

COURS DE DROIT BANCAIRE

▪ **L'origine des banques**

L'origine des banques remonte au plus lointain passé de l'histoire. Les Historiens la retrouvent dans des institutions datant de plusieurs millénaires avant Jésus Christ. Les humoristes y voient le « plus vieux métier du monde ».

Après 1960, dans le but de maintenir leurs positions économiques acquises avant les indépendances, les banques françaises ont, dès le début des années 1960, transformé leurs agences africaines en filiales de droit local. Ainsi, dès l'origine, les banques implantées sur le territoire des jeunes états africains étaient des banques commerciales étrangères ou, plus précisément des pièces de groupes bancaires situés dans l'ancienne métropole.

Aujourd'hui, c'est ce schéma qui par un curieux retour des choses, gouverne notre paysage bancaire aujourd'hui avec la nuance de taille que des groupes bancaires africains apparaissent. En effet, l'ensemble du secteur bancaire public et para-public de notre pays a disparu ces dernières années emportant dans son sillage la nouvelle génération de banques d'investissement (SOFISREDIT, BSK et SONABANQUE) dont la mission originelle était de suppléer les insuffisances de l'USB (Banque publique de développement) qui étaient les deux banques du secteur étatique. Aujourd'hui, l'essentiel du secteur bancaire au Sénégal est composé de banques commerciales.

▪ **La fonction des banques : L'intermédiation.**

La loi n° 2008-26 du 28 juillet 2008 qui a abrogé la loi n° 90-06 du 26 Juin 1990 en tant que loi portant réglementation bancaire, utilise le concept générique « établissement de crédit » pour désigner les structures se livrant à l'activité bancaire. Ainsi, article 2 de la loi n°2008-26, « sont considérées comme des établissements de crédit, les personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle, des opérations de banque » définies elles mêmes dans le même texte comme « la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement ».

L'intérêt de ce recentrage par la nouvelle loi réside dans le fait que la banque n'est plus appréhendée de manière subjective, en tant que structure bancaire stricto sensu, mais plutôt au regard d'une activité réservée aux personnes morales que la loi elle-même dénomme « établissement de crédit » et, qui sont les seules susceptibles d'être agréées en « qualité de banque ou d'établissement financier à caractère bancaire ».

De fait, les principales opérations effectuées par les banques sont : la collecte des dépôts et les opérations de crédit ou de placement. Les banques agissant pour leur propre compte (intermédiation bancaire stricto sensu) ou pour le compte d'autrui (intermédiation financière sur le marché des capitaux : c'est quand la banque sert de courtier entre demandeur et apporteurs de capitaux et non plus entre déposants et emprunteurs, voir ainsi article 9 loi bancaire de 2008), il y a lieu de retenir que la fonction principale de la banque est l'intermédiation.

- **Les sources du droit bancaire.**

Le droit bancaire est un droit professionnel : c'est l'ensemble des règles concernant les opérations de banque et ceux qui les accomplissent à titre professionnel.

Comme tout droit professionnel, le droit bancaire n'est pas une branche du droit autonome. Ses règles sont d'origine et de nature diverses mélangeant le droit public et le droit privé. Pour ces raisons, il est dit que le droit bancaire appartient au droit économique.

TEXTES APPLICABLES A LA BANQUE EN UEMOA

I- STRUCTURE : constitution – fonctionnement – liquidation

1- Traité du 14 novembre 1973 constituant l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA)

2- Statuts de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), annexés au Traité du 14 novembre 1973 constituant l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA)

3- Traité du 10 janvier 1994 constituant l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)

4- Loi n° 2008 - 26 portant réglementation bancaire qui est une loi uniforme à tous les pays de l'Union.

5- Instruction n°01/RB du 31 décembre 1998 relative aux modalités d'établissement des banques et établissements financiers dans l'UMOA et son annexe relative aux informations et documents constitutifs du dossier d'installation dans un état membre de l'UMOA autre que celui du siège social dans le cadre de l'agrément unique.

6- Dispositif prudentiel applicable aux banques et établissements financiers de l'Union

Monétaire Ouest Africaine (UMOA) à compter du 1^{er} janvier 2000 (capital minimum

7- Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires du 17 octobre 1998 et ses Actes Uniformes notamment sociétés commerciales, droit commercial général, sûretés.

II- ACTIVITES BANCAIRES

☞ Opérations de Crédit

1- Loi bancaire n°2008-26 portant réglementation bancaire basée sur la loi cadre portant réglementation bancaire dans l'Union.

2- Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (articles 8 et articles 540 et suivants COCC)

3 - Loi n° 98-33 du 17 avril 1998 modifiant la loi n°81-25 du 25 juin 1981 relative à la répression des opérations usuraires et au taux d'intérêt et abrogeant et remplaçant l'article 541 du COCC, modifiée par la loi n°94-66 du 22 août 1994.

☞ Opérations sur le marché bancaire et financier

1- Textes relatif appel public à l'épargne

- Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique
- Convention portant création du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers du 3 juillet 1996

- Composition, organisation et fonctionnement du CREPMF
 - Composition
 - Organisation
 - Fonctionnement
- Attribution du CREPMF
 - Appel public à l'épargne
 - pouvoirs d'habilitation
 - Réglementation du fonctionnement du marché
 - pouvoirs de contrôle
 - coopération internationale
 - Les pouvoirs de sanction
 - Procédures et voies de recours
 -
- Instructions du CREPMF de l'UMOA
- Règlement Général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA
- Statuts de la BRVM du 16 décembre 1996 modifié le 2 septembre 1999
- Statuts du Dépositaire Central / Banque de Règlement

☞ Opérations sécuritaires

- Par le recueil de garanties

- 1- Droit foncier domanial et immobilier du Sénégal
- 2- Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés
- 3- Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général

☞ Obligations liées à l'activité

1- Constitution du Sénégal

2- Secret bancaire

- 1- Loi bancaire portant réglementation bancaire basée sur la loi cadre portant réglementation bancaire dans l'Union
- 2- Loi n°2005-23 du 11 août 2005 portant statut des Inspecteur Généraux d'Etat (Remplace la loi n°87-18 du 3 août 1987)
- 3- Arrêté n°10 387/MEF/IGF du 20/11/2000 relatif à l'Inspection Générale des Finances remplaçant le n°0010/MEF/IGF du 7 juillet 1983
- 4- Loi n°99-70 sur la Cour des Comptes

3- Lutte contre le blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme

- 1- Loi n°97-18 portant Code des Drogues au Sénégal
- 2- Directive n°07/2002/CM/UEMOA, relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA
- 3- Règlement N° 14/2002/CM/UEMOA relatif au gel des fonds et ressources financières dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme dans les Etats de l'UEMOA
- 4- Loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA approuvé par le Conseil des Ministres de l'Union du 20 mars 2003 et exhortant les Etats membres à procéder à son insertion dans leur ordonnancement juridique interne.
- 5- Décision n°06/2003/CM/UEMOA relative à la liste des personnes, entités ou organismes visés par le gel des fonds et autres ressources financières dans le cadre de la lutte contre le

financement du terrorisme dans les Etats membres de l'UEMOA

6- Loi n°2003-17 du 18 juillet 2003 autorisant le Président de la République à ratifier la

Convention des Nations Unies contre la Criminalité Transnationale organisée et les Protocoles qui s'y rapportent, signés à Palerme en Italie, en décembre 2000

7-Loi uniforme n° 2004-09 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux au Sénégal

8- Décret n°2004-1150 portant création, organisation et fonctionnement d'une Cellule

Nationale de traitement des Informations Financières

9- Arrêté n°003786 du 27.07.2005 fixant le modèle de déclaration de soupçon

III- VOIES DE RECOURS ET PROCEDURES

1- Avis du 16/01/1976 relatif au recours exercé par les banques contre les décisions de la BCEAO

2- Code de Procédure Civile

3- Code Pénal et Code des Contraventions

4- Code de Procédure Pénale

5- Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

6- Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

7- Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 11 mars 1999

8- Acte Uniforme relatif à l'arbitrage du 11 mars 1999

9- Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux Crédits documentaires, Publication

CCI n°500 de juin 1993

10- Loi n°2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des Obligations Civiles et Commerciales limitant l'immunité d'exécution à l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics

Reproduit avec l'aimable autorisation de Madame Soukeyna. Niang Sakho (Ecobank).

TITRE I : LA RELATION BANCAIRE

TITRE II : L 'ACTIVITE BANCAIRE

TITRE I : LA RELATION BANCAIRE

La relation bancaire désigne le lien de confiance et d'affaire délibérément créé, organisé et entretenu entre un établissement de crédit et son client, particulier ou entreprise. Elle se caractérise donc au premier chef par ses sujets qui sont les parties à la Relation Bancaire (**Chapitre I**).

Cette relation se nourrit de multiples opérations du fait de la multiplicité des services offerts par les banques. Mais pour l'accomplissement et le traitement des ces opérations, il est nécessaire de recourir à des instruments susceptibles d'en faciliter la mise en œuvre : ce sont les supports de la relations bancaire constitués des instruments de crédit et de paiement d'une part, et des compte bancaires d'autre part (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : LES PARTIES A LA RELATION BANCAIRE

La relation banquier-client est par excellence, une relation contractuelle. Elle donne normalement lieu à la conclusion d'un contrat. Ce contrat est appréhendé en Allemagne dans sa globalité, considéré comme un contrat-cadre sous le couvert duquel viennent s'intégrer les opérations ponctuelles conclues entre le banquier et son client = contrat de banque (Bankvertrag) alors que dans le système français, c'est plutôt opération par opération que client et banquier contractent. N'empêche que les parties demeurent les mêmes, d'un côté la banque, de l'autre les clients.

L'étude des clients ramène à des notions de personnes physique et morale. En revanche, les banques et établissements financiers méritent de retenir l'attention du fait que c'est par leur présence que le rapport juridique sera qualifié de relation bancaire. En ce sens, nous allons procéder à l'étude de cette partie essentielle à la relation bancaire en voyant d'abord la structure (Section 1) puis les principes de l'activité bancaire (Section 2).

SECTION 1 : LA STRUCTURE DE L'ACTIVITE BANCAIRE : LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.

La loi bancaire s'adresse ou s'applique à deux formes de structures juridiques appelées l'une Banque, l'autre établissement financier à caractère bancaire qui seules peuvent exercer l'activité bancaire régi par cette loi. D'où l'intérêt de voir ce monopole bancaire (§ 2) après avoir bien sur précisé la notion d'établissement de crédit qui regroupe maintenant les établissements bancaires des établissements financiers que l'on distinguaient volontiers sous l'empire de la loi n°90-06 du 26 juin 1990 (**§ 1**).

§ 1 - LA NOTION D'ETABLISSEMENT DE CREDIT.

D'après son article premier, la loi bancaire s'adresse aux établissements de crédit quels que soient leur statut juridique, leur lieu de siège social et la nationalité de leur propriétaire. C'est grâce à l'art. 2 de la loi bancaire que l'on a une définition de l'établissement de crédit :

« Sont considérées comme établissement de crédit, les personnes morales qui effectuent, au titre de profession habituelle, des opérations de banque.

Constituent des opérations de banque, au sens de la présente loi, la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement.

Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque ou d'établissement financier à caractère bancaire ».

Même si les banques et établissement financiers ne sont plus appréhendés que du point de vue de leur activité qui consiste en opération de banque, il convient de retenir que la distinction demeure car, une banque n'est pas un établissement financier. Ainsi du point de vue de la forme juridique un établissement financier peut se constituer sous la forme d'une SARL, ce qui est interdit à la banque. En outre, il est interdit aux établissements financiers, sauf autorisation donné par décret après avis conforme de la banque centrale, de recevoir des Dépôts de fonds du public dans le cadre de leur activité (article 49).

Finalement, une lecture très rapide de la loi bancaire peut laisser croire que la distinction entre banques et financiers est mineure. En réalité, elle paraît assez importante si on prend en compte l'origine des fonds avec lesquels travaillent les banques et établissements financiers.

En tout état de cause, il résulte de la loi qu' en tant qu'établissement de crédit, banques et établissements financiers ont des caractéristiques communes **(A)** mais qu'il s'opère une démarcation par endroit **(B)**.

A. LES CARACTERISTIQUES COMMUNES : L'INTERMEDIATION.

Les banques et les établissements financiers reçoivent des fonds qu'ils emploient en opérations de crédit ou de placement et ceci, à titre de profession habituelle. Nous retrouvons par là les critères de l'intermédiation considérée comme la fonction principale des banques et établissements financiers. On peut avancer que c'est le seul point commun entre banque et établissements financiers car il semble que dans cette fonction, les établissements financiers ne peuvent faire que de l'intermédiation financière alors que la banque peut faire aussi bien de l'intermédiation bancaire que financière.

B. LES CRITERES DE DISTINCTION.

En dehors de ce critère fondé sur la fonction, on peut trouver d'autres critères : l'origine des fonds reçus, la création de la monnaie scripturale.

1- LA RECEPTION DE FONDS DU PUBLIC

Art. 49 loi bancaire, les établissements financiers ne peuvent recevoir des dépôts de fonds du public que dans le cadre de leur activité et à la condition qu'ils aient été autorisé par décret pris après avis conforme de la Banque Centrale. Ce concept de fonds reçus du public est précisé à l'art. 5 de la loi bancaire.

Ainsi, la distinction entre les banques et les établissements financiers va s'opérer d'après l'origine des fonds dont ces deux sortes d'organisme peuvent disposer et non d'après les opérations accomplies pour faire fructifier ces fonds. Ces dernières sont les mêmes : opérations de crédit ou de placement.

Mais pour ces opérations, les banques peuvent utiliser outre leurs capitaux propres, les fonds qu'elles reçoivent du public. Alors que les établissements financiers, sauf autorisation, ne peuvent utiliser que leurs capitaux propres ou des fonds qu'ils ne reçoivent pas du public.

Remarque : Du point de vue définition, il y a un progrès notable avec la nouvelle loi car, en 1996, la loi bancaire se bornait à préciser ce qu'il ne faut pas entendre par fonds reçus du public sans en donner une définition positive. Alors que cette loi de 2008 dit effectivement ce qui n'est pas fonds reçus du public mais prend le soin de donner une définition positive de la notion de ces fonds.

Ainsi ne sont pas considérés comme reçus du public :

- les fonds constituant le capital de l'entreprise
- les fonds reçus des dirigeants de l'entreprise ainsi que des actionnaires, associés ou sociétaires détenant 10 % au moins du capital social
- les fonds reçus de banques ou d'établissements financiers à l'occasion d'opérations de crédit
- les fonds reçus du personnel de l'entreprise, à condition que leur montant global reste inférieur à 10 % des fonds propres effectifs de l'entreprise.

A la suite de ces indications, on peut retenir le principe que toute personne fait partie du public dès lors qu'elle a une personnalité juridique distincte de celle de la banque ou plus généralement du dépositaire. A ce principe, il est apporté les exceptions suivantes : le personnel, les associés, les dirigeants ne sont pas considérés comme faisant partie du public en raison de leurs liens étroits avec l'entreprise dépositaire, c'est-à-dire la banque.

En conséquence, l'article 5 de la loi bancaire peut retenir la définition suivante des fonds reçus du public : ce sont des fonds qu'une personne recueille d'un tiers, avec le droit d'en disposer, sous forme d'opérations de crédit ou de placement, mais à charge pour elle de les restituer et peut considérer que les fonds provenant d'une émission de bons de caisse sont toujours considérés comme dépôts de fonds du public.

2- LA CREATION DE LA MONNAIE SCRIPTURALE.

La monnaie scripturale est une monnaie réalisée par une écriture à un compte. C'est une monnaie de banque. Elle suppose :

- un compte créateur de monnaie : c'est-à-dire d'un compte dans un établissement bancaire ou assimilé (chèques postaux, trésorerie générale) ou d'un compte à vue. Les comptes à terme et les comptes sur livret ne sont pas créateur de monnaie car ils n'autorisent pas une disponibilité immédiate ;
- un solde créditeur de ce compte. Peu importe que ce solde résulte d'un dépôt ou d'un crédit bancaire ; mais une ouverture de crédit n'est pas créatrice de monnaie tant qu'elle n'est pas inscrite en compte ;
- une possibilité de mobilisation, qui permette à la monnaie scripturale de jouer son rôle d'instrument de paiement, soit par un système de retrait (transformation de la monnaie scripturale en monnaie fiduciaire), soit par un système de transfert de compte à compte que sont le chèque, la carte de paiement, le virement et le prélèvement automatique. Ce sont ces instruments que la loi réserve aux banques et elles seules, à l'exception des chèques postaux et du Trésor, peuvent créer cette monnaie.

En dehors de ces deux cas, on peut considérer que les banques et les établissements financiers à caractère bancaire font les mêmes opérations notamment les opérations de banque telles que définies à l'art. 2.

§ 2 - LE MONOPOLE BANCAIRE.

C'est un principe (A) qui comporte des exceptions (B).

A. LE PRINCIPE.

L'activité des établissements de crédit est définie à l'art. 2 de la loi bancaire. Ces activités consistent à effectuer des opérations de banque que sont la réception de fonds du public, les opérations de crédit, la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement.

Les opérations de crédit sont définies à l'article 6 de la loi bancaire juste après la notion de fonds reçus du public, l'article 7 donne la définition des moyens de paiement et l'article 9 couvre les autres opérations de banque comme les opérations de placement, de change ...

Ces activités mais plus précisément l'activité de crédit à titre habituel est réservée aux établissements bancaires et financiers à caractère bancaire. L'art. 13 exprime clairement ce point de vue en interdisant expressément l'exercice des activités définies à l'article 2 aux entreprises qui n'auront pas été préalablement agréées et inscrites sur la liste des banques ou des établissements financiers.

B. LES EXCEPTIONS.

Pris dans sa globalité, le monopole bancaire peut être sclérosant pour l'économie et pour les entreprises aussi des exceptions sont aménagées qui consistent surtout à la possibilité d'opérations de crédit inter entreprise et notamment au sein d'un groupe de sociétés. Ce sont les sources de financement non bancaire :

- prêts et avances de toute entreprise à ses salariés.
- Les crédits acheteur et fournisseur ne sont pas prohibés
- Les délais ou avances de paiement
- Opérations de trésorerie au sein des groupes de sociétés.

SECTION 2 : LES PRINCIPES DE L'ACTIVITE BANCAIRE.

L'activité bancaire est balisée par des tendances lourdes des exigences générales qui la préservent contre elle-même en assurant à la clientèle la sécurité et les garanties opératoires auxquelles elle a droit. La relation bancaire reposant sur les principes contractuels et sur un des principes fondamentaux du droit des contrats, principe d'essence morale (Ripert, la règle morale dans les obligations civiles), voulant que la conclusion, l'exécution et la rupture des contrats s'effectuent en toute loyauté, le contrat bancaire ne pouvait y échapper. Surtout que le monopole des établissements de crédit les protège contre toute désaffectation du public.

Aussi peut-on dégager 3 grands principes de l'activité bancaire dans ses rapports avec la clientèle :

- l'information bancaire
- la réserve bancaire
- et la responsabilité bancaire.

§ 1. L'INFORMATION BANCAIRE.

Elle consiste à réglementer aussi bien la publicité c'est-à-dire l'information au public (**A**) que l'information contractuelle (**B**)

A. EN DIRECTION DU PUBLIC.

La loi veille à l'authenticité et à la précision de publicité bancaire.

Pour ce qui est de l'authenticité, la loi érige en délit le fait pour une entreprise non bancaire d'utiliser une publicité pouvant faire croire qu'elle est agréée (art. 13 et 67). En outre, le démarchage est réglementé.

B. L'INFORMATION CONTRACTUELLE.

C'est la matérialisation de l'obligation de renseignement qui figure dans tout contrat : elle consiste dans le devoir positif de porter à la connaissance du partenaire ce qui peut utilement

contribuer à l'éclairer sur les circonstances de l'opération, son économie, les variations ou compléments éventuels, ainsi que sur la nature et la portée de ses engagements.

C'est une obligation qui pèse sur tout professionnel face à un profane et la banque en est redevable à raison de l'inexpérience d'une large part de sa clientèle, de la technicité des opérations et des risques pécuniaires qui s'y attachent.

En dehors de la théorie générale des obligations, voire même du droit bancaire stricto-sensu, cette obligation d'information trouve une nouvelle base légale dans la loi n° 94-63 du 22 Août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique qui contient un Titre II intitulé de l'information commerciale et destiné à la protection des consommateurs

§ 2. LA RESERVE BANCAIRE : LE SECRET

L'activité bancaire appelle la discrétion, parce qu'on y parle d'argent. La vie des affaires et même la vie familiale l'exigent.

Aussi la profession bancaire se réclame-t-elle d'une tradition de réserve.

Le banquier est tenu au secret professionnel. Ce n'est pas tout, car le client déjà protégé par le secret professionnel bénéficie également du devoir de non ingérence, non immixtion dans ses affaires, qui pèse sur le banquier.

Aussi la réserve du banquier est double :

- non divulgation du secret (**A**)
- non immixtion dans les affaires (**B**).

A. LE SECRET PROFESSIONNEL (ART. 30, 53 ET 50).

Par profession, le banquier est détenteur d'informations confidentielles. La loi bancaire, art. 30 al 1 oblige les dirigeants et les employés à ne point dénoncer les secrets qu'on leur confie en ces termes : « Les personnes qui concourent à la direction, à l'administration, à la gérance, au contrôle ou au fonctionnement des banques et des établissements financiers, sont tenus au secret professionnel, sous réserve des dispositions de l'art. 53, dernier paragraphe ». Voyons le domaine de cette obligation au secret (**1**) puis ses dérogations prévues à l'art. 53 (**2**).

1. LE DOMAINE DE L'OBLIGATION AU SECRET.

2 Questions.

- Quelle est l'information soumise au secret professionnel ?
- Quelles personnes sont tenues ?

Donc - domaine rationae materiae (a)

- domaine rationae personae (b)

a- L'INFORMATION OBJET DU SECRET.

Il a fallu résoudre le dilemme entre la double nécessité pour le banquier de se taire d'une part, et de fournir des renseignements d'autre part. Cette contradiction n'a pu être résolue que par une

distinction fondée sur la confidentialité : l'obligation au secret ne concerne que les informations confidentielles.

Ces données confidentielles sont celles qui présentent un caractère précis, notamment par les chiffres qui les accompagnent : le contenu du bilan, le montant ou le mouvement de compte, les montages financiers...

En revanche, échappent à la confidentialité et au secret, les informations constitutives d'appréciation d'ensemble ou d'indication générale sur la situation d'un client : « paiement régulier », « échéances difficiles », « protêts », « chèques impayés ».

C'est cette distinction fondée sur la confidentialité qui permet de concilier l'obligation légale au secret et l'usage bancaire de fournir des renseignements sur les clients (V. Paris 6 février 1975 D 75, 318, note Vézian).

b- LES PERSONNES ASSUJETTIES AU SECRET.

Ce sont tous les employés et toutes les personnes qui appartiennent aux structures directionnelles. Le texte de l'art. 30 al 1 est formel.

2. LES DEROGATIONS : LA REVELATION DU SECRET.

Le secret professionnel du banquier n'est pas absolu. La loi bancaire elle même prévoit des dérogations (a) (art. 53) et on connaît d'autres possibilités de levée du secret bancaire (b).

A- LES DEROGATIONS DE L'ART. 53 L BANCAIRE.

Le dernier alinéa de cet article dispose que « le secret professionnel n'est opposable ni à la commission bancaire, ni à la banque centrale, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ».

Il s'agit d'autorités publiques dont la mission implique la levée du secret à leur égard.

B - LES AUTRES DEROGATIONS.

Dans les instances civiles ou commerciales : si le banquier est entendu comme témoin, dans une affaire concernant son client, il ne peut lever le secret qu'avec l'accord de celui-ci. Toutefois, en matière de divorce pour la liquidation du régime matrimonial ou en cas de saisie arrêt, le banquier ne peut refuser de donner ces renseignements demandés en s'abritant derrière le secret professionnel s'il est partie au procès, il lui est loisible d'exploiter, donc de révéler ces informations utiles à la défense de sa cause.

L'obligation au secret professionnel cède devant les agents du fisc et de la Douane qui disposent d'un droit de communication dans le cadre d'enquêtes déterminées.

B. LE DEVOIR DE NON-INGERENCE.

Appelé aussi devoir de discrétion ou de non immixtion, il est le corollaire du secret dont le client a le droit d'entourer ses affaires sans y être invité, le banquier ne doit pas s'immiscer dans les affaires de son client. Ce devoir s'exprime par l'exclusion du contrôle (1) mais avec une certaine prudence qui introduit un certain degré de surveillance (2).

1. L'EXCLUSION DU CONTROLE.

La liberté individuelle s'oppose à ce que le banquier soit amené à exercer un contrôle du but, de la destination ou de l'opportunité des opérations accomplies par ses clients. Par exemple, en matière de service de caisse, simple exécutante, la banque n'a pas, en principe, à se soucier des causes qui justifient ou expliquent les mouvements de fonds qu'ordonne le client.

2. LA SURVEILLANCE.

La banque doit se montrer attentive à l'usage qui pourrait être fait des services qu'elle fournit car elle pourrait engager sa responsabilité envers les tiers si elle accomplit ou ne met pas fin à des opérations anormales. Par exemple, son intermédiation ne doit pas favoriser l'accomplissement d'opérations contraires à la loi ou des entreprises douteuses. Aussi, la banque doit elle être prudente et attentionnée pour déceler les anomalies apparentes, flagrantes ou réitérées pour appeler la suspicion et l'alerte d'un professionnel (cass. Civ. 8 février 1983 D. 85, 131).

Quant à la surveillance sur les fonds prêtés, la tendance dominante fait au banquier l'obligation d'en surveiller la destination.

§ 3. LA RESPONSABILITE BANCAIRE.

Le banquier répond des actes et des faits dommageables ou illicites commis dans l'exercice de son activité. Cette responsabilité peut être de nature pénale, c'est alors la preuve même à laquelle est imputée l'infraction qui est exposée à la sanction mais les conséquences pécuniaires à l'égard de la victime éventuelle seront à la charge de la banque (responsabilité du commettant du fait des préposés 146 cocc).

Mais ici, c'est surtout de la responsabilité civile qu'il convient de parler, c'est elle qui présente une certaine originalité au point de générer une véritable responsabilité professionnelle : la jurisprudence relève le caractère particulier de l'activité de la banque pour déterminer l'étendue de ses obligations et en conséquence apprécier les fautes commises. En tant qu'état de cause, cette responsabilité demeure soumise au droit commun du genre, elle est donc déterminée par la conjonction d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Voyons un aperçu général (A) puis les applications spécifiques en matière de crédit (B).

A. APERÇU GENERAL DE LA RESPONSABILITE CIVILE BANCAIRE.

Elle se fonde sur l'art. 118 cocc, c'est-à-dire la violation d'une obligation préexiste, sa nature oblige à réparer le préjudice subi.

Elle s'exprime dans les relations contractuelles banquier/client (1) ou en dehors (2).

1. DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES.

C'est la responsabilité qui est consécutive à la mauvaise exécution, l'inexécution totale ou partielle des ordres ou des opérations qui sont confiés au banquier par le client.

Elle vise à réparer le dommage prévisible et non imputable à une cause étrangère.

La difficulté majeure ici est de déterminer le contenu des obligations assumées par la banque (obligation de moyen, de résultat - V pour la location de coffre fort avec obligation de résultat, com. 15 janvier 1985 banque 1985,641).

2. EN DEHORS DES RELATIONS CONTRACTUELLES.

La banque est tenue de réparer tout dommage fautif causé à un tiers ou même à un de ses clients indépendant des relations contractuelles existant entre-eux. La victime n'allègue pas ici un manquement à une obligation contractuelle, mais un préjudice autonome causalement relié à un fait répréhensible de la banque. La faute de la banque est appréciée en fonction de l'activité particulière, de sa compétence, de sa technique, et des moyens dont il dispose.

En réalité, quant il s'agit du non respect d'une prescription légale, aucune discussion n'est possible. C'est quand il s'agit d'un fait quelconque illégitime que les discussions s'ouvrent (ex. débats sur le devoir de conseil du banquier ou la surveillance de l'affectation réelle des fonds prêtés).

B. LA RESPONSABILITE EN MATIERE DE CREDIT.

Deux hypothèses apparemment contradictoires.

- rupture brutale de crédit
- octroi abusif de crédit.

1. LA RUPTURE BRUTALE DE CREDIT.

La question se pose surtout à l'occasion de la révocation d'une ouverture de crédit à durée indéterminée car chaque partie a la possibilité d'y mettre fin par volonté unilatérale. Il s'agit d'un droit de résiliation unilatéral qui est commun à tous les contrats successifs. Mais dans le cadre de l'ouverture de crédit, surtout s'il s'agit d'un crédit d'exploitation, la banque est tenue d'assortir la rupture d'un délai suffisant de mise en œuvre, sous peine de se voir imputer à faute la brutalité de sa décision et d'avoir à en réparer pécuniairement les conséquences dommageables.

2. L'OCTROI ABUSIF DE CREDIT.

Les crédits bancaires peuvent compromettre la sécurité des relations commerciales : un crédit octroyé à une entreprise dont la situation est compromise a surtout pour seul effet d'augmenter le nombre de ses créanciers et l'importance de son passif ; en créant une apparence de solvabilité, un tel crédit fera de nouvelles victimes car les créanciers du crédit perdront leur créance dans la disparition inéluctable de l'entreprise. Ces créanciers peuvent demander réparation de ce préjudice né de la rupture tardive du crédit.

TITRE II : LES SUPPORTS DE LA RELATION BANCAIRE

La relation bancaire s'exprime et se traduit pour l'essentiel par des flux monétaires initiés par le client (dépôts, paiements) ou favorisés par l'établissement de crédit (concours divers). Ainsi s'explique qu'elle soit sous-tendue par l'ouverture et la tenue de comptes bancaires où s'inscrivent en débit ou crédit les résultats des mouvements ou des opérations concernant le client.

Donc dépôts de fonds et comptes en banque sont intimement liés, puisque les personnes qui déposent ces fonds en banque font le plus souvent inscrire ce dépôt en compte. De fait, les comptes bancaires constituent les premiers supports de la relation bancaire.

Le second support est constitué des instruments opératoires que sont les instruments de paiement et de crédit (V. Loi uniforme sur les effets de commerce : instruments de crédit et de paiement) qui sont considérés comme les accessoires naturels de la relation bancaire car ils permettent de disposer des fonds déposés d'une façon relativement facile.

Donc sous ce chapitre étude des comptes en banque :

LA NOTION DE COMPTE.

Il s'agit d'une notion difficile à cerner parce que relevant à la fois de la technique comptable et constituant une convention.

. Matériellement, le compte est un tableau des créances et des dettes réciproques de deux personnes appelées « correspondants ». Document comptable, le compte constate les opérations intervenues entre les parties et en exprime le solde par des chiffres. Chaque opération se traduit par un article de compte (article au crédit ou au débit). Chaque article contribue à la formation d'un nouveau solde indiquant à tout moment la position créditrice ou débitrice du client. Ainsi, le compte assure la figuration ou numérisation et l'expression arithmétique des opérations.

. Le compte est aussi une convention ou plus exactement, il repose sur une convention à l'occasion de laquelle le banquier promet de tenir « *comptablement* » le compte et aussi de fournir à son client les prestations précédemment indiquées comme relevant du service de caisse : le compte bancaire est une convention qui porte sur le mode d'exécution d'opérations juridiques.

On peut, en définitive, retenir que les comptes bancaires sont des documents comptables entraînant des conséquences juridiques tant sur le régime des créances et dettes qui sont portées en compte, que sur les rapports banquier-client.

LE ROLE DU COMPTE BANCAIRE EST TRIPLE.

En tant que document comptable, le compte constate les opérations et exprime le résultat (créance ou dette) par des chiffres. Donc instrument de preuve.

Le compte est un instrument de règlement car les créances sont payées par leur inscription en compte.

Le compte est un instrument de garantie pour les banques car il permet de garantir les créances qui y sont inscrites grâce à la compensation qui s'opère entre articles de crédit et articles de débit. Le compte peut être aussi un instrument de garantie pour les soldes d'autres comptes.

LA DIVERSITE DES COMPTES EN BANQUE.

Il existe plusieurs sortes de comptes en banque. Toutefois la distinction capitale, qui a un contenu juridique et non pas seulement comptable ou technique, est celle qui oppose le compte de dépôt appelé également compte chèque et le compte courant.

Par ailleurs, la « *titularité* » sur un compte n'étant pas nécessairement individuelle, il faut envisager l'hypothèse de comptes pluraux car un client peut être titulaire de plusieurs comptes ou un compte avoir plusieurs titulaires.

Donc sous trois points : le compte de dépôt § 1, le compte courant § 2 et les comptes pluraux § 3.

§ 1. LE COMPTE DE DEPOT.

C'est le type de compte bancaire le plus simple, appelé aussi compte chèque, il constitue dans un certain sens le droit commun des comptes bancaires. C'est la raison pour laquelle son étude nous donnera l'occasion de voir les règles communes à tous les comptes.

A. DEFINITION.

Le compte de dépôt est un compte bancaire en principe toujours créditeur, n'enregistrant que des dépôts et des retraits opérés au gré du client et ouvert généralement aux particuliers non commerçants ou aux commerçants pour leurs opérations personnelles.

De cette définition, on tire les caractéristiques suivantes :

- L'existence d'un dépôt de fonds : le compte ne sera ouvert qu'après un dépôt effectué par le client.

- Le compte a pour but d'enregistrer les opérations de caisse qui diminueront ou augmenteront le dépôt initial.
- Souvent, mais pas toujours, il permet le fonctionnement d'un carnet de chèques.
- Le compte de dépôt est aussi un mécanisme de règlement puisque les opérations successives se compensent pour dégager un solde qui résume la situation des deux parties.
- Le solde créditeur : en principe, les comptes de dépôt ne doivent pas être débiteurs pour le client. Cette règle, il est vrai, tend à s'estomper.

B. L'OUVERTURE DU COMPTE.

Le compte de dépôt, tout comme le compte courant est une convention et l'ouverture du compte est la conclusion de cette convention qui ne présente en principe aucune particularité par rapport à la théorie générale des contrats. Cette ouverture s'accompagne généralement de l'enregistrement d'une première opération consistant généralement dans le dépôt d'une certaine somme dont le but est de donner au compte une existence comptable. A ce premier dépôt, les banques exigent souvent un complément, le dépôt d'un spécimen de la signature du titulaire. Bien que consensuel, la pratique bancaire impose la signature d'une lettre d'ouverture de compte précisant les modalités du fonctionnement qui ne sont que des reprises des conditions générales et des usages bancaires.

Les problèmes juridiques posés par l'ouverture d'un compte bancaire peuvent se ramener à deux : le problème du droit au compte (le banquier peut-il refuser l'ouverture d'un compte ?) (1) et les vérifications auxquelles doit se livrer le banquier (2).

1. LE DROIT AU COMPTE.

Le banquier a-t-il le droit de sélectionner sa clientèle ou bien tout citoyen est-il en droit de demander et d'obtenir l'ouverture d'un compte bancaire ?

Très controversée en France pendant longtemps, la réponse positive à cette question n'a pu avoir une consécration légale qu'en 1984 (L. du 24 janv. 1984 art. 58). Toute personne qui s'est vu refuser l'ouverture d'un compte par plusieurs banques, peut demander à la banque de France qu'elle désigne un établissement qui sera tenu de lui en ouvrir un. Mais ce compte n'entraînera pas obligatoirement délivrance d'un chéquier. Ce qui est une sorte de légalisation du refus d'ouvrir un compte.

En effet, l'ouverture forcée d'un compte dans de telles conditions ne procure au client qu'un service minimum : il ne peut prétendre ni à des facilités de caisse, ni à disposer de formules de chèques ou d'une carte de crédit (à la limite carte de retrait). Mais le refus du banquier doit être motivé car l'hypothèse d'un abus de droit est réservé : si le refus est motivé par l'intention de nuire, la banque pourrait engager sa responsabilité.

Au Sénégal, l'article 8 de la uniforme sur les instruments de paiement a repris les mêmes dispositions en énonçant : « toute personne physique ou morale établie dans l'un des Etats membres, possédant un revenu régulier dont la notion est définie par une instruction de la Banque Centrale, a

droit à l'ouverture d'un compte auprès d'une banque, telle que définie par l'article 3 de la Loi portant Réglementation Bancaire, ou auprès des services financiers de la Poste. En cas de refus d'ouverture de compte opposé par trois établissements successivement, la Banque Centrale peut désigner d'office une banque qui sera tenue d'ouvrir un compte donnant droit à un service bancaire minimum ».

2. LES VERIFICATIONS DU BANQUIER.

Le banquier a un devoir de vérification qui est la contrepartie de la faculté qui lui est reconnue de refuser l'ouverture d'un compte. Cette absence de vérification peut constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité du banquier à l'égard des tiers victimes des agissements dommageables que l'ouverture a permis de perpétrer.

D'une manière générale, ces vérifications portent :

- sur l'identité du postulant
- son adresse
- la capacité et les pouvoirs (Directeur de société...)

C. LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE.

Un compte fonctionne lorsqu'il est alimenté en créances. C'est à l'occasion de cette alimentation que l'on peut préciser les règles de fonctionnement qui tiennent essentiellement à la tenue du compte **(1)** aux droits portant sur le crédit du compte **(2)** et aux règles relatives aux intérêts **(3)**.

1. LA TENUE DU COMPTE.

C'est le banquier qui tient le compte de son client. Il exécute les ordres qu'il reçoit de ce dernier après avoir vérifié les signatures.

Chaque opération est transcrite sur le compte dont elle devient un article (de crédit ou de débit) le solde provisoire indique après chaque opération la position débitrice ou créditrice du client.

Les erreurs matérielles doivent être rectifiées, mais ne peuvent être effacées, elles doivent être cumulées comptablement par une écriture en sens inverse d'un montant égal : c'est la contrepassation qui est la radiation comptable d'une écriture antérieure et qui ne doit pas être confondue avec la contrepassation traduisant un droit au remboursement du banquier.

Périodiquement, il est envoyé au client un relevé de son compte (tous les mois). Si le client ne proteste pas dans un laps de temps assez court, on estime qu'il approuve par son silence les mentions portées sur le relevé : c'est un usage bancaire (v. art. 345 C. Proc. Civ.) - V. Epouse Niang C/SGBS Edja n° 1.

2. LES DROITS PORTANT SUR LE CREDIT DU COMPTE.

Le compte comporte souvent deux parties : le « disponible où est inscrites les créances présentant les caractères de certitude, exigibilité, liquidité (les caractères requis pour être payés) et le « différé » où sont inscrites les créances dont le paiement est différé jusqu'au jour où elles présenteront les caractères requis pour être réglées. Le disponible figure généralement sur les relevés périodiques, en revanche, le différé n'est souvent pas matérialisé dans un même document comptable : les créances qui y figurent sont portées dans des comptes de passage, d'attente, rubrique « risques en cours, effet à encaisser...

Donc les droits ne pourront porter de manière incontestable que sur le disponible. A ce sujet aussi, bien le client que ses créanciers peuvent prétendre à des droits sur le solde du compte.

- Le client a contre son banquier une créance égale au solde provisoire du compte si celui-ci est créancier. Il peut procéder à toute opération, retirer des espèces, tirer des chèques, ordonner des virements.

- Les créanciers peuvent saisir le compte de dépôt. . (La saisissabilité du compte courant, n'a été admise que par un arrêt de la C. Cass. 13 Nov. 1973 V. Martin, la saisissabilité du compte courant D. 74, 1, 101).

- . Mais si le compte est alimenté par des salaires, le montant correspondant à la portion insaisissable du salaire ne peut pas être saisi. Il en est de même des allocations familiales.

- . La saisie opère un blocage du compte. Mais des opérations sont en cours au jour de la saisie, d'autres nouvelles, sont postérieures à la signification de l'exploit de saisie. Le résultat des unes et des autres doit-il ou non modifier le solde saisi et par là, la créance saisie arrêtée ?

La réponse à cette question suppose une distinction fondée sur la date des opérations :

- s'il s'agit d'opérations nouvelles dont le résultat ne peut en aucun cas modifier le montant du solde existant au jour de la saisie, le blocage s'opère aussi bien à l'égard des débits que des crédits résultant de ces opérations nouvelles

- s'il s'agit d'opérations en cours dont le résultat peut éventuellement être retranché ou ajouté au solde saisi, on ne peut procéder au blocage. Toutefois, il faut prendre garde et ne pas considérer toute opération en cours comme devant nécessairement modifier le solde saisi. D'où l'idée de s'assurer d'abord du respect des droits acquis par les tiers (recherche des disponibilités du compte), puis pour le compte courant puisqu'il y a une affectation des créances au compte, le banquier doit ajouter au solde saisi les créances en germe affectées au compte.

3. LES INTERETS.

Le solde provisoire du compte peut être producteur d'intérêts aussi bien au profit du client (intérêts créanciers) que de la banque (intérêts débiteurs).

Mais le principe en la matière est que les banques ne versent généralement pas d'intérêts sur les soldes provisoires des comptes à vue que sont les comptes de dépôts et les comptes courants (en France cela résulte d'une décision du Conseil National du crédit du 28 Juin 1983).

En revanche, sur les soldes provisoires débiteurs, les banques perçoivent des intérêts qui peuvent varier d'un client à un autre ou d'une banque à une autre.

Il s'agit de fait d'une dérogation aux principes civilistes en la matière car, selon le droit civil, la stipulation d'intérêts, expresse ou tacite ne se rattache pas au compte, mais au crédit consenti (Voyons cela à travers 4 procédés de fonctionnement des comptes).

▪ LE PRINCIPE DU COURS DE PLEINS DES INTERETS.

Tout d'abord, pour les banques, il n'est nul besoin d'une stipulation expresse d'intérêts comme l'exige l'art. 540 et 541 al.1 du cocc. Partant d'une règle coutumière plus que centenaire qui dispose que « le solde provisoire du compte courant produit intérêts de plein droit en dehors de toute prévision des correspondants », les banques l'appliquent au compte de dépôt.

La légalité de cette extension est douteuse car les articles. 540 et suiv. sont d'O.P et un usage ou une coutume ne peuvent aller à l'encontre de règles impératives d'O.P.

▪ LA DETERMINATION DU TAUX D'INTERET.

D'après l'art. 541 al.1 « la stipulation d'intérêt doit être écrite. Les parties fixent conventionnellement le taux d'intérêt ». Donc tout taux conventionnel doit être passé par écrit. A défaut d'écrit, c'est l'art. 8 al.2 qui s'applique : « les dommages et intérêts moratoires sont dus, sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte, et n'excèdent pas, sauf convention contraire, les intérêts légaux ». En conséquence, à défaut d'écrit, c'est le taux légal qui s'applique (v. cocc sous art.8).

Ces règles ne sont généralement pas appliquées aux découverts en compte et dans la pratique le taux d'intérêt du découvert est fixé unilatéralement par la banque et il est admis que le silence conservé par le client à la réception du relevé de compte ou de l'avis de débit des agios emporte acceptation tacite dudit relevé et du montant des agios débités. Cette acceptation tacite remédiait à l'absence de stipulation écrite et préalable du taux, allait de pair avec le caractère verbal du découvert et le principe du cours de plein droit des intérêts.

En France, ce procédé a subi un coup d'arrêt par un arrêt de la ch. Civ. De la C. cass. Qui a décidé que « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ; que cette règle prescrite pour la validité même de la stipulation d'intérêt (on veut dire du taux d'intérêt) est d'application générale et qu'il ne peut y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant » (9 fév. 1988 et 12 Avril 1988 Banque 1988 p. 590, JCP 88 , II ? 21016 ? D. 88, 309 ; RTD Com 88, 475).

▪ LE POINT DE DEPART DES INTERETS

Le point de départ des intérêts n'est pas la date de l'opération qui modifie le solde provisoire, mais une date différente dite « date de valeur », postérieure pour les articles de crédit et antérieure pour les articles de débit. Ainsi les remises du client sont comptabilisées pour le calcul des intérêts que le lendemain et les retraits, la veille.

La justification tient au fait que le banquier a besoin de temps pour présenter les effets au paiement et faire revenir les fonds ou quand il s'agit d'espèces, l'argent déposé devant faire face au retrait des autres clients n'est pas productif.

Le résultat de ce système des jours de valeur c'est qu'un client, titulaire d'un compte constamment créditeur en position, peut avoir à payer des intérêts débiteurs : il en est ainsi s'il verse au dernier moment les sommes nécessaires à ses échéances et s'il dispose immédiatement du montant des remises à l'encaissement.

Cette pratique a été récemment condamnée par la Cour de Cassation Française (ch. Com. 6 avril 1993 JCP 93 II 22062) qui décide que « les opérations litigieuses autres que les remises de chèques en vue de leur encaissement, n'impliquent pas que, même pour le calcul des intérêts, les dates de crédit ou de débit soient différées ou avancées ».

En conséquence, pour les versements d'espèces, les opérations de retrait, virements reçus, prélèvements automatiques... le décalage entre la date de l'opération et la date de valeur ne se justifie pas (V. Lex n°271 du 25 Juin 1993).

▪ LA CAPITALISATION DES INTERETS (ANATOCISME).

Le mécanisme du compte bancaire apporte une double dérogation à l'art. 543 cocc qui dispose que « les intérêts échus des prêts peuvent eux-mêmes produire des intérêts, à la condition soit de les demander en justice soit de les stipuler par une convention spéciale après l'échéance et pourvu qu'il s'agisse chaque fois d'intérêt dus au moins pour une année entière » (art. 8 al.3 cocc).

Ces textes soumettent donc la capitalisation des intérêts à deux conditions :

- une convention spéciale (ou demande en justice)
- une année entière d'intérêts.

Or les banques calculent les intérêts à chaque arrêté des comptes c'est-à-dire tous les 3 mois en général. La créance d'intérêt ainsi arrêtée est inscrite en compte et est par là même payée ; elle contribue à dégager un nouveau solde provisoire qui, s'il est débiteur, est productif d'intérêts au taux applicable au compte :

- cette créance produit à son tour intérêt à travers le solde provisoire débiteur qu'elle contribue à former
- et la capitalisation intervient non plus à l'année, mais tous les 3 mois contrairement à l'art. 543 cocc.

Cette pratique bancaire est aujourd'hui très controversée aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence (V. - D. Martin note au D. 1989 p. 563 - Contra Gavalda et Stoufflait D.1989 P.623).

Il est vrai que d'un point de vue purement juridique les partisans de la solution traditionnelle n'ont pas tort en ce qui concerne le compte courant. Seulement pour le compte de dépôt, il y a violation de lois car « l'inscription en compte d'intérêts débiteurs vaut paiement de ceux-ci et qu'en conséquence l'art. 1154 (543 cocc) n'a pas vocation à s'appliquer, puisque les intérêts payés ne peuvent produire des intérêts. C'est le jeu de l'effet de règlement qui s'attache à l'inscription au compte et pour le compte courant, il s'agit de l'application du principe de l'affectation générale des créances entre banquier et client. Mais le résultat économique est le même que pour la capitalisation. Pour cette raison, je préconise de jouer sur le caractère non absolu de ce principe de l'affectation générale qui peut être écarté par les parties ou le législateur (pour le compte courant seulement).

D. LA CLOTURE DES COMPTES.

Voyons les causes (1) de clôture puis les effets (2).

1. LES CAUSES DE CLOTURE DES COMPTES.

Les comptes ont en principe une durée indéterminée et sont conclus intuitu personae. Il en résulte les conséquences suivantes :

- chaque partie peut clôturer le compte à tout moment sous réserve de ne pas se rendre coupable d'un abus.
- le compte est clôturé par le décès ou l'incapacité du client < Le RJ ou LB du commerçant clôture de plein droit son compte bancaire. En France L 25 janv. 1985 l'administrateur judiciaire est en droit en application de l'art. 37, d'exiger la poursuite des conventions même si elles sont conclues intuitu personae (la convention de compte en fait partie). En réalité, si la convention de compte est maintenue, le compte lui est clos : la convention enregistrera les opérations nouvelles initiées pendant la période d'observation mais le compte lui connaîtra un arrêté avec apparition d'un solde qui permettra à la banque de produire en cas de solde négatif.

2. LES EFFETS DE LA CLOTURE : DEUX EFFETS.

- La clôture ouvre une période de liquidation pendant laquelle sont payés les chèques et effets émis avant la clôture ou pour lesquels il y a eu transfert de la provision ou encore, pour le cas spécifique du compte courant c'est la période qui permet d'attendre que toutes les créances figurant au différé du compte aient acquis les caractères requis pour contribuer à former le solde définitif.
- Les intérêts après clôture du compte. Avec la clôture, en principe toutes les rémunérations des services du banquier qui se rattachent au compte cessent.

Mais les intérêts qui rémunèrent le découvert accordé continuent de courir malgré la clôture jusqu'à complet paiement du solde débiteur. Ces intérêts se rattachent non pas au fonctionnement du compte mais au crédit accordé.

Puisque le client continue de fait à bénéficier du crédit, il doit demeurer débiteur des intérêts au taux convenu. A l'égard du découvert accordé, la relation contractuelle demeure jusqu'à complet paiement malgré la clôture du compte.

Mais question très controversée aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence :

- si l'on admet que la clôture a mis fin à toute relation contractuelle entre banquier et client, seuls sont dus des intérêts moratoires sanctionnant le retard apporté par le client à payer le solde débiteur apparu à la clôture ; ces intérêts ne courent qu'à partir d'une mise en demeure ; ils doivent être calculés au taux légal.

- si l'on admet que la clôture met fin seulement au fonctionnement du compte et non au crédit accordé et aux stipulations qui s'y rattachent, les intérêts conventionnels, aux taux convenu antérieurement, continuent de courir, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure.

Pour la Cour de Cassation : les intérêts du compte clôturé courent au taux légal en l'absence de toute manifestation contraire à la volonté des parties.

Pour contourner cette jurisprudence, les banques prévoient désormais une clause de survie du taux conventionnel jusqu'à l'apurement complet du découvert.

§ 2. LE COMPTE COURANT.

C'est un contrat par lequel le banquier et son client décident de réunir leurs créances réciproques dans un cadre juridique unique, à l'intérieur duquel elles seront soumises à un régime uniforme et donneront lieu à un règlement global.

La commune intention des parties est de suspendre entre elles, pendant la durée du compte, l'exigibilité de leurs créances et dettes de telle manière que cette exigibilité soit reportée sur le solde qui apparaîtra au bénéfice de l'une d'elles à la clôture du compte. Pour une bonne compréhension, il est nécessaire de présenter l'étude théorique (A) puis voir ses aspects pratiques (B).

A. L'ANALYSE THEORIQUE.

Il s'agit de l'analyse de la volonté et de l'intention des parties pour dégager la nature et les effets de la convention.

1. LA NATURE DE LA CONVENTION DE COMPTE COURANT.

La convention de compte courant réalise un contrat, mais un contrat qui tire sa spécificité de son objet.

- C'est d'abord une convention instituant une relation contractuelle de dépôt identique à l'ouverture d'un simple compte de particulier.
- En plus de cette relation contractuelle de dépôt, la convention de compte courant comporte un accord supplémentaire par lequel les parties s'obligent à imputer au compte non seulement les opérations relatives au dépôt convenu mais également les opérations financières de toute nature en vue de leur règlement fusionné : cette stipulation dite d'affectation générale au compte unique des créances réciproques donne au compte courant une fonction essentielle de règlement par balance de tous les chefs de créances susceptibles d'apparaître entre le banquier et son client. C'est généralement l'ensemble des flux financiers réguliers et significatifs entre la banque et le client qui sont concernés par la convention et il s'agit des opérations ordinaires ou « courantes ».

Ainsi caractérisée dans ses composantes contractuelles majeures : contrat de dépôt, engagement d'affectation au compte des créances réciproques et accord de règlement par balance des multiples flux financiers enregistrés au débit et au crédit , la convention de compte courant institue donc entre les parties un mécanisme de centralisation comptable de leurs affaires courantes d'indifférenciation juridique des écritures correspondantes et de règlement par balance et jusqu'à due concurrence, des droits réciproques qu'elles expriment scripturalement.

2. LES EFFETS DE LA CONVENTION DE COMPTE COURANT.

Pour atteindre les objectifs révélés par l'examen des composantes contractuelles du compte courant, il est nécessaire que son régime juridique soit accordé avec ces objectifs. En ce sens, il est admis que le fonctionnement du compte courant emporte 3 effets : un effet de report de l'exigibilité du solde à la clôture, un effet novatoire et un effet d'indivisibilité. Le premier se rattache à l'accord d'affectation générale en compte (a) les 2 autres à la fonction de règlement (b).

a) L'EFFET LIE A L'ACCORD D'AFFECTION : LE REPORT DE L'EXIGIBILITE DU SOLDE.

Il signifie que les parties sont irréductiblement censées avoir renoncé à se demander l'une à l'autre, le règlement du solde dégagé par le fonctionnement du compte tant que celui-ci n'est pas clôturé. Cette exigibilité étant reportée sur le seul solde définitif déterminé par la clôture du compte, c'est donc la cessation de la relation convenue qui a exclusivement pour vertu de rendre exigible le solde et de permettre à la partie créditrice le règlement.

Ainsi compris, le report de l'exigibilité est une suite nécessaire de l'accord d'affectation générale. Mais cette règle ne joue que dans un sens. Elle ne lie que la banque car le titulaire du compte peut disposer de son solde provisoire créditeur (par retraits, chèques...) et la banque est tenue d'honorer ces ordres jusqu'à due concurrence. Cette « dérogation » s'explique par le fait qu'à la base du compte courant, il y a un contrat de dépôt par lequel la banque s'oblige, sans réciprocité, à rendre à vue les avoirs disponibles du client.

b) LES EFFETS LIES A LA FONCTION DE REGLEMENT : EFFETS NOVATOIRES ET D'INDIVISIBILITE.

La fonction de règlement qui est de l'essence du compte courant marque la différence d'avec le simple compte de dépôt. Ce dernier ne sert qu'à enregistrer des remises et des retraits, il ne constitue qu'un état, une situation des avoirs unilatéraux du titulaire. Au contraire le compte courant enregistre des écritures correspondant à des créances réciproques qui ne se rapportent pas toutes à l'idée de dépôt (par exemple les remises de la banque sont plutôt des prêts) et ces écritures s'imputent les unes sur les autres pour ne laisser subsister que le solde reliquataire. Il se produit donc une extinction conventionnelle par différence mathématique.

En définitive, le compte courant n'est donc pas un compte descriptif d'avoirs unilatéraux, mais un compte d'apurement d'intérêts croisés ou bilatéraux. En ce sens, il développe une fonction de règlement possible grâce à l'effet novatoire (b-1) et dont la modalité est régie par l'effet d'indivisibilité (b-2).

b) 1. L'EFFET NOVATOIRE.

Il y a novation quand un élément (ici une créance) est dépouillé de ses caractères juridiques initiaux y compris sa substance même et remplacée par une autre réalité juridique qui s'y substitue avec ses traits et son régime propres. S'agissant du compte courant, l'effet novatoire s'entend de ce que la traduction scripturale en compte de l'une quelconque des créances réciproques entre les parties lui fait perdre son existence juridique originelle et lui substitue définitivement l'écriture comptable correspondante.

Autrement dit, la créance antérieure légitimement acquise d'une opération régulière est, du fait de sa traduction comptable formelle, novée (c'est à dire éteinte et remplacée) en une écriture autonome désormais soumise à la seule loi du compte qui l'accueille.

En un mot, on change une créance en une écriture d'un compte. C'est fondamental pour le fonctionnement du compte courant car on n'aurait pas pu procéder au règlement réciproque de deux créances différentes dans leur nature (par ex. l'une à vue, sans intérêt et l'autre à terme, productive d'intérêts et munis de sûretés). En conséquence, pour une balance commerciale, il est nécessaire que les créances réciproques soient pures de tout particularisme juridique d'où leur novation en simple écriture de compte juridiquement inodore, incolore et sans saveur.

On peut donc dire de cet effet novatoire, indispensable à la fonction de règlement, qu'il départicularise les remises comptables, qu'il les banalise pour les rendre parfaitement fongibles et donc propres à un traitement arithmétique par voie de balance.

b) 2. L'EFFET D'INDIVISIBILITE.

Cet effet exprime la modalité selon laquelle doit s'accomplir la fonction de règlement du compte et il signifie que toute écriture passée au compte doit aussitôt être arithmétiquement combinée au solde des écritures antérieures de sorte à faire apparaître un nouveau solde qui en traduise, irréversiblement, la fusion avec tous les articles précédents et à venir du compte : c'est la

meilleure justification de l'existence et de la nécessité même des soldes provisoires auxquels elle confère une pleine légitimité qui autorise à fonder sur eux des prétentions juridiques (saisie et autres voies d'exécution,....)

B. L'ANALYSE PRATIQUE DE LA CONVENTION DE COMPTE COURANT BANCAIRE.

Deux phases : - le fonctionnement
- le dénouement.

1. LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE COURANT.

Le développement ordinaire d'un compte courant se traduit par un inventaire d'écritures qui exprime un courant de remises réciproques (a) éventuellement émaillé d'incidents (b).

a- LES REMISES

La remise est la traduction comptable, par écriture adéquate, de la créance de l'une des parties contre l'autre. Il y a donc remise en compte lorsque les droits monétaires détenus par l'une d'elles, au titre d'une opération quelconque (avance consentie par la banque, dépôt fait par le client) sont concrètement matérialisés par une écriture comptable en application de l'engagement d'affectation générale et de l'accord de règlement par balance.

Ainsi définies, les remises forment les articles successifs du compte et lui confèrent par la même occasion une matérialité, une existence matérielle.

Les remises et les créances doivent présenter certains caractères.

- **Les remises** : Tout d'abord, elles doivent être réciproques c'est-à-dire traduire les droits de créance détenus aussi bien par l'une que par l'autre des parties à la relation de compte. Par opposition au pur compte de dépôt qui enregistre les seuls avoirs du client, le compte courant doit sous peine de disqualification, enregistrer aussi les écritures correspondantes à des droits acquis par la banque contre le titulaire du compte (avances, commissions, remboursement.). En outre, les remises réciproques doivent être enchevêtrées. A ce sujet, la Cour de Cassation a jugé à plusieurs reprises qu'il n'y a pas de relation de compte courant en exécution d'un prêt consenti par une banque à un client lorsque celui-ci effectue seul des versements au compte de prêt pour le remboursement de sa dette. De fait l'enchevêtrement requis postule que les remises relatives à des créances de l'une des parties contre l'autre ne présentant pas qu'un caractère exceptionnel.
- **Les créances** doivent être certaines et liquides et concerner en principe des opérations normales et courantes

b- LES INCIDENTS.

Deux incidents principaux : la saisie des avoirs éventuels du titulaire du compte et le retour d'effets escomptés mais, demeurés, en tout ou partie, impayés. Dans ce cas, la banque peut soit mettre en œuvre ses recours cambiaux contre les garants solidaires de l'effet, soit se résoudre à contrepasser immédiatement l'effet.

* LA CONTRE PASSATION.

- Elle consiste dans le débit en compte du montant d'un titre antérieurement pris à l'escompte. Il ne s'agit pas de corriger l'incidence d'une écriture erronée (contre- passation comptable) mais de traduire le droit à remboursement d'une avance. Par exemple, lors de l'opération d'escompte, le montant de l'effet de commerce a été passé au crédit du client ; si l'effet est impayé par le débiteur principal, le banquier, au lieu de poursuivre les tiers débiteurs du titre, préfère reporter le montant de l'effet au débit du compte du client. C'est cette écriture du débit qu'on appelle contrepasation.
- Aujourd'hui, la doctrine voit dans l'écriture de contrepasation l'expression de la créance cambiale du banquier née du non paiement de l'effet de commerce escompté. La Cour de Cassation estime que la contre passation exprime un « droit au remboursement » du banquier.
- Ce droit au remboursement peut avoir deux fondements : soit la créance cambiale, soit le contrat d'escompte.

- **La contre passation expression de la créance cambiale du banquier.**

Dans ce cas la contre passation se justifie par l'exercice du recours que le porteur d'un titre cambiale a contre tout signataire de celui-ci. Ainsi la banque dispose, en sa qualité de porteur du titre qui lui est revenu impayé, d'un recours contre le cédant. S'il veut mettre en œuvre ce recours dans le cadre du compte courant, le principe de l'affectation en compte des créances réciproques l'oblige à l'exercer par le débit du compte. Mais les limites de ce fondement tiennent au fait que les recours du porteur d'une traite impayée contre le tireur et les endosseurs se prescrivent par un an. Donc le véritable fondement doit être cherché dans le contrat d'escompte.

- **La contre passation, expression de la résiliation du contrat d'escompte.**

L'escompte est l'opération juridique par laquelle le porteur d'un effet l'endosse à son banquier qui lui en verse immédiatement le montant nominal contre rémunération (intérêts). C'est uniquement sur l'exercice de la clause résolutoire expresse (dite « sauf de bonne fin ») généralement inscrite dans l'acte d'escompte lui même que se trouve le fondement de la contre passation. La bonne fin n'ayant pas lieu, le jeu de la clause anéantit l'escompte et rend le banquier créancier de restitution du montant du titre d'où l'inscription de cette créance au débit du compte en vertu de l'accord d'affectation en compte.

- En tout état de cause, l'effet novatoire éteint la créance cambiale ou de restitution et le banquier doit rendre le titre ou l'effet au client. En conclusion, la contre passation est la passation en compte de la créance de recours que possède le banquier sur son client, elle entraîne, en application de l'effet novatoire, extinction de cette créance. Le banquier est considéré comme ayant exercé le recours lui

appartenant, il est considéré comme payé. La restitution par lui des effets s'impose pour permettre au client remettant d'exercer tout recours utile.

- En revanche, quand la contre passation est alléguée après la clôture du compte courant, la banque est fondée à conserver les titres pour mettre en œuvre elle même les recours cambiaires. Donc, il ne s'agit pas à vrai dire d'une contre passation. Par exemple, si la clôture est le fait de la faillite du remettant, la banque produit pour le montant des effets impayés et ne fait qu'exercer son recours du change.

* LA SAISIE.

Depuis un arrêt de la Cour de Cassation 13 nov.1993 qui a opéré un revirement, le solde créditeur d'un compte courant est un élément de l'actif disponible du titulaire et peut en conséquence faire l'objet d'une saisie.

2. LE DENOUEMENT DU COMPTE COURANT BANCAIRE.

La question évoque les causes et les conséquences de la clôture (b). Mais il faut auparavant voir la question des garanties prise par la banque pour assurer le recouvrement de sa créance éventuelle à la clôture (ce qui suppose solde débiteur) (a).

a) LES GARANTIES.

Le solde définitif du compte courant est susceptible d'être garantie par des dispositions appropriées convenues soit à l'ouverture, soit en cours de fonctionnement du compte : le seul risque est l'annulation pour leur constitution en cours de période suspecte.

Il y a une possibilité de déroger à l'effet extinctif des sûretés qu'entraîne la novation en reportant les sûretés attachées aux créances inscrites en compte, à la sécurité du solde définitif à la clôture (nécessité modification de la publicité des sûretés réelles ou un accord du garant personnel).

b) LA CLOTURE.

Même régime que le compte de dépôt.

§ 3. LES COMPTES PLURAUX.

La pluralité tient à deux situations.

- soit plusieurs titulaires pour un même compte : on parle alors de comptes collectifs **(A)**
- soit plusieurs comptes pour un unique titulaire : on parle alors de comptes multiples **(B)**

A. LES COMPTES COLLECTIFS.

Un compte bancaire quelconque peut faire l'objet d'une commune titularité par plusieurs personnes. Il y a deux formes de comptes collectifs : le compte indivis (1) et le compte joint (2) (Le cas de l'usufruit sur le crédit d'un compte bancaire est exceptionnel).

1. LE COMPTE INDIVIS.

Sauf convention particulière, le compte collectif a vocation à être considéré comme un compte indivis entre ses cotitulaires c'est-à-dire que par application des règles de l'indivision, toute disposition des actifs en compte n'est régulièrement ordonnée qu'à l'unanimité des cotitulaires. Ce qui suppose normalement leur signature conjointe de tous ordres ou titres de transfert.

Un compte peut être indivis dès son ouverture. Il en est ainsi, par exemple de ceux qui sont ouverts pour enregistrer les opérations d'une société créée de fait, dépourvue de personnalité juridique. Un tel compte a pour titulaire les associés de fait. Il peut arriver aussi qu'un compte initialement individuel devienne collectif, ainsi le compte de cujus devient au décès, indivis entre les héritiers.

L'exigence de la signature commune pour faire fonctionner le compte constitue un facteur de blocage que la pratique a réussi à contourner en désignant souvent un mandataire commun.

Sous l'angle passif, c'est-à-dire en cas de solde débiteur du compte indivis, le banquier doit diviser son action en paiement entre les cotitulaires chacun répondant du passif en proportion de sa quote-part à moins qu'une solidarité ait été stipulée ou que le compte ait un caractère commercial (solidarité présumée en matière commerciale).

A la clôture du compte, le banquier ne peut se dessaisir du solde qu'avec l'accord de tous les indivisaires, à moins qu'il soit justifié d'un partage régulier.

2. LE COMPTE JOINT.

C'est un compte collectif dans lequel, les co-titulaires conviennent tant qu'entre eux qu'à l'égard du teneur du compte, non seulement d'une solidarité passive (pour le cas de clôture du compte en position débitrice) mais aussi et surtout d'une solidarité active qui les fait apparaître chacun sinon comme propriétaire de l'intégralité des actifs en compte, du moins comme investi, contractuellement de leur libre disposition. La solidarité active, pièce essentielle de la convention de compte joint, se distingue donc d'une simple procuration réciproque qui est un contrat séparé et différent de la convention de compte : la procuration se surajoute à cette dernière, tandis que la stipulation de solidarité active est un élément intrinsèque de son économie.

Voyons rapidement le contenu (a) puis le portée (b) de la convention de compte joint.

A- LE CONTENU DE LA CONVENTION DE COMPTE JOINT.

De ce point de vue, il s'agit de voir les conséquences de cette solidarité active aussi bien quant à son objet que quant à sa fonction.

- L'OBJET DE LA SOLIDARITE ACTIVE.

Elle signifie que les co-titulaires du compte ont exactement les mêmes pouvoirs sur les avoirs en dépôt. Ainsi et même si ces avoirs sont inégalement constitués par les co-titulaires, voire exclusivement fournis par l'un d'eux, l'adoption de la clause vaut, entre eux et à l'égard de la banque, pleine habilitation de chacun à en disposer librement sous sa seule signature et abandon corrélatif, jusqu'à due concurrence, du pouvoir personnel et exclusif de disposition qu'il tenait du statut de ces actifs avant leur entrée en compte : il s'agit en fait de la dissociation classique du pouvoir et de l'appartenance dont les applications sont familières dans toutes les structures patrimoniales d'intérêt commun.

On dit, en définitive, que la clause de la solidarité active ne représente qu'un aménagement conventionnel, entre les cotitulaires et vis à vis de la banque, du pouvoir de disposition des actifs en dépôt, indépendamment de toute considération liée à la provenance de ceux-ci et à leur rattachement au patrimoine ou à la personne de l'un d'entre eux.

- LA FONCTION DE LA SOLIDARITE ACTIVE.

La clause de solidarité active a pour fonction d'investir chaque cotitulaire, au moyen d'un fondement théorique propre, d'une maîtrise juridique personnelle et complète des avoirs en dépôt.

Cette investiture ne se fonde pas comme au cas de mandat sur une simple délégation de pouvoir en application de laquelle une personne se voit donner compétence pour mettre en œuvre les prérogatives d'autrui ; elle procède au contraire d'une réversibilité parfaite et voulue du titre générateur de la créance en vertu de laquelle la solidarité active est stipulée. De fait, tout se passe comme si, malgré la pluralité des titulaires du compte joint, il n'y avait qu'un unique titulaire de la créance de restitution des dépôts, et celui-ci est doté de tous les attributs d'un créancier exclusif.

Cet état exceptionnel n'a lieu, conformément aux règles de l'effet obligatoire des conventions, que dans les rapports de ceux qui sont liés par la convention de compte joint c'est-à-dire les cotitulaires solidaires d'une part et la banque dépositaire d'autre part.

C'est cet état exceptionnel qui explique aussi les règles suivantes tirées du COCC :

- n'importe lequel des cotitulaires activement solidaires peut exiger par ses ordres personnels la disposition ou l'exécution de toute la créance contre la banque (art. 235 al. 1)
- la banque débitrice peut valablement s'acquitter entre les mains ou sur l'ordre de l'un quelconque des créanciers solidaires (art. 235 al.2).

- plus généralement, les cotitulaires sont dans leurs rapports mutuels et communs avec le débiteur, obligés par tous les effets secondaires de la solidarité (art. 238) que l'on explique par l'idée de mandat réciproque mais qui procèdent plutôt de l'unicité de condition issue de la solidarité.

Il faut à présent mesurer la portée conventionnelle de cette unité de condition.

B- LA PORTEE DE LA CONVENTION DE COMPTE JOINT.

Elle doit être appréciée sous le double rapport des personnes qu'elle concerne (1) et du temps pour lequel elle les régit (2).

1. LA PORTEE INDIVIDUELLE DE LA CONVENTION DE COMPTE JOINT.

- En vertu du principe de la force obligatoire des conventions, l'accord de compte joint n'a d'effet obligatoire qu'entre les parties (les cotitulaires d'une part et la banque d'autre part).

Il en résulte les deux conséquences suivantes :

- la première liée à la stipulation de solidarité active, est que chaque cotulaire du compte est réputé habile à disposer du solde créditeur disponible, sans que la banque puisse être poursuivie par l'un d'eux quand elle s'est acquittée d'un ordre régulièrement délivrée par l'autre.
- la seconde, liée à la stipulation de solidarité passive est que la banque est fondée à recouvrer le solde débiteur éventuel, résultant d'une tolérance usuelle ou convenue, contre l'un quelconque des cotitulaires, chacun étant réputé à son égard débiteur personnel de l'entier passif (art. 236).
- Mais la convention est opposable aux tiers qui ne peuvent l'ignorer (art. 110). Cela nous donne l'occasion d'examiner la situation du porteur d'un chèque tiré sur un compte joint par l'un de ses cotitulaires :
 - D'abord, un tel chèque est régulier même s'il est émis par un seul des cotitulaires du compte joint : c'est la conséquence naturelle de la solidarité active. La banque doit payer et elle est libérée vis à vis de toutes les parties
 - Quid de l'hypothèse où la provision est insuffisante.
 - Rep : dans ce cas, le porteur ne peut prétendre avoir action contre le cotulaire du tireur ni sur le fondant de leur solidarité passive, ni sur celui de leur solidarité active :
 - En effet, la solidarité passive n'a lieu entre les cotitulaires qui en sont convenues, qu'à l'égard de la banque et pour lui permettre de poursuivre....chacun, indifférent, la

totalité du solde débiteur. Elle ne justifie d'aucune prétention de quiconque d'autre à s'en prévaloir.

- Quant à la solidarité active, elle n'a que la fonction d'une mesure d'habilitation réciproque des cotitulaires à disposer des avoirs existants à l'actif de leur compte commun. Ce qui ne permet pas au bénéficiaire d'un ordre non provisionné, donné par un cotitulaire, de prétendre avoir acquis la moindre vocation sur les éléments du patrimoine personnel de l'autre. En conséquence, ce dernier échappe à toute discussion possible, de ses biens et valeurs non déposés au compte joint, par le bénéficiaire de l'ordre ou du titre émis par son cotitulaire.

2. LA PORTEE TEMPORELLE DE LA CONVENTION DE COMPTE JOINT.

La convention de compte joint, convention intuitus personae et suivant à durée indéterminée cesse donc non seulement en cas d'événement majeur affectant la personne de l'un des cotitulaires (incapacité, cessation des paiements, décès) mais également par la dénonciation unilatérale qu'en ferait l'une quelconque des parties. Cette dénonciation ne devient opposable aux autres qu'à compter de leur information individuelle.

Dès qu'elle devient effective, la dénonciation entraîne expiration concomitante de la convention donc la cessation subséquente de l'effet des clauses de solidarité et la clôture consécutive du compte joint.

B. LES COMPTES MULTIPLES.

Il est fréquent qu'une personne physique ou morale soit titulaire de plusieurs comptes dans le même établissement de crédit.

Cette multiplicité vise en général à la séparation des opérations relatives à des activités différentes ou à des marchés indépendants. Elle peut provenir de la volonté du client, elle est parfois imposé par la loi : certains professionnels devant être titulaires d'un compte spécial ne pouvant être crédité et débité que sous certaines conditions.

- Quoiqu'il en soit l'inclination naturelle de la banque est d'obtenir qu'un lien sécuritaire soit établi entre les comptes multiples ou du moins entre les soldes de sorte que les positions créditrices soient affectées à la garantie des positions débitrices.

- Or les divers comptes ouverts à la même personne sont en principe indépendants les uns des autres et leurs soldes sont autant de créances ou de dettes distinctes entre lesquelles la compensation ne joue pas.

La justification de cet état de droit est que chacun des comptes multiple a pour assise un contrat distinct nécessitant une exécution distincte. Il en résulte les conséquences suivantes :

- Le calcul des intérêts ou agios s'opère en fonction de la position de chacun des comptes.
- C'est le solde du compte sur lequel le chèque est tiré qu'il faut prendre en considération pour apprécier la provision, et non la situation d'ensemble du client.
- Si une saisie-arrêt est pratiquée sur un compte créditeur, ni le banquier, ni le client ne peuvent se prévaloir de l'existence d'un autre compte en position débitrice.

Pour éviter tous les inconvénients qui peuvent résulter de l'autonomie de principe des comptes, les parties peuvent écarter l'indépendance des comptes par des conventions expresses créant un lien entre les comptes et qui prennent la forme soit d'un accord d'unité de compte (1) soit celle d'un accord de compensation des soldes (2).

1. L'ACCORD D'UNITE DE COMPTES.

Elle implique que les différents comptes constituent des sections d'un compte unique et devront à tous égards être traités comme telles. Il n'y a donc qu'une position et qu'un compte unique à la fois entre les parties et à l'égard des tiers.

Substantiellement, la stipulation d'unité de comptes consiste à convenir que les multiples comptes formellement ouverts et matériellement tenus au nom d'un même titulaire sont réputés constituer de simples divisions fonctionnelles c'est-à-dire l'éclatement pratique, requis par la pure commodité, d'une seule et unique relation globale de compte entre le banquier et le client.

- **Du point de vue validité** on peut retenir les règles suivantes :
 - d'une part, l'unité ne doit pas être démentie, ni par une clause de la convention, ni par le comportement des parties.
 - d'autre part, seuls des comptes présentant des caractères juridiques compatibles c'est-à-dire dont les positions sont juridiquement fongibles, peuvent se prêter à un accord d'unité de comptes : ainsi les comptes professionnels dont la loi impose l'ouverture et qui sont destinés à recevoir des fonds détenus pour la clientèle (CARPA –avocats), de même les comptes de garantie. En conséquence, un compte bloqué ne peut faire l'objet d'une stipulation d'unité avec un compte courant ou tout autre compte à vue (quid pour compte courant et compte dépôt ? Pour certains non, pour d'autres, oui, mais l'un des deux perdra son caractère : l'intention des parties doit être claire).

- **Du point de vue des effets :**

- d'une part, entre les parties, en principe on prend en compte la position globale du client et c'est sur cette base que sera appréciée l'existence de la provision d'un chèque et que sera calculée les intérêts créditeurs ou débiteurs.

- d'autre part par rapport aux tiers, la convention d'unité leur est opposable : elle peut être invoquée à l'égard du créancier saisissant ou du porteur du chèque et le banquier peut également s'en prévaloir en cas de faillite de son client. Mais si elle a été conclue en période suspecte, elle devient annulable si la preuve est faite que la banque connaissait l'état de cessation des paiements du client au moment de la passation de la convention d'unité de comptes. (L'opération pourrait être assimilée à une constitution de sûreté en période suspecte)

- **Conclusion** : cet accord constitue pour le banquier, la meilleure sécurité qu'il puisse tirer de la pluralité des comptes ouverts à un même titulaire. Mais une telle garantie n'est pas sans prix : elle a pour contre partie pécuniaire, la perte (pour le banquier, des plus values) générées par l'obligation de pourvoir au calcul des intérêts débiteurs sur des positions globales résultant de la combinaison consolidée des soldes partiels attachés aux subdivisions du compte réputé unique.

Pour cette raison, cette convention d'unité de compte qui était jadis recherchée par la banque pour sa vertu sécuritaire est aujourd'hui imposée par les financiers d'entreprises pour sa vertu d'économie (elle est moins chère que la multiplicité des comptes). Cette considération de coût n'affecte pas la convention de compensation que nous allons voir à présent.

2. L'ACCORD DE COMPENSATION DES SOLDES.

Par cette convention, le client autorise le banquier à compenser, quand bon lui semble, le solde créditeur éventuel de l'un des comptes avec le solde débiteur éventuel d'un autre compte. Mais tant que le client n'a pas fait connaître au client sa décision d'user de cette faculté, les comptes fonctionnent de manière indépendante.

L'avantage majeur de cette convention est de permettre d'englober dans le mécanisme compensatoire les soldes de comptes de toute nature, correspondant à des régimes différents et donc dépourvus de fongibilité juridique.

- Du point de vue validité on considère que la convention de compensation est licite car les parties ont la liberté de prévoir une compensation in futurum des soldes des comptes qu'elles ont ouverts entre-elles.

- Du point de vue de ses effets. Il convient de retenir que les comptes demeurent distincts et doivent être traités à tous égards comme tels tant que le banquier n'a pas procédé à la compensation et que l'application de la convention met fin au fonctionnement de l'un au moins des comptes.

Autre effet, c'est que par la convention de compensation, les différents soldes sont affectés à leur garantie réciproque et cette affectation crée un lien de connexité qui autorise la compensation.

PB : La convention de compensation peut-elle être invoquée en cas de faillite du client ou en cas de saisie arrêt sur l'un des comptes ?

- Pour le 1^{er} cas : **faillite du client**.

La compensation est possible entre dettes connexes et cette connexité peut être créée par convention. Donc, l'opposabilité à la masse des créanciers de la convention de compensation ne doit poser aucun problème.

C'est seulement lorsque la convention de compensation est conclue pendant la période suspecte, qu'elle devient comme la convention d'unité de compte, vulnérable.

- Pour le 2^e cas : **saisie du solde créditeur d'un des comptes**.

Ici, certains auteurs estiment que la compensation ne peut jouer car, la faculté d'y procéder n'est offerte à la banque que si les avoirs au crédit de son client sont pour lui juridiquement disponibles. Or cette disponibilité cesse à la signification de l'exploit d'huissier et entraîne donc paralysie de l'accord en ce qui concerne les avoirs placés sous main de justice. Ainsi, faute d'avoir été opérée antérieurement à la notification et traduite par un virement effectif de compte en compte, la compensation conventionnelle ne peut plus être mise en œuvre au préjudice de la saisie.

Conclusion : La convention de compensation semble apparaître comme une mauvaise garantie face à la saisie mais, son utilité éventuelle en cas de faillite suggère de l'adopter par précaution.

TITRE II - L'ACTIVITE BANCAIRE

Il s'agit d'une activité qui fait l'objet d'un encadrement étatique (**Chapitre II**) et qui s'exprime par des techniques juridiques (**Chapitre I**).

CHAPITRE I : LES TECHNIQUES JURIDIQUES DE L'ACTIVITE BANCAIRE.

Selon leur finalité elles se présentent soit comme des techniques sécuritaires (sûretés : renvoi) ou des techniques opératoires que nous allons voir.

SECTION I : L'ENGAGEMENT PAR SIGNATURE (GARANTIE)

SECTION II : LE MANDAT / VIREMENT / (PAIEMENT)

SECTION III : LE PRET D'ARGENT.

SECTION I : L'ENGAGEMENT.

C'est l'engagement par lequel un établissement de crédit s'oblige, dans l'intérêt de son client et sur demande ou accord de celui-ci, à servir éventuellement une somme d'argent au bénéficiaire de la promesse.

En pratique, ces engagements peuvent répondre à trois qualifications principales :

- cautionnement
- garantie autonome
- lettre d'intention.

- LES ENGAGEMENTS CAUTIONNES.

* La forme la plus ancienne c'est le crédit par acceptation : le client tire sur la banque une lettre de change que ce dernier accepte pour permettre au tireur de la négocier plus facilement.

* On peut arriver au même résultat en substituant à l'acceptation un aval qui est la forme cambiaire du cautionnement de schéma est simple : le client souscrit un billet à ordre à l'ordre d'un établissement de crédit auprès duquel il l'escompte après l'avoir fait avaliser par un autre : c'est ce que l'on appelle le crédit par aval.

* A côté de ces hypothèses, il y a les obligations cautionnées.

Ex : caution en douane, caution fiscale, caution pour les marchés publics.

Ici aussi le schéma n'est pas très compliqué. A la base, il y a toujours l'établissement de crédit qui se porte caution de ses clients et cela arrive chaque fois que le client peut obtenir un délai pour effectuer un paiement à condition de fournir une caution.

Ex : en matière de TVA ou de droits de douane.

On sait que la TVA est récupérée par les commerçants sur leurs clients, mais si ceux –ci sont eux-mêmes des commerçants, il est fréquent qu'il leur soit accordé un délai de un à trois mois pour payer les fabricants ou les grossistes. Dès lors ces fournisseurs devraient se mettre en situation de payer les taxes au fisc au moment de la livraison ou de la facturation et ne pourraient les récupérer que beaucoup plus tard. Ils peuvent éviter cette charge au moyen de ce que l'on appelle les obligations cautionnées = ils souscrivent à l'ordre du receveur des billets à ordre à échéance variant de 2 à 4 mois selon le délai qu'il accordent à leurs propres clients et demandent à leur banquier d'avaliser ces billets.

La même procédure peut être effectuée en matière de Droits de Douanes.

De la même façon, les banques peuvent se porter caution des dépôts en espèces qui sont exigés des entreprises pour garantir la bonne exécution des marchés publics.

* L'intérêt de toutes ces opérations de cautionnement est très grand.

- le client peut utiliser les capitaux disponibles à des opérations plus fructueuses et s'il n'a pas les capitaux, il n'est pas obligé d'emprunter en payant des agios élevés, il ne supporte que des commissions modérées.
- le banquier non plus ne décaisse pas et si la caution est fournie à une administration fiscale, le banquier qui paie est subrogé dans le privilège du Trésor.

- LA GARANTIE AUTONOME.

Par contagion et décalque de la pratique internationale, le cautionnement bancaire est, de plus en plus, supplanté par la garantie autonome.

. On sait que le cautionnement

- Est conçu pour suppléer la carence du débiteur dans l'exécution de ses engagements
- C'est un engagement accessoire à une obligation principale.

. Ce n'est pas le cas de la garantie autonome (= aussi garantie indépendante ou à première demande) qui consiste en une promesse abstraite - non subordonnée au régime d'une obligation principale de référence - de payer une somme déterminée sur simple demande du bénéficiaire désigné de cet engagement.

- Le garant à la différence de la caution est lui même débiteur de premier rang, engagé en des termes plus rigoureux que ne l'est le débiteur principal puisqu'il ne peut, pour se soustraire au paiement, arguer d'aucun moyen de défense (sauf fraude ou abus manifeste du bénéficiaire de la garantie).

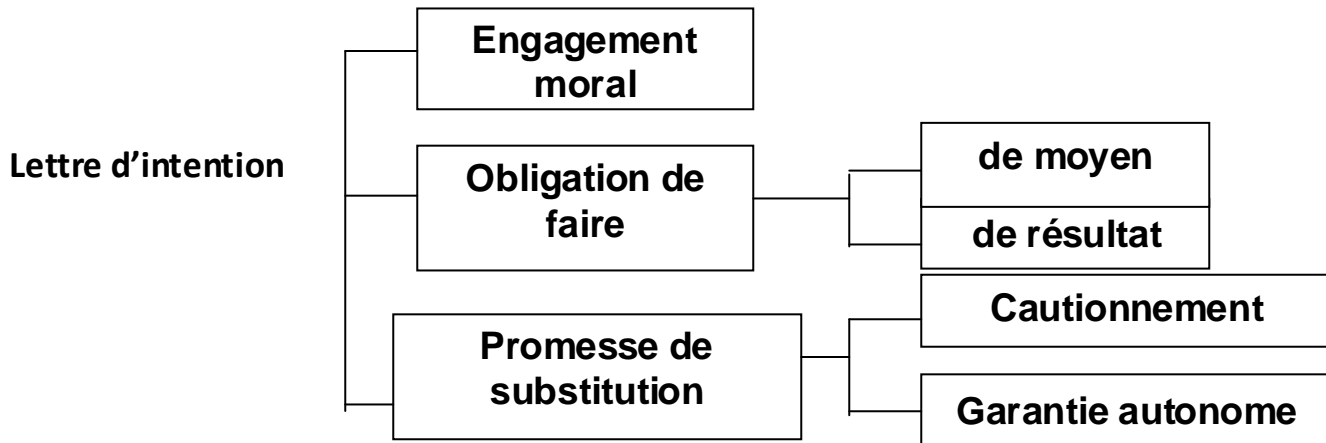
- LA LETTRE D'INTENTION.

Qui se subdivise en trois types principaux de déclarations :

- Les unes ne font état que de simples engagements d'honneur dépourvus de sanction (dispositions morales).

- Les autres expriment la volonté de l'auteur de veiller à la solvabilité de l'emprunteur (tout faire, prendre toutes les dispositions pour qu'il puisse faire face à la dette) : ce sont des obligations de faire durant l'inexécution se résout en Droit International.

- D'autres enfin, portent l'intention de l'auteur de se substituer à l'emprunteur, pour répondre de ses obligations et assurer la bonne fin du crédit (c'est un cautionnement) et quelquefois une garantie autonome.



SECTION II : LE VIREMENT

C'est une technique financière permettant de transférer, par un simple jeu d'écritures (débit, crédit), une somme d'argent d'un compte à un autre. On dit que c'est le véhicule idéal de la monnaie scripturale. Il peut être opéré aussi bien au profit d'un tiers que de compte à compte

- Définition plus technique : c'est un procédé de transfert comptable d'avoirs disponibles, détenus (solde créditeur) ou mobilisable (ouverture de crédit) en forme scripturale.

- Avantage : c'est son faible coût rendu possible par un traitement informatique beaucoup plus aisée que celle du chèque parce que la loi ne le soumet pas à la contrainte de l'écrit.

L'examen juridique du virement :

- Mécanisme
- Effet.

§ 1. LE MECANISME DU VIREMENT.

Ordre de virement et exécution du virement.

A. L'ORDRE DE VIREMENT.

- **Qualification** : c'est un mandat de payer.

Il s'agit d'un mandat, un mandat de payer, celui qui est d'ailleurs au début du processus et qui fonde l'action de la banque du donneur d'ordre. Cette dernière doit être considérée comme gardienne des avoirs en compte = elle ne peut donc en débiter la valeur pour virement, prélèvement ou paiement

que sur habilitation du titulaire du compte. Ainsi, l'ordre de virement n'est que le mandat donné à la banque par l'initiateur du virement d'y procéder.

▪ **Conséquences.**

De cette qualification procèdent toutes les suites ordinairement attachées à la relation de mandat :

- L'ordre de virement n'est soumis à aucune forme. Il peut même être verbal (les formulaires des banques ne sont pas d'un usage obligatoire).
- Il appartient au banquier de s'assurer de l'origine de l'ordre de virement qu'il reçoit = vérification des signatures.
- La banque doit remplir toutes ces obligations avec diligence et on a pu considérer qu'elle est redevable pour l'essentiel d'une obligation globale de résultat ce qui entraîne que le préjudice causé par une quelconque défaillance de sa part doit rester à sa charge sauf exonération par cas fortuit ou force majeure.
- Un ordre de virement à la différence d'un chèque, est révocable tant qu'il n'est pas exécuté. En effet, jusqu'à ce que l'ordre ait reçu un début d'exécution, par débit du compte de son auteur, la réalisation du virement peut être paralysé par retrait de la procuration ou indisponibilité subite des avoirs (saisie-arrêt, décès, incapacité du donneur d'ordre). C'est en effet, le débit du compte du donneur d'ordre qui constitue le premier acte d'accomplissement du mandat de payer. V. Cass. Com. 26 janv. 1983 D. 83 IR, 469 "l'inscription d'un virement au débit du compte du donneur d'ordre fait perdre à ce dernier la propriété de la provision et dès ce moment l'ordre de virement ne peut plus être révoqué ».

B. L'EXECUTION DU VIREMENT.

- Le virement est exécuté, selon le cas, par l'inscription de la somme virée au compte du bénéficiaire et l'envoi à ce dernier d'un avis de crédit ou par un transfert des fonds au banquier tenant le compte du bénéficiaire qui crédite le compte de son client (c'est la banque domiciliataire qui a reçu mandat du bénéficiaire pour recevoir le produit du virement).
- La banque du donneur d'ordre est tenue d'exécuter proprement l'ordre de virement et répond envers lui des conséquences des retards anormaux.
- Si un virement est exécuté malgré l'insuffisance de la provision au compte du donneur d'ordre, la banque dispose d'un recours contre ce dernier, mais non contre le bénéficiaire.

- Si en revanche, il s'agit d'une erreur d'identité, la banque dispose d'une action en répétition de l'indu.

§ 2. EFFET DU VIREMENT.

▪ EFFET TRANSLATIF.

Le virement est une technique abstraite permettant de réaliser des transferts de fonds à des fins juridiques multiples. Il a un effet translatif de propriété des avoirs.

Souvent le transfert est effectué à titre de paiement : le virement est considéré par le droit des faillites comme un mode normal de paiement échappant aux inopposabilités de la période suspecte.

▪ DATE ET LIEU D'EXECUTION DU VIREMENT.

– De multiples intérêts s'attachent à ces questions de date et lieu d'exécution du virement : ex. dettes libellées en monnaie étrangère, le cours du change dépend de la date retenue. Tout comme l'efficacité d'une saisie arrêt pratiquée contre le donneur d'ordre.

– Difficultés : entre le débit du compte du donneur d'ordre et le crédit du compte du bénéficiaire, il y a un délai (on ne peut l'inspirer des solutions en matière de chèque).

– Solutions :

- Le virement est réputé accompli au moment et au lieu où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire : c'est à cette date et en ce lieu qu'un paiement est réalisé.
- Si les 2 parties ont le même banquier c'est indiscutablement l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire qui marque l'exécution du virement, et il n'y a pas à distinguer selon que les deux comptes sont ouverts dans la même agence ou dans deux agences différentes.
- Quid s'ils n'ont pas le même banquier ? Dans ce cas certains considèrent que le virement n'est exécuté qu'au jour de l'écriture de crédit qui est facilement déterminé par la comptabilité bancaire et dès cet instant, le donneur d'ordre est libéré, les fonds étant sortis de son patrimoine ne pourront même plus être saisis. C'est une solution à nuancer fortement car tant que la banque du donneur d'ordre n'a pas transféré les fonds dans le compte du bénéficiaire, elle les détient pour le donneur d'ordre qui en est encore propriétaire ; l'ordre de virement demeurant encore révoquant. Mais à partir du transfert entre banque, la somme appartient au bénéficiaire, car c'est pour lui que sa banque l'a reçue.

On s'est demandé s'il ne conviendrait pas malgré tout de considérer qu'un débiteur réglant sa dette par virement a exécuté son obligation dès qu'il a donné au banquier l'ordre de virement : la solution est généralement appliquée en cas de remise d'un chèque. La Cour de Cassation a refusé d'étendre la solution au virement (CW 1^{er} 23 juin 1993 RTD Com. 93, 694 D. 94, 1, 27 note D. Martin).

CHAPITRE II : L'ENCADREMENT DE L'ACTIVITE BANCAIRE.

Le contrôle des pouvoirs publics sur l'activité bancaire est relativement étroit. Cela tient au fait qu'ils veulent avoir la maîtrise de la création et de la circulation de la monnaie qui fait partie intégrante de la politique économique et qu'ils veulent aussi assurer la sécurité des déposants et la réputation d'une place financière.

Ce contrôle est devenu moins administratif. On fait beaucoup plus appel aux techniques du marché d'où un rôle plus important accordé à la banque centrale dans le contrôle monétaire, d'où aussi l'apparition de règles prudentielles de gestion bancaire.

Voyons les institutions de contrôle (**Section 1**) l'objet du contrôle (**Section 2**), puis les sanctions (**Section 3**).

SECTION 1 : LES INSTITUTIONS DE CONTROLE.

Il s'agit de la Commission Bancaire et de la Banque Centrale.

§ 1. LA COMMISSION BANCAIRE.

Chargée de contrôler la gestion des établissements de crédit, elle s'assure qu'ils fonctionnent régulièrement et conformément aux lois et règlements, que leur situation financière est satisfaisante.