de faire vendre les marchandises (décision de justice).

## titre 3

## les operations de credit aux particuliers

Loi 26/7/1993 : code de la consommation.

Première lois : 1972. Loi du 10/01/1978 : crédit mobilier, loi du 13/7/1979 : crédit immobilier. Loi de 89 sur le surendettement.

### chapitre 1

### les opérations de crédit mobilier à la consommation

Domaine d’application :

L 311-1 à L 311-37 : toute opération de crédit à la consommation, ainsi qu’à son cautionnement éventuel, dès lors que ces opérations de crédit sont consenties à titre habituel à des PP ou à des PM, peu importe que l’opération soit faite à titre onéreux ou à titre gratuit.

Prêts à la consommation, opérations de location-vente, ventes, prestations de service, avec paiement échelonné -= crédit vendeur).

Sont soumises à cette législation, les seules opérations de crédit à la consommation.

Sont exclus les crédits consentis pour l’activité professionnelle. Ne sont pris en compte que les crédit d’une durée supérieure à 3 mois.

Cette loi n’est pas applicable au crédit d’un montant supérieur à 140 000 F, ni au crédit immobilier, sauf si le crédit est inférieur à 140 000 F et est destiné à des travaux dans un immeuble.

Est exclu le contrat de crédit ai a donné lieu à l’établissement d’un acte notarié (obligation de conseil du notaire = protection).

Ne concerne pas les crédits accordés aux PM de droit public.

Crédit lié : affectation des fonds à une opération, un contrat principal.

#### section 1 les règles générales

##### l’information préalable

Contrat d’adhésion, donc information préalable.

D’une manière générale : toute publicité portant sur une opération de crédit, doit comporter des mentions obligatoires : identité EC, nature de l’opération, durée, objet, le TEG (taux d’intérêts, commission, frais).

Sanctions pénales.

D’une manière précise : au moment de la pollicitation, remise d’une offre préalable : document écrit, remis en 2 exemplaires par l’EC au client potentiel et à la caution éventuelle. Oblige l’EC a maintenir l’offre pendant 15 jours. Mentions obligatoires : identité de l’EC, de celui à qui l’offre est faite, nature de l’opération, TEG...

sanction : perte pour l’EC du droit aux intérêts (contractuels et légaux).

1ère chambre civile janvier 1996, D’affaires page 171 chronique : découvert pendant 3 mois : tacite - plus d’intérêt.

Cour appel Versailles novembre 95 : carte bancaire : découvert sur compte. EC payait.

##### La conclusion du contrat

Acceptation par le destinataire de l’offre de cette offre préalable écrite. Législateur : dérogation au droit commun des contrats. Possibilité après formation du contrat de revenir unilatéralement sur l’acceptation pendant 7 jours après l’acceptation de l’offre. Pendant ce délai, aucun paiement ne peut être fait par l’EC, aucun prélèvement ne peut être fait par le crédité.

L’adhésion à l’offre et la possibilité de rétractation se fait sur le même bon. Sont détachables.

La caution : a reçu l’offre. Ne s’engage comme caution que si elle fait précéder sa signature d’une mention manuscrite qui doit reproduire à la virgule près, la formule de la loi : explique le cautionnement.

Si caution solidaire, seconde mention qui explique le cautionnement solidaire, puis signature.

Sanction : nullité absolue du cautionnement : c’est une condition de validité du contrat.

Caution : règles applicables que pour les caution personne physique.

##### Le déroulement de l’opération de crédit

Il est interdit à l’EC de faire engager cambiairement le ou les crédités. Le consommateur est dans le même cas qu’un mineur.

Loi : le crédité doit toujours pouvoir faire un remboursement anticipé : c’est d’ordre public.

Les clauses mettant une pénalité pour remboursement anticipé sont limitées par la loi (plafonnement).

En cas de défaillance du crédité, l’EC peut procéder à une déchéance du terme, mais les indemnités complémentaires sont plafonnées. Protection contre les clauses pénales + pouvoir modérateur du juge.

Le débiteur actionné en paiement peut réclamer des délais de paiement (Ccivil : droit commun), + procédure de surendettement des ménages (commission devant la BDF, procédure judiciaire : pouvoirs exceptionnels du juge).

Cautions : toute personne physique, caution, doit être immédiatement avertie par l’EC du premier incident caractérisé du paiement : incident de paiement donnant lieu à inscription sur un fichier de la BDF.

Sanction : la caution n’est pas obligée au paiement des intérêts et pénalités de retard échus entre le jour de l’incident de paiement et le jour où la caution est informée.

Ces cautions ne sont plus obligées à payer quand elles peuvent démontrer que l’engagement qu’elles ont souscrit était manifestement disproportionné à leurs biens et revenus. Si, au moment où la caution est actionnée en paiement, elle a les moyens d’honorer son engagement, elle doit payer.

#### section 2 règles particulières au crédit lié

##### Crédit lié : contrat accessoire

la publicité préalable doit indiquer quel est le bien ou la prestation de service sur lequel porte le crédit.

En matière de crédit lié, l’offre préalable n’est pas, en fait, présentée par l’EC, mais par le vendeur. Un EC fait une offre préalable de crédit, mais ne connaît pas le destinataire.

L’EC a une faculté de rétractation pendant 7 jours (a 7 jours pour donner son agrément). Contrat est définitivement formé après 7 jours.

Quand l’EC ne fait pas connaître son agrément au client, il est présumé avoir refusé son agrément.

Agrément au delà de 7 jours, le crédité peut accepter à son tour.

##### Crédit lié : consommateur

Il veut le bien tout de suite mais il y a le délai de rétractation de 7 jours. Aménagement du délai de rétractation : si le consommateur demande la livraison immédiate du bien, possibilité de diminuer le délai de rétractation à 3 jours (mention manuscrite nécessaire).

Si le vendeur ne résiste pas et livre immédiatement, il le fait à ses risques et périls.

##### Liaison entre contrat principal et contrat de crédit

A la conclusion du contrat :

l’offre préalable doit mentionner le bien qui doit être financé dans le contrat principal, référence au contrat de crédit.

La loi subordonne la conclusion du contrat principal à la conclusion préalable du contrat de crédit.

Le consommateur ne doit pas payer avant la fin du délai ou agrément. Le contrat principal subit le contrecoup de la formation du contrat de crédit. Pas de crédit, le contrat principal tombe.

##### Exécution du contrat

- le vendeur n’est tenu de livrer qu’après avoir été avisé de ce que le contrat de crédit est formé.

- les obligations du crédité ne prennent effet qu’à la livraison du bien ou l’exécution de la prestation de service.

- résolution annulation du contrat : le contrat principal est résolu ou annulé, le contrat de crédit est également résolu ou annulé. CdC civile 1ère 27/2/1996.

Les actions nées du contrat de crédit sont soumises à un délai de forclusion de 2 ans (pas de suspension, pas d’interruption).

Les litiges sont de la compétence exclusive du tribunal d’instance.

### chapitre 2

### les opérations de crédit immobilier à la consommation

L 312-1 à 313-16 code de la consommation.

L’opération de crédit est le plus souvent un prêt.

#### Domaine d’application

Opération de crédit :

- Financement de l’acquisition d’immeuble à usage d’habitation et à usage mixte (usage d’habitation et professionnel).

- Acquisition de parts sociales de sociétés qui donnent droit à la propriété ou la jouissance d’immeuble (habitation ou mixte).

- Dépenses de construction, réparation, amélioration, entretien d’immeuble pour des travaux d’un montant supérieur à 140 000 F.

- Opération finançant l’acquisition de terrain.

- Opération de location-vente ou location avec promesse de vente d’immeuble.

Personnes : particulier. Sont exclues les personnes empruntant à des fins professionnelles, les PM de droit public, les professionnels de l’immobilier.

#### Régime juridique

##### la conclusion du contrat

information préalable : mentions obligatoires dans toute publicité en France. Identité de l’EC, caractéristiques, TEG...

offre préalable écrite : mentions obligatoires.

Mêmes sanctions.

Dans l’immobilier, pas de délai de rétractation, mais délai de réflexion de 10 jours après l’offre préalable.

Adhésion : par l’acceptation de l’offre. EC lié pendant 30 jours (maintien de l’offre). Pas de délai de rétractation. L’offre préalable de crédit ne peut être acceptée valablement qu’après l’expiration d’un délai de 10 jours.

Cautions : offre préalable doit lui être transmise.

Si la caution est une PP, mention manuscrite : termes de la loi, condition de validité du contrat. Si solidaire, seconde mention..

Avertissement dès le premier incident de paiement caractérisé, sinon caution pas obligée au paiement des intérêts, pénalités échus entre l’incident et l’information.

L’EC ne peut se prévaloir du cautionnement si la caution montre que l’engagement est manifestement disproportionné par rapport à ses biens, ses revenus.

Lien entre le contrat principal et le contrat de crédit.

Obligation de faire figurer dans le contrat principal qu’il y a recours à un ou plusieurs crédits. Dans le contrat de crédit : affectation des fonds.

Si dans le contrat principal, on oublie de faire référence au contrat de crédit, le contrat principal est réputé nécessiter un crédit afin de faire bénéficier le consommateur de la législation protectrice.

Pour éviter la législation, l’acquéreur doit écrire qu’il ne veut pas recourir à un crédit, et il sait que s’il devait recourir à un crédit, il ne pourra pas se prévaloir de ces dispositions.

Le contrat principal est conclu, de part la loi, sous condition suspensive du ou des prêts nécessaires à l’acquisition.

La loi prévoit une durée minimale d’un mois pour la réalisation de cette condition suspensive (les parties peuvent augmenter la durée).

Le contrat de crédit est conclu à l’expiration du délai de 10 jours, mais cette formation est assortie d’une condition résolutoire : non conclusion dans un délai de 4 mois du contrat principal.

##### Déroulement de l’opération

Tribunal peut décider de suspendre l’exécution du contrat de crédit quand un litige survient dans l’exécution du contrat principal.

Lien quand résolution du contrat principal : résolution du contrat de vente d’immeuble (défaut de conformité) le contrat de crédit est lui-même résolu ; Pas de texte, mais CdC : condition résolutoire dans délai de 4 mois.du contrat principal : résolution = n’a jamais existé. N’a jamais existé pendant les 4 mois du contrat de crédit, celui-ci tombe. Fondement textuel : art L 312-12. Civile 1ère 13/2/1996.

Pas d’engagement cambiaire, pas de prohibition d’un remboursement anticipé, plafonnement des pénalités contractuelles. Clauses pénales en cas de défaillance du crédité : plafonnement.