

PRÉVISION EN DROIT DES CONTRATS BANCAIRES : UTOPIE OU NÉCESSITÉ ?

La prévision érigée comme un système fiable est une nécessité dans le monde bancaire et de l'assurance. En effet, les clients comme les banques encourent certains risques en raison des opérations de crédit liés à la composition de la dette ou encore à la capacité de l'emprunteur à rembourser. Des méthodes d'évaluation des risques ont donc été mises en place afin de permettre la décision d'octroi du crédit avec maîtrise du risque notamment par recours à des mécanismes contractuels.



Par Bénédicte BURY
Avocat associé
B. Moreau-Avocats
Membre du Conseil
national des barreaux

L'actualité du monde bancaire et de l'assurance établit la nécessité d'une prévision érigée comme un système fiable.

« Pivot de l'économie de marché, l'endettement est devenu non seulement « un mode habituel de gestion des patrimoines », que ce soit ceux des entreprises ou des particuliers, mais encore une véritable technique de gouvernement »⁽¹⁾.

Tout financement est par nature une anticipation de l'avenir.

Les événements futurs étant inconnus, l'adoption d'une démarche de gestion des risques est incontournable. Elle est d'ailleurs, dans ce domaine, parfois imposée aux acteurs économiques.

Les risques encourus par les clients et les banques du fait des opérations de crédit peuvent être classés en quatre catégories : le risque de taux, le risque de non mobilisation des crédits accordés, le risque d'insolvabilité et le risque des créances nées sur l'étranger⁽²⁾.

Les risques du crédit ont impliqué le développement d'outils de gestion des risques.

Les méthodes d'évaluation des risques au moment de l'octroi du crédit, la modélisation⁽³⁾ du risque comme les techniques « de *scoring* » permettent de prévenir, tandis que la couverture des risques est réalisée par divers moyens, le choix du moyen dépendant du risque que l'on souhaite couvrir ou supprimer.

(1) D. Mazeaud, RDI 1995, p. 641.

(2) Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, n°s 492 et 493, p. 344.

(3) La sélection par modélisation permet la détermination d'une probabilité de sinistralité mais cette vision globale est souvent opposée à une approche individuelle, plus « humanisée » et de nature à écarter des emprunteurs solvables par une approche « mathématique ».

La loi du 1^{er} juillet 2010, laquelle prévoit, l'établissement d'une fiche d'information permettra peut-être pour le crédit à la consommation de favoriser le crédit réciproquement responsable et la prise en compte d'une approche individualisée.

Ces moyens reposent sur une idée essentielle tenant à la conclusion d'un contrat, lequel peut intervenir concomitamment ou postérieurement à l'opération de crédit tandis que la couverture concomitante peut être offerte par les techniques de l'assurance et des garanties. La couverture *a posteriori* peut l'être par la pratique des prêts substitutifs⁽⁴⁾.

Le contrat peut également imaginer des techniques d'adaptation dans le temps afin de rechercher la flexibilité utile à l'inscription de la relation de crédit dans la durée afin de participer à un objectif de sécurité et stabilité.

I. RISQUES LIÉS À LA COMPOSITION DE LA DETTE

Les parties peuvent prévoir contractuellement les modalités de modification d'éléments de la dette, comme son prix ou sa durée.

A. Le prix : le risque de taux

L'évolution des taux a fait naître la nécessité d'inclure des clauses d'indexation dans les contrats de prêt.

En effet, en 1980, les taux d'intérêts étaient de plus de 10 % pour les crédits immobiliers et près de 20 % pour certains crédits à la consommation. Puis, les taux ont baissé pour atteindre aujourd'hui en moyenne 3,50 % pour les crédits immobiliers et 5 % pour les crédits à la consommation.

1. Clauses d'indexation ou la prévision du risque de taux

Le risque de taux est lié à la variation des taux d'intérêt. Il se réalise, pour les clients, lorsque, par exemple, ces derniers ont emprunté à une époque où les taux d'intérêt étaient élevés, lesdits taux ayant subi une variation à la baisse postérieurement à l'octroi du crédit. Ce risque est également encouru par les banques : il résulte de l'octroi de crédits à taux fixe financés à l'aide de ressources ou dépôts à taux variables.

Les clauses d'indexation peuvent constituer une réponse pour permettre de faire évoluer le taux en fonction d'un indice de référence lié à l'objet du contrat.

(4) Th. Bonneau, *op. cit.*, n°s 492 et 493.

« L'évolution des taux a fait naître la nécessité d'inclure des clauses d'indexation dans les contrats de prêt »

Ces clauses prévoient que le taux d'intérêt est déterminé à partir d'un indice de référence ⁽⁵⁾. Le législateur a souhaité encadrer la pratique des clauses d'indexation ⁽⁶⁾ comme la renégociation du prêt afin d'éclairer le consentement du consommateur.

Cet encadrement permet de mettre en place ces clauses afin de prévoir et d'anticiper les évolutions du marché, des taux d'intérêt et de maintenir, en conséquence, l'économie du contrat, guide de la conception de ces clauses ⁽⁷⁾.

Sans revenir sur la crise dite « crise des *subprimes* » ⁽⁸⁾, cette clause permet de gérer le risque de taux et palier, selon les périodes de fortes augmentations ou diminution, le risque pouvant se transformer en risque de non remboursement de crédit.

2. De la prévision au pari

La Cour de cassation ⁽⁹⁾ retient que la convention de *swap* de taux d'intérêt est marquée par la « simplicité » et son « absence de risque » ; dès lors, le banquier n'est pas tenu d'une obligation de mise en garde particulière lorsqu'il conclut une convention de *swap* de taux d'intérêt. En effet, ce n'est pas parce que cette convention présente un aléa qu'elle est nécessairement spéculative.

La convention permettait au client (une SCI) lié au crédit immobilier général par un prêt à taux variable, d'échanger celui-ci contre un taux fixe que lui consentait la Société Générale. Ce taux fixe présentait pour particularité d'être peu élevé pendant les trois premières années (3,96 %) puis nettement plus lourd (9,95 %) sur les douze années suivantes. Parvenu dans la phase « chère » du remboursement, le client regrettait manifestement d'avoir parié sur une hausse des taux et décidait d'agir en résiliation du prêt et dommages-intérêts, en invoquant un manquement de la Société Générale à son devoir de mise en garde. La cour d'appel a relevé « la particulière simplicité de l'opération de *swap* convenue », « la volonté de la SCI de bénéficier d'un taux fixe de préférence à un taux variable, pour ne prendre aucun risque » et le fait que « la seule inconnue était l'évolution du taux variable de référence ».

La chambre commerciale a indiqué qu'« il résultait de ces constatations et appréciations que la SCI connaissait la charge

maximale d'intérêts qu'elle devait être conduite à supporter et qu'elle ignorait seulement l'étendue de l'éventuel bénéfice résultant des intérêts variables, supportés seulement par la banque, venant, par compensation, diminuer sa propre charge d'intérêts » ⁽¹⁰⁾.

La prévision contractuelle concernant les évolutions du marché et l'équilibre financier du contrat est donc une nécessité pour maintenir l'économie du contrat et prévenir les risques de « non-remboursement ». Les parties, par ailleurs, auront toujours la possibilité de renégocier le contrat, d'obtenir un rachat ou de négocier un rachat de crédit dans un marché concurrentiel.

Le prêt *in fine* adossé à un contrat d'assurance-vie offre une illustration supplémentaire d'aménagements contractuels retenus par les parties.

Le prêt *in fine* est en effet associé à un placement, généralement un contrat d'assurance-vie ayant la même échéance. Ce sont les fonds issus du placement qui permettent le remboursement, *in fine*, du prêt.

La jurisprudence a pu considérer qu'il s'agissait d'un montage classique permettant notamment, par le moyen d'un prêt *in fine* adossé à un contrat d'assurance-vie, de couvrir tout ou partie de l'amortissement du capital grâce au rendement procuré par le placement de la somme empruntée ⁽¹¹⁾.

Il incombe alors au banquier qui propose ce schéma de donner au client les informations qui lui sont nécessaires pour procéder au choix et prendre la mesure du risque auquel son choix est susceptible d'exposer son placement.

B. La durée : le risque de remboursement anticipé

Il est généralement convenu que l'emprunteur peut, à son initiative, rembourser par anticipation tout ou partie du prêt consenti.

Le contrat de prêt peut organiser ce « non-remboursement » selon les modalités initiales du contrat (inexécution du contrat selon les modalités et le terme convenu).

Pour ce qui concerne le prêt immobilier, il s'agit d'un droit d'ordre public, que le contrat ne peut pas prohiber. Les parties disposent de la faculté d'aménager contractuellement cette évolution du contrat par des limites fixées pour les remboursements sans pénalité, comme l'instauration d'une indemnité de remboursement anticipé, encadré par le législateur ⁽¹²⁾.

Le législateur ⁽¹³⁾ a prévu que cette indemnité n'est pas due lorsque le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son

(10) Note Cass. com., 19 juin 2007, n° 05-22037 : RDC, p. 304.

(11) Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-11618.

(12) C. consom., art. L. 312-21.

(13) L. n° 99-532, 25 juin 1999, relative à l'épargne et à la sécurité financière.

conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers.

La mobilité professionnelle géographique se développant, l'application de cette clause suscite des difficultés d'interprétation, source de contentieux, ce qui renvoie aux travaux préparatoires, desquels il ressort que cette disposition devrait se limiter aux emprunteurs contraints au remboursement « pour un cas de force majeure » commandant une interprétation restrictive.

L'emprunteur peut également rembourser par anticipation un prêt à la consommation sans indemnité en partie ou totalité ⁽¹⁴⁾.

Le législateur n'a donc pas permis au banquier de prévoir une indemnité en cas de remboursement anticipé d'un crédit à la consommation. Pour autant, de nombreux organismes de crédit ont inséré dans leurs contrats des clauses imposant le respect d'un délai de préavis pour pouvoir rembourser par anticipation le prêt souscrit.

Cependant, la Cour de cassation ⁽¹⁵⁾ a pu préciser que cette clause était à la fois abusive et illicite, montrant ainsi les limites imposées à la liberté contractuelle.

On constate donc que le contrat de prêt peut prévoir le cas d'un remboursement par anticipation, mais que cette faculté lui est refusée dans le cadre du prêt à la consommation, pour lequel la prévisibilité tendrait alors à devenir une utopie.

II. RISQUES LIÉS À LA CAPACITÉ DE L'EMPRUNTEUR À REMBOURSER : LE RISQUE D'INSOLVABILITÉ

L'emprunteur peut être un particulier ou une entreprise, et, selon la catégorie envisagée, la gestion contractuelle de l'avenir est très différente. En effet, pour l'entreprise, le législateur n'a pas mis en place, comme pour le consommateur, un régime de protection réduisant considérablement la liberté contractuelle.

L'appréciation du risque de non-remboursement se répercute sur le taux d'intérêt, fonction notamment du taux de sinistralité. C'est d'ailleurs dans cette logique aussi que l'instauration d'un taux plafond ou taux de l'usure constitue un « outil de pilotage du risque » afin de limiter la possibilité de prises de risques trop élevés ⁽¹⁶⁾.

A. Les clauses d'alertes et de vigilance

1. Les contrats affectés

Le banquier peut prévoir l'utilisation des fonds dans le cadre des contrats affectés. Le contrat de prêt prévoit alors

que les fonds doivent être utilisés pour la destination à laquelle ils sont affectés.

“ La prévision contractuelle concernant les évolutions du marché et l'équilibre financier du contrat est une nécessité pour maintenir l'économie du contrat ”

Classiquement, la jurisprudence considère que la banque n'a pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients pour vérifier l'affectation effective de ces fonds ⁽¹⁷⁾, sauf clause expresse contraire ⁽¹⁸⁾. Dans tout les cas, la banque engage sa responsabilité si elle apporte son concours à une affectation contraire à celle définie par les instructions qu'elle avait reçues ⁽¹⁹⁾.

Ces stipulations prévoyant l'affectation des fonds offrent un exemple de clauses de prévisibilité efficaces et réalistes.

2. Les clauses de seuils

En revanche, d'autres clauses, telles les clauses de seuils présentent plus de difficultés.

Le banquier peut prévoir des clauses selon lesquelles si la situation de l'entreprise se détériore ⁽²⁰⁾ le prêt devient immédiatement exigible. Cette clause vise autant la protection du banquier que celle de l'entreprise (éviter une augmentation de la dette sans disposer des facultés de remboursement indispensables).

Ces clauses auraient également pu stipuler que l'ouverture d'une procédure collective constitue un cas de défaut susceptible d'entraîner le remboursement obligatoire ou l'exigibilité anticipée, mais la jurisprudence les a prohibées ⁽²¹⁾.

La difficulté est alors d'en déterminer les effets lorsque ces seuils ou circonstances particulières sont atteints.

L'instauration de seuils (ratios), de rentabilité ou objectifs seront immanquablement mis en œuvre dans le cadre d'une recherche de responsabilité, comme étant les critères retenus par le créancier lui-même pour prononcer la déchéance et ainsi refuser de maintenir le crédit.

Généralement, les parties renégocieront les termes du contrat, procéderont d'un commun accord à un aménagement pour faire face à des périodes économiques tendues, si bien que les décisions sont dès lors assez rares, la relation s'étant poursuivie dans un intérêt commun au moyen de cette évolution du contrat.

(14) C. consom., art. L. 311-29.

(15) Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2009, n° 06-16349 : LPA, 11 juin 2010, n° 116, p. 13.

(16) M. Lecomte, « Crédit aux particuliers, la nouvelle réglementation met-elle fin aux questions qu'ils posent ? », Rapport moral sur l'argent dans le monde 2010, p. 317.

(17) Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-12632.

(18) Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-11685.

(19) Cass. com., 13 févr. 2001, n° 97-21460.

(20) Dépassement de certains seuils.

(21) D. Caramalli, « Entreprises en difficulté : la question de la validité des clauses de remboursement anticipé », LPA, 23 mars 2009, p. 3.

3. Les clauses « de surveillance »

Moins sujettes à discussion, les clauses de « surveillance » imposant à l'emprunteur d'adresser régulièrement à la banque certains documents : rapport annuel, états financiers, comptes sociaux, permettant à la banque de surveiller l'évolution de la situation financière de l'emprunteur, et de déceler au plus tôt les signes de difficultés prévisibles.

B. Le contrat, source d'imprévision

Contrairement aux contrats conclus avec les entreprises, le législateur et la jurisprudence ont mis en place un certain nombre de mécanismes d'ingérence imprévisibles dans le contrat.

Pour ne donner que trois exemples, citons les délais de grâce, la réduction ou la suppression des clauses d'indemnisation, la réduction de la dette, notamment en décidant que pendant « la période de répit accordée à l'endetté »⁽²²⁾ les sommes dues ne produiront pas d'intérêts.

(22) D. Mazeaud, « L'endettement des acquéreurs », RDI, 1995, p. 641.

La signature d'un contrat de crédit aux particuliers est presque une œuvre d'imprévision à raison de la place donnée par le législateur au pouvoir discrétionnaire du juge.

L'utopie née de cette intervention du juge rend d'autant plus nécessaire le recours aux mécanismes assurantiels.

« Cet engouement pour l'endettement, largement incité et soutenu par les partenaires économiques et les gouvernants, a fatalement conduit, la crise économique aidant, à l'apparition du phénomène de surendettement, causes de l'émergence d'un droit contractuel déconnecté de la théorie générale des obligations »⁽²³⁾.

C'est donc à la signature que les précautions doivent être prises et que doivent être pensées les garanties extrinsèques pour anticiper la survenance des risques, en particulier celui du non remboursement par la souscription d'un contrat d'assurance crédit, sur lequel porte l'intervention de Nicolas Leblond. ●

(23) D. Mazaud, « L'endettement des acquéreurs », RDI 1995, p. 664.

Domat droit public

SOPHIE NICINSKI

Droit public des affaires

2^e édition

Montchrestien
lextenso éditions

Vient de paraître

“ 2^e édition à jour des récentes réformes du droit de la commande publique et du contrôle des concentrations ”

Disponible sur **Librairie Lgdj.fr**
www.lgdj.fr