

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III

Mémoire pour l'obtention du :

D.E.A. DROIT des AFFAIRES

LES USAGES EN DROIT BANCAIRE

Soutenu par :
Glenn MEYER

Sous la direction de :
M. le Professeur Nicolas RONTCHEVSKY

Septembre 2000

Plan Sommaire

Titre I. La reconnaissance de l'usage bancaire

Chapitre I L'existence de l'usage en matière bancaire

Section I La formation de l'usage

Section II L'autorité des usages au regard de la loi

Chapitre II L'opposabilité de l'usage

Section I La preuve de l'usage

Section II La notoriété de l'usage

Titre II La remise en cause de l'usage bancaire

Chapitre I Les usages bancaires reconsidérés par la jurisprudence

Section I Les jours de valeurs sanctionnés par la jurisprudence

Section II L'année bancaire déclarée contraire au décret du 4 septembre 1985

Chapitre II Les enseignements issus de ce bouleversement

Section I Portée de la solution dégagée à propos des jours de valeurs

Section II Une remise en cause discutable

Table des abréviations

ALJB	Association luxembourgeoise des juristes de banque
AFB	Association française des banques
AFEC	Association française des établissements de crédit
APB	Association professionnelle des banques
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CES	Conseil économique et social
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CNC	Conseil national du crédit
D.	Recueil Dalloz
DH	Dalloz hebdomadaire
DMF	Revue de droit maritime français
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	Juris-Classeur Périodique, Semaine juridique
-G	édition générale
-E	édition entreprise
-N	édition notariale et immobilière
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JO Sénat	Journal officiel du Sénat
PA	Les Petites Affiches
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
TEG	Taux effectif global
TIC	Taux d'intérêt conventionnel

Introduction :

* * *

La coutume a cessé, avec la codification du Consulat et de l'Empire, d'être la source principale du droit. Le XIX^{ème} siècle, héritier de la tradition révolutionnaire, a professé un véritable culte de la loi et s'est désintéressé de la coutume, allant jusqu'à nier qu'elle fût une source de droit civil.

A cette époque, on commença à employer indifféremment les mots coutumes et usages pour désigner les diverses règles qui subsistaient et qui constituaient l'ensemble du droit non écrit, alors que sous l'ancien droit le terme coutume s'entendait des coutumes rédigées et les usages des coutumes non écrites. Toullier écrivait dans ce sens que « les anciennes coutumes étant abrogées, il ne peut plus être question que des usages¹ » et le Code civil, en effet, ne parle pas de coutume mais d'usage², sauf cas extravagant³. Le Code de commerce par contre, ignore délibérément les deux catégories litigieuses.

Les sources non écrites, c'est-à-dire les usages et les coutumes, conservent néanmoins en droit commercial une importance réelle et cela en dépit de la multiplication des textes législatifs et réglementaires depuis le début du XX^{ème} siècle. Plusieurs éléments concourent à donner à ces sources une telle importance en la matière.

La vie des affaires subit des transformations constantes et est donc à ce titre riche en rebondissements. Le commerce et l'industrie tendent toujours à s'améliorer. Ils accueillent

¹ Voir H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, Litec, 1999, p. 606

² L'article 1135 du code civil renvoie expressément aux usages pour ce qui est des effets du contrat : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais à encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », d'autres articles renvoient encore à l'usage pour ce qui est de l'interprétation des conventions, cf articles 1159 et 1160 du Code civil.

³ L'article 593 est le seul article du Code civil traitant de la coutume.

rapidement les innovations, les découvertes d'ordre technique ou économique qui peuvent accroître les débouchés et partant les profits. La mise au point d'un procédé original de fabrication, la prospection de nouveaux marchés créent des courants d'échanges qui se traduisent nécessairement en termes juridiques. Le droit commercial assume plus que tout autre les progrès de la vie moderne.

Les pouvoirs publics ne peuvent pas ou ne semblent pas être capables, de s'adapter sans délai à toutes les mutations de la vie économique. Le rythme de cette évolution est pour ainsi dire incompatible avec le rythme de l'édictation de normes légales. Il leur faut un certain temps pour réagir et parfois leur intervention est inopportune.

Comme l'a relevé M. Pédamon⁴ : « *Le législateur évite le plus souvent, et à juste titre, de se prononcer avant que l'expérience ne suggère de solutions précises* ».

Il est d'ailleurs préférable de laisser à la pratique le soin d'élaborer elle-même les solutions qui lui paraissent les plus appropriées ; quitte à les rectifier par la suite, si nécessaire.

Mais même dans les matières que le législateur a traitées, il y a place pour cette élaboration. Les lois commerciales sont beaucoup moins denses que les lois civiles⁵. Elles n'ont pas tissé une trame aussi serrée de normes et de principes qui donnent réponse à la plupart des difficultés. Bien des problèmes peuvent et doivent être résolus dans le respect des textes écrits.

Enfin le monde des affaires présente une structure cohérente. Il est organisé et il met en rapport des professionnels qui exercent leur activité dans des centres bien définis, comme les ports, les places ainsi que les bourses. Comme toutes les sociétés particulières et fermées (sociétés agraires par exemple), il constitue un milieu favorable à l'apparition d'un ordre juridique spontané.

Pour toutes ces raisons, il existe en droit commercial bon nombre de règles et de pratiques extra-légales qui sont en fait appliquées et que la doctrine classe traditionnellement dans la catégorie des usages ou dans celles des coutumes. Ces dernières sont parfois qualifiées d'usages de droit par apposition aux usages de fait.

Comme l'a remarqué M. Pédamon⁶ : « *Les difficultés tiennent tout d'abord au mot usage qui est amphibologique puisqu'il désigne à la fois la pratique et la norme ; c'est là une source de confusion à laquelle n'échappent pas les arrêts* ».

A. Kassis⁷ a également souligné la confusion qui règne dans la doctrine autour de cette notion : « *Beaucoup d'auteurs parlent indistinctement d'usage et de coutume, soit qu'ils les considèrent comme synonymes soit qu'ils admettent une différence entre les deux notions mais sans le préciser* ». La confusion serait, d'après l'auteur, encore entretenue par le fait que tous les législateurs sont silencieux sur la définition de la coutume et sur celle de l'usage.

⁴ M. Pédamon, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial », RTD com. 1959, p. 336

⁵ Il convient toutefois de constater que la situation a considérablement évolué car le droit commercial devient de plus en plus législatif. Sa structure à cet égard se rapproche de celle du droit civil.

⁶ M. Pédamon, op. cit., p. 359

⁷ A. Kassis, Théorie générale des usages du commerce, Litec, 1984, p. 104

Ainsi il convient dans un premier temps d'essayer de définir ces deux notions. Le dictionnaire Capitant⁸ définit l'usage : « *comme une espèce de source de droit, parfois synonyme de coutume* ». Plutôt qu'une véritable règle de droit, l'usage désignerait aussi souvent, dans un autre sens, « *une pratique particulière à une profession, à une région ou à une localité et dont la force obligatoire est variable* ».

La coutume par contre est définie comme : « *une norme de droit objectif, fondée sur une tradition populaire, qui prête à une pratique constante un caractère juridiquement contraignant ; véritable règle de droit (comme la loi) mais d'origine non étatique (en générale non écrite) que la collectivité a fait sienne par habitude dans la conviction de son caractère obligatoire* ».

Après avoir essayé de définir tant l'usage que la coutume, il conviendra de s'intéresser de plus près à leur régime sans toutefois oublier leur mode de formation.

En droit commercial, la plupart des auteurs⁹ s'accordent sur la nature conventionnelle des usages¹⁰ car ils se formeraient selon un processus de formation conventionnel. Etant admis que l'usage a valeur de convention en droit commercial, qu'il donne naissance à des rapports contractuels et que la coutume a valeur de norme juridique, la doctrine s'interrogeait déjà depuis le début du siècle s'il y avait lieu ou non de les distinguer en droit commercial. M. Pédamon relevait déjà en 1959 que la majorité se ralliait à la distinction.

Il y a déjà une première différence quant à leurs caractères : l'usage est empirique, fortuit, localisé, concret et mobile alors que la coutume est abstraite, générale et figée.

Selon la théorie *romano-canoniste*¹¹, la coutume naît de deux facteurs : la pratique spontanée, devenue générale voir constante (conditions de formation de l'usage) et l'*opinio necessitatis*. La distinction entre usage conventionnel et coutume reposerait dès lors sur l'existence ou non de cet élément psychologique.

A l'opposé de cette théorie se trouve la théorie de la coutume judiciaire. Ses partisans¹² affirment que seule la jurisprudence qui convertit les habitudes, les usages en règles de droit en les marquant de son autorité, en leur ajoutant « *un ordre permanent d'exécution* ». Tantôt l'intervention de la jurisprudence est encore plus déterminante car ce sont les tribunaux qui, à défaut de pratique sous-jacente et par une série de décisions conformes, élaborent eux-mêmes la coutume qu'ils estiment nécessaire à la vie du commerce. Ainsi, consacrées par des juges consulaires, qui connaissent beaucoup mieux que les juridictions de droit commun les usages locaux et professionnels, les coutumes commerciales naissent toutes de l'expérience et ont pour but de répondre aux besoins du commerce, de la vie des affaires.

Ces coutumes appartiennent donc à l'ordre juridique, mais elles prennent leur source dans l'ordre social spontané. Il existe donc une unité d'origine entre les usages conventionnels et les coutumes en droit commercial. Leur distinction se manifeste pleinement au terme de leur élaboration par la diversité de leur régime applicable.

⁸ G. Cornu, « Vocabulaire juridique », Association H. Capitant, PUF, éd. « quadrige » 2000

⁹ A. Kassis, op. cit., p. 109 ; M. Pédamon, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce, Dalloz, 1994, n° 14

¹⁰ Il s'agit d'usages suivis dans certains contrats, dérivant d'anciennes clauses de style aujourd'hui sous-entendues, qui tirent leur force obligatoire de la volonté tacite des contractants et n'ont qu'une valeur supplétive cf, G. Cornu, op. cit.

¹¹ F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J. 1954, p. 418

¹² M. Pédamon, op. cit., n° 19

Un constat s'impose : le législateur ne s'est jamais soucié de définir les règles qui leur sont applicables. En analysant la jurisprudence, on s'aperçoit que les usages et les coutumes empruntent leur régime à des catégories opposées : les conventions et les lois ; phénomène normal puisque les uns appartiennent à l'ordre social spontané et les autres à l'ordre juridique.

Ainsi les coutumes s'appliquent indépendamment de la connaissance et de l'accord des parties tandis que les usages requièrent pour être opposables leur consentement. L'usage devra respecter les lois impératives alors que les coutumes peuvent y déroger. L'usage devra être prouvé par celui qui l'allègue, alors que la coutume, ayant force de loi supplétive, est censée être connue du juge. Finalement n'oublions pas que la violation d'un usage ne donne pas ouverture à cassation, la violation d'une coutume est au contraire un motif de censure.

Si les interventions répétées du législateur en droit commercial limitent et limiteront plus encore à l'avenir le domaine des coutumes¹³ elles ne sauraient, selon M. Pédamon, empiéter sur les usages. Les usages conserveraient donc, d'après l'auteur, une importance particulière en droit commercial.

Cette affirmation peut-elle être défendue en droit bancaire ?

Les sources du droit bancaire sont nombreuses. Leur volume et leur diversité ne cessent de croître. Comme le relèvent MM. C. Gavalda et J. Stoufflet¹⁴ : « *la loi n'est pas, malgré sa supériorité dans la hiérarchie des normes, l'essentiel* ». S'agissant du statut des entreprises, le texte fondamental est la loi bancaire du 24 janvier 1984 et ses textes d'application. Mais le droit des opérations bancaires est d'abord essentiellement formé par les règles générales du Code civil et du Code de commerce car aucune opération bancaire courante n'est l'objet d'un régime spécifique. Les conventions bancaires relèvent donc de la liberté contractuelle et, sous réserve des règles d'ordre public, peuvent être aménagées par les parties.

Si la loi n'occupe qu'une place limitée parmi les sources du droit des opérations de banque dans la mesure où il existe peu de textes spécifiques, le rôle des usages professionnels est relativement important, tant dans les rapports entre établissements bancaires que dans les rapports entre les banques et leurs clients, ceci d'autant plus que les banques françaises n'ont pas l'habitude pour les opérations les plus courantes de constater par écrit toutes les modalités du contrat. Ainsi, les comptes le plus souvent fonctionnent dans la limite des règles du Code civil sur la seule base des usages.

L'homogénéité du monde bancaire se prête bien à l'éclosion de nombreux usages internes et internationaux.

Certains d'entre eux, comme ceux ayant trait aux comptes courants, tirent même une autorité accrue de leur consécration par la jurisprudence et il est même des auteurs qui leur reconnaissent valeur de coutume. C'est par référence aux usages que sont définies les obligations du banquier, leur contenu, leur durée et l'étendue de sa responsabilité ainsi que ses droits, spécialement le mode de calcul des intérêts et commissions sous réserve, sous ce dernier point, des lois d'ordre public. L'usage bancaire va faire corps avec la convention de compte.

¹³ Ainsi en est-il déjà de la présomption générale de solidarité qui figure en bonne place dans les Codes de commerce du Portugal, du Danemark, de l'Allemagne (§ 427) et de l'Italie (article 1942 du Code unifié). Dans ces deux derniers pays, elle intéresse aussi bien les débiteurs civils que les débiteurs commerciaux.

¹⁴ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit du crédit*, Litec, 1998, p. 49

L'usage bancaire français, en dépit des questions de sa nature, de sa formation, de son régime se voit encore conférer une fonction bien spécifique en droit bancaire : il s'agit bien souvent d'un outil à la disposition des banques, instrument servant à assumer la rémunération d'un certain nombre de services bancaires. A titre d'exemple on pourrait citer la pratique dite des dates de valeur ou bien encore celle du diviseur 360¹⁵.

L'usage ne trouve véritablement sa place dans la matière qu'à partir du moment où il est reconnu comme tel dans la profession, à défaut de quoi il est inopérant. Ainsi nous exposerons l'ensemble des conditions lui permettant non seulement d'accéder au rang d'usage conventionnel mais également d'être opposable au co-contractant de l'établissement de crédit.

Deux problèmes se posent :

-A partir de quel moment l'établissement bancaire peut-il s'assurer de l'existence d'un tel usage ? : Nous venons de le voir : l'usage bancaire a essentiellement une nature conventionnelle. Il va se former selon un processus conventionnel. L'usage naît spontanément sur l'initiative de l'une ou de l'autre partie ou bien des deux à la fois. Il ne repose à vrai dire sur aucune norme préexistante et n'exige l'existence d'aucune autorité. Une pratique contractuelle, pour devenir un usage, doit surtout devenir une pratique généralisée et collective. Les éléments de la théorie générale ne sont pertinents qu'à la condition que la jurisprudence les entérine, ce qu'elle a d'ailleurs toujours fait, ainsi qu'en témoigne une jurisprudence constante¹⁶, dont il conviendra de relever les décisions les plus importantes.

En raison de la nature conventionnelle de l'usage bancaire, il ne pourra accéder au rang d'usage qu'à la condition de ne pas être contraire à une loi impérative. A contrario, l'usage bancaire pourra toujours mettre en échec des textes supplétifs. La jurisprudence¹⁷ a toujours corroboré le principe : « *Les prescriptions impératives de la loi ne peuvent être mises en échec par un usage, même en matière commerciale* ».

Les développements sur la question de l'autorité des usages au regard de la loi, afin d'être complets, ne sauraient omettre de s'intéresser aux difficultés inhérentes à la capitalisation trimestrielle des intérêts en compte courant encore appelée anatocisme bancaire. Cette *pratique* déroge aux prescriptions impératives d'ordre public de l'article 1154 du Code civil en ce qu'elle n'est pas annuelle comme l'exige le texte. Mais cela n'a pas empêché la jurisprudence de la consacrer par plusieurs décisions, ce qui a donné lieu à un vif débat doctrinal sur la question du fondement de l'anatocisme. Dérogeant à une disposition d'ordre public, le fondement d'usage conventionnel est dès lors inapplicable. Le débat tournait donc autour de la qualification possible de cette *pratique*. La doctrine propose essentiellement deux fondements : la jurisprudence aurait ainsi consacré par plusieurs décisions une coutume *contra legem*¹⁸. Cette qualification nous paraît discutable. S'il est vrai qu'une coutume, relevant de l'ordre juridique, pourra détruire une loi interprétative ou supplétive de volonté, on peut hésiter à admettre l'existence de coutume contraire à une loi impérative¹⁹. Comme l'a

¹⁵ pour une explication, voir Titre II, chapitre I

¹⁶ voir CA Paris, 6/12/1933, Gaz. Pal. 1934, 1, 222

¹⁷ Cass. crim. 6/7/1967, JCP G, 1969, II, 15747, obs. M. Pédamon

¹⁸ C. Gavaldà et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 1999, n° 300

¹⁹ Malgré l'exigence d'un acte notarié en matière de donation (article 931 du Code civil), la pratique du don manuel est valable.

relevé F. Terré²⁰ : «... le doute grandit lorsque la règle impérative présente un caractère d'ordre public ». D'autres éminents auteurs²¹ de la doctrine ont essayé d'expliquer la pratique par le mécanisme du compte courant. Dès lors qu'une écriture passée en compte vaut paiement, comment serait-il possible de payer des intérêts sur une somme réputée payée. Il conviendra donc de confronter ces deux théories pour en retenir celle qui mérite de l'être.

Dès lors qu'un usage remplit toutes les conditions relatives à sa formation, qu'il existe donc à priori, il n'est pas encore opposable au co-contractant de l'établissement de crédit. En effet, la plupart du temps la clientèle conteste non pas l'existence d'un usage mais son opposabilité.

-Lorsque l'on envisage un usage en droit bancaire, c'est que l'on veut pouvoir s'assurer de son efficacité, c'est à dire obtenir son opposabilité à la clientèle. L'établissement de crédit, face à une clientèle qui conteste l'application d'un usage, devra prouver devant le juge deux choses : que l'usage existe et qu'il est accepté par la clientèle.

Le droit bancaire apporte au problème de la preuve de l'usage une solution originale. La spécificité de la profession permet aux adhérents de l'Association française des banques (AFB) d'obtenir, dans le cadre d'un litige, un parère établissant ainsi l'existence et le contenu de l'usage et dispensant par la même le banquier d'en fournir lui-même la preuve. Qualifié parfois de certificat de coutume, ce document est d'un grand secours au banquier. S'agit-il d'une simple présomption d'existence de l'usage ou établit-il indiscutablement son existence ? Il conviendra, en analysant les décisions de la jurisprudence (Cass. com. 23/5/1989), de fournir un élément de réponse à cette question. On s'intéressera également à l'efficacité que connaît actuellement le tel parère, compte tenu des récentes déclarations de l'AFB de supprimer un certain nombre de parères.

Les usages bancaires afin d'être opposés aux clients devront encore répondre à certaines conditions de notoriété. Selon qu'il s'agira d'un client profane, non averti des procédés bancaires ou bien qu'il s'agisse d'un client cette fois ci averti des procédés du milieu voir même d'un professionnel, faudra-t-il à chaque fois prouver en justice l'acceptation de l'usage ?

Le professionnel qui contracte sur sa place d'origine, comme d'ailleurs le client averti, sont censés connaître les usages qui y sont admis. Leur silence est interprété comme une acceptation tacite des usages car ils auraient très bien pu les écarter en raison de leur nature conventionnelle, ce qui, nous allons le voir, est unanimement affirmé dans la jurisprudence. Il conviendra également de s'interroger à la solution préconisée par la CJCE. (cf arrêt Castelletti CJCE 16/3/1999)

La jurisprudence française nous semble par contre bien plus sévère à l'égard d'un client profane car selon elle, il faudra rapporter non seulement la preuve de la connaissance de l'usage mais également de son acceptation par le client, ce qui équivaut à une véritable adhésion de sa part (cf arrêt Kauschke Cass. com. 4/5/1999). Remarquons finalement que cette exigence participe du mouvement général de renforcement des obligations d'information du banquier et il conviendra dès lors d'analyser les moyens dont il dispose pour se mettre en conformité avec ces exigences jurisprudentielles.

²⁰ F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 1998, n° 212

²¹ D. Schmidt, « Sur la préindue capitalisation des intérêts en compte courant », Revue de droit bancaire 1989, n° 14, p. 320

Une étude complète du sujet ne saurait délaissier un autre problème concernant les usages de la profession : à savoir la remise en cause d'un usage par la jurisprudence. L'usage ne sera dès lors vraiment efficace, c'est-à-dire qu'il pourra faire corps avec la convention de compte, qu'à partir du moment où la jurisprudence ne le remet pas en cause. C'est surtout au début des années 90 que le problème est apparu. La jurisprudence n'a pas hésité à remettre en cause deux usages notoires de la profession bancaire et cela alors même que les établissements de crédit s'étaient assurés apparemment de toutes les conditions relatives à la reconnaissance de l'usage. La jurisprudence antérieure avait d'ailleurs toujours validé la pratique de tels usages. Ces solutions paraissaient donc sévères à un double point de vue : premièrement la Cour de cassation a reconsidéré sa position à propos d'usage toujours reconnu comme tel depuis des décennies et deuxièmement les conséquences financières apparaissaient *draconiennes* dès lors que les solutions avaient l'apparence de revirements de jurisprudence.

-Deux usages notoires semblaient avoir été remis en cause à la suite de deux décisions de la chambre commerciale de la Cour de cassation, datant respectivement du 6 avril 1993 et du 10 janvier 1995.

La première concernait les dates de valeur. Son mécanisme fait qu'un dépôt effectué le jour J ne sera porté en compte pour le calcul des intérêts qu'en J+2 par exemple. Il s'ensuit que cette pratique est particulièrement favorable car les intérêts à payer au client seront diminués. A grande échelle, cette *pratique* se traduit pour les banques par un surplus de dix milliards de francs chaque année. Les enjeux économiques de cette décision sont donc incontestables. En analysant la décision, on se rend compte que la Cour de cassation a déclaré cet usage illicite pour absence de cause sur la base de l'article 1131 du Code civil. L'argumentation des banques, à savoir que la perception d'intérêts serait justifiée par des nécessités techniques, n'avait pas été retenue.

Mais l'arrêt de la Cour ne se prononçait que pour une remise en cause partielle en distinguant d'une part les remises liquides et retraits et d'autre part les remises de chèques ou de titres à l'encaissement. Seule une perception d'intérêts sur la base des jours de valeur, à la suite d'une remise de fonds ou d'un retrait, était dénuée de cause. La solution inverse fut consacrée à propos des remises de chèques ou d'effets à l'encaissement, étant donné qu'ils nécessitaient eux, un délai technique de traitement réel.

La Cour de cassation fut appelée, à peine deux ans après avoir reconsidéré certaines dates de valeur, à se prononcer par un arrêt du 10 janvier 1995 sur un autre usage bancaire séculaire : l'usage de l'année bancaire à 360 jours. Conformément à un usage, qui trouve son origine au Moyen-Age et qui fut consacré par un décret-loi du 18 frimaire An III, les intérêts bancaires se calculent non pas par référence à l'année civile mais par référence à une année à 360 jours. Les quelques décisions de la jurisprudence, rendues auparavant, avaient toujours consacré la valeur d'usage de ce diviseur 360 à condition bien évidemment de respecter les seuils de l'usure.

Or la Cour a précisé en 1995, en se fondant sur le décret du 4 septembre 1985 relatif au calcul du TEG, que l'usage du diviseur était inapplicable au calcul du taux annuel de l'intérêt. Cette décision apparaissait dès lors comme une deuxième remise en cause d'un usage bancaire.

-Ces deux décisions de la Cour de cassation, ayant reconsidéré la position de la jurisprudence à propos de deux usages bien particuliers de la profession, pouvaient dès lors s'analyser en raison des effets économiques qu'elles impliquaient, en un *bouleversement* des usages bancaires. Une étude complète de ces décisions ne pouvait se terminer en ne relevant

pas tous les enseignements que l'on pouvait en tirer, tant en ce qui concerne les dates de valeur que pour ce qui est de l'année bancaire à 360 jours.

Pour ce qui est des dates de valeur, il conviendra de s'intéresser aux réactions qu'a suscité l'arrêt du 6 avril 1993 en droit interne. Nous constaterons que la majorité de la doctrine a en effet vivement critiqué le fondement de l'absence de cause qui lui apparaissait inexact et excessif. D'autre part, il convient de relever que les conséquences financières impliquées par un tel revirement semblaient excessives pour la profession. Cela n'a toutefois pas empêché la jurisprudence de confirmer sa solution en 1994 et en 1995 en se basant, à chaque fois, sur le fondement de l'absence de cause. Il conviendra dès lors de proposer des moyens de déblocage de la situation. Une étude complète de la question ne saurait omettre de s'intéresser aux solutions dégagées en matière de dates de valeur dans les autres pays de l'Union européenne comme le Luxembourg, la Belgique ou l'Allemagne.

A première vue, la Cour de cassation, par son arrêt du 10 janvier 1995, semblait également avoir remis en cause l'usage du diviseur 360 jours. Tel était du moins l'interprétation de certains auteurs²². En analysant de plus près la décision, et en rappelant brièvement les enjeux économiques qu'impliquerait une telle remise en cause, il apparaîtra bien vite que cette interprétation ne résiste pas à la critique. En se basant sur le décret du 4 septembre 1985, la Cour ne semblait avoir contesté l'usage du diviseur 360 que pour le calcul du TEG. Nous en concluons que cette décision n'a donc pas remis en cause l'usage en matière de calcul du taux d'intérêt conventionnel, conclusion à laquelle nous ne sommes d'ailleurs pas les seuls à être parvenus²³. L'usage du diviseur 360 conservera donc sa valeur d'usage conventionnel à condition toutefois de respecter tant les conditions d'opposabilité des usages que les seuils de l'usure.

Ainsi il conviendra de relever qu'un usage bancaire ne peut être reconnu comme tel qu'à la condition de respecter des conditions bien définies, ce qui n'empêchera pas la jurisprudence de venir le remettre en cause alors même que toutes les conditions semblent avoir été respectées.

Il conviendra donc d'analyser dans un premier temps les problèmes liés à la reconnaissance de l'usage bancaire (Titre I) pour s'intéresser par la suite à sa remise en cause (Titre II).

²² voir C. Gavalda, note sous Cass. com. 10/1/1995, D. 1995, p. 321 ; J.P. D. note sous Cass. com. 10/1/1995, *Quotidien juridique* n° 9 du 31/1/1995, p. 97

²³ voir F. Auckenthaler, note sous Cass. com. 10/1/1995, *JCP G*, 1995, II, 22475, p. 313 ; T. Samin, « *Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire* », *Banque* 1995, p. 3

Titre I. La reconnaissance de l'usage bancaire

Dès lors que l'on envisage un usage en matière bancaire, c'est que l'on veut arriver à sa reconnaissance, c'est-à-dire son efficacité et pour cela :

- il faudra tout d'abord que l'usage existe et qu'il ait respecté les différentes étapes de son processus de formation,
- il faudra également que l'usage puisse être déclaré opposable au co-contractant.

La reconnaissance de l'usage bancaire est donc subordonnée à une double condition : son existence et son opposabilité.

Pour ce qui est de la première, il convient de relever que l'usage bancaire se forme selon un processus conventionnel. Il naît spontanément entre deux parties et partir de ce moment son utilité fait qu'il va se propager dans un certain domaine, voir une profession. Il se généralise et devient collectif. Mais une pratique ne peut devenir source de droit entre parties qu'à la condition de ne pas aller à l'encontre de dispositions impératives. C'est essentiellement sa nature conventionnelle qui explique cette exigence.

Le droit bancaire français connaît par contre depuis plus d'un siècle une *pratique* dérogeant même à des dispositions d'ordre public. En effet, l'anatocisme bancaire a toujours dérogé à l'article 1154 en ce que cette capitalisation des intérêts est infra annuelle et non annuelle comme le stipule l'article. La jurisprudence a toujours confirmé le principe d'une capitalisation infra annuelle des intérêts en compte courant.

Présenté au début comme usage conventionnel, ce fondement de l'anatocisme ne pouvait donc logiquement perdurer, ce qui a donné naissance à un vif débat doctrinal quant à son réel fondement, débat qui n'a d'ailleurs toujours pas abouti à l'heure actuelle.

La reconnaissance de l'usage est encore subordonnée à une deuxième condition : son opposabilité au co-contractant. Or cette dernière ne pose véritablement problème que s'il la conteste. Afin de s'assurer de cette opposabilité, l'établissement bancaire devra prouver à chaque fois, devant le juge, non seulement son existence en la matière **mais aussi** la connaissance par le client de cet usage. Ce dernier selon ses connaissances du monde bancaire devra avoir réellement adhéré à l'usage c'est-à-dire il devra avoir accepté expressément ou tacitement l'usage, une simple connaissance ne suffisant pas. Cette dernière condition mérite d'être nuancée car il est vrai que s'il s'agit d'un co-contractant professionnel ou d'un client averti, cette connaissance sera présumée. Si les professionnels n'ont pas écarté l'usage de leur relation, ce silence est interprété comme une acceptation tacite de l'usage. Face au client, la jurisprudence exige une réelle adhésion à l'usage, ce qui suppose que soit rapporté la preuve de tant la connaissance que de son acceptation par le client rappelant ainsi la nature contractuelle de leur relation.

L'établissement de crédit devra dans un premier temps toujours prouver l'usage qu'il invoque. Dans le cadre de nos recherches, on s'est rendu compte que le banquier n'est pas seul face à cette charge de la preuve, il bénéficie, afin de s'acquitter de ses obligations dans la mise en œuvre de cette source de droit, d'un soutien considérable de la part de l'Association française des banques qui dans le cadre de son fonctionnement quotidien est appelée à émettre des certificats de coutume appelés *parères*.

Ce document est émis au profit d'un banquier, adhérent à l'AFB, à l'occasion d'un litige l'opposant à un client contestant l'usage invoqué. La valeur juridique de ce document ne semble pour le moment pas tout à fait claire.

Ainsi, il conviendra de s'intéresser successivement aux problèmes de l'existence de l'usage bancaire et de son opposabilité.

Chapitre I L'existence de l'usage en matière bancaire

Lorsque l'établissement de crédit veut s'assurer de l'opposabilité d'un usage aux clients, ce dernier doit tout d'abord exister et pour cela il lui faudra respecter le processus conventionnel de formation requis pour un usage bancaire et ne pas être contraire à une loi impérative. Il devra s'agir d'un véritable usage, une simple pratique, qualifiée parfois «d'errements», ne saurait être reconnu comme usage bancaire.

Les tribunaux témoignent en général d'une assez grande prudence pour admettre l'existence de l'usage, surtout lorsqu'il est opposé par une banque à un client car les banques ont une tendance bien naturelle à justifier par les usages professionnels un comportement critiqué par un client ou un tiers. Ceux-ci prétendent alors ne pas être soumis aux usages d'une profession qui n'est pas la leur.

L'usage n'est constitué en matière bancaire que si une pratique est connue de tous et n'est plus contestée (donc si elle respecte le processus de formation de l'usage) et si elle n'est pas contraire à une loi impérative²⁴.

L'usage dans la première étape de sa reconnaissance doit répondre à des conditions relatives à son existence et à sa finalité car pour pouvoir être opposé au cocontractant, l'usage doit bien évidemment exister, il doit s'agir en l'occurrence d'un véritable usage et non d'une simple pratique bancaire ou d'*errements* sans aucune valeur juridique et il doit remplir toutes les conditions relatives à la formation d'un usage.

Il y a donc lieu d'analyser ce processus de formation de l'usage impliquant ce critère de *généralité* c'est-à-dire il doit être connu de tous et ne doit pas être contesté. Les usages en matière bancaire ont essentiellement une nature conventionnelle. Il s'agit d'une pratique contractuelle généralisée, qui naît spontanément à l'initiative de l'une des parties et qui se propage par la suite à travers la profession. Pour devenir un usage, il doit s'agir d'une pratique généralisée et collective auquel il manquera *l'opinio necessitatis*, élément psychologique, qui le distingue ainsi de la coutume. La jurisprudence a, elle aussi, eu l'occasion de se prononcer par plusieurs fois sur ces éléments constitutifs dont il conviendra de relever les plus importantes.

Mais, afin d'être reconnu comme usage, la pratique, conformément à la hiérarchie des normes et en raison de sa nature conventionnelle ne peut déroger qu'à des textes supplétifs²⁵. L'usage ne pourra donc pas prévaloir contre des dispositions impératives et en aucun cas contre des dispositions d'ordre public. La jurisprudence a d'ailleurs constamment réaffirmé le principe.

²⁴ C. Gavaldà et J. Stoufflet, Droit du crédit, Litec, 1998, p. 51

²⁵ M. Pédamon, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce, Dalloz, 1994, n° 17

A partir de ce constat, on s'aperçoit que la pratique bancaire française connaît depuis plus d'un siècle et demi une capitalisation infra annuelle des intérêts et dérogeant ainsi à l'article 1154 du Code civil. Etant qualifié d'ordre public, le fondement d'usage conventionnel de la pratique ne pouvait donc être retenu.

L'usage comme fondement étant donc exclu, la doctrine a essayé de justifier tour à tour cette pratique par le concept de coutume *contra legem*, l'effet de règlement du compte courant et par bien d'autres encore, ce qui a donné lieu à un vif débat doctrinal. Il convient donc d'exposer les différents fondements proposés afin de retenir celui qui nous semblera le plus adéquat.

Il convient donc d'analyser successivement la formation de l'usage ainsi que son autorité au regard de la loi.

Section I La formation de l'usage

L'usage pose problème à chaque étape de sa formation ; M. Pédamon avait déjà relevé l'ambiguïté de la notion de l'usage du commerce : « *Les difficultés tiennent tout d'abord au mot usage « usage » qui est amphibologique puisqu'il désigne à la fois la pratique et la norme ; c'est là une source de conflits à laquelle n'échappent pas les arrêts* »²⁶.

Il serait utile de rappeler les définitions dominantes qui ont été suggérées à propos de cette notion.

Selon M. C. Schmitthoff, il s'agirait de pratiques commerciales, usages ou contrats-types, qui sont si largement utilisés que les hommes d'affaires engagés dans le commerce, attendent de leurs cocontractants qu'ils s'y conforment²⁷.

Il est vrai que cette définition a trait au commerce international. Voilà pourquoi il convient de citer l'analyse de l'usage en droit interne qu'a proposé F. Gény²⁸ en ce qu'elle fut la première à être précise ainsi qu'elle distinguait nettement l'usage de la règle coutumière :

« Il s'agit de ces pratiques quelques-unes générales, la plupart locales ou professionnelles, qui enveloppent tacitement la formation des actes juridiques, spécialement des contrats, et qu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, purgé d'un vain formalisme et dominé par la bonne foi, on sous-entend dans tous ces actes, même, sauf quelques réserves, dans les actes solennels, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte ».

L'usage conventionnel afin d'être reconnu comme tel doit avoir « accompli » un processus conventionnel de formation dans lequel les composantes de sa genèse sont précisées. L'autorité ne lui sera reconnue que s'il n'a pas été imposé par une autorité, c'est-à-dire s'il est né spontanément et s'il s'est propagé de telle manière qu'il puisse être perçu comme collectif ou généralisé. Ce processus est-il différent de celui de la formation d'un usage de droit ou devrait-on plutôt dire d'une coutume ? Les éléments matériels étant respectés, il lui faudra pour accéder au rang de la coutume encore respecter la condition de *l'opinio necessitatis*.

²⁶ M. Pédamon, « *Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?* », RTD com. 1959, p. 359.

²⁷ Cl. Schmitthoff, « *Law of international trade, Its growth, formulation and operation* », in The Sources of the law of international trade, London, 1964, p. 16

²⁸ F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J. 1954, p. 418-419

Enfin, les différents éléments de la théorie générale ne sont pertinents que pour autant qu'ils se retrouvent dans les exigences de la jurisprudence. Cette confrontation des éléments matériels avec la jurisprudence bancaire permettra ainsi de vérifier la pertinence de nos allégations. Un constat s'impose, la jurisprudence a rarement été appelée à se prononcer à propos des éléments matériels de l'usage bancaire. On s'aperçoit néanmoins que les quelques décisions relevées ont toujours appliqué de manière stricte les exigences posées par la théorie générale.

Ainsi, il conviendra d'analyser successivement la théorie générale du processus de formation d'un usage pour le confronter ensuite à la jurisprudence rendue en la matière.

Paragraphe I Le processus de formation de l'usage

L'usage bancaire présente essentiellement une nature conventionnelle à l'image des usages du commerce en général, conformément aux démonstrations très convaincantes de M. A. Kassis²⁹. Cette affirmation se vérifie jusque dans son processus de formation.

En effet, les usages désignent des pratiques commerciales couramment suivies et considérées comme normale dans un milieu déterminé. Ils naissent de la répétition fréquente des mêmes actes juridiques, des mêmes opérations.

-Ils se forment selon un **processus conventionnel**³⁰. M. Pédamon le souligne fort bien en écrivant: « *Personne ne le conteste : les usages commerciaux naissent tous de la répétition fréquente des mêmes actes juridiques, des mêmes opérations. C'est ainsi que se manifestent tout à la fois leur particularisme et leur cohésion.*

A la différence du droit civil, il n'existe pas en droit commercial d'usages liés à la propriété foncière, nés de la communauté de voisinage et donc nés de rapports extra-contractuels.

La catégorie présente ici plus d'unité qu'en tout autre domaine »³¹.

L'usage est ainsi une pratique contractuelle généralisée, qui est utilisée comme preuve de la volonté dans les relations contractuelles. Par une manipulation juridique, par l'outil d'une présomption, la pratique qui est un simple fait acquiert la valeur d'un accord.

La pratique commerciale ne peut avoir une signification et une portée juridique, plus précisément la valeur juridique d'une présomption, si elle était limitée à quelques

²⁹ A. Kassis, Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J., 1984

³⁰ Il existe en droit commercial et plus particulièrement en droit bancaire français aussi des usages extra-conventionnels qui correspondent à des pratiques contractuelles généralisées. Ils servent par exemple à déterminer ce qui est loyal ou ce qui ne l'est pas dans la concurrence entre commerçants ou encore à fonder le droit d'un locataire commerçant de « déspecialiser » ses activités dans le local pris à bail (cf Décr. 30 sept. 1953, art. 34). La plupart de ces usages, (respect d'un préavis dans le cadre de la rupture d'un concours à durée indéterminée/acceptation des lettres de change émises pour le paiement des dettes commerciales entre commerçants) sont expressément visés par le législateur et ont été consacrés respectivement par l'article 60 de la loi bancaire du 24/1/1984 et par un décret-loi du 2/5/1938 modifiant la rédaction de l'article 124 du code de commerce.(idem usages codifiés par loi 13 juin 1866 sur conditions, tares, emballages dans les ventes commerciales). La plupart de ces usages sont expressément visés par le législateur, ce qui leur confère une valeur légale. En tout état de cause ils soulèvent donc beaucoup moins de problèmes que les usages conventionnels. cf développements supra.

³¹ M. Pédamon, loc cit., p. 361.

commerçants de la place, de la profession ou de la branche. Comme l'a affirmé M. Pédamon dans son ouvrage³², leur mode de formation est non seulement conventionnel mais il est également spontané et collectif.

L'usage du commerce **naît spontanément**, c'est-à-dire sur l'initiative de l'une ou de l'autre partie ou bien des deux à la fois. Cette genèse est donc bien spontanée car c'est sur l'initiative des intéressés eux-mêmes qu'il voit le jour et qu'il n'émane pas d'une autorité. L'usage du commerce participe du caractère de la coutume, en ce sens qu'il se forme et se développe immédiatement à partir des rapports sociaux, qu'il ne repose sur aucune norme préexistante et n'exige l'existence d'aucune autorité.

Comme l'a très justement relevé A. Kassis³³, il serait inexact d'assimiler la spontanéité à l'inconscience, car s'il est vrai que dans le passé beaucoup d'usages se sont établis par des mécanismes relevant en grande partie de l'automatisme³⁴, les usages modernes du commerce sont souvent le produit d'une formation très élaborée et très rationnelle.

En matière bancaire la plupart des usages notoires sont séculaires car leur origine remonte souvent à un ou plusieurs siècles. On en veut pour exemple l'usage de l'année bancaire à 360 jours dont l'origine remonte au Moyen-Age. Au début il s'agissait avant tout d'un usage de commodité, ce nombre étant facilement divisible à une époque où la machine à calculer n'existait pas encore. Il fut conservé par la suite en raison de son effet de levier sur le montant des intérêts dus (cf ingénierie bancaire³⁵).

Les dates de valeur ont, elles aussi, une origine lointaine, leur justification se trouvait dans la nécessité de garder en caisse des sommes infructueuses pour faire face aux retraits de la clientèle ainsi que dans l'impossibilité de placer encore le jour même d'un dépôt les sommes versées. Ce n'est que bien plus tard qu'elles ont été perçues par ses opposants comme instrument de rémunération du service bancaire.

Une pratique contractuelle, pour devenir un usage, doit devenir une pratique **généralisée** et **collective**. Limité à un petit nombre de commerçants qui se conforment toujours à la même manière d'agir lorsque les circonstances sont identiques, ce mode de conduite isolé se généralise sous l'effet de la satisfaction qu'il procure. La pratique devient une pratique de masse, une pratique d'ensemble et les clauses deviennent des clauses de style.

Afin d'éclaircir nos propos il convient d'en donner une illustration : voici comment les choses se passent. En présence d'une difficulté ou d'un problème, l'une des parties ou les deux à la fois adoptent une certaine manière d'agir leur donnant satisfaction ; par exemple face à un dépôt, le banquier convient d'appliquer une date de valeur différente de la date de disponibilité des fonds pour le calcul des intérêts. Les intéressés s'y conforment à nouveau dans leurs rapports ultérieurs et ils en viennent à proposer cette façon d'agir à des tiers ce qui permettra à cette pratique des jours de valeurs de se répandre à un moment donné dans toute

³² M. Pédamon, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce Concurrence et contrats du commerce, Dalloz, 1994, n° 14

³³ A. Kassis, loc cit., p. 111

³⁴ Explication par l'imitation, faite de paresse, de peur d'innover ou d'imitation des ancêtres ; explication par le mythe ; explication par l'habitude, faite de contrainte ou de commodité J. Carbonnier, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 1992, p.74 et s.

³⁵ voir exemple Titre II chapitre II section II

une ville ou toute une profession (époque où toutes les banques de la place et même des environs adoptent cette façon d'agir). A partir d'une certaine période, elle est devenue générale et constante et on dit qu'elle s'est transformée en usage.

Si les éléments constitutifs d'ordre matériel que nous venons d'exposer se vérifient tant pour l'usage que pour la coutume, la dose de contrainte attachée à cette dernière est singulièrement plus forte dans l'esprit des sujets de droit³⁶. Ainsi pour que l'usage soit considéré comme obligatoire par la population qui le suit, il faut y ajouter encore l'élément psychologique : l'*opinio necessitatis*. Cette opinion résulte de la croyance généralement répandue qu'il s'agit d'une règle juridiquement obligatoire et caractérise en fait la différence par rapport au processus de formation de l'usage conventionnel.

On pourrait présenter la force obligatoire d'une coutume comme supérieure à celle d'un usage conventionnel.

Après s'être intéressé à des éléments de la théorie générale du droit pour ce qui est de la genèse de l'usage en droit bancaire et plus généralement en droit commercial, il conviendra inévitablement de confronter ces développements avec les solutions jurisprudentielles dégagées en matière bancaire.

Paragraphe II Le processus de formation à l'épreuve de la jurisprudence

C'est à ce titre qu'il convient de mentionner un arrêt de la Cour d'appel de Paris datant du **6 décembre 1933**³⁷ rendu en matière d'usages commerciaux. La Cour a précisé sur ce point que: « *Considérant que l'usage au sens des articles 1135 et 1160 du code civil n'existe que lorsqu'il a été admis par tous, et qu'il n'est plus contesté par personne depuis longtemps...* ».

L'usage bancaire doit donc respecter un tel critère de généralité afin que sa genèse soit conforme aux prescriptions existantes en la matière et pour que le banquier puisse espérer l'opposer avec succès à son client.

Les usages sont une source essentielle en droit commercial mais comme le rappellent MM. C. Gavalda et J. Stoufflet, il ne faut pas les assimiler aux pratiques : « *un consensus général est la condition sine qua non des usages bancaires qui ne signifient pas la volonté unilatérale des banques, résultant de leur façon de faire habituelle* »³⁸.

L'usage bancaire lorsqu'il est invoqué doit concerner les rapports juridiques avec la clientèle et pas exclusivement les relations interbancaires ou la gestion propre de la banque. Un banquier ne saurait invoquer pour justifier une abstention les nécessités de l'organisation de ses services, même si elles sont communes à tous les établissements de crédit, si ces nécessités ne sont pas traduites jusque là par une pratique constante et bien caractérisée avec la clientèle.³⁹

³⁶ F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 1998, p.227

³⁷ Paris 6 décembre 1933, Gaz. Pal. 1934, 1, 222

³⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, JCP E, 1995, I, 463 n°7 et I, 465 n°13

³⁹ C. Gavalda, et J. Stoufflet, op. cit., p. 52

Les deux auteurs affirment par ailleurs que l'usage en droit bancaire doit être clairement distingué de simples *errements*⁴⁰ ou de pratiques d'une constance douteuse qui sont dépourvus de valeur juridique et surtout lorsqu'ils ont un caractère délictueux.

-A ce titre il convient d'en donner une première illustration ; les faits de l'affaire étaient les suivants : L'organisation Foucault-Delcourt, entreprise de construction, avait conclu un contrat en vue de l'accomplissement de divers travaux avec deux de ses clients et elle avait tiré dès la conclusion du contrat une traite sur chacun des clients. Ces traites, qui correspondaient en fait à des acomptes sur des travaux à effectuer, avaient été acceptées par les clients et leur tireur les avait fait escompter sur l'heure par sa banque. Une des traites fut présentée au réescompte à la Banque de France. Les travaux promis ne furent même pas commencés. Pour ce motif et en dépit de leur acceptation, les deux clients refusèrent d'honorer les effets tirés sur eux.

A la suite de poursuites exercées contre eux, ils découvrirent que sur les traites avaient été ajoutées, à la main, après leur acceptation, des mentions telles que « *valeur reçue en travaux exécutés en décembre 1965, situation au 1/1/1966* ».

Par deux jugements, le tribunal de grande instance de Paris par un jugement du **2 avril 1969**⁴¹ a condamné le directeur de la banque et le chef du portefeuille de faux en écritures de commerce. Les prévenus affirmaient n'avoir agi que, suivant un usage de leur établissement, dans le but de rendre éventuellement réescomptables à la Banque de France.

Le tribunal avait en l'occurrence écarté ce moyen, il ne s'agissait pas selon lui d'un véritable usage bancaire car il n'avait respecté aucune des conditions de formation d'un usage conventionnel. Alors même que sa constance fut jugée plus que douteuse, ce prétendu usage s'était avéré présenter un caractère délictueux ce qui a entraîné par après la condamnation des employés pour faux en écriture de commerce.

Mentionnons quand-même que le directeur de l'agence fut relaxé devant la Cour d'appel de Paris un an plus tard⁴² au motif qu'il n'avait joué aucun rôle actif dans l'élaboration de ce faux.

Finalement M. J.-L. Rives-Lange et Mme M. Contamine-Raynaud ont également rappelé ce principe en énonçant qu'il doit s'agir d'un véritable usage, c'est-à-dire d'une pratique consacrée par la profession, au moins dans une certaine région et pendant un temps assez long. Selon eux : « *une pratique individuelle n'est pas un usage non plus que la pratique de quelques-uns* »⁴³.

-Dans le même ordre d'idées il convient de citer un autre arrêt de la chambre commerciale rendue en 1964 en matière d'effets de commerce à propos d'un prétendu usage des banques consistant à présenter elles-mêmes les effets de commerce à l'acceptation⁴⁴.

Dans cette affaire une banque avait escompté une lettre de change déjà acceptée par le tiré M. Lors de la présentation au paiement, le tiré débiteur refusa de régler l'effet, il invoquait l'article 121 du Code de commerce et reprochait à la banque de ne pas être un porteur de

⁴⁰ Terme utilisé par eux pour désigner une simple façon de faire les choses, qui n'est en aucun cas un usage car ne respectant pas le processus de formation.

⁴¹ M. Vasseur, note sous T.G.I. Paris, 2/4/1969 : D. 1969, J, 674 ; voir aussi JCP G, 1969, II 15892

⁴² M. Vasseur, note sous C.A. Paris, 18/4/1970 : D. 1970, J, 596

voir aussi C. Gavalda, JCP G, 1971, II 16601

⁴³ J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, 1995, n°9

⁴⁴ C. Gavalda, note sous Cass. com., 29/6/1964, JCP G, 1964, II, 13949

bonne foi au sens de ce texte. Il faisait valoir que la traite était en réalité sans provision car il avait accepté d'avance la traite en vue de la livraison d'un camion. Or ce marché ne fut pas exécuté et le tireur se trouva entre temps mis en règlement judiciaire. Il était reproché au banquier de ne pas avoir fait lui-même présenter par ses services la traite à l'acceptation selon les usages bancaires. La Cour d'appel de Riom avait par un arrêt du 22 juin 1962 donné gain de cause au tiré débiteur et constaté par la même l'usage bancaire allégué. La Cour suprême cassa la décision au motif que les conditions de l'article 121 n'étaient tout simplement pas remplies.

Etant souverainement constaté par les juges du fond⁴⁵, il n'appartenait plus à la chambre commerciale de se prononcer sur ce soi-disant usage. C. Gavalda par contre n'hésita pas à partager ses doutes quant à son existence, doutes que nous partageons d'ailleurs aussi, étant donné que les banques préfèrent généralement des effets déjà acceptés car ils sont beaucoup plus sûrs en raison du lien cambiaire.

Remarquons quand-même qu'une banque a toujours la possibilité de présenter elle-même l'effet à l'acceptation. Il s'agira de toute évidence comme l'a d'ailleurs suggéré l'auteur d'une simple possibilité et en aucun cas d'un véritable usage⁴⁶.

Afin de pouvoir se prévaloir d'un usage, l'établissement de crédit ou bien le client si c'est lui qui oppose à la banque un usage, devront pouvoir justifier d'un tel processus de formation et l'usage devra satisfaire plus généralement au critère de généralité. Il devra s'agir d'un véritable usage, une pratique consacrée par la profession ou au moins dans une certaine région et un certain temps.

La notoriété de l'usage pourra selon les cas résulter soit de sa consécration par la jurisprudence⁴⁷ soit de sa consécration par le législateur⁴⁸ ce qui ne permettra plus de remettre en cause leur existence.

Nous ne pouvons donc que constater que les quelques décisions analysées ci-dessus, corroborent parfaitement nos réflexions théoriques sur les exigences de formation d'un usage.

Alors même que la Cour de cassation a décidé que la pratique individuelle ou bien celle d'un petit groupe ne saurait constituer un usage et qu'il lui faudrait à chaque fois respecter les caractères conventionnels, spontané et collectif afin de se distinguer d'une simple façon de faire ou de ce qu'on pourrait aussi qualifier d'*errements*, il y a lieu d'ajouter que la genèse de l'usage bancaire n'est à ce stade pas encore achevée. Son autorité ne lui sera reconnue comme usage conventionnel qu'à la condition supplémentaire qu'il ne déroge pas aux prescriptions impératives d'une loi.

⁴⁵ M. Pédamon, « *Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?* », R.T.D. com., 1959, p.355, n°31 ; voir aussi RTD com. 1975, 888, n° 11

⁴⁶ La jurisprudence n'a depuis lors plus jamais fait état d'un tel usage.

⁴⁷ J.-P. Arrighi, note sous Cass. com. 23/5/1989, JCP E, 1990, II, 15861

- Cass. com. 20/12/1954, D. 1955, J,83/

- Trib. com. Nice 3/11/1965, Banque, 1966, p. 54 (pour l'usage de ne pas envoyer les lettres de change à l'acceptation par lettre recommandée)

⁴⁸ cf supra

Section II L'autorité des usages au regard de la loi

En général, la jurisprudence témoigne d'une assez grande prudence pour admettre l'existence d'un usage et ceci à plus forte raison lorsque l'usage est opposé par la banque à un client. L'usage ne sera constitué que si une pratique est connue de tous et n'est plus contestée et si elle n'est pas contraire à une loi impérative. Ce principe n'innove point comme le démontre les nombreux ouvrages bancaires ainsi que les rares décisions le rappelant.

Après avoir examiné la jurisprudence bancaire sur la question, il conviendra de s'intéresser à une pratique bancaire séculaire que personne ne conteste dans son principe en ce qu'elle est perçue comme un *réflexe* bancaire, mais qui a suscité un vif débat sur sa qualification. On verra successivement qu'en raison des solutions dégagées ci-dessus, l'anatocisme ne pourrait jamais être qualifié d'usage au sens conventionnel en ce qu'il déroge à la règle d'ordre public de la capitalisation annuelle des intérêts posée par l'article 1154 du Code civil. La doctrine a été particulièrement dynamique en proposant de nombreuses qualifications dont la plupart n'échappe pas vraiment à la critique.

Paragraphe I Le principe

La plupart des ouvrages traitant de la question s'accordent pour écrire : « *Il s'agit d'usages conventionnels dont l'autorité est reconnue, dès lors qu'ils ne sont pas contraires à une loi impérative...* ». Cette affirmation fait sans nul doute l'unanimité parmi les auteurs de la doctrine⁴⁹ voilà pourquoi il nous semble intéressant de relever la position de la jurisprudence française.

A travers notre analyse de la formation de l'usage en droit bancaire et plus généralement en droit commercial, nous avons conclu qu'il s'agit essentiellement d'usages qui se forment selon un processus conventionnel. Cette même nature explique que ces usages commerciaux puissent mettre en échec des textes supplétifs. C'est ainsi que dans la plupart des ventes commerciales l'article 1184 du Code civil ne reçoit pas application ; une non-conformité parfaite de la marchandise n'entraîne qu'une réduction du prix, non pas la résolution du contrat⁵⁰ : ce que l'on appelle « *pratique de la réfaction* ».

A contrario cette nature fonde donc également la solution inverse, à savoir que ces mêmes usages ne peuvent pas prévaloir contre des dispositions impératives⁵¹. Il est communément admis que les règles d'ordre public, facteur d'unité, visent à imposer un régime uniforme sur tout le territoire national voilà pourquoi elles ne supportent en principe aucune dérogation et ne peuvent donc pas tolérer que subsistent sur ce même territoire des usages contraires qui sont des instruments de diversité juridique. L'usage, en matière bancaire, a presque toujours une nature conventionnelle, il ne peut donc aller qu'à l'encontre d'une disposition supplétive et ne devrait jamais aller à l'encontre d'une disposition impérative.

⁴⁹ M. de Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial, Banques et bourses*, par L. Martin, Montchrestien, 1991, p.31

voir aussi C. Gavaldà et J. Stoufflet, *Droit du crédit*, Litec, 1998, p. 51 ou bien M. Pédamon, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 1994, n° 17

⁵⁰ Cass. Req, 23/5/1900, D. 1901 , 1, 269

⁵¹ Cass. com. 9/2/1953 et ch. civ. 3, 7/7/1975, Grands arrêts. 9

La jurisprudence a été appelée à se prononcer sur ce point et c'est par un jugement du **4 janvier 1945** du tribunal civil de la Seine⁵² qu'elle a conclu «*qu'un usage de la bourse ne saurait faire disparaître une disposition impérative comme celle de l'article 43 du décret du 7/10/1890...et que l'agent de change qui en méconnaît les prescriptions commet une faute professionnelle susceptible d'engager sa responsabilité*».

La jurisprudence est constante en ce sens ainsi qu'en témoigne un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du **6 juillet 1967**⁵³. L'efficacité d'un usage est conditionnée par sa conformité aux dispositions impératives de la loi.

Les faits de l'espèce méritent qu'on les expose brièvement : Un individu en quête de liquidités émet pour un montant de 55000F sept chèques barrés non approvisionnés au bénéfice de sa belle sœur. Celle-ci les a endossés à l'ordre de sa banque qui, sans plus attendre, en crédite le montant de son compte courant. L'intéressée s'empresse alors de tirer des chèques au porteur, d'une valeur égale, que le beau-frère impécunieux n'a plus qu'à encaisser en toute quiétude.

La Cour d'appel de Bourges avait déclaré irrecevable la constitution de partie civile de la banque, victime de ce concert frauduleux, qui avait voulu se retourner contre le tireur initial à l'occasion des poursuites engagées contre lui pour émission de chèques sans provision.

Elle invoquait un usage bancaire selon lequel : «*l'inscription par une banque du montant du chèque au crédit du compte courant de celui qui le lui remet n'est faite que sauf bonne fin ; cette réserve a pour effet nécessaire de conférer à l'opération de remise le caractère d'un mandat*».

Pour la chambre criminelle, il ne faisait pas de doute que le banquier était devenu propriétaire des chèques barrés et qu'à ce titre il pouvait comme le droit en est désormais reconnu à tout endossataire⁵⁴, se porter partie civile devant cette juridiction.

En ce qui concerne cet usage, la haute juridiction s'est refusée à contrôler l'existence et l'interprétation de l'usage, conformément à une solution énoncée précédemment⁵⁵, elle s'en était remis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour déclarer inapplicable l'usage invoqué par la Cour d'appel elle l'a tout simplement déclaré contraire aux prescriptions impératives de la loi et rappelé que : «*...les prescriptions impératives de la loi ne peuvent être mises en échec par un usage, même en matière commerciale ; ...*».

On ne peut qu'approuver la solution de principe de la Cour sur la question, alors même que dans les faits, le texte d'ordre public auquel était censé déroger l'usage invoqué semblait plutôt de caractère supplétif, comme l'a d'ailleurs très justement souligné un auteur⁵⁶, et aurait à ce titre pu être écarté par un usage.

⁵² Trib. Civ. Seine, 4/1/1945, D. 1945, p. 291

⁵³ M. Pédamon, note sous Cass. crim. 6/7/1967, JCP G, 1969, II, 15747 ; voir aussi JCP G, 1967, IV, 126

⁵⁴ Becqué et Cabrillac, note sous, Cass. crim. 6/1/1966, RTD com. 1966, p. 373

⁵⁵ cf supra

⁵⁶ M. Pédamon, note sous Cass. crim. 6/7/1967, JCP G, 1969, II 15747

L'auteur relève que cet usage dérogeait en fait à l'article 23 du décret-loi du 30/10/1935 qui subordonne la qualification d'endossement de procuration à une mention « valeur recouvrement », « pour encaissement » et conclut qu'à défaut de manifestation expresse de volonté, l'endossement ne sera pas nécessairement translatif de propriété mais supportera la preuve contraire et qui pourra être faite par tous moyens.

Il n'en demeure pas moins que cet arrêt⁵⁷ a rappelé le principe selon lequel, même en matière commerciale et donc aussi en matière bancaire, le droit non écrit forgé par la pratique ne saurait l'emporter sur le droit écrit à caractère d'ordre public.

Remarquons finalement qu'il existe encore en droit bancaire français une pratique qui mérite que l'on s'y intéresse. L'anatocisme pratiqué par un établissement de crédit déroge aux dispositions d'ordre public de l'article 1154 du Code civil en ce que cette capitalisation des intérêts n'est pas annuelle comme l'exige le texte mais trimestrielle. Ce constat fait que la capitalisation a donné lieu à un vif débat doctrinal quant à sa qualification. Ce qui est incontesté, c'est que la qualification d'usage conventionnel est inopérante car un tel usage, ainsi que nous venons de le constater, ne pourrait déroger à des dispositions d'ordre public.

Ce qui nous intéresse ici, est donc de savoir comment qualifier ce qui n'était au début qu'un simple usage et ce qui se présente actuellement comme une pratique bien établie et confirmée par une jurisprudence fort ancienne déjà ?

Paragraphe II L'anatocisme en droit bancaire

Toutes les études traitant du sujet démontrent clairement que le concept d'anatocisme, surtout en ce qui concerne sa légitimité, a fait l'objet d'une continuelle maturation juridique.

Le droit romain condamnait déjà l'anatocisme et ce n'est qu'en 1804 que le Code civil français a consacré la capitalisation des intérêts. En raison des dangers qu'il représente pour le débiteur en ce qu'il accroît la charge de la dette, le législateur a cru devoir tenir compte de ce risque et a cantonné la pratique dans des limites légales définies à l'article 1154 du Code civil. Cela n'a tout de même pas empêché la jurisprudence de consacrer dès le milieu du XIX^{ème} siècle un anatocisme bancaire infra annuel, dérogeant ainsi aux limites dressées par le codificateur.

En permettant par la même aux établissements de crédit de se soustraire aux conditions définies à l'article 1154 du Code civil, la jurisprudence a ouvert la porte à un vif débat doctrinal. Comment une pratique, parfois présentée comme un usage de la profession, peut-elle déroger à un texte impératif et qui a même été qualifié dès le milieu du XIX^{ème} siècle d'ordre public par la jurisprudence ? Le fondement d'usage conventionnel ne pouvait donc être retenu ce qui a amené la doctrine à rechercher un autre fondement à la capitalisation trimestrielle des intérêts en droit bancaire. Parmi les fondements proposés, à savoir une coutume *contra legem* ou bien l'effet de règlement du compte courant, seul le dernier résistera à la critique.

Il serait intéressant de porter notre attention d'abord à son origine avant d'appréhender cette difficile qualification.

A. L'origine de l'anatocisme en droit français

Le législateur français a toujours vu avec une certaine défiance l'anatocisme en ce qu'il présente des risques considérables pour le débiteur⁵⁸. Le dictionnaire Capitain le définit

⁵⁷ Plus récemment, voir Paris, 15^e ch., B, 12/11/1992, Société de caution mutuelle c/ Banque populaire de Lyon, D. 1994, SC p. 321 obs. M. Vasseur

⁵⁸ T. Samin, « *Regards sur l'anatocisme en tant que mode de réparation* », Banque, 1994, juillet-août, p.3-9

comme « *la capitalisation des intérêts échus d'une dette de somme d'argent, de manière que les intérêts capitalisés produisent à leur tours des intérêts* ». Cette pratique présente un réel danger pour le débiteur car elle accroît rapidement et considérablement le montant de la dette en ce que les intérêts en cas de retard apporté à leur paiement seront susceptibles de produire, à l'instar du capital, de nouveaux intérêts. Le fondement serait le *pretium temporis* car si le créancier avait été payé à l'échéance des intérêts qui lui sont dus, il aurait pu placer cette somme et en percevoir les fruits.

Les origines lointaines de la pratique remontent jusqu'au droit romain des compilations justiniennes qui l'interdisait et la réprimait déjà sévèrement⁵⁹. L'ancien droit avait consacré la prohibition du prêt à intérêt et ce n'est que l'Assemblée nationale constituante qui par un décret du 3-12 octobre 1789 qui a levé cette interdiction mais aucun texte ne vint réformer les dispositions de l'ordonnance de mars 1673 interdisant expressément la capitalisation des intérêts, même dans les conventions commerciales⁶⁰ ce qui avait d'ailleurs été relevé par le tribunal de cassation dans une décision du 8 frimaire an XII.

Ce n'est que par un esprit de transaction que le projet définitif du Code civil français retint un système intermédiaire entre la prohibition absolue telle qu'elle fut consacrée par le codificateur allemand⁶¹ et la stricte application de l'autonomie de la volonté et donna à l'article 1154 du Code civil sa teneur actuelle⁶².

A la lecture de l'article, on se rend compte que les intérêts ne peuvent donc entrer en compte et devenir eux-mêmes productifs d'intérêts que pour des périodes d'une année au moins et s'il existe une convention spéciale.

Malgré le caractère d'ordre public reconnu à l'article 1154 du Code civil⁶³, il s'est peu à peu développé en droit bancaire un *usage* dérogeant non au principe de la règle énoncée à l'article même mais à ses modalités de mise en œuvre. Alors que la capitalisation des intérêts selon la conception civiliste est annuelle, il subsiste depuis lors et encore toujours un *usage* différent pour le compte courant. En droit bancaire, les intérêts sont légitimement portés au débit du compte lors de chaque arrêté périodique à la condition que les intervalles entre les arrêts soient conformes aux usages⁶⁴.

Le droit bancaire connaît ainsi depuis environ la fin du XVIII^{ème} siècle un anatocisme infra annuel en ce qu'il déroge à la règle classique de la capitalisation annuelle des intérêts.

Relevons encore que c'est dès le milieu du XIX^{ème} siècle que la jurisprudence a reconnu cette possibilité de porter à un compte courant les intérêts débiteurs produits par ce compte,

⁵⁹ « *nullo modo usurariae usurarum a debitoris exigantur* », toute perception d'intérêts des intérêts était réputée usure. Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien, 6^{ème} éd., tome III, Paris 1857, p. 357

⁶⁰ « les négociants, marchands et aucun autre ne peuvent prendre l'intérêt d'intérêt sous quelque prétexte que ce soit » cf T. Samin, op. cit. p. 4

⁶¹ Le § 289 du BGB prononce en effet une prohibition absolue de l'anatocisme « *keine zinseszinsen* », le créancier pouvant cependant obtenir du débiteur une indemnité s'il rapporte la preuve du préjudice que lui cause le retard apporté dans le paiement des intérêts. Remarquons à ce titre aussi que le § 248 prévoit certains tempéraments à la prohibition de l'anatocisme.

⁶² La rédaction actuelle de l'article 1154 du code civil fut posée en 1804 et se présente encore toujours comme suit : « Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière »

⁶³ Cass. civ. 18/3/1850, S. 1850.1.381 voir aussi Cass. civ. 21/6/1920, DP. 1924.1. 102 voir aussi Cass. civ. 1^{ère} 1/6/1960, Bull. Civ. I, n° 305

⁶⁴ D'après les usages en droit bancaire français, cette période est généralement présentée comme étant de trois mois et non pas annuelle comme c'est le cas en droit civil.

lors de chaque arrêté périodique, c'est-à-dire hors des prévisions de l'article 1154⁶⁵ et que cette décision a depuis lors constamment été reprise⁶⁶. La pratique elle-même trouve vraisemblablement son origine dans un usage entre commerçants voulant ainsi faire périodiquement (donc infra annuellement) le point sur leur position respective, usage qui s'est ensuite propagé à l'ensemble d'une profession. Ainsi que l'affirme J-F. Credot⁶⁷: « *C'est ainsi que les comptes courants bancaires sont depuis toujours également arrêtés trimestriellement* ».

B. Fondement de l'anatocisme

L'article 1154 est qualifié d'ordre public, sans doute en raison de sa finalité protectrice envers l'emprunteur. Comment est-il dès lors possible que les banques se voient reconnaître la liberté de s'y soustraire ?

Nos développements ne sauraient passer sous silence la difficile qualification d'une telle pratique, ancrée dans le droit bancaire français et ayant donné lieu à un vif débat doctrinal. Le débat doctrinal sur la nature de l'anatocisme ne date pas d'hier, tout le monde⁶⁸ s'accorde pour affirmer qu'il ne peut s'agir d'un usage conventionnel en raison du texte d'ordre public auquel il déroge mais comme nous allons le souligner, la doctrine n'est pas unanime en ce qui concerne sa qualification.

Selon MM C. Gavalda et J. Stofflet⁶⁹, ce qui est en cause, c'est précisément l'inscription au compte des intérêts et non les effets de cette inscription. Leur thèse rejoignant ainsi la justification traditionnelle⁷⁰, plaide pour une coutume *contra legem* que la jurisprudence valide exceptionnellement, pour ne pas s'opposer à une pratique *multiséculaire*.

En effet le droit commercial français connaît un certain nombre de règles extra légales que l'on qualifie volontiers de coutumes. L'anatocisme dans les comptes bancaires, la solidarité entre codébiteurs d'une obligation commerciale ainsi que la règle de la mise en demeure du débiteur par lettre recommandée constituent vraisemblablement des coutumes *contra legem* reflétant l'importance des sources non écrites en la matière.

Ce fondement va évidemment se différencier de l'usage conventionnel en ce qu'il se caractérise par sa généralité (ces règles sont applicables à tout contrat et en tout lieu) .

- D'une part, elles ne requièrent pour leur application, aucun consentement exprès ou tacite des intéressés car elles ont force de loi supplétive en ce sens qu'elles ne s'imposent pas contre leur volonté contraire.

⁶⁵ Cass. civ., 14/5/1850, S. 1850, 1, 441 ; D. 1850, 1, 157

⁶⁶ L'article 1154 n'est pas applicable aux comptes courants. Cf Cass. Req. 5/12/1910, D. 1912, p. 243, voir aussi J.-L. Rives-Lange, note sous Cass. civ. 1ère, 4/12/1990, Banque 1991, p. 324 ; voir aussi J. Stofflet, note sous Cass. com. 22/5/1991, JCP E, 1991, II, 190

⁶⁷ F. J. Credot, « *La capitalisation trimestrielle des intérêts débiteurs des comptes bancaires et l'article 1154 du Code civil* », PA 8/9/1989, p. 9

⁶⁸ F. Credot, op. cit., p.10 ; D. Schmidt, « *Sur la prétendue capitalisation des intérêts d'un découvert en compte* », Banque et bourse, 1989, p. 120-121

⁶⁹ C. Gavalda et J. Stofflet, Droit bancaire, Litec, 1999, p. 300

⁷⁰ M. Pédamon, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce Concurrence et contrats du commerce, Dalloz, 1994, n° 19

- D'autre part, elles peuvent faire échec aux lois civiles, mêmes impératives⁷¹. Il convient ici de nuancer ; s'il est vrai que la règle de la solidarité ainsi que et celle de la mise en demeure paralysent essentiellement des dispositions supplétives⁷², la règle de la capitalisation dans les comptes bancaires déroge-elle à un texte impératif **d'ordre public**, raison pour laquelle cette explication par une coutume *contra legem* nous semble prêter le flanc à la critique⁷³.

Une autre analyse, à savoir celle du doyen J. Hamel⁷⁴, nous paraît plus pertinente, thèse à laquelle se rallient d'ailleurs d'autres auteurs⁷⁵. Selon eux il n'y a ici point de capitalisation des intérêts dans le compte bancaire. Voilà la raison pour laquelle l'article 1154 du Code civil serait inapplicable à la convention de compte et non en raison d'une coutume *contra legem*.

Selon J. Hamel : « *dans un compte en général, qu'il soit ou ne soit pas un compte courant, il est de toute nécessité que soit réalisée une unification des intérêts ; il faut que toutes les sommes figurant au compte soient soumises au même régime d'intérêts ; sinon la tenue du compte serait impossible* ».

L'application de cet article 1154 rendrait la tenue de compte impossible, car un intérêt dû au jour J n'apparaîtrait que 365 jours plus tard. Il est donc de toute nécessité que soit réalisée une unification des intérêts au moyen de l'établissement périodique d'arrêtés de compte.

Depuis un arrêt rendu en 1955⁷⁶, une simple passation en compte courant équivaut à un paiement, on dit alors qu'il se produit un effet de règlement ou bien pour reprendre l'ancienne expression un effet novatoire. Si une écriture en compte vaut paiement, comment payer alors des intérêts sur un montant qui est réputé payé dès son entrée dans le compte ?

L'article 1154 n'a ainsi pas matière à s'appliquer⁷⁷ à la capitalisation des intérêts d'un compte courant, puisque des intérêts payés ne peuvent produire des intérêts.

Il en résulte que les parties ne sont alors peut-être pas tenues de passer une « convention spéciale », au sens de ce texte pour stipuler le paiement des intérêts échus lors de chaque arrêté. Ils conviendront librement de la périodicité des arrêtés, l'usage du trimestre, bien qu'étant le plus usuel, n'étant pas obligatoire⁷⁸.

L'effet de règlement du compte courant nous paraît ainsi être la seule explication de la capitalisation trimestrielle des intérêts en droit bancaire.

⁷¹ G. Ripert et R. Roblot, « Traité de droit commercial », par M. Germain et L. Vogel, L.G.D.J., 1998, t. I, n°51 : Les coutumes commerciales ne dérogeraient pas vraiment aux lois civiles impératives, mais contribuent simplement à délimiter les domaines respectifs du droit civil et du droit commercial.

⁷² La solidarité entre codébiteurs d'une obligation commerciale déroge à l'article 1202 du code civil : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ».

⁷³ F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 1998, p. 231 ; L'auteur relève que si l'on doit admettre qu'une coutume puisse détruire une loi interprétative ou supplétive de volonté, on peut hésiter à admettre l'existence de coutumes contraires à des lois impératives. Mais le doute grandit encore lorsque la règle impérative présente un caractère d'ordre public.

⁷⁴ J. Hamel, note D. 1932, p. 49

⁷⁵ D. Schmidt, op. cit, p. 120-121 ; voir aussi F. J. Credot, op. cit. ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, 1995, n°175-186

⁷⁶ Cass. com. 25/1/1955, D. 1957, p. 287

⁷⁷ C'est d'ailleurs la position de la jurisprudence, cf Cass. com, 4/12/1990, Banque 1991, p.428 obs. C. Gavalda et J. Stoufflet ; Cass. com. 22/5/1991 JCP E, 1991, II 190, obs. J. Stoufflet ; confirmé par Cass. com. 6/4/1993, D. 1993, p.310 obs. C. Gavalda

⁷⁸ Hamel, Vasseur et Marin, Les comptes en banque, Ed. Sirey, Paris 1966, p. 197 et s.

Remarquons encore à titre de conclusion, comme l'a très justement souligné A. Kassis⁷⁹ :
 « ...la jurisprudence a tout simplement limité le champ d'application de la disposition législative, de manière que l'anatocisme dans les comptes bancaires se soit trouvé en dehors de ce champ ». Cette explication des solutions jurisprudentielles en la matière a l'avantage de se rapprocher du dernier fondement proposé par la doctrine.

Remarquons finalement que les enjeux de la qualification sont importants car s'il s'agit d'une véritable coutume elle n'aurait alors pas besoin d'être prouvée, car le juge est censé la connaître, ce qui n'est pas le cas de l'usage. Elle est dès lors opposable aux parties, car une elle s'impose à eux de la même façon qu'une disposition impérative et ne nécessite pas une adhésion ou une connaissance.

Après s'être intéressé plus généralement à la genèse de l'usage en droit bancaire ainsi qu'à l'éventuelle autorité qui pourrait lui être reconnue à l'égard de la loi, il conviendra par la suite d'approfondir le problème de l'opposabilité au client des usages de la profession.

Si le client ne conteste pas l'applicabilité d'un usage, il n'y aura pas de contestation et l'usage sera intégré dans leur relation quotidienne, car les parties sont alors présumées vouloir agir selon l'usage. Ce qui nous intéresse est de savoir ce qui se passe si le client conteste justement **l'opposabilité** de ce prétendu usage ? Devra-t-il le faire dans un bref délai ?

L'établissement de crédit, invoquant un usage, sera alors appelé à prouver dans le cadre de ce litige deux choses : premièrement que l'usage existe dans la profession et deuxièmement que le client en a eu connaissance lors de la conclusion du contrat et qu'il l'a accepté.

Chapitre II L'opposabilité de l'usage

Il convient d'examiner successivement dans ce chapitre les questions de la preuve de l'usage ainsi que sa connaissance et son acceptation, et cela qu'elle soit présumée, tacite ou expresse. Ces questions ne trouvent réellement leur intérêt qu'en cas de contestation de l'une des parties.

De deux choses l'une : soit cette opposabilité n'est pas contestée et l'usage remplit sa fonction en étant intégré dans la relation, les parties ayant manifesté leur consentement d'agir conformément aux usages de la profession car en toute fin de compte personne ne les conteste ; soit le client de la banque (quelque soit sa qualité client avisé ou profane) conteste l'opposabilité de cet usage et l'établissement de crédit sera alors appelé à fournir une double preuve :

- que cet usage doit régir leur relation car il s'agit d'un usage de la profession.
- que cet usage doit aussi être appliqué à leur relation car le client en a eu connaissance et il l'a accepté.

C'est ainsi qu'il conviendra d'analyser successivement ces deux problèmes.

Le régime de la preuve d'un usage en droit bancaire mérite que l'on s'y intéresse car à quoi bon de s'assurer personnellement de l'existence d'un usage, (donc sa prétendue existence) si

⁷⁹ A. Kassis, op. cit., p.389-392

on n'arrive pas à le prouver en justice au moment où on l'invoque. On s'aperçoit très vite que le droit bancaire offre ici aussi des perspectives intéressantes dans ce que l'Association française des banques émet parfois un parère, parfois appelé certificat de coutume, dispensant en justice la partie invoquant un prétendu usage d'en prouver le contenu.

Dans le cadre de nos développements nous verrons que cette preuve de l'usage pose en règle générale problème essentiellement pour ce qui est des clients mais la relation interbancaire n'est pas épargnée non plus alors même qu'il s'agit de professionnels de la branche, comme en témoigne un jugement du tribunal de commerce de Paris du 14 juin 1995⁸⁰.

Mais peu importe la qualité de l'opposant, le banquier devra à chaque fois prouver l'usage ainsi que son contenu. Le droit bancaire actuel offre certaines commodités aux professionnels de la place à l'image des parères délivrés par l'Association française des banques à l'occasion d'un litige et venant attester de la certitude de l'usage. Il conviendra donc de préciser la position de la jurisprudence face à un prétendu usage corroboré en justice par un tel parère. Le parère ayant joué un rôle probatoire certain, le banquier doit actuellement se résigner, car le monde bancaire est lui aussi en constante évolution, et c'est ainsi que certains usages sont tombés en désuétude. Alors que certains parères sont pressentis à être supprimés et que d'autres doivent subir de profondes modifications, la jurisprudence a également cantonné l'efficacité du parère dans des limites strictes.

L'opposabilité appelle encore des développements supplémentaires en ce qui concerne sa connaissance et son acceptation car la jurisprudence apporte à ce problème une solution différente selon qu'il s'agit de professionnels ou de non professionnels car les exigences de *notoriété* de l'usage vont varier. Les professionnels contractant dans leur branche d'activité sont censés connaître les usages qui y sont admis. Les usages ayant essentiellement une nature conventionnelle en droit bancaire, les professionnels peuvent les écarter de leur relation. Leur silence est donc interprété comme une acceptation tacite. En revanche, les non professionnels ne sont censés connaître les usages d'une branche qui ne leur est pas familière, ces usages ne leur seront donc opposables que dans la mesure où ils en ont été informés et s'ils ont expressément ou tacitement consenti à leur application.

Ainsi il conviendra d'analyser successivement les problèmes de la preuve de l'usage ainsi ceux relatifs à sa *notoriété*.

Section I La preuve de l'usage

L'usage étant la plupart du temps en matière bancaire de nature conventionnelle, il ne pourra être opposé par le banquier à son client ou vice versa qu'à la condition que ce dernier aura pu prouver l'existence et le contenu de l'usage. Il convient ici de souligner les enjeux que comporte une éventuelle qualification d'usage ou de coutume car la coutume elle n'a pas à être prouvée, elle est censée être connue par le juge.

Remarquons ici que cette existence pose problème tant en ce qui concerne la relation avec les clients que dans la relation interbancaire ainsi qu'en témoigne un jugement du tribunal de commerce de Paris du 14 juin 1995.

⁸⁰ voir ci-après

Le banquier, confronté à un client récalcitrant devra prouver l'usage en cause afin de pouvoir l'opposer, charge qui peut selon les cas être particulièrement fastidieuse. Cette condition doit dans ce domaine bancaire être appréciée avec circonspection car le monde bancaire offre au banquier un éventail de moyens lui permettant de faciliter le respect de ses obligations professionnelles dans la conduite de ses relations avec la clientèle.

Comme nous venons tout juste de l'annoncer, c'est l'Association française des banques qui au cours d'un litige, venant ainsi au secours de ses adhérents⁸¹, peut émettre un parère, appelé parfois aussi certificat de coutume, attestant de l'existence ainsi que du contenu de l'usage. Il conviendra également d'analyser la jurisprudence afin de dégager l'utilité que représente en pratique un tel document pour le banquier lorsqu'il lui faudra prouver l'usage afin de pouvoir l'opposer au client. Un tel parère fournira en justice la preuve de l'existence de l'usage ainsi que de son contenu, ce qui facilite incontestablement la charge de la preuve. Un arrêt très remarqué a à ce titre été rendu par la chambre commerciale en 1989, espèce qui nous permettra par la même d'approfondir un autre usage de la profession bancaire à savoir l'usage de ne pas vérifier dans certains cas les pouvoirs du signataire d'une lettre de change.

Une étude complète du sujet ne saurait négliger les remous que connaît actuellement le parère en la matière tant en ce qui concerne la jurisprudence que pour ce qui est de l'AFB elle-même⁸². Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 novembre 1992 a préconisé une interprétation très stricte du parère ce qui va limiter son champ d'application. La commission d'exploitation bancaire a récemment suggéré de supprimer un certain nombre de parères ne correspondant plus à la pratique bancaire.

Ainsi il convient d'analyser successivement le rôle probatoire du parère ainsi que son efficacité.

Paragraphe I Le rôle probatoire du parère

Lorsqu'un usage est issu d'un processus de formation tel que nous venons de l'analyser, il n'est pas encore efficace en justice car un banquier, qui invoque un usage dans le cadre d'un litige et qui se trouve opposé à un client contestant l'existence ou la teneur d'un usage, devra aussi le prouver, or cette dernière peut selon les cas s'avérer fastidieuse voir impossible comme en témoigne un jugement du tribunal de commerce de Paris du 14 juin 1995⁸³ opposant le Crédit du Nord, les banques Bruxelles-Lambert et Pallas Stern au Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine (CIAL).

Le CIAL, avaliste d'une série de billets à ordre, soutenait que les porteurs susnommés étaient de mauvaise foi, au motif notamment qu'ils avaient omis, « *contrairement à tous les usages* », de lui faire connaître leur qualité de porteur avant l'échéance. Or le CIAL n'est pas parvenu à faire la preuve en justice de l'existence de cet usage, ce qui a permis au tribunal de conclure que: « *l'existence d'un prétendu usage selon lequel les banques devraient s'informer mutuellement lors de l'escompte d'effets revêtus d'un aval bancaire, n'est pas établie* ».

⁸¹ Les adhérents de l'AFB sont les banques, la plupart du temps, ce sont elles qui essaient d'opposer à leurs clients un usage (et non l'inverse) et qui pourront alors selon les cas bénéficier d'un parère.

⁸² Certains parères sont appelés à disparaître selon AFB.

⁸³ T. Com. Paris 14/6/1995, Rev. jurispr. com., 1995, p. 355 note E. Putman

Comme l'a d'ailleurs souligné E. Putman dans sa note⁸⁴, ce n'était pas la première fois que la jurisprudence s'est montrée, de façon opportune, exigeante quant à la démonstration d'usages allégués en matière d'aval d'un billet à ordre bancaire.

Comme l'a relevé M. Pédamon⁸⁵ : « *l'alignement des usages commerciaux sur le modèle des conventions a pour conséquence enfin qu'au niveau procédural la preuve de ces usages est libre...* ».

Après un bref détour par le régime du parère, nous nous intéresserons de plus près aux décisions de la jurisprudence.

A. Le régime du parère

Le dictionnaire Capitant⁸⁶ le définit comme : « *un certificat délivré soit par des organismes professionnels soit par des commerçants notables, pour établir l'existence d'un usage déterminé* ». Il remplit ainsi un rôle probatoire en ce qu'il atteste l'existence de l'usage invoqué devant le juge. L'autre synonyme, à savoir le certificat de coutume, est essentiellement utilisé en droit international privé pour attester, dans le cadre d'un litige, la teneur d'un droit étranger, il est à ce titre délivré la plupart du temps par une autorité étrangère.

Les structures professionnelles exercent en France une influence notable dans la formation du droit commercial. A l'instar des chambres de commerce et d'autres institutions (comme les chambres syndicales, les fédérations, groupements professionnels etc.), dans le secteur bancaire, c'est une organisation syndicale bancaire, à savoir l'Association professionnelle des banques (APB) devenue AFB qui délivre, la plupart du temps à l'occasion d'un litige, de tels parères attestant des usages existants en droit bancaire.

La fonction première de ces attestations écrites est destinée à faire la preuve de l'existence d'un usage dans un milieu professionnel déterminé. Il ne faut donc pas confondre les usages bancaires avec les parères, publiés de manière assez parcimonieuse par l'AFB dans ses rapports annuels et les pratiques bancaires qui sont de simples errements c'est à dire des manières habituelles de faire, qui ne sauraient être érigés en normes. Ainsi que l'ont relevé C. Gavalda et J. Stoufflet, leur faible diffusion ne contribue pas à fortifier leur valeur juridique *erga omnes*⁸⁷.

Comme l'a relevé M. Pédamon⁸⁸ : « *en droit ces parères n'ont qu'une valeur de présomption mais ils contribuent indiscutablement à fixer les usages commerciaux* ».

Leur valeur juridique se limiterait selon l'auteur à une présomption, certes simple, mais qui opère un renversement de la charge de la preuve, dispensant le banquier d'en fournir la preuve et obligeant par là même la partie adverse, contestant l'usage, de prouver que l'usage n'existe pas en la matière, ce qui n'est pas chose facile.

⁸⁴ E. Putman, précité

⁸⁵ M. Pédamon, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce Concurrence et contrats du commerce, Dalloz, 1994, n° 18

⁸⁶ G. Cornu, « Vocabulaire juridique », Association H. Capitant, PUF, éd. « quadriges » 2000

⁸⁷ C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit du crédit, Litec, 1998, p.51

⁸⁸ M. Pédamon, op. cit., n° 24

Dans le cadre d'un litige par contre, il nous semble qu'un tel parère établit bel et bien l'existence de l'usage ce qui fournit un avantage appréciable aux yeux du banquier, car normalement celui qui invoque l'usage doit le prouver. Il convient dès lors de s'intéresser de plus près à la position de la jurisprudence quant à la valeur de l'usage.

B. Le parère attestant en justice de l'existence de l'usage

Il convient à présent de donner une première illustration de l'utilité en justice d'un parère:

-Par un arrêt du 5 février 1985⁸⁹, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Amiens qui avait condamné une SCI au paiement de deux billets à ordre. Les faits de l'affaire en étaient les suivants :

Un des deux gérants d'une SCI avait souscrit deux billets à ordre au bénéfice d'une société S dont il était le PDG. Une banque les avait escomptés à la société S, qui après a été mise en règlement judiciaire, et la banque poursuivait ainsi le recouvrement des billets à ordre à l'encontre de la SCI souscriptrice. Cette dernière arguait du fait que le gérant n'avait pu seul l'engager conformément aux statuts (ces statuts exigeaient en effet la signature conjointe des deux gérants pour que la société SCI soit liée).

Elle reprochait à la banque de ne pas avoir procédé à des vérifications.

La chambre commerciale a conclu que la Cour d'appel a justifié sa décision en ayant relevé que : selon les usages bancaires confirmés par deux parères de 1951 et 1958, le banquier n'est pas tenu, à moins qu'il n'ait des doutes sur la bonne foi du remettant, de procéder auprès du souscripteur à la vérification de la signature apposée sur l'effet ni de vérifier l'étendue du pouvoir du signataire et qu'en l'occurrence la banque, porteur de bonne foi, n'avait eu a priori aucune raison en l'espèce de vérifier ces pouvoirs.

La banque avait en l'occurrence invoqué en justice un usage qui était corroboré par deux parères attestant de leur existence: dont le premier, datant de 1951⁹⁰ était issu de l'Union syndicale des Banquiers de Paris et de Province alors que le deuxième, datant de 1958⁹¹, avait été émis directement par l'APB.

⁸⁹ J.-L. Rives-Lange, note sous Cass. com. 5/2/1985, Banque 1985, p. 522

⁹⁰ Le 8/6/1951, l'APB a délivré une copie d'un parère délivré en 1933(donc il s'agissait en réalité d'un parère de 1933) par l'union syndicale des banquiers de Paris et de Province selon lequel : « il n'est pas d'usage, à moins que le banquier escompteur ait des raisons spéciales de douter de la bonne foi du remettant, de procéder, auprès du tiré, à la vérification de la signature apposée au dessus de la mention d'acceptation ».

⁹¹ Le texte du parère du 29/5/1958 est le suivant : « Je soussigné Rodolphe Hottinger, président de l'APB, déclare et certifie :

« 1° Qu'il n'est pas d'usage en France d'exiger du tireur d'un effet, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, que la signature apposée par des représentants qualifiés de la dite personne soit précédée de la dénomination sociale complète. Les lettres de change établies selon formule normalisée comportant, en effet, la désignation complète de l'être moral, tireur de l'effet, dans l'angle gauche de la formule. Aucun doute ne peut exister sur l'identité du tireur.

2° Qu'il est d'usage en France que la lettre P tracée manuscrite à l'encre ou au tampon devant la mention : « Le président du conseil d'administration », se traduise par : « Pour le président du conseil d'administration ».

3° Pour satisfaire les exigences de la loi qui répute porteur légitime le détenteur d'une lettre de change justifiant de son droit par une suite ininterrompue d'endossements, l'usage est, en France, de vérifier la régularité apparente de la suite des endos, sans exiger que cette vérification entraîne celle de la qualité du ou des signataires, chacun des porteurs successifs étant présumé avoir vérifié la qualité de l'endosseur qui le précède.

4° **Qu'il n'est pas d'usage en France, lorsque les lettres sont rendues acceptées par une personne morale, de se faire justifier les pouvoirs de la personne qui a apposé sa signature sur l'acceptation, surtout lorsque**

-A peine quatre ans plus tard, la chambre commerciale de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer à nouveau à propos de cet usage allégué devant le juge et dont la preuve était rapportée au moyen de parères émis par les organisations syndicales bancaires.

Les faits se résumaient comme suit : une banque avait escompté trois lettres de change tirées sur une société MTA. A l'échéance, les effets étant demeurés impayés, la banque en poursuit le recouvrement à l'encontre de la société tirée. Celle-ci prétendit ne pas être tenue par les liens du change, « *la signature d'acceptation figurant sur les effets émanait d'un sieur M qui, à cette date, n'avait pas qualité pour engager la société MTA* ».

La haute juridiction, dans un arrêt du très remarqué du 23 mai 1989⁹², a approuvé la Cour d'Agen d'avoir accueilli, dans son arrêt du 19 août 1987, la demande de la banque et considéré que la société tirée était tenue cambiairement par l'acceptation : « *un usage bancaire constant dispense le banquier escompteur, lorsque les lettres de change sont rendues acceptées par une personne morale, d'exiger la justification des pouvoirs de la personne qui a apposé la signature d'acceptation* ».

L'usage auquel se réfère le juge commercial repose sur des considérations pratiques ; le banquier escompteur n'est normalement pas en relation directe avec la société tirée et ne pourrait donc vérifier les pouvoirs du signataire qu'au moyen d'une enquête très lourde à effectuer, alors que la restitution de la traite après acceptation lui permet de penser que celle-ci a été donnée par une personne habilitée à le faire.

Il y a lieu de relever que cette solution semble à première vue conforme à la jurisprudence antérieure⁹³ alors que si on l'analyse de plus près, comme l'a d'ailleurs souligné J.-P. Arrighi⁹⁴, la solution semble ici quand même plus radicale que celle de 1985 en ce que l'attendu ne fait aucune allusion à l'obligation d'opérer des vérifications lorsque les circonstances l'amènent à douter de la situation apparente ce qui semble dispenser en toutes circonstances le banquier de vérifier les pouvoirs du signataire à l'acceptation.

La question mérite encore d'être appréhendée sous un autre aspect à savoir si la jurisprudence s'est déjà prononcée sur l'interprétation d'un tel parère, ce qui nous permettra assurément d'en mesurer l'efficacité en justice depuis lors. Par ailleurs il nous semble de la plus haute importance de s'intéresser à la valeur actuelle des parères telle que perçue par l'AFB elle-même.

Paragraphe II L'efficacité du parère

Dans les deux arrêts analysés précédemment, la jurisprudence a donc selon nous implicitement affirmé sa position sur la valeur en justice de ce parère : l'usage est établi s'il

la signature est précédée du cachet de l'entreprise tirée, qui donne l'apparence au signataire d'avoir agi pour le compte de ladite entreprise ».

⁹² Cass. com. 23/5/1989, Bull. Civ. IV, n° 60, p. 107 ; PA, 24/11/1989, n° 141, p. 12, note F. Crédot ; Banque 1989, p. 1086 obs. Rives-Lange ; Banque et bourse 1989, p. 172, obs. Crédot et Gerard ; RTD com. 1990, p. 65, obs. Cabrillac et Teyssié

⁹³ cf Cass. com. 5/2/1985, Banque 1985, p. 522

⁹⁴ J.-P. Arrighi, note sous Cass. com. 23/5/1989, JCP G, 1990, II, 15861

est corroboré par un voir plusieurs parères. Il conviendra ici d'analyser leur portée par rapport à des décisions plus récentes en la matière.

La Cour d'appel de Paris a rendu en 1992⁹⁵ un arrêt qui mérite réflexion. Le secrétaire général d'une société de caution mutuelle relevant de la loi du 13 mars 1917 et notamment de son article 3, avait avalisé un billet à ordre souscrit par un emprunteur au profit de la Banque populaire de Lyon. Il n'en avait pas le pouvoir, car, en conséquence de l'article 3 précité, il appartenait au conseil d'administration de l'habiliter et il ne l'avait pas été.

La banque, impayée par le souscripteur du billet a réclamé paiement à la société de caution mutuelle, apparemment avaliste. La Cour d'appel a infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris qui avait donné raison à la banque.

La banque s'était prévalue des usages bancaires selon lesquels il n'est pas demandé au signataire d'un effet de commerce de justifier de ces pouvoirs et de la validité des engagements qu'il prend. C'est justement les deux parères⁹⁶ énoncés dans notre paragraphe précédent dont elle se prévalait devant le juge.

La Cour releva qu'en raison de leur objet, les parères, dont chaque terme est soigneusement pesé par l'AFB, ne peuvent donner lieu qu'à une interprétation stricte ; les deux parères ont exclusivement trait à la signature d'acceptation du tiré. Il s'agissait en l'occurrence de la signature d'un donneur d'aval.

La Cour a aussi rappelé le principe selon lequel *« si un usage peut écarter une règle de droit supplétive, ayant la valeur et la portée d'une convention tacite, il ne peut déroger aux règles posées de façon impérative par la loi »*. Voilà pourquoi la loi du 13 mars 1917 fut déclarée opposable à la banque⁹⁷.

Remarquons encore qu'une Cour d'appel vient de rappeler récemment qu'une banque ne commet pas de faute en respectant un usage de la profession prouvé par un parère de l'AFB, en encaissant un chèque barré établi à son ordre et remis par un client pour le compte d'une société en formation⁹⁸.

On peut ainsi en conclure que si le parère profite largement au banquier, il n'en demeure pas moins que son champ d'application a été clairement délimité par l'office du juge.

Cette affirmation peut être corroborée par les récentes déclarations de l'AFB. Il ne faut pas oublier que la matière bancaire est, elle aussi, soumise à une évolution constante. Ce qui paraissait d'usage un certain temps peut s'avérer obsolète ou désuet aujourd'hui. Aussi convient-il d'y ajouter que l'AFB, dans sa mission, ne délivre un parère corroborant un usage bancaire, que dans la mesure où ce dernier est bien établi dans la profession. Dans cette logique, il lui appartient de faire périodiquement le point sur les parères existants afin de modifier, voir de supprimer ceux étant devenus obsolètes ou ne correspondant plus aux usages. L'AFB a récemment appelé à des changements en la matière.

⁹⁵ CA Paris, 12/11/1992, D. 1994, SC, p.322 obs. M. Vasseur ; JCP G, 1995, I, 463 n°7

⁹⁶ cf parères 8/6/1951 et 29/5/1958

⁹⁷ Solution confirmée par Cass. com. 18/10/1994, D. 1994, IR, p. 248

⁹⁸ CA Rouen, 22/4/1999, JCP G, 2000, IV, 2050 obs. P. Maqueron

Les groupes de travail constitués à la demande de la Commission d'exploitation bancaire, réunis les 8 et 14 avril 1999, ont ainsi suggéré de supprimer un certain nombre de parères. Nonobstant ces affirmations, les groupes de travail ont quand-même relevé qu'il ne fallait pas abandonner cette possibilité offerte à la profession d'établir des «*certificats de coutume*». A cette occasion, ils ont souligné que des nouveaux thèmes pourraient prochainement faire l'objet de parères, comme la périodicité des relevés de compte ou les brochures tarifaires.

Quel pourrait être enfin l'impact de la suppression d'un parère attestant de l'existence d'un usage en particulier ?

On pourrait en déduire que l'usage lui-même ne disparaîtra pas ipso facto, mais il sera désormais beaucoup plus difficile à la partie qui invoque un usage, de le prouver devant le juge, le renversement de la charge de la preuve ne s'effectuant plus faute de parère existant.

Comme l'ont très justement relevé MM. C. Gavalda et J. Stoufflet⁹⁹ dans leur ouvrage, l'opposabilité d'un usage par une banque à un client est subordonnée à deux conditions :

- il doit s'agir d'un véritable usage régissant les rapports avec la clientèle, d'où il faudra en prouver le contenu ;
- il faut que la preuve soit rapportée de sa connaissance par les non-initiés lors de la conclusion du contrat.

Dans cet esprit, il nous faut maintenant s'interroger sur ces exigences de connaissance d'un usage, qu'elles soient posées par la doctrine ou bien par la jurisprudence et surtout si cette condition de *notoriété* varie selon la qualité du cocontractant de l'établissement de crédit.

Section II La notoriété de l'usage

L'opposabilité d'un usage, hormis le cas de sa preuve, pose encore problème. L'usage doit à ce titre remplir certaines conditions quant à sa connaissance, son acceptation et plus généralement donc quant à sa notoriété afin d'être opposé efficacement à la partie adverse.

Le fondement conventionnel de la plupart des usages en droit bancaire français appelle leur nécessaire *acceptation* par les parties c'est à dire leur accord à ce que cet usage viendra régir leur relation.

Comme nous l'avons déjà rappelé ultérieurement la jurisprudence témoigne en droit français d'une grande prudence pour admettre un usage et de surcroît quand cet usage est opposé par une banque à un client.

Cet *excès* de prudence soulève une interrogation : Pourquoi être plus exigeant dans un rapport opposant un établissement bancaire à un simple particulier que dans une relation interbancaire?

Les banques ont une tendance bien naturelle à justifier par les usages professionnels un comportement critiqué par un client ou un tiers. Ceux-ci prétendent alors bien évidemment ne pas être soumis à des usages d'une profession qui n'est pas la leur.

La jurisprudence apporte donc en droit français au problème de l'opposabilité de l'usage une solution différente selon qu'il s'agit de professionnels ou de non professionnels car le simple

⁹⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., p. 52

particulier n'est pas censé connaître les pratiques, les usages d'une profession qui n'est pas la sienne, or le professionnel les utilise quotidiennement, du moins est-il supposé le faire.

Les exigences de notoriété d'un usage vont donc varier selon que la partie à laquelle on l'oppose est un simple particulier ou un professionnel. C'est le degré de connaissance de l'usage qu'elle peut avoir ou mieux encore la probabilité qu'elle le connaisse qui va figer les solutions en la matière.

La plupart des auteurs¹⁰⁰ s'accordent pour affirmer que les usages bancaires ne suscitent aucune difficulté spécifique dans les rapports entre établissements de crédit, ils s'appliquent sans aucune restriction. Les usages constituent une source de droit dans les rapports entre professionnels, car étant des professionnels de la place, ils sont présumés en avoir connaissance et ainsi les avoir tacitement acceptés, car sinon ils les auraient écartés. Il ne faudra pas manquer de préciser que cette question reste aussi délicate entre banquiers qui eux aussi, bien que passant pour des professionnels avertis, doivent savoir à quelles pratiques ils sont censés avoir adhéré. (contrats types entre professionnels)

Il conviendra ici de revoir les décisions de la jurisprudence sur ce point sans oublier de s'intéresser aussi à la position de la Cour de justice des communautés européennes en matière de commerce international.

Dans les rapports avec la clientèle, comme l'a relevé M. Pédamon¹⁰¹ : « ...*les usages ne sont opposables aux non-professionnels que dans la mesure où les intéressés ont été informés de leur existence et ont consenti expressément à leur application* ». Il faudra, à chaque fois, donc vérifier que le client aura eu connaissance de l'usage et qu'il l'ait tacitement ou expressément accepté.

Relevons à titre subsidiaire que cette exigence n'existe pas pour une **coutume** en raison de sa nature extra conventionnelle, elle ne requière pour son application aucun consentement exprès ou tacite des intéressés, car elle a force de loi mais force de loi supplétive en ce sens qu'elle ne s'impose contre la volonté contraire des parties. Les parties peuvent donc écarter par convention l'application d'une coutume. Voilà pourquoi l'anatocisme, si on envisage son fondement de coutume *contra legem*, bien qu'il soit vivement discuté¹⁰² en doctrine, s'applique en droit bancaire français sans accord des parties. Il s'applique sans aucune restriction quelconque.

Avant d'étayer nos propos, il convient tout de même d'écarter les usages ayant fait l'objet d'une consécration légale. Ces usages¹⁰³ ne posent donc plus de problèmes quant à leur opposabilité compte tenu de leur nature légale la loi ne requière pour son application aucun consentement de la part des justiciables.

¹⁰⁰ T. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, 1999, p.6 ; voir aussi C. Gavaldà et J. Stofflet, Droit bancaire, Litec, 1999, p. 7 ; voir aussi J-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 1995, p.8

¹⁰¹ M. Pédamon, op. cit., n°16

¹⁰² cf supra

¹⁰³ Les usages suivants ont fait l'objet d'une consécration légale :

- respect d'un préavis dans le cadre de la rupture d'un concours à durée indéterminée par un établissement de crédit à une entreprise, par l'article 60 de la loi bancaire du 24/1/1984
- acceptation des lettres de change émises pour le paiement des dettes commerciales entre commerçants par et par un décret-loi du 2/5/1938 modifiant la rédaction de l'article 124 du code de commerce.
- les usages codifiés par loi 13 juin 1866 sur conditions, tares, emballages dans les ventes commerciales

Alors qu'il existe une présomption de connaissance de l'usage entre professionnels, la jurisprudence exige une réelle adhésion de la part du client afin que l'usage lui soit opposable.

Paragraphe I Une connaissance présumée entre professionnels

Les professionnels qui contractent sur leur place d'origine ou dans leur branche d'activité sont censés connaître les usages qui y sont admis. Leur silence est donc interprété comme une acceptation tacite¹⁰⁴ et l'opposabilité d'un usage ne posera pas d'autre problème que la preuve matérielle de son contenu. Cette présomption d'une acceptation de la part des professionnels d'intégrer les usages de la profession dans leur relation n'est pas choquante, car en dépit du fait qu'ils sont censés connaître des usages d'une branche d'activité qu'ils manient au quotidien ils auraient pu, dès le début de leur relation, exclure expressément dans leur convention l'applicabilité de certains usages et cela en raison de leur nature conventionnelle.

Cette solution nous paraît bien établie et d'ailleurs parfaitement justifiée car l'usage fait corps avec les contrats commerciaux dans lesquels il s'insère. Il se greffe sur l'obligation qui naît de ces contrats, sur ses différents moments, soit qu'ils aient trait à sa naissance, à sa qualification ou à son interprétation, soit qu'ils aménagent ou déterminent son contenu, soit enfin qu'ils mettent à la disposition du créancier insatisfait des sanctions originales.

Il conviendra d'analyser successivement la position du droit interne sur la question ainsi que celle de la Cour de Justice des Communautés européennes.

A. L'approche en droit interne

On peut constater que la solution ne varie pas dans son principe selon qu'il s'agira d'une relation interbancaire ou d'une relation banque-client ; il faut à chaque fois une connaissance et une acceptation de l'usage, mais c'est la probabilité de ces conditions qui va faire varier les solutions.

Il nous semble est justifié que la connaissance des usages soit présumée entre professionnels du milieu. S'ils ne les ont pas écartés, donc en cas de silence de leur part, on interprète ce dernier comme une acceptation tacite des contractants.

Dans la même logique on peut comprendre qu'un client est également présumé avoir connaissance de l'usage et l'avoir tacitement accepté, dès lors qu'il est « *particulièrement averti* » des procédés bancaires ou qu'il en ait déjà fait l'expérience¹⁰⁵, ainsi qu'en témoigne un arrêt de la chambre commerciale du 6 juillet 1964¹⁰⁶.

Tout semble laisser penser que cette connaissance et l'acceptation tacite qui en découle sont donc appréciées *in concreto* par la jurisprudence.

Les faits de l'espèce étaient les suivants :

Un certain dénommé Depoix avait acquis par l'entremise d'une banque des valeurs mobilières. A deux reprises il avait en janvier et en février donné à cet établissement l'ordre de faire reporter. Puis lors de la liquidation suivante, un simple ordre téléphonique de vente

¹⁰⁴ M. Pédamon, op. cit., n° 16 ; voir aussi ch. Req. 23/5/1900, D. 1901, 1, p. 269 ; ch. Req. 22/12/1924, S. 1927, 1, p. 343 ; Com. 23/5/1989, Bull. civ. IV, n° 160, p. 107

¹⁰⁵ T. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, 1999, p.6 ; voir aussi M. de Juglart et B. Ippolito, op. cit., p.31

¹⁰⁶ Cass. com. 6/7/1964, JCP G, 1965, II, 14024, obs. C. Gavalda ; R.T.D. com. 1968, p. 101, n°2 obs. Becqué et Cabrillac

aurait été passé par lui. Mais la preuve de cet ordre verbal, que la banque nia avoir reçu, ne put être établie. Dans le silence du client, la banque fit reporter d'office (mars et avril) et ce n'est que le 3 mai que le client protesta en termes formels et non contestés. Il prétendit avoir envoyé courant du mois de mars un ordre verbal précité. En conséquence, il refusait de régler le débit important de son compte résultant des reports litigieux.

Comme l'a relevé la chambre commerciale, les usages d'une place de bourse peuvent légitimer le report d'office or la Cour d'appel avait, en l'espèce, constaté un usage en ce sens. En ce qui concerne la connaissance des usages, ils pouvaient d'autant plus refléter la volonté probable du client qu'il ne s'agissait pas d'un épargnant quelconque, mais d'un « *spéculateur averti* »¹⁰⁷.

Malgré la constatation classique que les usages lient parfois les seuls professionnels, on voit en la circonstance, la force des usages du commerce s'étendre des professionnels aux « *habitués* », aux « *initiés* » .

Cette décision, déjà ancienne, satisfait à la fois à l'équité et à la technique juridique et elle fut confirmée et renforcée par la suite¹⁰⁸.

La Cour de cassation a en effet encore reconnu l'opposabilité de certains usages bancaires à une clientèle sans se soucier de leur adhésion. Il en a été ainsi de l'usage de l'escompte d'un effet de commerce sans vérifier les pouvoirs du signataire pour le compte d'une personne morale¹⁰⁹ ou bien encore de l'usage pour le banquier de contre-passer en compte courant un effet impayé, et ce, quand bien même son client se trouve sous le coup d'une procédure collective.

Ici aussi comme le souligne J. Djoudi dans sa note¹¹⁰, « *cette opposabilité concernait des professionnels qui, même s'ils ne sont pas pour autant des initiés ou des habitués, n'en sont pas moins censés ou présumés connaître les pratiques et les usages bancaires* ».

Plus généralement, on peut affirmer qu'entre gens du milieu, cette solution paraît logique, un professionnel digne de sa renommée se doit de connaître les usages de la profession qui est la sienne car s'il ne les a pas écartés, c'est qu'il les a tacitement acceptés. Il en va de même des clients particulièrement avertis.

Cette présomption en cas de silence des parties n'est pas plus choquante, étant donné la nature conventionnelle de l'usage, les parties sont libres de l'écartier expressément d'un commun accord¹¹¹. A défaut, quoi de plus normal que de présumer leur accord à ce que l'usage régisse leur relation.

Du point de vue de la doctrine, les auteurs¹¹² sont unanimes pour affirmer que les usages bancaires ne suscitent aucune difficulté dans leurs rapports entre établissements de crédits, ils s'appliquent sans aucune restriction.

¹⁰⁷ voir a contrario, pour un spéculateur d'occasion, Rennes, 10/7/1907, D.P. 1908, 2, p.47

¹⁰⁸ « Leur opposabilité aux non-professionnels est en revanche douteuse à moins que leur notoriété soit telle que le non professionnel ne puisse les ignorer », C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 1999, p.8 n°20

¹⁰⁹ Cass. com., 23/5/1989, RTD com. 1990, p. 64 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié

¹¹⁰ J. Djoudi, note sous Cass. com. 4/5/1999, D.Aff. 2000, p. 192

¹¹¹ Cass. com. 12/5/1970, Bull. civ. n°157, p.140

¹¹² T. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, 1999, p. 6 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit du crédit, Litec, 1998, p. 51 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 1999, p. 8 ; J-L. Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, 1995, p. 8

Cette affirmation est à nuancer car comme l'a déjà relevé un jugement du tribunal de commerce de Paris du 14 juin 1995¹¹³, cette opposabilité d'un usage dans la relation interbancaire suscite, elle aussi, des difficultés, car pour pouvoir opposer avec succès un usage à un autre établissement de crédit, la banque doit pouvoir prouver le contenu d'un jusqu'alors prétendu usage, obstacle que n'est pas arrivé à franchir le crédit industriel d'Alsace et de Lorraine. Or en l'occurrence l'usage n'existait pas.

On peut donc en conclure que l'opposabilité des usages bancaires entre professionnels se heurte parfois à des obstacles ; ces derniers n'ayant pas trait alors à la notoriété de l'usage mais à sa preuve.

Intéressons nous maintenant à la solution préconisée par la Cour de Justice des Communautés européennes.

B. L'approche en droit européen

Cette approche mérite d'être analysée surtout par rapport à un récent arrêt de la CJCE datant du 16 mars 1999¹¹⁴ rendu en matière de commerce international que l'on peut transposer sans doute à la relation interbancaire internationale.

Les faits de l'affaire peuvent se résumer de la manière suivante :

Des lots de fruits avaient été embarqués en Argentine sur la base de 22 connaissements émis à Buenos Aires en 1987. Le transport est effectué par un navire exploité par un armateur ayant son siège au Danemark. Les fruits devaient être livrés à la société *Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA*, dont le siège est à Milan. Des difficultés survinrent lors du déchargement et *Castelletti* assigna *Hugo Trumpy SpA*, agent consignataire du navire et du transporteur danois devant le tribunal de Gênes, lieu du siège social de *Hugo Trumpy*. Ce dernier souleva l'incompétence des juges italiens en vertu d'une clause des connaissements et arguait de la compétence de la *High Court* de Londres.

La question était de savoir si cette clause devait produire effet en application de l'article 17 de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements.

Le point qui nous intéresse est l'aspect de la connaissance de cette clause et plus généralement de l'usage dans le commerce international. Sur ce point la Cour décide, comme elle l'a déjà fait¹¹⁵, que : « *la connaissance effective ou présumée d'un usage par les parties contractantes peut être établie, notamment, par la démonstration soit que les parties avaient auparavant noué des rapports commerciaux entre elles ou avec d'autres parties opérant dans le secteur considéré, soit que, dans ce secteur, un certain comportement est suffisamment connu, du fait qu'il est généralement et régulièrement suivi lors de la conclusion d'un certain type de contrats, pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée* ».

Dans sa première branche, cette solution semble conforme à celle retenue en droit interne (une connaissance présumée des usages par les opérateurs avertis de la branche). En interprétant la deuxième branche de manière extensive, les opérateurs professionnels, voir même dans certains cas les non-professionnels, seraient censés connaître les usages, si ces derniers sont généralement et régulièrement suivis dans cette branche commerciale lors de la signature d'un

¹¹³ cf supra

¹¹⁴ CJCE 16/3/1999, *Castelletti*, C-159/97, Rec. P. I-1636 ; voir aussi *Revue critique DIP*, 1999, p. 573-577 note H. Gaudemet-Tallon ; *European Law Review*, 2000, p. 178-182 note T. Hartley ; *DMF*, 2000, p. 72-75

¹¹⁵ CJCE, 20/2/1997, *MSG/Gravières Rhénanes*, C-106/95, Rec. p. I-911, point 16

certain type de contrats. Or cette appréciation, semble antinomique par rapport à la solution retenue en droit interne, qui elle présume cette connaissance seulement pour les professionnels ou des clients avertis et non pour les clients profanes. A vrai dire, cette branche mériterait d'être plus précise.

M. P. Delebecque¹¹⁶ avait récemment souligné l'ambiguïté de la solution de la CJCE et précisé qu'elle serait ainsi ouverte à toutes les appréciations. On ne peut que regretter le manque de précision de la Cour dans sa décision.

Une étude compétente de la situation appelle encore des développements à propos de la relation banque-client, unanimement présentée comme problématique en ce qui concerne l'opposabilité des usages.

Paragraphe II L'adhésion par le client à l'usage

M. T. Samin¹¹⁷ avait déjà relevé que dans cette relation, le consentement d'un cocontractant étranger à la sphère dans laquelle l'usage est né n'est plus présumé. Il ne peut d'ailleurs pas être présumé en avoir connaissance.

L'opposabilité de l'usage au client est ainsi subordonnée à une double condition : il faudra au banquier pouvoir prouver que le client avait connaissance de l'usage, lors de la conclusion du contrat, et qu'il l'a accepté expressément ou tacitement. La jurisprudence exige ainsi dans une relation banque-client une adhésion de la part de ce dernier afin qu'un usage d'une profession qui n'est pas la sienne, lui devienne opposable. Après avoir exposé cette relation, il conviendra de parcourir les moyens offerts par le droit bancaire dans le but de remédier à la situation du banquier.

A. Le principe

L'opposabilité d'un usage dans une relation banque-client pose essentiellement un problème en ce qui concerne sa preuve par la banque à l'égard du client, car comme l'ont rappelé MM. C. Gavalda et J. Stoufflet,¹¹⁸ « *l'opposabilité des usages par le client à la banque a suscité moins de discussion, seule l'existence peut poser alors des difficultés* ».

Nous nous intéresserons de ce fait principalement au sens banque-client.

En dépit du problème de la preuve d'un usage bancaire, la doctrine relevait et relève encore toujours que son opposabilité dépend finalement de sa connaissance par la clientèle lors de la conclusion du contrat¹¹⁹ ou bien de la condition qu'elle en ait déjà fait l'expérience¹²⁰. D'autres auteurs¹²¹ semblent préconiser une double exigence. La doctrine ne nous semble donc pas unanime sur le principe.

La jurisprudence ancienne, quant à elle, se contentait également d'une connaissance de l'usage lors de la conclusion du contrat, comme l'avait affirmé un arrêt de la Cour d'appel de

¹¹⁶ P. Delebecque, note sous Cass. com. 4/5/1999, Répertoire du notariat Defrénois, 1999, p. 997-999

¹¹⁷ T. Samin, « *Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire* », Banque 1995, p. 6

¹¹⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., p. 51

¹¹⁹ T. Bonneau, op. cit., p. 6 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit du crédit, Litec, 1998, p. 51 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 1999, p. 8

¹²⁰ M. de Juglart et B. Ippolito, op. cit., p. 31

¹²¹ voir T. Samin, op. cit., p. 6 et M. Pédamon, op. cit., n°16

Paris datant du 4 janvier 1934¹²² : « lorsque le client est un simple particulier, cette connaissance ne se présume pas ».

La jurisprudence française a depuis lors toujours confirmé cette solution¹²³.

Sans oublier que cette connaissance peut-être présumée alors même qu'il s'agira d'un client, dès lors qu'il est particulièrement averti des procédés bancaires¹²⁴ ; la solution désormais classique, à savoir que si le client en a été informé lors de la conclusion du contrat l'usage lui sera opposable ; dans le cas contraire, il lui sera inopposable, vient d'être précisée, récemment dans un arrêt très remarqué¹²⁵ de la chambre commerciale du 4 mai 1999.

Les faits de l'espèce peuvent se résumer de la manière suivante :

Il s'agissait d'un compte joint entre deux époux, qui, visiblement ne s'entendaient plus. Le mari à l'insu de sa femme, s'était désolidarisé du fonctionnement du compte, mais avait continué à l'utiliser de telle sorte que le débit s'était aggravé. Après avoir certainement procédé à la clôture du compte, l'établissement de crédit, qui n'avait pas informé l'épouse de la décision du mari, lui réclame cependant le paiement du solde débiteur. Les juges du fond donnent gain de cause au banquier, auquel l'épouse reprochait un défaut d'information, parce que « les règlements en vigueur dans le milieu bancaire » ne mettent pas à la charge du banquier, en de pareilles circonstances, une telle obligation d'information. « La cassation est motivée par l'absence d'adhésion de l'épouse à l'usage bancaire invoqué ». Ne pouvant de ce fait, s'en prévaloir, le banquier était donc tenu d'informer sa cliente de la décision du mari de dénoncer la convention de compte joint.

Cette décision nous semble quelque peu plus sévère car les termes ont changé : cette simple « connaissance » d'un usage, relatée dans les arrêts précités s'est transformée dans cette décision en une « adhésion » par le client. L'affirmation selon laquelle l'adhésion du client à l'usage signifierait tout simplement sa connaissance et que la preuve de cette dernière vaudrait adhésion n'est pas pertinente car l'exigence d'adhésion recouvre tant la connaissance que l'acceptation de l'usage.

Cette décision nous semble néanmoins parfaitement justifiée en droit, car un usage propre à une profession ne peut être opposé à une personne n'en faisant pas partie, qu'à la seule condition que cette dernière l'ait accepté. Le silence de sa part quant aux usages ne peut donc en aucun cas être interprété comme une acceptation tacite comme c'est le cas du professionnel, car il n'est pas censé connaître les usages.

La Cour rend ainsi une solution plus exigeante que celle qui prévaut en doctrine pour justifier l'autorité de cette source de droit¹²⁶, car un usage n'a pas de force obligatoire autonome, à la différence d'une coutume.

En réalité, l'exigence d'une simple connaissance peut être adoptée dans les relations d'affaires où la connaissance des usages semble valoir acquiescement¹²⁷, elle ne peut l'être pour un particulier peu rompu aux techniques ou habitudes bancaires.

¹²² CA Paris, 4/1/1934, DH, 1934, p. 105

¹²³ rappr. Lyon 25/4/1967, JCP G, 1968, II, 15324, obs. Y. Guyon ; C. Gavalda, note JCP G, 1972, II, 17040 ; Cass. Com. 6/7/1964, JCP G, 1965, II, 14024 obs. C. Gavalda ; Cass. Com. 18/1/1972, JCP G, 1972, II, 17072

¹²⁴ cf supra

¹²⁵ Cass. com. 4/5/1999, Bull; civ. IV, n° 90 p. 75 ; D. 1999, IR, p. 148; RJDA 1999, n° 822 p. 659 ; PA 17/6/1999, n°120 p.5 ; D. Aff; 1999, p. 939 obs. X.D. ; D. 2000, p.191, obs. J. Djoudi ; JCP E, 2000, p.895, obs. P. Neau-Leduc ; P. Delebecque, op. cit., p. 997

¹²⁶ M. Pédamon, op. cit, n°16

¹²⁷ cf supra

Ainsi on croit pouvoir en retenir une plus grande protection du client peu averti car l'exigence de connaissance s'est transformée en une exigence d'acceptation. Remarquons finalement que cette solution, qui ne semble d'ailleurs pas être nouvelle¹²⁸, nous semble être bien plus proche du droit en raison du fondement conventionnel de l'usage et on ne peut donc qu'approuver la Cour de l'avoir consacrée.

Afin que l'usage bancaire soit finalement déclaré opposable au client, il faudra, après la preuve du contenu, aussi constater son adhésion, qui pourra selon les cas s'avérer problématique.

Une désolidarisation d'un compte joint participe de l'existence même du compte et devrait à ce titre faire l'objet d'une clause contractuelle. Si cet usage est consacré par une clause expresse, la conclusion de la convention vaut évidemment acceptation et l'usage sera opposable au client. A défaut d'une telle clause, il faudra constater une adhésion implicite à l'usage. A ce titre il est possible pour le banquier de préciser que les co-titulaires du compte feront leur affaire de cette information. Dans ce cas, l'acceptation des parties d'assumer cette information vaut alors adhésion implicite à l'usage.

Un autre exemple serait le cas d'un co-titulaire acceptant sans contestation de régler le solde débiteur. Un tel paiement vaut adhésion implicite à l'usage mais à condition qu'il ait été informé de cette dénonciation, à défaut il sera difficile de constater une adhésion implicite puisqu'il est, en tant que débiteur solidaire, tenu de le rembourser.

Les exigences de la jurisprudence sont à interpréter sans doute dans une logique de protection d'un consommateur profane du service bancaire. Alors que les solutions affirment de plus en plus cette exigence (au début on parlait simplement d'une connaissance de l'usage lors de la conclusion du contrat), la situation de la banque est devenue parfois un peu *fragile*, et ce mouvement doit être replacé dans un contexte de renforcement des obligations d'information du banquier. Il conviendra donc d'approfondir par la suite les moyens dont dispose l'établissement de crédit afin d'assurer une meilleure information de sa clientèle.

B. Les remèdes assurant une meilleure information du client

Les moyens quels qu'ils soient passent tous par une meilleure information du client.

Un premier moyen offert à l'établissement de crédit est constitué par l'article 7 du décret du 24 juillet 1984¹²⁹ qui impose désormais aux banques de porter à la connaissance de leur clientèle et du public les conditions générales qu'ils pratiquent pour les opérations qu'ils effectuent. Le rôle prépondérant joué en Allemagne par les « *Allgemeine Lehren* » a sans doute inspiré le législateur français.

Ces conditions générales, destinées aux clients mais aussi au public, ont un objectif plus ambitieux que les anciennes « *conditions de banque* »¹³⁰ et concernent les opérations les plus usuelles. Elles doivent définir les règles du jeu. Ainsi en précisant bien les usages de la

¹²⁸ M. Pédamon l'avait déjà préconisée en 1994 cf M. Pédamon, op. cit., n° 16

¹²⁹ Article 7 du décret 24/7/1984: -Les établissements de crédit sont tenus de porter à la connaissance de leur clientèle et du public les conditions générales de banque qu'ils pratiquent pour les opérations qu'ils effectuent. Lorsqu'ils ouvrent un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels ils donnent accès et les engagements réciproques de l'établissement et du client.

¹³⁰ Elles étaient en gros des « tarifs » des opérations de banque cf X.-C. Nguyen, « *Le silence des parties et les conditions de banque dans l'état du droit antérieur à la loi de 1984* », Rev. jurispr. Com. 1985, p. 166

branche dans ces conditions et en organisant dans la convention de compte un renvoi spécifique à ces usages, l'établissement de crédit se mettra à l'abri de contestations en justice traitant de l'opposabilité des usages. La plupart des établissements de crédit le font actuellement pour ce qui est des dates de valeur. En précisant dans ses conditions générales tous les usages applicables, le banquier pourra se mettre en conformité avec les exigences de la jurisprudence actuelle.

Un autre moyen serait de procéder à une codification des usages car la rédaction écrite des usages ou l'élaboration d'un contrat type facilite la diffusion de ces « *pratiques* » et en élargit l'autorité dès lors que le document est publié. Or les seuls exemples de codification des usages et pratiques que l'on puisse citer en matière bancaire sont d'ordre international et sont l'œuvre de la Chambre de commerce international ou bien les règlements des chambres de compensation. Remarquons à ce titre que la jurisprudence est nuancée sur leur opposabilité aux clients des banques¹³¹. Une telle codification pourrait peut-être être entreprise par l'AFB, étant donné que le projet de « *maison commune* »¹³² permettra de rassembler les banques mutualistes ainsi que les caisses d'épargne, et à condition bien sûr que les conditions de publication soient telles que l'opposabilité puisse avoir lieu ; car après tout, comme l'ont relevé C. Gavalda et J. Stoufflet¹³³, l'opposabilité au client d'un usage est douteuse à moins que sa notoriété soit telle que le non professionnel ne puisse l'ignorer.

Après s'être intéressé dans ce premier titre aux conditions de la reconnaissance d'un usage bancaire, il conviendra d'analyser dans un deuxième titre les problèmes liés à la remise en cause d'un usage.

¹³¹ Cf deux arrêts en sens contraire : Cass. com. 16/5/1984, Bull. civ. 1984, IV, n°165 La Cour avait précisé que : « *le règlement de la Chambre de compensation n'a de valeur contractuelle qu'entre les banques qui y adhèrent et ne saurait s'imposer à leurs clients, ni être invoqué par eux à leur profit* » ; dans un autre arrêt, la Cour avait précisé par contre qu'en l'absence de convention contraire, le tireur d'une lettre de change-relevé est censé avoir adhéré au règlement de la Chambre en émettant la lettre. Cf Cass. com. 28/11/1995, Bull. civ. 1995, IV, n°271

¹³² Ce projet compte regrouper en plus des banques adhérentes de l'AFB, également le Crédit Agricole, les Banques Populaires, le Crédit Mutuel-CIC ainsi que les caisses d'épargne sous une maison commune.

¹³³ C. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit. Droit bancaire, Litec, 1999, p. 8

Titre II La remise en cause de l'usage bancaire

Si dans une première partie, nous proposons d'analyser tout ce qui a trait à la reconnaissance de l'usage, qui elle va évidemment de paire avec son efficacité et donc son opposabilité, il faut dès à présent relever que le monde bancaire est en constante évolution tant en ce qui concerne la technique bancaire que la technique juridique et une étude complète du sujet impose d'analyser le cas d'une remise en cause d'un usage reconnu.

Un usage perçu comme *multiséculaire* et censé avoir satisfait aux exigences dégagées dans notre premier titre, reconnu comme un usage dans la profession, n'est désormais plus à l'abri de la critique. L'impératif de la protection du *faible* contre le *fort*, un peu à l'image du droit de la consommation, se fait de plus en plus ressentir dans le droit bancaire actuel. On en veut pour preuve deux récents arrêts de la Cour de cassation française.

Si dans un premier temps, tous nos développements étaient essentiellement tournés vers les conditions d'existence et d'opposabilité d'un usage, il y a lieu de relever que notre étude ne saurait passer sous silence deux décisions de la haute juridiction, pouvant selon nous, être qualifiées de « *bouleversements jurisprudentiels* ».

Il y a lieu de préciser que la matière bancaire connaît des usages qui, bien que reconnus depuis des décennies, régissant à ce titre les relations bancaires et qui semblaient donc licites au regard des conditions dégagées ci-dessus, semblent avoir été récemment remis en cause par la Cour de Cassation.

L'éventail de moyens dont disposait la Cour pour refuser de reconnaître à un usage son autorité de source de droit était inopérant. En effet, ces usages avaient été consacrés depuis fort longtemps par plusieurs décisions de jurisprudence et leurs conditions d'opposabilité avaient été également respectées en ce qu'ils figuraient la plupart du temps dans les conditions générales des banques.

Le débat s'est alors déplacé sur d'autres terrains : la jurisprudence s'est fait sienne la mission d'analyser cette source de droit conventionnelle au regard des principes les plus classiques du droit des obligations. Non moins digne d'attention est le fait que ce ne soit pas la première fois que la Cour de cassation ait pu imposer aux banques une modification de pratiques contestables, en utilisant comme seule « *arme* » de tels principes¹³⁴.

Cette dernière affirmation mérite d'être nuancée car s'il est vrai que l'usage des dates de valeur a été partiellement battu en brèche au moyen de la théorie de la cause, tel n'a pas été le cas de l'usage du « *diviseur 360* ». La cour de cassation a par un arrêt du 6 avril 1993 déclaré que la perception d'intérêts par le jeu des dates de valeur à l'occasion de remises de fonds ou de retraits était dénuée de cause. Pour ce qui est du diviseur 360, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 janvier 1995, s'est cette fois-ci basée sur un décret du 4 septembre 1985, ce qui a entretenu la confusion sur sa remise en cause en tant qu'usage. Cette décision fut pressentie comme ayant à son tour remis en cause l'usage bancaire à 360 jours. La cour a donc par ces décisions reconsidéré des usages séculaires de la profession.

De telles décisions ne pouvaient pas passer inaperçues, dès lors qu'elles apparaissaient comme un « *bouleversement* » dans la profession. Aussi conviendra-t-il de s'intéresser

¹³⁴ L'article 1129 du code civil sur la détermination nécessaire de l'objet a été utilisé en ce qui concerne la révision des taux voir Cass. civ. 1^{ère}, 2/5/1990, JCP G, 1991, II, 21655, obs. J. Stoufflet

également à tous les enseignements que l'on pouvait en tirer. Ainsi il apparaîtra que la doctrine a vivement critiqué le fondement de l'absence de cause pour déclarer illicite les dates de valeur, car il lui paraissait inexact et excessif. Il y a lieu de constater que le droit bancaire va aussi « *s'europaniser* » de plus en plus sous l'influence de normes et de décisions communautaires. Dans cet état d'esprit, il conviendra aussi, dans la mesure du possible, de s'intéresser de plus près à la position de nos voisins européens à l'égard de ces usages.

Il ne faudra pas oublier de préciser que l'arrêt du 10 janvier 1995, parce qu'il fut rendu sous visa du décret du 4 septembre 1985 et en raison de son attendu peu explicite, a entraîné la doctrine dans la confusion. Il semblait, pour certains auteurs¹³⁵, avoir remis en cause l'usage du diviseur 360 mais cette interprétation, que l'on pourrait qualifier de superficielle, ne résiste selon nous pas à la critique.

C'est ainsi qu'il conviendra d'analyser successivement les différents usages qui ont été reconsidérés par la Cour de cassation afin de préciser la portée de ces décisions, voir les enseignements que l'on pourra en tirer.

Chapitre I Les usages bancaires reconsidérés par la jurisprudence

Les dates de valeurs ont de tout temps été critiqué par la clientèle des banques. A l'heure où la banque déploie son volet social avec la consécration de la charte des services bancaires de base, assurant ainsi un service de première nécessité aux usagers, et bien après avoir ouvert sa fonction d'investissement, tout le monde s'interroge de plus en plus sur cette pratique¹³⁶ souvent incomprise quant à sa véritable portée.

La haute juridiction a par un arrêt de principe très remarqué affirmé en 1993 l'illicéité de cet usage pratiqué de tout temps par les banques françaises. L'arrêt de la chambre commerciale du 6 avril 1993 rompt ainsi avec la position traditionnelle de la jurisprudence qui avait toujours validé cet usage bancaire. On s'aperçoit tout de même qu'il ne s'agit que d'une remise en cause partielle, étant donné que la Cour a précisé que les dates de valeur appliquées aux chèques et effets remis à l'encaissement ne seraient pas dénuées de cause.

La haute juridiction a également deux ans plus tard, pris une nouvelle position drastique à propos d'un autre usage séculaire qu'est le diviseur 360. L'année civile par opposition à l'année bancaire connaît selon qu'il s'agira d'une année bissextile ou non 365 voir 366 jours. La pratique bancaire par contre, rejette le calendrier grégorien et consacre une année de 360 jours ce qui contrairement aux apparences lui fera gagner un intérêt plus élevé.

Ici aussi la Cour de cassation a constaté que ce diviseur bien que trouvant sa source dans un texte ne pouvait cependant s'accorder avec un décret bien plus récent relatif au taux effectif global. Cet arrêt semble donc également avoir remis en cause un autre usage bancaire, à savoir l'année bancaire à 360 jours en le déclarant contraire au décret du 4 septembre 1985. La Cour de cassation a ainsi sanctionné l'année bancaire sur un fondement cette fois ci différent de celui de l'objet ou de la cause.

¹³⁵ voir ci-après C. Gavalda et J-P. D.

¹³⁶ On en veut pour exemple les associations de consommateurs qui protestent vivement depuis des années contre ces dates de valeurs cf déjà ancien sur ce point le journal « *50 millions de consommateurs, Bien dresser sa banque ?* », n° février 1987, p.32 s.

Ces arrêts rendus par la haute Cour sont une illustration nouvelle de l'effort de clarification des relations banque-client, qu'a entrepris la Cour de cassation, dans le sens voulu par les auteurs de la loi bancaire du 24 janvier 1984 et du décret d'application du 24 juillet 1984¹³⁷.

Ainsi, il conviendra d'analyser successivement ces deux décisions présentées comme des innovations en droit bancaire français.

Section I Les jours de valeurs sanctionnés par la jurisprudence

Une étude complète de la question appelle tout d'abord, des développements supplémentaires sur le principe même des jours de valeurs. En quoi consistent-ils, quel est leur régime, quels sont les enjeux économiques actuels d'un tel usage pour une banque ?

Avant de porter notre attention sur cette décision très commentée, il ne faudra pas perdre de vue qu'il s'agit en l'occurrence d'un véritable usage bancaire et au sujet duquel la jurisprudence avait encore quelque temps avant sa remise en cause déclaré qu'il était tout à fait licite. La jurisprudence¹³⁸ avait en effet à plusieurs reprises confirmé sa valeur d'usage bancaire en précisant que la pratique des jours de valeurs n'était prohibée par aucune disposition légale ou réglementaire.

La Cour de cassation a littéralement bouleversé la profession en déclarant le 6 avril 1993 que les dates de valeur étaient désormais dénuées de cause pour les seules remises de fonds et retraits. En analysant l'attendu rendu par la Cour, on se rend compte que ces dates de valeurs n'ont été que partiellement remises en cause sur le fondement de l'article 1131 du Code civil français. Il est dès lors logique de retrouver leur autorité pour certains aspects de la relation banque-client.

Nous nous intéresserons d'abord à sa valeur d'usage avant de porter notre attention à sa remise en cause.

Paragraphe I Un usage bancaire affirmé

Les dates de valeurs se pratiquent de tout temps dans les établissements de crédit français. Elles font en sorte que par exemple les remises de fonds ne soient prises en compte pour le calcul des intérêts que plusieurs jours après l'opération. L'établissement va ainsi éviter de payer des intérêts sur durant cette période ce qui se traduit par un manque à gagner pour le client et un surplus pour la banque. Il conviendra d'en donner quelques illustrations ce qui nous permettra de mieux les distinguer par rapport aux autres dates marquant l'affectation d'une créance au compte.

Ce constat n'a pas empêché la jurisprudence de valider à plusieurs reprises cet usage bancaire que l'on qualifiait même de « *séculaire* ». C'est ainsi que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence

¹³⁷ voir article 60 de la loi sur la dénonciation des crédits aux entreprises, JCP G, 1984, III 55250 et 55990 sur la publicité des conditions générales de banque ; voir aussi les arrêts sur la fixation des taux d'intérêts débiteurs, Cass. civ. 1^{ère} 9/2/1988, JCP G, 1988, II, 21026 obs. C. Gavaldà et J. Stoufflet ; Banque 1988, p. 590 obs. J-L. Rives-Lange – Cass. com. 12/4/1988, D. 1988, p. 309 obs. Jéol et les modalités contractuelles de leur révision Cass. civ. 1^{ère} 2/5/1990, op. cit.

¹³⁸ Voir les arrêts de la CA Aix-en-Provence du 25/9/1990 et du 12/10/1990 exposées plus tard.

avait encore confirmé cette position traditionnelle par deux arrêts datant respectivement du 29 septembre et du 12 octobre 1990 dont il conviendra de rappeler brièvement les attendus.

Ainsi convient-il tout d'abord dans un effort de pragmatisme de définir et d'expliquer le mécanisme avant de s'intéresser aux dernières décisions ayant validé cet usage.

A. Le mécanisme des dates de valeurs

Cette curieuse pratique appelle tout d'abord une définition. Comme l'a rappelé C. Mouly dans son étude des dates de valeurs¹³⁹, la définition a pâti de l'absence d'étude de fond : Est une date de valeur ou jour de valeur «*la date à partir de laquelle une opération enregistrée dans un compte est prise en considération pour le calcul des intérêts éventuels*¹⁴⁰».

Il ne semble donc pas aller de soi qu'une créance est prise en considération pour le calcul des intérêts dès le jour de son entrée en compte. En pratique les banques retiennent souvent une date différente dite date de valeur qui est antérieure à celle de la remise pour les débits et postérieure pour les crédits. Chacun retire de la lecture des relevés de compte en banque une perception intuitive des dates de valeur. Chaque opération y est assortie de deux dates :

La date à laquelle l'opération a été portée en compte.

La date à laquelle elle est décomptée pour le calcul des intérêts.

C'est cette seconde date, dite «*de valeur*», qui fait courir les intérêts débiteurs. Ce peut être plusieurs jours après l'entrée en compte des versements, dépôts d'espèces, virements créditeurs ou chèques ou plusieurs jours avant l'entrée en compte des retraits ou débits.

Si le solde est débiteur, la durée de perception des intérêts est allongée. Si le solde est créditeur, la date de valeur n'a d'influence que si le compte est rémunéré : elle diminue alors les intérêts perçus par le client.

Afin de mieux définir cette date de valeur il faut en réalité la comparer aux autres dates qui marquent l'affectation d'une créance au compte :

-la date d'entrée en compte : C'est la date à laquelle une créance subit l'attraction du compte. Cette date n'est pas mentionnée sur les relevés, elle est purement juridique et ne sera recherchée que lors d'une liquidation du solde provisoire ou définitif.

-la date d'inscription en compte : C'est la date purement *administrative* à laquelle les services internes de la banque procèdent aux inscriptions matérielles. Cette date est mentionnée sur le relevé.

-la date de valeur : C'est la date à partir de laquelle les intérêts débiteurs sont calculés, elle est donc purement comptable.

-la date de disponibilité des fonds : lorsque le banquier reçoit un dépôt de fonds, un virement créditeur pour son client ou bien encaisse un chèque pour lui, il convient

¹³⁹ C. Mouly, «*Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur*», RJDA 1993, p.503-513

¹⁴⁰ Rappr. J-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, 1995, n°194

d'une date à laquelle le client disposera des fonds. Cette date est en France différente de la date de valeur¹⁴¹.

Il est intéressant de relever que dans la pratique américaine, la date de valeur fixe la disponibilité des fonds¹⁴², ce qui nous semble encore plus contestable au plan juridique.

Il convient par la suite d'en donner quelques exemples chiffrés :

*] Le coût d'un jour de valeur dépend naturellement du taux d'intérêt du découvert pratiqué et du montant auquel il s'applique. Pour un montant de 500 000 F, au taux de 15 %, le coût d'un jour de valeur est le suivant :

$$\frac{1}{365} \times \frac{15}{100} \times 500\,000 = 205 \text{ F (arrondi)}$$

*] Une entreprise a remis à sa banque un chèque sur place de 650 000 F le jeudi à 17 heures (ce chèque avait été reçu la veille au matin). Sachant que l'heure de caisse¹⁴³ est fixée à 16 heures et que le taux de découvert moyen de l'entreprise est de 16 %, le coût de l'application des jours de valeurs se chiffre de la manière suivante :

La valeur appliquée au chèque sur place est de : date de l'opération + 2 jours ouvrables. Le guichet est fermé le samedi. Le chèque étant remis le jeudi après l'heure de caisse, la date d'enregistrement sera le lendemain, soit le vendredi. Le chèque sera pris en compte en valeur le mercredi de la semaine suivante.

- Date de réception : mercredi (1 jour)
- Date de remise : jeudi (1 jour)
- Date d'opération : vendredi (1 jour)
- Jours morts : samedi et dimanche (2 jours)
- Jours de valeurs : mardi et mercredi (2 jours)

$$\text{Coût pour l'entreprise : } \frac{650\,000 \times 7 \times 16}{365 \times 100} = 1994,52 \text{ F}$$

A l'image de ces exemples, on se rend compte que ces dates sont lourdes de conséquences au niveau financier¹⁴⁴, elles augmentent le découvert, qui sert d'assiette aux intérêts débiteurs ainsi qu'aux commissions de mouvement et de découvert. Elles diminuent les intérêts créditeurs qui sont versés sur les comptes rémunérés. En résumé, pour reprendre l'expression non moins connue de M. D. Martin, il s'agit « *d'une étourdissante alchimie du temps où le présent se convertit en passé et futur*¹⁴⁵ ».

¹⁴¹ C'est aujourd'hui une solution acquise bien qu'elle le fut qu'avec réticence de l'AFB ; elle a été confirmée par l'arrêt de la chambre commerciale du 6/4/1993, D. 1993, p.310 obs. C. Gavalda

¹⁴² C. Mouly, op. cit., p.504

¹⁴³ L'heure de caisse est l'heure à partir de laquelle la journée bancaire est terminée, à ne pas confondre avec l'heure d'ouverture des guichets. Un ordre donné après l'heure d'encaissement sera enregistré le lendemain alors même que les guichets sont encore ouverts.

¹⁴⁴ Voir la démonstration très convaincante de M. Di Martino, « *Les jours de valeur* », Banque 1982, p.611-616

¹⁴⁵ D. Martin, note sous CA Versailles, 17/1/1992, D. 1992, p. 352

Les enjeux économiques de telles dates de valeurs sont ainsi au plan macro-économique d'une importance capitale pour la branche bancaire¹⁴⁶ et l'on comprend sans nul doute l'engagement des clients dans un tel mouvement de contestation d'un usage bancaire finalement fort rentable aux yeux de la banque.

Les dates de valeurs furent la plus part du temps fixées forfaitairement. Bien que la doctrine affirme que les critiques à l'égard des dates de valeur étaient nombreuses, elles n'en étaient pas moins nuancées. La première autorité de tutelle à les réglementer fut le Comité permanent des banques en 1943 et qui a passé la main au Conseil national du crédit à partir de 1951 et cela jusqu'à 1966¹⁴⁷.

A la fin de la première période du Marché commun, dans le cadre général d'une déréglementation, le Conseil national du crédit avait admis à compter du 1^{er} avril 1966 la liberté pour les banques dans la fixation des taux d'intérêts et des dates de valeur.

Cette liberté n'a depuis lors plus été remise en cause sur le plan réglementaire.

De surcroît, il convient de relever que plusieurs réponses ministérielles avaient confirmé la validité de cet usage des dates de valeur en droit bancaire¹⁴⁸.

Si dans un premier temps nous avons essayé de faire le point sur le régime, il convient par la suite de s'intéresser à sa valeur au regard de la jurisprudence antérieure à celle du 6 avril 1993.

B. Les solutions jurisprudentielles antérieures à 1993

Il ne faut pas oublier qu'il s'agit en l'occurrence d'un usage fort ancien¹⁴⁹ et l'on ne peut s'y tromper, il s'agit d'un usage fortement ancré dans la pratique bancaire française ainsi qu'en témoignent encore trois arrêts relativement récents rendus peu avant l'arrêt de revirement rendu en 1993.

En 1990, c'est essentiellement la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui a eu l'opportunité de se prononcer sur la validité des dates de valeur¹⁵⁰. La similitude des solutions dégagées, milite pour que l'on les présente collectivement.

Comme l'a très justement remarqué M. J-L. Rives-Lange dans sa note, la Cour explique ici successivement le fondement économique de la pratique et surtout reconnaît sa légitimité juridique mais en lui assignant cependant une triple limite¹⁵¹ :

¹⁴⁶ Selon le Conseil économique et social, citant des estimations du Conseil national du crédit, le seul jeu des dates de valeur représenterait 10 milliards de francs voir rapport sur la modernisation des moyens de paiement, d'octobre 1992, JO des avis et rapports du C.E.S., p. 46

¹⁴⁷ M. Vasseur et X. Marin, Les comptes en banque, Sirey, 1966, n° 126 ; La Banque de France estime que l'article 33-4 de la loi bancaire donne aujourd'hui compétence au Comité de réglementation bancaire pour intervenir éventuellement. Le texte est si large que seul l'esprit de la déréglementation bancaire, induite notamment par le marché unique, peut écarter cette intervention.

¹⁴⁸ Rép. Mesmin, JOAN 8/5/1989, p. 2139 ; Rép. Malandain, sur question relative au chèque, 1990.

¹⁴⁹ cf Rapport du Conseil national du crédit, 1985-1986, p.47

¹⁵⁰ CA Aix-en-Provence, 25/9/1990 et 12/10/1990, Revue de droit bancaire, 1991, p. 197, obs. F. Crédot et Y. Gérard ainsi que dans un arrêt du 29/9/1990, Banque 1991, p. 96, obs. J-L. Rives-Lange.

¹⁵¹ Cette dernière peut se résumer ainsi :

- Les dates de valeur doivent avoir été acceptées par les parties soit de manière expresse soit de manière tacite.
- Elles ne doivent pas être abusives par rapport à celles des autres établissements.
- Elles ne doivent pas contribuer à rendre le taux d'intérêt usuraire. Voir J-L. Rives-Lange, op. cit., p.96 s.

Le fondement économique est expliqué selon la Cour de la manière suivante :

« ... la pratique dite des jours de valeur ou jours de banque se fonde sur le fait qu'une remise au crédit du compte, comme un retrait porté à son débit exige un certain délai pour son encaissement ou le décaissement ;

*Attendu en effet, que la valeur d'un chèque ne peut être portée au crédit du compte qu'après encaissement lequel ne peut être instantané, un certain décalage existant entre la remise et son encaissement ; que, malgré l'informatisation des réseaux bancaires et l'amélioration des systèmes de compensation, il existera toujours un délai entre une opération de crédit et son inscription au compte bénéficiaire et **il serait inéquitable** que le banquier en supportât le prix... ».*

L'attendu de l'arrêt soulignait donc déjà son attachement à la justification proposée par les banques et c'est dans le même état d'esprit que la Cour en vint au problème de la régularité juridique de l'usage, qui y fut ensuite soulignée avec vigueur :

*«... attendu que la pratique des jours de valeurs, justifiées pour les raisons qui viennent d'être énoncées, **n'est prohibée par aucune disposition** légale ou réglementaire, le décret du 4 septembre 1985 n'ayant pas notamment intégré la date de valeur dans le calcul du taux effectif global ».*

S'il est vrai que ces arrêts assignaient déjà des limites aux jours de valeurs, ils n'en affirmaient pas moins leur licéité de principe. Un arrêt rendu un an plus tard par la Cour d'appel de Paris¹⁵² confirma à nouveau le principe.

En 1992, le ton de la jurisprudence devint, à notre avis, déjà plus sévère. Alors même que la Cour d'appel de Versailles reprenait en substance la validité de principe de cet usage¹⁵³, à condition de respecter bien évidemment certaines conditions désormais classiques, elle n'avait pas moins « *l'allure d'une déclaration de guerre à l'égard des dates de valeur* » ainsi que l'ont très justement rappelé les MM. M. Cabrillac et B. Teyssié dans leur note¹⁵⁴.

Si l'arrêt rappelle dans les grandes lignes les arrêts précités¹⁵⁵, il ajoute cette fois que ces dates ne seraient justifiées que dans la mesure où le banquier ne dépasse pas de légères différences de dates.

La sévérité de la Cour se mesure à travers les termes choisis, comme en témoigne le passage d'« *un délai* » à « *une légère différence de date* ».

Ainsi aussi, la Cour d'appel de Versailles a jugé qu'un écart supérieur à deux jours ouvrables n'était pas justifié pour des opérations entre banques situées dans des villes différentes et elle est même allée jusqu'à affirmer qu'aucune date de valeur ne saurait être admise en cas de virement au sein d'un même établissement.

Le renforcement par la jurisprudence des exigences de mise en œuvre de l'usage, pouvait dès lors être interprété selon nous, comme un signe révélateur d'un accroissement de la méfiance du juge à l'égard d'une pratique dont l'impact est rarement perçu par les usagers et qui

¹⁵² CA Paris 20/9/1991, Revue de droit bancaire 1992, p. 29-31, obs. Crédot et Gérard

¹⁵³ D. Martin, op. cit., p. 352

¹⁵⁴ M. Cabrillac et B. Teyssié, note sous CA Versailles, 17/1/1992, RTD com. 1992, p. 839

¹⁵⁵ ibidem : « Le principe abstrait des dates de valeur est incontestablement un usage qui est suivi peu ou prou par l'ensemble du secteur bancaire. La durée de la date de valeur d'une opération déterminée varie sensiblement d'un établissement à un autre et ne peut pas de ce fait être incluse dans l'usage ».

accueillent mal la surprise d'agios perçus sur un compte qu'ils ont cru constamment créditeur pendant la période considérée.

Mais à ce stade, rien ne permettait de prédire ce qui allait suivre.

Paragraphe II Un usage déclaré illicite pour absence de cause

A peine un an plus tard, appelée à se prononcer pour la première fois sur la licéité de cet usage des dates de valeur, et qui depuis 1966 relève, comme les autres conditions de banque, de la liberté contractuelle ; la chambre commerciale a par un arrêt datant du 6 avril 1993 et présenté comme une décision de principe, reconnu cette pratique dénuée de cause, même pour le calcul des intérêts, lorsqu'elle est appliquée aux remises d'espèces et aux opérations de retrait.

Les faits de l'espèce peuvent se résumer comme suit :

Un groupe de quatre sociétés a ouvert au nom de chacune d'entre elles un compte à la banque Banco Exterior France. Ces comptes ont dès leur origine fait l'objet d'autorisation de découverts sans toutefois qu'aucune d'entre elles n'indique de façon précise le taux de l'intérêt conventionnel applicable aux soldes débiteurs successifs des comptes pendant la durée de leur fonctionnement. En 1998 les relations se détériorent entre le groupe et la banque et c'est ainsi que cette dernière notifie un préavis de deux mois en vue de la clôture des comptes courants en rappelant le solde débiteur de chacune des sociétés.

N'étant pas d'accord avec les agios capitalisés dans les chiffres retenus par la banque, les sociétés l'ont assigné devant le tribunal de commerce de Marseille, afin d'obtenir, notamment la restitution des agios calculés au-delà du taux légal.

Déboutés, elles ont relevé appel du jugement rendu le 7 mars 1990, devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Si la Cour d'appel dans un arrêt du 3 octobre 1990 a réformé le jugement du tribunal de commerce sur certains points, tel ne fut pas le cas pour les deux prétentions principales : reconstituer les décomptes en faisant abstraction des agios réclamés (y compris les écarts en valeur) et d'appliquer à ces nouveaux décomptes l'intérêt au taux légal avec anatocisme annuel, prétentions à propos desquelles les sociétés furent déboutées et pour lesquelles elles se sont pourvues en cassation. Le premier moyen du pourvoi faisait donc grief à l'arrêt infirmatif de la Cour d'Aix-en-Provence du 3 octobre 1990 d'avoir décidé que la Banco Exterior France n'avait pas commis de faute en appliquant la pratique des jours de valeur aux opérations de remises de chèques ou d'espèces sur les comptes courants qu'elle avait ouverts aux sociétés clientes.

La Cour d'appel n'avait ici que confirmé sa position antérieure¹⁵⁶.

Cette décision très remarquée¹⁵⁷ de la Cour suprême s'annonçait comme une « *grande nouveauté* » et était déjà pressentie comme historique¹⁵⁸ et cela en dépit des affirmations de l'AFB selon lesquelles elle aurait été rendue dans une espèce très particulière et ne saurait être généralisée et encore moins être considérée comme un arrêt de principe.

¹⁵⁶ cf supra

¹⁵⁷ Cass. com. 6/4/1993 Bull. Civ. IV, n° 138 ; D. 1993, p. 310 obs. C. Gavalda ; JCP G, 1993, II, 22062 obs. J. Stoufflet ; PA 5/7/1993, n°80, p. 17, obs. T. Samin ; PA 14/4/1993, n° 45, p. 12 obs. J-P. D.

¹⁵⁸ J-L. Courtier, note sous Cass. com. 6/4/1993, PA 21/7/93, p.14

Il n'en demeure pas moins qu'à nos yeux cette décision allait bouleverser la place des jours de valeur en droit bancaire.

Comme l'a très justement relevé M. T. Samin¹⁵⁹ dans sa note, seule la cassation prononcée sur le premier moyen du pourvoi retiendra ici notre attention. En effet, la réponse faite au second moyen sur la (prétendue) capitalisation des intérêts en compte courant n'est que la confirmation d'une position aujourd'hui bien affirmée¹⁶⁰, ainsi que nous l'avons exposée dans notre premier titre.

La chambre commerciale visant l'article 1131 du Code civil, qui dispose que *« l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet »*, condamne, dans un attendu qui mérite d'être reproduit, l'usage des dates de valeur pour les opérations querellées autres que les remises de chèques à l'encaissement :

« ... que les opérations litigieuses autres que les remises de chèques en vue de leur encaissement n'impliquaient pas que, même pour le calcul des intérêts, les dates de crédit ou de débit soient différées ou avancées... ».

La grande presse a fait état de l'arrêt commenté dès son prononcé. Il intéresse hautement la clientèle des banques dans la mesure où il va obliger celles d'entre elles qui ne l'avaient pas encore fait à modifier une pratique séculaire en matière de comptabilisation des remises, celle dite des jours de valeur, ce qui aura une incidence sur le montant des intérêts perçus.

Il nous semble intéressant de noter que la Cour a pris l'initiative d'étendre la portée de son arrêt à la pratique des jours de valeur sur les opérations débitrices –qu'elle a qualifiées de *« retraits »*– alors que cette pratique ne lui était pas soumise et n'était donc pas au nombre des *« opérations litigieuses »*.

L'attendu est riche d'enseignements dans la mesure où il distingue selon qu'il s'agira de remises liquides et de retraits ou de chèques et titres remis à l'encaissement. D'après la décision, seule la perception d'intérêts par le jeu des dates de valeurs à l'occasion de remises liquides ou de retraits serait dénuée de cause, les remises de chèques et de titres à l'encaissement devraient donc continuer à subir l'application des dates de valeurs.

Il s'ensuit que l'affirmation selon laquelle la perception d'intérêts par le jeu des jours de valeur serait désormais dénuée de cause est à nuancer.

Il conviendra donc de préciser les solutions dégagées par la Cour en distinguant clairement les remises liquides ou retraits et les chèques ou titres remis à l'encaissement.

A. Dates de valeur sur remises liquides et retraits

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait conclu que les jours de valeurs avaient pu être appliqués aux remises d'espèces ainsi qu'aux retraits car une telle remise au crédit du compte comme un retrait au porté à son débit exige un certain délai pour l'encaissement ou le décaissement.

La chambre commerciale a donc cassé cet arrêt pour violation de l'article 1131 du Code civil.

¹⁵⁹ T. Samin, PA 5/7/1993, n° 80, p. 17-21

¹⁶⁰ V. Cass. com. 22/5/1991, Bull. civ. IV, n° 168

Il en résulte que les dates de valeur, ou plus précisément, la convention d'intérêt expresse ou implicite qui les autorise, est donc nulle pour défaut de cause.

C. Gavalda¹⁶¹ y voit une utilisation très habile du concept de cause pour assurer la justice contractuelle, bien qu'il ne fasse pas l'unanimité¹⁶².

On admettra aisément que l'emprunteur qui a promis des intérêts sans recevoir aucun prêt ou avance, s'est obligé sans cause, donc n'a pas contracté un engagement valable. Or à notre avis, tel est bien la conséquence des dates de valeur appliquées à des remises ou à des retraits. Ainsi quand un client fait un retrait le 1^{er} février et rend son compte débiteur, c'est bien le 1^{er} février et non le 30 janvier (date de valeur) qu'il bénéficie d'un crédit. La perception d'intérêts du 30 au 1^{er} est sans cause.

La Cour n'a donc pas tenu compte de la justification traditionnelle selon laquelle un banquier récepteur de dépôts ne peut placer les sommes reçues instantanément (valeur positive), ainsi que pour faire face aux demandes de retrait de fonds à vue, il lui incombe de conserver des liquidités en caisse donc improductives (valeur négative). Le réalisme de la Cour doit être approuvé car dans les conditions actuelles de la gestion financière, l'unité de temps est la minute voire la seconde et non plus la journée voilà pourquoi cette explication nous semble tout à fait obsolète.

On peut ainsi tirer un parallèle entre la solution retenue et celle qu'avait déjà consacrée la Cour de cassation par un arrêt du 19 décembre 1990¹⁶³ en matière d'assurances. La Cour s'était ici fondée sur la théorie de l'absence de cause pour déclarer illicite une clause, selon laquelle le dommage est garanti seulement si la réclamation de la victime a été formulée pendant la période de validité du contrat. Le versement des primes pendant la période de validité du contrat apparaissait comme dépourvu de cause dès lors que le sinistre, intervenu pendant cette période, n'était plus couvert à partir du moment où la réclamation était intervenue postérieurement à la validité du contrat.

B. Dates de valeur sur les remises de chèques ou d'effets

Dépourvues dorénavant de cause lorsqu'elles s'appliquent à des remises liquides ou à des retraits, les stipulations de dates de valeur ne semblent pas appeler de critiques quand il s'agit de remises à l'encaissement de chèques, d'effets de commerce ou autres titres de créance.

Il est notable que seules les opérations autres que les encaissements de chèques tombent sous le grief de l'absence de cause.

Dans la pratique bancaire actuelle, lorsqu'un tel chèque est remis à l'encaissement, il y a inscription immédiate au crédit du compte (sauf bonne fin) avec une date de valeur correspondant à la date d'encaissement et les conditions de la comptabilisation correspondent également à la réalité de l'opération.

Ainsi si le client est autorisé à utiliser la somme avant la date de l'encaissement, et si son compte se trouve, de ce fait, débiteur en valeur, il doit des intérêts au taux conventionnel si ce

¹⁶¹ C. Gavalda, op. cit., p. 214

¹⁶² En effet bon nombre d'auteurs ont critiqué ce fondement cf C. Mouly, « *Dates de valeur : Blocage actuel et possibilités de déblocage* », Revue de droit bancaire 1994, p.227-231

¹⁶³ Cass. civ. 1^{ère} 19/12/1990, Bull. civ., 1990, I, n° 303

taux a été fixé par écrit¹⁶⁴ ou à défaut, au taux légal. La disposition anticipée du montant du chèque ou de l'effet est une forme de crédit dont la rémunération est légitimement assurée.

Cette branche du moyen mérite notre approbation car la date de valeur retenue est ici justifiée par un délai technique pour traiter l'encaissement du chèque.

La seule difficulté porte, dans ce cas, sur la détermination de la date d'encaissement c'est-à-dire sur la longueur de ce délai.

Dans l'absolu, cette date devrait correspondre au jour près à celle de l'encaissement effectif. Le réalisme interdit d'imposer un suivi individuel des millions de chèques et effets pour en déterminer de manière exacte la date de paiement ou de compensation. Le coût en serait prohibitif.

Il faut tenir pour légitime la fixation de délais moyens forfaitaires en fonction de la place où le recouvrement doit avoir lieu. On peut en conclure, comme l'a d'ailleurs fait M. J. Stoufflet¹⁶⁵, que la pratique actuelle est acceptable sous réserve de respecter les conditions d'opposabilité énoncées ci-dessus et que ces délais forfaitaires soient normaux, c'est-à-dire correspondent au temps moyen de recouvrement nécessaire.

Cet arrêt comportait néanmoins quelques zones d'ombre¹⁶⁶, car rien n'était dit du virement, de l'escompte et des autres opérations de crédit. Le domaine visé était donc restreint. En 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt présenté dans les sommaires des revues¹⁶⁷ comme une application de la nouvelle jurisprudence sur l'illicéité des dates de valeur. Il ne fallait pas s'y tromper et faire preuve de circonspection dans l'interprétation de la décision.

Un client reprochait notamment à sa banque de ne pas avoir honoré un effet de commerce présenté le 27 août, alors que celle-ci avait reçu pour son compte, le 25 août un virement dont le montant aurait permis de payer l'effet. Ce virement fut comptabilisé le 27 avec date de valeur au 28 de ce mois. La Cour d'appel avait conclu que la banque n'avait commis aucune faute, car du fait du jeu des dates de valeur, la position du compte était insuffisante pour honorer l'effet.

Or c'était prêter au système des dates de valeur une conséquence qui ne lui a jamais été attribuée étant donné qu'il ne concerne jamais que le calcul des intérêts et non la disponibilité du capital. La Cour cassa cet arrêt et estima que dès lors que la banque a la libre disponibilité des fonds, elle doit les mettre à la disposition du client¹⁶⁸. Ainsi que l'ont relevé deux éminents auteurs¹⁶⁹, la chambre commerciale n'a pas eu à condamner l'utilisation des dates de valeur en matière de virement, condamnation, qu'elle aurait certainement porté si la question lui avait été soumise.

La jurisprudence ne s'étant depuis lors pas encore clairement prononcée à ce sujet, la question reste donc à nos yeux encore ouverte¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Code civil, article 1907 al. 2 et Loi du 28/12/1966, article 4

¹⁶⁵ J. Stoufflet, note sous Cass. com. 6/4/1993, op. cit., p.215

¹⁶⁶ T. Samin, op. cit., p. 19

¹⁶⁷ voir D. Aff. 1995, oct. 95, p.24 ; JCP E, 1995, pan. 1070

¹⁶⁸ Comme l'a relevé A-M. Romani, note sous Cass. com. 27/6/1995, D. 1995, p. 380 ; J-P. D., *Quotidien juridique*, 14/11/95, p. 99

¹⁶⁹ M. Cabrillac et B. Teyssié, *RTD com.* 1995, p. 820 voir aussi J-P. D., *PA* 14/4/1993, p. 14

¹⁷⁰ Il est intéressant de relever que le Ministre de l'économie et de finances a conclu à une interprétation différente de l'arrêt en affirmant dans une réponse ministérielle que la Cour suprême avait dès le 27 juin 1995 condamné la pratique des dates de valeur appliquées aux virements (cf R.M. 19395 : *JO Sénat*, 30/1/1997, p. 289 voir aussi *JCP N*, 1997, p. 410) ; Il n'est d'ailleurs pas le seul à l'interpréter ainsi voir C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec 1999, p.130

Rappelons à ce sujet que l'informatisation croissante des opérations pourrait cependant jouer pour une éventuelle généralisation de la solution affirmée désormais pour les dépôts et espèces. L'adoption d'un système interbancaire de télécompensation changerait radicalement les données du problème.

L'usage des dates de valeur n'apparaîtra dès lors plus que pour certaines opérations, mais ce n'est pas le seul usage avéré de la profession qui aura subi un changement d'attitude de la part de la jurisprudence française.

Section II L'année bancaire déclarée contraire au décret du 4 septembre 1985

L'usage de l'année bancaire à 360 jours ne date pas d'hier. Il s'agit selon nous de l'un des usages de la profession dont l'origine est la plus lointaine. Son origine remonte au Moyen-Age, en Lombardie plus exactement et il fut depuis lors même consacré légalement par un décret-loi de 1794. L'usage fut également consacré par la jurisprudence dès le milieu du XIX^{ème} siècle, position qu'elle a depuis lors toujours confirmée. Cette affirmation se vérifie aisément en analysant la consistance de l'usage ; c'est un instrument permettant de faciliter le calcul des agios à une époque où n'existait pas encore de calculatrices. C'est sans doute la commodité du chiffre qui lui a valu d'être perpétué comme usage bancaire. Cet argument se trouve être difficilement défendable à une époque où les instruments de calcul n'ont plus de préférences pour des chiffres pairs, à vrai dire un autre argument peut être soutenu à savoir qu'il s'agit d'un produit de l'ingénierie bancaire¹⁷¹ car cette méthode engendre un surcoût pour le client ce qui permettra d'assurer une confortable rémunération du banquier.

La Cour de cassation, deux ans après avoir déclaré certaines dates de valeur illicites pour absence de cause, a rendu le 10 janvier 1995 une nouvelle décision affectant la validité des usages bancaires. Cette décision s'annonçait donc à nouveau comme un coup dur pour la profession. La Cour a précisé dans sa décision que l'usage de l'année bancaire à 360 jours était contraire au décret du 4 septembre 1985.

Il convient donc d'abord d'approfondir les origines de cette curieuse pratique bancaire, pour après s'intéresser à cet arrêt sévère rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 janvier 1995.

Paragraphe I Les origines du diviseur 360

« *Les jours sont peut-être égaux pour une horloge mais pas pour un homme* »¹⁷², et encore moins pour un banquier. Le crédit procure à la fois du temps et de l'argent par l'intermédiaire de sa double fonction de moyen de paiement différé ou échelonné. Dans toute question d'intérêt, il y a trois qualités à considérer : 1. le capital ; 2. le taux d'intérêt et 3. le temps de placement.

Or le droit bancaire français se singularise depuis des siècles en ne comptant pour le temps de placement que 360 jours au lieu des 365/366 que connaît l'année civile. Lorsque le banquier

¹⁷¹ Dans notre dernière section du chapitre II nous allons exposer les enjeux financiers d'un tel usage.

¹⁷² Marcel Proust, Chroniques, Figaro 25/3/1913

entend calculer le montant des intérêts produits, il recourt à la méthode des nombres¹⁷³. C'est essentiellement pour des raisons de commodité arithmétique que cet usage ait pu recevoir des échos positifs de la profession.

La commodité du chiffre milite pour une première justification, en effet il présente l'avantage d'être facilement divisible par douze, six, quatre et deux (mois, rythme bimestriel, trimestre et semestre).

On affirme traditionnellement que cet usage puise son origine en Lombardie, au Moyen-Age et s'est perpétué jusqu'à notre époque en raison de ses avantages de commodité. Ainsi que l'a rappelé M. T. Samin¹⁷⁴, « *le recours à une année fictive de 360 jours tiendrait historiquement aux difficultés de calculer sur un nombre exact de 365 ou 366 jours, à une époque où les arrêts de compte et plus généralement, toutes les opérations étaient effectuées manuellement, en d'autres termes à une époque où les machines à calculer sophistiquées n'existaient pas encore.* »

Cet usage a également bénéficié d'une consécration légale : un décret-loi datant du 18 frimaire An III était venu préciser que l'intérêt annuel serait compté par et pour 360 jours seulement.

L'usage a également fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle : de vieux arrêts du XIX^{ème} siècle¹⁷⁵, de même que certaines décisions plus récentes, faisaient état de la valeur d'usage de cette règle que le législateur révolutionnaire avait d'ailleurs consacrée.

Dans un souci de pragmatisme, il convient ainsi d'analyser successivement son origine législative ainsi que sa consécration jurisprudentielle.

A. L'origine législative

Jusqu'à la révolution, la question de la durée de l'année bancaire ne devait en principe pas se poser, car le prêt à intérêt était, avant 1789, tout simplement prohibé.

C'est par les décrets des 3 et 12 octobre 1789 que l'Assemblée constituante autorise à tout citoyen de « *prêter l'argent à terme fixe avec stipulation d'intérêt, suivant taux déterminé par la loi, sans entendre rien innover aux usages du commerce.* » C'est sans nul doute cette proclamation qui dut inviter les prêteurs à une réflexion sur la durée de l'année devant servir de base au calcul des intérêts produits par les sommes mises à disposition.

Cette année allait-elle suivre cet ancien usage commercial de 360 jours ?

Finalement c'est la Convention nationale qui par un décret du 18 frimaire An III (8/12/1794) a décidé que :

« *La Convention nationale décrète que l'intérêt annuel des capitaux sera compté par et pour trois cent soixante jours seulement. Il n'y aura point de cours pendant les "sans culottides"*¹⁷⁶».

¹⁷³ Elle consiste à multiplier le montant du capital emprunté par le nombre de jours d'utilisation et par le taux d'intérêt appliqué à l'opération, le résultat étant alors divisé par 360 (au lieu de le faire avec 365/366), ce qui donne le montant des agios dus pour la période considérée.

¹⁷⁴ T. Samin, « *Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire* », Banque 1995, p. 3

¹⁷⁵ cf M. Vasseur, obs. sous CA Paris 19/4/1982 D. 1982, IR p. 409

¹⁷⁶ La loi du 4 frimaire An II avait aboli le calendrier grégorien et y avait substitué une nouvelle distribution de l'année sur 12 mois de 30 jours chacun, à la suite desquels avaient été placés 5 jours dit complémentaires pour les années ordinaires (6 pour les années bissextiles) et qui étaient alors l'occasion de fêtes républicaines. Leur intitulé pittoresque vaut le rappel : fête de la *Vertu*, du *Travail*, du *Génie*, de l'*Opinion* et des *Récompenses*, ces dénominations poétiques sont dus à Fabre d'Eglantine. C'est pendant ces jours que les intérêts n'étaient pas censés courir.

L'année bancaire était ainsi, grâce à ce texte, calquée sur l'année révolutionnaire, et l'intérêt n'était pas supposé courir pendant ces jours complémentaires.

Le Senatusconsulte du 22 fructidor An XIII a rétabli à partir du 1 janvier 1806 le calendrier grégorien mais d'après nous cela n'a en rien modifié ni abrogé le décret du 18 frimaire fixant l'année bancaire à 360 jours. La promulgation du Code civil n'a selon nous pas d'avantage remis en cause cette disposition¹⁷⁷.

A partir de 1807, diverses dispositions législatives ont limité le taux de l'intérêt et c'est ainsi qu'une loi du 3 septembre 1807 vint établir des maxima légaux en matière d'agios, dont le dépassement était tout à la fois sanctionné civilement et pénalement. Les plafonds, considérés comme d'ordre public, furent fixés en matière civile à 5 % et en matière commerciale à 6 % et cela en considération de l'année civile¹⁷⁸.

La jurisprudence a condamné par plusieurs fois¹⁷⁹ des conventions ayant autorisé des prêteurs à percevoir des intérêts supérieurs à l'intérêt légal, grâce au recours à l'usage du diviseur 360.

Il convient d'en conclure qu'il paraît plus que douteux que le décret du 18 frimaire An III soit resté en vigueur après la loi du 3 septembre 1807, propos qui sont d'ailleurs soutenus par différents auteurs comme le doyen Hamel¹⁸⁰ et à sa suite MM. M. Vasseur et X. Marin¹⁸¹ ainsi que plus récemment M. T. Samin¹⁸².

Ajoutons encore que cela peut toutefois se discuter dans la mesure où ce texte n'a fait l'objet d'aucune mesure spécifique d'abrogation. Il n'en demeure pas moins que cet usage conserve selon nous sa valeur d'usage bancaire ce que certaines décisions judiciaires ont récemment rappelé.

B. La consécration jurisprudentielle de l'année bancaire à 360 jours

Le diviseur 360 est constitutif d'un véritable usage dont la jurisprudence, tant celle du milieu du XIX^{ème} siècle que celle des dernières années, admettait qu'il a valeur de règle de droit¹⁸³. Deux décisions de justice ont affirmé que ce diviseur était constitutif d'un véritable usage ayant valeur de règle de droit.

La première¹⁸⁴ concernait un prêt qu'avait consenti la Banque populaire de la région ouest de Paris (BPROP) à l'une de ses clientes, personne privée. La Cour de Paris avait à trancher un différend opposant la BPROP à cette cliente concernant le montant des intérêts dus par cette

¹⁷⁷ Voir la démonstration convaincante de T. Samin, op. cit., p. 4

¹⁷⁸ La limite du taux d'intérêt conventionnel devait être confondu avec ce taux d'intérêt légal.

¹⁷⁹ Cass. civ. 20/6/1848, DP 1848, 1, p. 221 ; S. 1848, 1, p. 434 et la note

Cass. crim. 14/5/1852, DP 1852, 1, p. 309

¹⁸⁰ J. Hamel, op. cit., p. 425 (n° 254)

¹⁸¹ M. Vasseur et X. Marin, op. cit., p. 223 (n° 129)

¹⁸² T. Samin, op. cit., p. 5

¹⁸³ A. Couret, J. Devèze, G. Hirigoyen, « Lamy, droit du financement », éd. Lamy, 2000, p. 1323 (n° 2722) ; *adde* M. Cabrillac et B. Teyssié, note sous CA Paris, 19/4/1982, RTD com. 1982, p. 598 ; *adde* CA Paris, 15^e ch. 2/11/1994 : SCI résidence de la princessec/ Sovac (inédit)

¹⁸⁴ CA Paris, 5^e ch. A. 19/4/1982, BPROP c/ Mme M. D. 1982 IR p. 409 obs. M. Vasseur ; voir aussi M. Cabrillac et B. Teyssié, op. cit., p. 598

dernière. Ainsi donc les parties, qui ne parvenaient pas à s'accorder sur les éléments à retenir pour servir de base au calcul d'agios, aboutissaient à des totaux différents.

Les différences situaient principalement dans le nombre de jours de l'année à prendre en considération pour effectuer les calculs, la banque se référant au diviseur 360, l'intimée par contre à l'année civile.

C'est par une décision du 19 avril 1982 que la Cour d'appel de Paris consacra le mode de calcul, défendu par la banque, par ces motifs :

« Considérant qu'il convient, comme l'a retenu la banque, de calculer les intérêts sur 360 jours conformément à l'usage bancaire de très longue date trouvant son origine en Lombardie, au Moyen-Age et s'étant perpétué jusqu'à notre époque en raison de son caractère pratique, en ce que le chiffre de 360 est successivement divisible par douze, deux, quatre, six, ce qui correspond au mois, au semestre, au trimestre et à deux mois... Que cet usage a du reste été admis par Mme M. qui a accepté de payer les agios qui avaient été calculés sur cette base de 360 jours... ».

Cette position de la Cour a ce mérite d'être claire : il s'agit d'un véritable usage de la profession.

Plus récemment encore, la Cour d'appel de Paris¹⁸⁵ fut appelée à se prononcer à nouveau sur la valeur de ce curieux usage bancaire. Or c'est justement à l'occasion de cet arrêt que la Cour de cassation a rendu l'arrêt non moins célèbre du 10 janvier 1995 étant censé avoir balayé le diviseur 360.

Paragraphe II Le diviseur 360 sanctionné par la jurisprudence

Dans une affaire opposant le Crédit du Nord à une SARL, dont nous exposerons encore les faits, la Cour d'appel de Paris avait pu juger que le calcul des intérêts devait se faire sur 360 jours conformément à un usage qui trouve son origine au Moyen-Age et qui avait trouvé son expression législative dans un décret-loi de 1794.

La Cour de cassation par contre, a estimé que l'usage était contraire au décret du 4 septembre 1985 relatif au calcul du TEG et que le calcul du taux d'intérêt annuel doit se faire par référence à l'année civile. Cette décision très remarquée semblait donc également avoir remis en cause l'usage bancaire du diviseur 360.

A raison d'un effort de pragmatisme, il conviendra de présenter cette affaire dans son ensemble c'est à dire en analysant successivement la position de la Cour d'appel ainsi que celle de la Cour de cassation.

A. La position de la Cour d'appel

Les faits de l'espèce méritent que l'on les expose brièvement :

Dans cette affaire ce n'était plus une personne physique qui s'opposait aux prétentions d'un établissement de crédit, mais une personne morale.

¹⁸⁵ CA Paris, 20/9/1991 voir ci-après

Le Crédit du Nord avait ouvert, au début de l'année 1981, un compte courant à une SARL. Ce compte devait, jusqu'en 1986, enregistrer des débits qui ne donnèrent pas lieu à difficultés. Il fut par la suite prévu de ramener le montant du découvert dans des proportions plus raisonnables. Un protocole d'amortissement, dont les échéances étaient *liminairement* rappelées, fut signé. N'étant pas respecté, et après de multiples mises en garde de la banque demeurées sans suite, la déchéance du terme fut prononcée.

Il s'ensuivit un différend relatif aux conditions dans lesquelles le protocole avait été dénoncé ainsi que, bien entendu, sur le montant des intérêts dus par l'emprunteur. La SARL contestait notamment le mode et les éléments de calcul des intérêts retenus par la banque, cette dernière effectuant ses calculs à nouveau, comme il était d'usage dans la profession, sur la base d'une année de 360 jours.

La Cour d'appel de Paris¹⁸⁶, s'inspirant vraisemblablement de la motivation de la décision qu'elle avait précédemment rendue à ce sujet en 1982, rejeta par un arrêt du 20 septembre 1991 les arguments de la SARL et fit droit à ceux de la banque en ces termes :

« Considérant [...] que la SARL n'est pas fondée à discuter comme elle le fait [...] le mode de calcul de ces intérêts en contestant [...] la durée de l'année bancaire ;

[...] Considérant [...] que le calcul des intérêts doit être fait sur 360 jours et non sur 365, conformément à un usage qui trouve son origine en Lombardie au Moyen-Age, en raison de son caractère pratique en ce que le chiffre de 360, à la différence de celui de 365, est divisible par [...] ; que cet usage a d'ailleurs trouvé son expression législative dans la loi du 18 frimaire An III, selon laquelle l'intérêt annuel des capitaux sera compté par an pour 360 jours... »

La Cour d'appel venait ainsi à nouveau confirmer la valeur d'usage professionnel reconnu à cette pratique et qui d'ailleurs faisait encore toujours l'objet d'une consécration législative puisque à notre connaissance il n'y a pas encore eu de mesure d'abrogation expresse de cette loi du 18 frimaire An III.

B. La position de la Cour de cassation

La Cour d'appel, suite à sa décision, avait ordonné une expertise aux fins notamment de faire les comptes entre les parties, l'expert désigné devant tenir compte de l'usage en cause pour calculer à partir du solde du compte de la société au 10 septembre 1985, les découverts successifs jusqu'à la clôture du compte.

La SARL s'était pourvue en cassation et la chambre commerciale, par un arrêt du 10 janvier 1995 rendu sous visa de l'article 1^{er} du décret du 4 septembre 1985, cassa par ces motifs :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte du texte susvisé (article 1^{er} du décret du 4 septembre 1985 relatif au calcul du TEG^o que le taux annuel de l'intérêt doit être déterminé par référence à l'année civile laquelle comporte 365 ou 366, la Cour d'appel a violé ce texte. Par ces motifs, casse... ».

Les réactions face à l'arrêt furent nombreuses et la plupart du temps très diverses.

¹⁸⁶ J-F Credot et Y. Gérard, note sous CA Paris 20/9/1991, Revue de droit bancaire 1992, p. 29 ; adde T. Samin, op. cit., p. 5

On pouvait ainsi lire que la Cour avait ici « *balayé un usage séculaire inscrit dans toutes les mémoires de prêteurs de deniers et que cette décision sonna comme le bourdon de Notre Dame aux oreilles du banquier car, pendant deux cents ans, nulle institution n'avait remis en cause cette pratique légalisée* ¹⁸⁷ ».

Les termes de l'attendu étaient confus, en ce qu'il faisait référence tant à un « *taux annuel de l'intérêt* » et qu'au décret du 4 septembre 1985, ce qui par la suite a donné lieu à un débat dans lequel certains éminents auteurs ¹⁸⁸ de la matière perçoivent cette décision comme une remise en cause pure et simple de l'usage alors que d'autres ¹⁸⁹, en affinant encore la réflexion juridique, en sont arrivés à la conclusion que le diviseur 360 allait de toute façon rester opposable en tant qu'usage conventionnel, conclusion qui nous semble d'ailleurs être la plus adéquate. Comme nous allons le démontrer par après, l'arrêt ne condamnait selon nous nullement l'usage du diviseur 360 pour le calcul du taux d'intérêt conventionnel mais seulement pour le calcul du TEG.

Une telle confusion ne pouvait être laissée en l'état et méritait une clarification.

On constate donc que la Cour de cassation a, du moins pour partie, reconsidéré sa position à l'égard de ces deux usages. Mais ces solutions étaient loin de faire l'unanimité parmi les auteurs de la doctrine bancaire. Le fondement de l'absence de cause fut abondamment critiqué par la doctrine. Il convient donc de s'intéresser à la portée de cette solution dégagée en 1993. Pour ce qui est du diviseur 360, nous venons tout juste de relever que cette décision a suscité des interprétations contradictoires de la part de la doctrine, ce qui appelle des développements supplémentaires sur la question. Ainsi convient-il de s'intéresser de plus près aux effets induits par les dits arrêts.

Chapitre II Les enseignements issus de ce bouleversement

A la lecture de ces arrêts, on se rend compte que les solutions ont toutes les apparences d'un revirement de jurisprudence. Dans l'état actuel du droit positif un tel revirement est normalement rétroactif. Or on se doute bien qu'en l'occurrence une telle solution, surtout pour ce qui est des dates de valeurs, aurait certainement ici des conséquences pécuniaires gigantesques pouvant selon les cas mettre en péril les établissements de crédit ayant fait application de cet usage pendant des décennies. On s'aperçoit aisément que la doctrine a unanimement critiqué le fondement de l'absence de cause tant il est vrai qu'il paraît inexact et excessif. L'ampleur des conséquences financières impliquées par ce revirement nous exhorte littéralement à proposer des moyens de déblocage de la situation. Un bref détour par le droit comparé nous permettra de confronter cette nouvelle solution avec celles dégagées en matière de dates de valeur dans d'autres pays de l'Union européenne.

Si une remise en cause, du moins partielle, des dates de valeur ressort clairement de la solution consacrée par la Cour de cassation, tel n'a cependant pas été le cas de la décision de la Cour suprême pour ce qui est du diviseur 360. La Cour a rendu son arrêt sous un attendu

¹⁸⁷ cf A. Plateaux, « *La durée de l'année bancaire et son influence sur les taux d'intérêt* », Gaz. Pal. 30/7/1996, doctrine, p. 859

¹⁸⁸ C. Gavalda, note sous Cass. com., D. 1995, p. 229 ; Banque 1995, p. 93 obs. Guillot ; JCP E, 1995, p. 465 (n°13) voir aussi C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec 1999, p. 130

¹⁸⁹ T. Samin, op. cit., p. 6 et F. Auckenthaler, note sous Cass. com. 10/1/1995, JCP G, 1995, II, 22475

peu explicite et sous le visa du décret de 1985 relatif au calcul du TEG. Nous essaierons donc d'établir que cette décision n'a sanctionné l'usage du diviseur que pour le calcul du TEG. Nombreux sont en effet les auteurs qui s'y sont trompés. Nous en concluons que le diviseur conserve sa valeur d'usage conventionnel à conditions de respecter toute fois certaines conditions.

Il nous semble dès lors pertinent de s'intéresser plus particulièrement à la portée de ces décisions non moins célèbres et qui ont fait couler beaucoup d'encre. Une telle analyse se justifie d'autant plus que les enjeux économiques sont considérables.

Il faudra donc en tirer toutes les conclusions qui s'imposent en analysant successivement les deux décisions précitées.

Section I Portée de la solution dégagée à propos des jours de valeurs

Nous nous proposons d'analyser ici en premier lieu la jurisprudence ultérieure ainsi que le moyen de cassation pour absence de cause tant il est vrai que ce moyen nous apparaît quelque peu inexact voir même excessif. Toutes les études traitant de la question démontrent que la doctrine a vivement critiqué le fondement, ce qui n'a pas empêché la Cour de cassation de le reprendre en 1994 et en 1995. L'ampleur des conséquences financières pouvant découler d'une telle remise en cause laisse présumer que cet arrêt n'a pas été assez préparé. Il y aura donc lieu de proposer quelques techniques offertes par le droit et permettant de cantonner dans les limites du raisonnable la portée de la solution.

On constate par la même que cet usage est quasi généralisé au sein de l'Union européenne et à ce titre un détour par le droit comparé s'impose afin de voir les différentes approches pouvant exister à son égard. Alors que certains Etats, comme la Belgique ou le Luxembourg, consacrent la liberté contractuelle en matière de dates de valeur, d'autres, comme l'Allemagne, semblent enfin être bien moins tolérants.

Aussi conviendra-t-il d'analyser dans un premier temps son impact en droit interne pour le confronter par la suite aux solutions dégagées en droit comparé.

Paragraphe I Impact de la décision en droit interne

A la lecture de l'arrêt du 6 avril 1993 on se rend compte que le raisonnement de la Cour de cassation se présente sous la forme d'un syllogisme :

-La majeure c'est l'exigence en vertu de l'article 1131 du Code civil d'une cause à l'obligation de payer des agios débiteurs à sa banque.

-La mineure constate que les opérations litigieuses autres que les remises de chèques à l'encaissement sont d'exécution immédiate et qu'il n'y a, dès lors, pas lieu d'en avancer d'en avancer ou d'en différer la date de débit ou de crédit.

-En conséquence, est dénuée de cause la perception d'intérêts débiteurs par la banque au titre de positions débitrices ou créditrices en valeur qui résultent d'un décompte de jours de valeur

générés par des opérations qui ne nécessitent pas, pour leur exécution, un décalage d'imputation.

L'on peut comprendre que les critiques doctrinales à l'égard de ce fondement furent vives étant donné que le fondement paraît inadéquat. Dans cette logique il y a lieu de relever que le fondement est inexact car une telle cause existe. Il paraît d'autre part également excessif dans la mesure où la convention d'intérêt sera donc nulle pour la période correspondant aux valeurs. L'annulation pour défaut de cause qui s'en suivra, aura également l'inconvénient d'être rétroactive, ce qui aura des conséquences financières d'une ampleur considérable pour les établissements de crédit

Aussi conviendra-t-il de proposer quelques moyens permettant de limiter la nullité à l'avenir, comme l'article 1906 du Code civil ou bien le revirement pour l'avenir.

Nous nous intéresserons donc d'abord au caractère inadéquat du fondement de l'absence de cause afin d'exposer quelques moyens de déblocage de la situation.

A. Le défaut de cause est un fondement inadéquat

Comme l'ont très justement relevé de nombreux auteurs¹⁹⁰, prétendre que les dates de valeur n'ont pas de cause est inexact car cette cause existe et en plus cette annulation a l'inconvénient d'être rétroactif ce qui lui donne un effet excessif.

1) Un fondement inexact

La réalité de la contrepartie peut selon nous, ainsi que l'a démontré de manière très convaincante C. Mouly¹⁹¹, être établie de deux manières, soit en isolant les services et les contraintes ponctuels du banquier dans la gestion des moyens de paiement scripturaux, soit en soulignant la globalisation des contreparties économiques dans un contrat.

Les banques ont indiqué peu après cette décision de principe que les dates de valeur rémunéraient forfaitairement « *un service (de garde) ... et une contrainte (gestion des disponibilités) qui génère un coût de trésorerie* ¹⁹² » et qu'une contrepartie ponctuelle existe. On ne peut ainsi que constater qu'il y a là deux des principales contreparties.

Par ailleurs, nonobstant ce premier constat, il y aurait également une contrepartie globalisée qui pourrait être ajoutée à la première.

Chaque modalité d'un contrat doit-elle avoir une contrepartie spécifique ? Quand on achète une maison, faut-il un prix spécial pour le jardin et un autre pour le garage ?

L'on perçoit de cette manière que les jours de valeur ne sont en réalité qu'un mécanisme de déport dans le temps de certains effets d'un contrat. Le détail des contreparties réciproques a toujours été hors de l'appréciation des juges en raison de la trop grande subjectivité qui règne dans la matière.

¹⁹⁰ J.-P. D. note sous Cass. com. 6/4/1993, PA 14/4/1993, n°45, p. 14 ; C. Mouly, « *Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur* », RJDA 1993, p. 503 voir aussi C. Mouly, « *Dates de valeur : blocage actuel et possibilités de déblocage* », Revue de droit bancaire 1994, p. 227

¹⁹¹ cf supra

¹⁹² Actualité bancaire 1993, n° 191, p. 5 : le point sur les dates de valeur

L'absence de cause n'a de ce fait toujours été retenue que lorsqu'elle est énorme, c'est-à-dire lorsque les contreparties sont quasiment inexistantes. ; et c'est l'ensemble du contrat qui est pris en compte et non chacun de ses éléments.

On peut en conclure que cette pratique trouve bien une contrepartie dans l'ensemble des services que fournit le banquier, et plus particulièrement dans la délivrance gratuite de chèques ou la gestion des moyens de paiement à coût minoré.

La pertinence des critiques à l'égard de ce fondement n'a pas empêché la Cour de cassation de persister en confirmant la solution par après¹⁹³. L'AFEC, tirant les conséquences de cette jurisprudence très ferme a décidé le 30 janvier 1995 de recommander à ses adhérents de supprimer désormais les dates de valeur sur les mouvements d'espèces.

Une annulation fondée sur un défaut de cause est donc inexacte ; elle est aussi excessive.

2) Un fondement excessif

Comme l'a relevé M. C. Mouly¹⁹⁴ dans son étude, l'annulation appuyée sur l'article 1131 du Code civil fut conçue par ses auteurs comme le moyen de supprimer totalement la finalité rémunératrice des dates de valeur, car ici selon la Cour, seules les dates qui reflètent exactement le délai technique d'encaissement des chèques sont acceptées, les autres sont nulles pour défaut de cause.

C'est ainsi que la convention d'intérêt est nulle pour la période correspondant aux valeurs et cette nullité est absolue selon la conception classique à laquelle la jurisprudence reste fidèle¹⁹⁵. Le caractère absolu de la nullité est important dans la mesure où il interdit la confirmation de l'acte. Un paiement volontaire de la part du client des intérêts non dus ainsi que la non-protestation au reçu des relevés de compte ne l'empêcheront pas de se prévaloir de l'irrégularité de leur perception. Ce caractère excessif se manifeste ainsi en ce que le défaut de cause empêche toute adaptation, tout aménagement contractuel de la contrepartie.

Cette annulation pour défaut de cause a en outre l'inconvénient d'être fortement rétroactive. Selon notre conception actuelle du droit positif, les solutions jurisprudentielles ont un effet rétroactif : la nouvelle interprétation donnée par une décision de justice efface rétroactivement l'interprétation antérieure et cela pendant tout le délai de la prescription. Depuis cet arrêt les clients sont donc fondés à réclamer à leur banquier le remboursement des intérêts débiteurs antérieurement payés par le seul jeu des *jours de banque*.

L'inconvénient de la rétroactivité est selon nous encore aggravée ici :

-la confiance placée dans les dates de valeur était particulièrement justifiée car pendant les cinq années qui ont précédé l'arrêt de 1993, leur légitimité fut réaffirmée constamment par six réponses ministérielles¹⁹⁶.

¹⁹³ On en veut pour preuve les arrêts : Cass. com. 29/3/1994, Bull. civ. IV, 1994 n° 134 ; Cass. com. 7/6/1994, Bull. civ. IV, 1994 n° 201 ; Cass. com. 10/1/1995 précité

¹⁹⁴ C. Mouly, op. cit., p. 228

¹⁹⁵ voir toutefois les réserves de la doctrine moderne : P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, *Les obligations*, Cujas, 1998, n° 569 ; J. Ghestin, Droit civil, *Les obligations*, L.G.D.J., 1992, n° 776

¹⁹⁶ Rép. n° 23/160, JO du 15/6/1987, p. 3475 ; Rép. n° 35403, JO du 9/5/1988, p. 2011 ; Rép. Mesmin n° 10074 et 10075 du 27/2/1989, op. cit. ; Rép. A question Malaquais du 4/12/1989 ; Rép. Malandain, sur question relative au chèque, 1900 ; Rép. Question n° 52-731, Dolez, du 20/1/1992, JOAN 13/4/1992, p. 1758

-ensuite, le délai de prescription de l'action en annulation des intérêts perçus grâce au jeu de cet usage ne peut être que de 10 ans au minimum¹⁹⁷.

On ne peut donc que s'accorder avec l'affirmation de C. Mouly¹⁹⁸ selon laquelle : « même si on admet la critique des pratiques bancaires françaises, il serait injuste de lui donner effet dans le passé. L'acceptation réitérée des dates de valeur par les clients, leur admission par les autorités de contrôle et l'accord tacite antérieur des communautés juridique et financière sont des justifications suffisantes pour le passé ».

B. Moyens de déblocage actuels

Au vu des critiques formulées à l'encontre de ce fondement, il serait pertinent de fournir des remèdes pouvant réduire les effets néfastes produits dans la conjoncture actuelle.

La nullité absolue pour absence de cause combinée avec l'impossibilité d'une confirmation laissent tous deux présager des conséquences financières drastiques pour la profession bancaire. Rappelons-nous que sur le plan économique, la pratique génère un *float*¹⁹⁹ de 10 milliards de francs²⁰⁰ par an. Privés de cette source de revenus, les établissements de crédit devront ainsi transformer leur rémunération opaque (indirecte et aveugle) en un accord contractuel et personnalisé²⁰¹, un peu à l'esprit des exigences posées à l'article 7 du décret du 24 juillet 1984.

Il faudrait ainsi réduire l'effet de la nullité à l'avenir, du moins la réduire dans le passé²⁰².

La Cour de cassation pourrait ainsi être amenée à appliquer l'article 1906 du Code civil, qui interdit le remboursement des intérêts déjà payés. Cet article dispose que les intérêts qui ont été spontanément payés ne doivent pas être remboursés, alors même qu'ils n'avaient pas été stipulés. Il suffit qu'ils aient été payés en connaissance de cause et sans réserve²⁰³. Cette solution nous paraît tout à fait possible car elle fut déjà appliquée par la Cour de cassation aux intérêts perçus sans mention du taux avant septembre 1985²⁰⁴.

En l'appliquant aux dates de valeur, seules les intérêts perçus malgré les protestations du client doivent être remboursés. Ce qui compte c'est qu'ils aient été payés en connaissance de leur nature d'intérêt.

¹⁹⁷ La prescription de la nullité absolue est de 30 ans en droit commun, et de 10 ans pour les actes de commerce ou mixtes, que sont les comptes en banque. (cf C. Mouly, op. cit., p. 229)

¹⁹⁸ C. Mouly, « *Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur* », RJDA 1993, p. 511

¹⁹⁹ Terme anglo-saxon désignant ici le surplus obtenu grâce à l'usage.

²⁰⁰ Conseil économique et social, rapport sur la modernisation des moyens de crédit, octobre 1992, JO Rapport et Avis du C.E.S., p. 46

²⁰¹ voir J-L. Courtier, note sous Cass. com. 6/4/1993, PA 21/7/1993, p. 16

²⁰² Cette réduction ne peut reposer en l'état actuel du droit que sur des techniques fragiles ou contestées, un peu à l'image du revirement à effet rétroactif limité auquel avait songé la cour de cassation au lendemain de l'arrêt du 12/4/1988 à propos de la mention obligatoire du TEG qui ne s'appliquerait qu'à partir du décret du 4/9/1985.

²⁰³ Voir démonstration très convaincante sur la question, C. Mouly, « *Dates de valeur et possibilités de déblocage* », Revue de droit bancaire 1994, p. 231

²⁰⁴ Voir à ce sujet Cass. com. 9/4/1991, Banque 1991, p. 982 obs. J-L. Rives-Lange

Un autre remède serait le revirement pour l'avenir, qui consiste à doter la solution de la Cour de cassation d'un régime transitoire, comme s'il s'agissait d'une loi nouvelle. La CJCE l'a appliqué de façon particulièrement efficace dans une affaire²⁰⁵ parfaitement transposable selon nous aux dates de valeur. Le régime est simple, la solution nouvelle ne peut être appliquée que dans les instances en cours ou aux demandes de modification du contrat pour l'avenir, c'est-à-dire postérieurement à l'arrêt.

En plus sa motivation est selon nous parfaitement transposable aux dates de valeur : « *nombre élevé de personnes intéressées* », « *revendications imprévisibles pour les entreprises (banques)* », « *effets graves sur leur situation financière* », « *comportement de plusieurs parmi les Etats membres et attitudes prises par la commission (affirmant la validité des clauses annulées) et portées itérativement à la connaissance des milieux concernés* », « *considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés* »²⁰⁶.

La CJCE a rappelé dans l'arrêt Driessen²⁰⁷ que la rétroactivité n'est tolérable qu'autant qu'elle « *ne porte pas atteinte à la confiance légitime des personnes qui sont soumises à cette application rétroactive* », et elle n'est pas la seule à avoir fait application des principes supérieurs de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions²⁰⁸.

Il serait ainsi, selon nous, possible pour les tribunaux de limiter à l'avenir la condamnation des dates de valeur car n'est-il pas vrai que la confiance légitime des banques résultaient des nombreuses réponses ministérielles rendues auparavant, de la même façon qu'elle résultait dans l'affaire *Defrenne* des assurances données par le gouvernement ?

Les auteurs sont unanimes²⁰⁹ sur la question : un autre fondement aurait dû ou pu être préféré, mais il n'en demeure pas moins que cela n'a pas fait changer à la Cour suprême sa position par après.

A titre de conclusion, il faut préciser que les dates de valeurs ont pris en France une ampleur qu'elles n'ont pas ailleurs, essentiellement en raison des interdictions réglementaires faites aux banques de percevoir d'autres rémunérations²¹⁰, il serait peut-être judicieux de réviser la réglementation. On peut espérer que les récentes discussions en la matière pourront un jour déboucher sur une nouvelle réglementation rétablissant entre les parties au contrat de compte en banque la liberté de rémunérer ouvertement les services bancaires.

Le bouleversement actuel des dates de valeur en droit français est-il vérifiable dans les autres Etats de la communauté européenne ?

Paragraphe II Les dates de valeurs en droit comparé

La pratique des dates de valeur n'est pas une spécificité française : elle existe semble-t-il dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Elle n'a d'effet là aussi, comme en droit

²⁰⁵ CJCE 8/4/1976, Dlle Defrenne c/ Sabena, Rec. p. 454, Spec. n° 69s.

²⁰⁶ Voir démonstration C. Mouly, op. cit., p. 231

²⁰⁷ CJCE, 5/10/1993, aff. C. 13, PA 9/2/1994, p. 20, obs. L Cartou

²⁰⁸ Voir CEDH arrêt Marckx c/ Belgique 13/6/1979, série A, n° 31, p. 58

²⁰⁹ Voir les nombreuses études sur la question : T. Samin, op. cit., p 20 ; C. Mouly, op. cit., p. 511 ; J-P. D., op. cit., p. 14

²¹⁰ La réglementation actuelle comporte une interdiction de faire rémunérer les formules de chèques.

français, que pour apprécier la position créditrice ou débitrice du compte aux fins de calculer les intérêts : elle n'a pas d'incidence sur l'appréciation de l'existence ou non de la provision.

On constate que d'un Etat à l'autre, les conditions de validité de cette pratique ne sont pas appréciées de la même façon. Alors que certains Etats prévoient que les dates de valeur relèvent de la liberté contractuelle (Belgique et Luxembourg), d'autres enfin ont développé une législation plus contraignante (Allemagne)²¹¹.

C'est ainsi qu'il convient d'analyser successivement les deux systèmes précités.

A. Dates de valeur relevant de la liberté contractuelle

Il y a au sein de l'Union Européenne un certain nombre d'Etats dans les quels les dates de valeur sont laissées à l'entière liberté contractuelle : c'est un élément de la convention de compte, et les parties peuvent librement la fixer sous le contrôle des tribunaux. Tel est le cas par exemple de la Belgique et du Luxembourg. Mais c'est aussi le cas de la France, même après l'arrêt de la Cour de cassation qui loin de dénier la liberté contractuelle en ce domaine, a simplement rappelé que toute obligation contractuelle doit être causée.

Pour ce qui est du droit luxembourgeois, il y a lieu de relever que la solution consacrée en 1993 par la Cour de cassation française est restée lettre morte, ainsi qu'en témoigne une réponse ministérielle donnée le 14 mars 1995 par le Ministre des finances M. J-C. Juncker²¹². Le Ministre y rappelle que cette pratique appartient au domaine des conditions générales formant la convention entre la banque et serait justifiée économiquement par la nécessité pour la banque de trouver un emploi aux fonds et de devoir libérer des fonds afin de procéder aux remboursements.

Le problème du consommateur est traité de manière remarquable, car comme le relève le Ministre, il faut « *appréhender la question des coûts et des frais bancaires facturés à la clientèle dans sa globalité* »²¹³.

Il rappela également que le fonctionnement des systèmes de paiement, notamment les opérations sur les comptes courants, est à lui seul très coûteux, voire déficitaire pour les banques et qu'une modification de cette pratique forcerait les banques à tenter de récupérer leurs frais par d'autres procédés.

Les arguments développés ci-dessus méritent d'être soulignés vu l'importance du secteur bancaire dans l'économie luxembourgeoise. La proximité des deux droits²¹⁴ fait que la théorie de la cause existe aussi en droit luxembourgeois mais les dates de valeur concernant « *les opérations litigieuses* » ne sont jusqu'à présent pas dépourvues de cause²¹⁵ dans ce Micro-Etat.

Une contrepartie exact des intérêts débiteurs payés n'a ici jamais été exigée, on a toujours jugé qu'il y a contrepartie dans le service bancaire global fourni par l'établissement de crédit, qui de surcroît est un des moins coûteux d'Europe.

²¹¹ Il existe en fait encore un dernier système dans lequel sont fixées les dates de valeurs maximales que les établissements de crédit peuvent appliquer pour les différentes opérations portées au crédit et au débit du compte d'un client, mais seule l'Espagne le consacre.

²¹² « *Questions au gouvernement* », extrait du compte rendu n° 10/1994-1995, p. 428

²¹³ Argument qui fut justement rejeté par la Cour de cassation française qui exigea une contrepartie spécifique à l'obligation de payer des intérêts débiteurs.

²¹⁴ Le code civil luxembourgeois reprend en grande partie les articles du code civil français.

²¹⁵ Ainsi dans un extrait des conditions générales de la Kredietbank Luxembourg SA, les dates de valeur concernant les versements et dépôts d'espèces continuent à régir les relations avec la clientèle.

On comprend ainsi mal pourquoi la Cour de cassation française n'a pas admis une telle argumentation en se détachant un peu de la stricte application de l'article 1131 du Code civil, les enjeux n'étaient peut-être pas les mêmes²¹⁶.

Le Luxembourg, n'est certes pas le seul pays dans lequel la liberté contractuelle régit encore largement les dispositions du droit bancaire. La Belgique continue, elle aussi, à reconnaître la validité des dates de valeur comme la soulevé M. J-P. Buyle²¹⁷ : en droit belge, « *les dates de valeur trouvent leur fondement juridique dans les contrats, et plus particulièrement dans le règlement général des opérations et, à défaut ou à titre subsidiaire dans les usages ; leur validité est difficilement contestable sur le plan de la cause* ».

Pour le moment il y a lieu de constater que les *jours de banque* résistent à l'épreuve du temps, mais jusqu'à quand ?

Une montée de la logique consumériste à l'image de l'Allemagne ne peut-elle pas venir bouleverser ici aussi les dates de valeur ?

B. Les dates de valeur à l'épreuve des conditions générales d'affaires en Allemagne

Les critiques à l'égard des dates de valeur se sont multipliées en droit allemand qu'à partir des années 80. C'est dans un souci de transparence qu'elles furent insérées en 1982 dans les tarifs pratiqués par les banques. La montée des critiques à son égard Outre-Rhin a donné lieu à un véritable bras de fer opposant les banques aux usagers, que la Cour fédérale de justice a résolu à la faveur de ces derniers.

Le fondement choisi par la Cour fut la loi du 9 décembre 1976 réglementant les conditions générales d'affaires intervenue pour protéger le contractant, consommateur ou commerçant, qui se voit imposer par son partenaire de telles conditions. Cette protection de la partie faible est assurée de deux manières :

- L'inclusion de telles conditions dans le contrat est subordonnée à des règles destinées à attirer l'attention du cocontractant.
- Le législateur les soumet encore à un contrôle particulier dénommé « *contrôle du contenu des conditions générales* »²¹⁸.

Remarquons que les clauses fixant le prix d'une chose ou la rémunération d'une prestation (Preisabreden) échappe à un tel contrôle, ce qui n'est pas le cas des conventions accessoires ayant trait au prix (Preisnebenreden). A quelle catégorie appartiennent donc les clauses relatives aux dates de valeur ?

Un premier arrêt rendu par la Cour fédérale de justice le 17 janvier 1989²¹⁹ a été ressenti comme un réel bouleversement des dates de valeur.

Les faits de l'affaire méritent que l'on s'y attarde :

Un client procède un vendredi à un virement à partir de son « *compte de virement*²²⁰ ». Ce compte ne présentant pas une couverture suffisante, il remet immédiatement au guichet la

²¹⁶ L'importance du secteur bancaire étant au plan macro-économique largement plus important pour le Luxembourg qu'il ne l'est pour la France.

²¹⁷ Séminaire « *Les dates de valeur ont-elles un avenir ?* », Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Lyon-III, mars 1993, p. 58

²¹⁸ Ce sont les fameux §§ 9,10 et 11 de la loi.

²¹⁹ BGHZ 106, p. 256 et s. ; JR 1989, p. 372 et s. note Bunte ; voir aussi en langue française : M. Dusseaux, « *Vers une harmonisation européenne des conditions de banque* » Revue de droit bancaire 1990, p.77

somme à virer en argent liquide (versement de 580 DM pour couvrir un ordre de virement de 576 DM). Conformément à ses conditions générales, elle débite le compte du client du montant du virement mais elle ne crédite que 3 jours après ce qui donne lieu à des intérêts débiteurs à hauteur de 43 pfennigs. La Cour a condamné la clause fixant les dates de valeur à la suite d'une action intentée par une association de consommateurs.

Le raisonnement de la Cour peut se résumer ainsi :

Sans la clause litigieuse, la remise d'espèces serait rentrée dans le solde provisoire au jour du paiement. Ainsi les positions débitrices à la suite de l'exécution d'ordres de virements du même jour auraient été compensées à hauteur du paiement, les intérêts débiteurs n'auraient donc pas été dus.

Cette clause contrevenait premièrement au principe de transparence car elle n'était pas présentée de manière claire et compréhensible, ce qui s'apprécie par rapport aux possibilités de compréhension du client moyen. La clause n'indiquait pas de manière suffisamment compréhensible que des intérêts pouvaient être réclamés au client pour des crédits que celui-ci n'a pas utilisés.

Enfin, elle était également qualifiée de « *déraisonnable* » car l'obligation de payer des intérêts était imposée au client pour un solde débiteur qui n'existait pas en réalité.

Cet arrêt, dont peut d'ailleurs se féliciter la Cour²²¹, est particulièrement clair et participe bien de la logique consumériste en ce que la clause est condamnée tant du point de vue de la présentation (manque de transparence) que de son contenu (caractère déraisonnable de la clause).

Remarquons encore qu'en précisant que: « *si déjà la banque devait se voir obligée de percevoir pareils intérêts en vue de couvrir les coûts afférents au "compte de virement", cette perception aurait dû se faire ouvertement sous forme de commissions* », la Cour a ici ouvert une voie aux banques en leur permettant de se rémunérer à l'abri des critiques, voie qu'elle a d'ailleurs clarifiée ultérieurement²²².

Il convient d'en conclure que la position du droit allemand de par sa clarté nous a davantage convaincus que celle de la jurisprudence française, car il découle de la combinaison de ces deux décisions que rien ne s'oppose désormais à ce que la banque facture les services qu'elle rend dans le cadre du fonctionnement du « *compte de virement* » (encaissement de chèque, prélèvement, virement). En revanche, ne sauraient être tarifées des opérations qui constituent la simple exécution des obligations légales découlant du contrat de prêt ou de dépôt

A titre de conclusion il convient de souligner que cette pratique est quasiment généralisée dans toute l'Union européenne mais elle n'est pas pour autant harmonisée, loin s'en faut. Force est de constater que chacun des Etats pris individuellement, traite cette pratique de manière différente. Il est dès lors possible de se poser la question si une éventuelle harmonisation pourrait un jour avoir lieu ?

²²⁰ En allemand ce compte est qualifié de « *Girokonto* ». Sont effectuées sur ce compte l'ensemble des opérations bancaires qui n'impliquent pas l'utilisation d'espèces.

²²¹ D'après C. Witz, la plupart de la doctrine a accueilli favorablement cet arrêt, ce qui n'était déjà pas le cas de l'arrêt susmentionné du 6/4/1993 en droit français. (voir C. Witz, « *Les dates de valeur en droit allemand* » Revue de droit bancaire 1994, p. 223

²²² BGH 30/11/1993, NJW 1994, p. 318 et s. ; voir aussi en langue française C. Witz, op. cit., p. 224 L'auteur conclut les juges ont nettement distingué dans cet arrêt la convention de « compte de virement » des opérations de retraits et de dépôt d'espèces. Ces dernières sont rattachables au rapport de base liant la banque à son client et qui apparaissent comme l'exécution des contrats classiques de prêt et de dépôt et ne peuvent donc pas, par opposition aux premières, donner lieu à tarification par voie de commissions.

Or, les autorités communautaires n'ont pas estimé utile de préparer une harmonisation *directe* en ce domaine. Remarquons quand-même qu'en l'absence d'harmonisation communautaire sur la question, les activités bancaires restent toujours soumises au droit de la concurrence²²³.

La question connaît indirectement un regain d'intérêt dans le cadre de la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers qui impose un certain délai dans la prise en compte du virement intra-communautaire²²⁴ et qui est donc appelée à régir les dates de valeur suite à un tel virement.

Cet arrêt de la Cour de Cassation du 6 avril 1993 concernant les dates de valeur et plus particulièrement son fondement d'absence de cause, n'a pas été salué par la doctrine tant il est vrai qu'un autre fondement aurait été selon eux préférable.

La brève incursion dans le droit comparé européen nous enseigne ensuite que cette pratique, là où elle a été conditionnée dans sa mise en œuvre, le fut au moyen d'un instrument juridique plus souple et de décisions longuement motivées qui contrastent singulièrement avec les arrêts courts et secs de la Cour de Cassation française.

A peine deux après avoir rendu un arrêt allant, du moins pour partie, bouleverser la conception traditionnelle qu'avaient les tribunaux à l'égard de l'usage des dates de valeur, la haute juridiction a été amenée en 1995 à « *remettre les pendules à l'heure* » en ce qui concerne l'usage bancaire du diviseur 360.

Cette décision, dans ce qu'elle a entraîné une large confusion dans l'esprit des justiciables du fait de son attendu peu explicite, mérite dès lors une analyse bien plus approfondie.

Section II Une remise en cause discutable

La Cour de cassation a rendu selon nous sa décision du 10 janvier 1995 concernant l'usage bancaire du diviseur 360 sous un attendu prêtant à confusion. Il convient dès lors de procéder à une analyse plus approfondie de l'arrêt et plus particulièrement de son fondement.

En approfondissant tant la décision elle-même que les premières notes rendues à propos de l'arrêt, on s'aperçoit que l'interprétation donnée par d'éminents auteurs²²⁵ de la doctrine bancaire peut être discutée.

En se basant seulement sur le rejet par la Cour suprême des moyens suivis auparavant par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt précité du 20 septembre 1991, certains auteurs ont pu en conclure à tort que l'arrêt en question remettait en cause la valeur d'usage du diviseur 360.

²²³ Voir à ce sujet une décision de la Commission du 12/12/1986, JOCE, n°L. 43, du 13/2/1987, p. 51 (concernait un accord de l'Association italienne des banques pouvant relever au titre d'une entente de l'article 85 du traité de Rome).

²²⁴ B. Sousi-Roubi, « *Dates de valeur et règles du jeu communautaires* », Revue de droit bancaire, 1994, p. 215. L'auteur avait déjà soulevé en 1994 la possibilité la possibilité d'une éventuelle harmonisation de ces « *opérations transfrontières* ».

²²⁵ C. Gavalda, note sous Cass. com. 10/1/1995, D. 1995, p. 229 ; Banque 1995, p. 93 obs. J-L. Guillot ; JCP E, 1995, p. 465 (n°13) voir aussi C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec 1999, p. 130 ; J.P. D. note sous Cass. com. 10/1/1995, Quotidien juridique n° 9 du 31/1/1995, p. 97

Il faudra par la suite relever que cette interprétation, que l'on pourrait certainement qualifier de *superficielle*, ne résiste pas à la critique, ce qui nous permet de conclure que l'usage de l'année bancaire à 360 jours conserverait sa valeur d'usage conventionnel pour le calcul du taux d'intérêt conventionnel, ci-après dénommé TIC.

Ainsi il convient d'analyser dans un premier temps cette première interprétation fallacieuse, pour en conclure ensuite, comme l'ont d'ailleurs fait d'autres commentateurs²²⁶, que l'usage demeure opposable à certaines conditions.

Paragraphe I Une interprétation controversée de l'arrêt du 10 janvier 1995

L'usage du diviseur 360, en dépit de son caractère commode pour ce qui est du calcul des intérêts bancaires, présente encore un autre avantage relevant plutôt de l'ingénierie bancaire. Selon que l'on calcule les intérêts sur une base de 360 jours ou sur base de l'année civile, le coût du crédit ne sera pas le même. Quelques illustrations établiront bien vite les enjeux financiers de l'usage et par la même, que les conséquences financières seraient *draconiennes* en cas de remis en cause du diviseur 360.

Au lendemain de la décision rendue par la haute juridiction, les sommaires des revues annonçaient ainsi, à peine deux ans après la remise en cause partielle des jours de valeur, celle d'un autre usage de la profession bancaire. Cette interprétation, si elle s'avérait vraie, entraînerait à nouveau des conséquences financières drastiques pour les établissements de crédit français, ainsi que l'a pu écrire M. A. Plateaux²²⁷ : « *cette décision de rupture avec la pratique bancaire ne constitue pas moins un risque latent pour les établissements prêteurs aux conséquences inchiffrables* ».

Afin de bien comprendre les enjeux de la décision, il faudra tout d'abord s'intéresser aux enjeux financiers d'une telle pratique avant de se tourner vers l'interprétation plus que discutable de l'arrêt qu'en viennent de donner certains auteurs.

A. Les enjeux financiers du diviseur 360

Dans la mesure où la Cour de cassation est supposée avoir remis en cause un usage séculaire inscrit dans toutes les mémoires de prêteurs de deniers, il faudra dans une logique pragmatique en analyser les effets quant aux agios à payer par les emprunteurs.

Un tel usage est-il vraiment injuste pour le client ? Ne vaut-il pas mieux payer des intérêts pendant 360 jours plutôt que durant 365 ou 366 jours ?

A y regarder plus près, il n'en est rien. Certes, l'intérêt est fixé pour une année, et, s'il était perçu une fois l'an, il serait moins onéreux pour le client en prenant l'année fictive de 360 jours.

²²⁶ T. Samin, op. cit., p. 6 et F. Auckenthaler, note sous Cass. com. 10/1/1995, JCP G, 1995, II, 22475

²²⁷ voir A. Plateaux, « *La durée de l'année bancaire et son influence sur les taux d'intérêt* », Gazette du Palais 1996, Doctrine, p. 859

Mais, en réalité, il est perçu pour des périodes plus courtes et, en ce cas, une simple règle de trois démontre que le système est pénalisant pour le consommateur du service bancaire.

Une petite illustration s'impose :

A supposer que le taux soit de 10 % et que son assiette, c'est-à-dire le capital, soit de 1.000 :

Le montant quotidien de l'intérêt serait de :

$$\frac{1.000 \times 10 \%}{360} = 0,277 \text{ au cas où l'année bancaire serait de 360 jours}$$

Mais il ne serait que de,

$$\frac{1.000 \times 10 \%}{365} = 0,273 \text{ sur la base d'une année bancaire de 365 jours}$$

Il a été démontré que, pour les entreprises, le coût du renchérissement du crédit était de 1,388% pour une année ordinaire et de 1,666 % pour une année bissextile²²⁸.

On pourrait s'accorder qu'une telle différence n'est certes pas de nature à briser l'équilibre du contrat de prêt. Il ne devrait de surcroît pas conduire à franchir le seuil de l'usure.

D'un autre point de vue, ce renchérissement du crédit vient renflouer les caisses de la banque et si cette décision, rendue sur le fondement du décret du 4 septembre 1985, constituait vraiment une remise en cause de l'usage, les conséquences financières en seraient insurmontables pour les banques étant donné que le décret était en vigueur depuis près de 10 ans lorsque l'arrêt litigieux a été rendu.

Ainsi si une banque avait accordé pour une année un emprunt de 100.000.000 de francs, l'établissement aurait par ce procédé encaissé un surplus de 100.000.000. X 1.388 % = 1.388.000 francs. En additionnant ce surplus pour les dix années passées pour l'ensemble des crédits accordés, les sommes à restituer par les établissements de crédit pourraient atteindre un montant fatidique.

Il nous paraît dès lors plus que douteux que la Cour suprême ait voulu infliger un tel sort aux banques françaises. Cela n'a pas empêché certains auteurs d'en arriver à cette conclusion.

B. Une interprétation doctrinale superficielle

La Cour de cassation avait dans son attendu rejeté les moyens suivis par la Cour d'appel de Paris concernant l'usage bancaire et le décret de la Convention nationale du 18 frimaire An III²²⁹.

²²⁸ voir Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Relations entreprises-banque, n° 1315

²²⁹ Le 8 décembre 1794

1) Le décret

La Cour avait expressément rejeté l'argument tiré d'une consécration légale du diviseur 360 jours par le décret. Selon le texte, l'intérêt annuel des capitaux sera compté par et pour 360 jours seulement. Il n'y aura point de cours pendant les *sans-culottides*.

Le rejet de cette branche nous paraît tout à fait justifié car les termes même du décret suffisent à attester de sa désuétude. En effet, la plupart des auteurs s'accordent pour affirmer que ce décret n'est plus en vigueur car la référence expresse aux journées *sans-culottides* de ce calendrier, qui a d'ailleurs été abrogé par le Senatusconsulte du 22 fructidor an XIII²³⁰, militait fortement en faveur de sa désuétude²³¹.

Concernant le décret, un auteur²³² relevait dans sa note, qu'alors même qu'aucun texte ultérieur n'avait expressément abrogé le décret du 18 frimaire An III, il lui paraissait quand même que le décret n'est plus en vigueur, ce qui expliquerait qu'il ne figure ni au fichier législatif du secrétariat général du gouvernement, ni dans le recueil des Codes et Lois.

MM. M. Vasseur et X. Marin²³³ professaient déjà bien avant qu'il paraisse plus que douteux qu'il soit resté en vigueur après la loi de 1807 précitée, établissant les maxima légaux du cours des intérêts.

Remarquons finalement que l'abrogation de la loi par désuétude n'est pas un problème simple au regard du droit civil. C. Gavalda souligna dans sa note : « *Favorables à cette abrogation, au plan de l'équité et du raisonnable, la plupart des auteurs restent fort prudents, oserions-nous dire "frileux" en droit pur* ».

Une autre argumentation très convaincante pourrait être tirée Du traité de droit civil des MM. A. Colin et H. Capitant, qui penchent eux pour une abrogation de lois ne correspondant plus au système en vigueur (Royauté, Empire...). Le calendrier révolutionnaire avait ses racines, le retour au calendrier traditionnel n'emportait-il pas implicitement mais sûrement le retour au calendrier grégorien et donc à une année à 365 jours ?

Il résulte donc de ces développements que seule la consécration légale de l'usage ait disparu. Qu'en est-il de l'usage lui-même ?

2) L'usage bancaire

Nous avons exposé dans notre premier titre que selon qu'il s'agira d'un usage conventionnel ou d'un usage de droit ou coutume, les conditions d'opposabilité de l'usage varient singulièrement. De quelle sorte d'usage s'agissait-t-il ici ?

L'usage se justifiait surtout par sa commodité, facilement divisible à une époque où les opérations de calcul se faisaient encore à la main. L'arrêt du 19 avril 1982 avait déjà été accueilli avec circonspection par la doctrine²³⁴ qui soulignait que l'intérêt pratique s'estompait fortement à l'époque de la machine à calculer.

²³⁰ Le 9 septembre 1805

²³¹ voir C. Gavalda, op. cit., p. 231

²³² J.P. D., op. cit., op. cit., p. 96 et 97

²³³ M. Vasseur et X. Marin, op. cit., p. 233, note 2

²³⁴ M. Cabrillac, CA Paris 19/4/1982, RTD com. 1982, p. 598 ; L'auteur conclut que : « *Le progrès technique appelait une évolution au nom d'un élémentaire souci de vérité* ».

Cette disparition du caractère pratique de l'usage remet donc en cause sa nécessité²³⁵, ce qui implique que l'on ne lui confère pas la force d'une coutume mais celle d'un simple usage conventionnel. Or les juges du fond n'avaient pas relevé que le client avait adhéré en toute connaissance à l'usage. Cet usage ne pouvait pas lui être opposable.

Etant désormais plus qu'un simple usage conventionnel et la Cour ayant rendu sa décision sur le fondement du décret du 4 septembre 1985 relatif au TEG, qui est d'ordre public, les auteurs en ont conclu que le calcul de l'intérêt devrait se faire sur 365 et non plus sur 360. Or si les mots ont un sens, le TEG ne doit pas être confondu avec le TIC. Ces auteurs ont ici généralisé une solution qui ne méritait pas de l'être.

Paragraphe II Le diviseur 360 conserve sa valeur d'usage en matière de taux d'intérêt conventionnel

Contrairement à ce que pouvait écrire M. J-L. Guillot²³⁶, la Cour de cassation ne confond pas à notre sens l'expression du TEG avec la présentation du taux annuel de l'intérêt.

La décision, rendue sur le fondement du décret du 4 septembre 1985, a selon nous pour objet de limiter la portée de la remise en cause comprise dans son attendu. Ne nous y trompons pas, l'attendu remet en cause l'usage du diviseur 360 pour le calcul du TEG (rendu sur son fondement), ce qui tombe d'ailleurs sous le sens car le texte, qui est d'ordre public, se réfère expressément à l'année civile²³⁷.

Ainsi n'est-il pas vrai que cette remise en cause se limite au cas précité et que l'usage reste opposable dans les rapports banque-client, mais à certaines conditions bien précises.

A. Un fondement limitant la portée de l'arrêt

Le décret décrit le régime du TEG, or il ne s'agissait pas en l'occurrence de déterminer le TEG mais les modalités de calcul des intérêts que devait appliquer l'expert pour calculer la dette de la SARL. M. Cabrillac et B. Teyssié ont pu écrire que faute de stipulation écrite du TEG, le taux légal s'appliquait, qui lui est fixé pour la durée de l'année civile. On pourra alors s'étonner de ce que la Cour n'ait pas rendu son arrêt sous le visa de la loi du 11 juillet 1975 mais sous celui du décret précité.

Ce qui a posé problème, est essentiellement l'attendu qui aurait mérité d'être plus explicite. En effet, le « *taux annuel de l'intérêt* », n'est pas le « *montant des intérêts* ». Les auteurs soutenant la thèse de la remise en cause pure et simple de l'usage ont en fait raisonné comme suit : le décret de 1985 s'applique aux modalités de calcul des intérêts conventionnels.

Ce raisonnement n'est pas pertinent pour deux raisons²³⁸ :

-Si les mots ont un sens le décret ne vise que le TEG, il n'y a donc pas lieu d'étendre sa portée aux modalités conventionnelles du calcul des intérêts. Celles-ci sont régies par le principe de la liberté contractuelle dans la limite des plafonds de l'usure²³⁹.

²³⁵ L'élément psychologique de l'*opinio necessitatis*, composante de la coutume fait donc défaut.

²³⁶ J-L. Guillot, note sous Cass. com. 10/1/1995, Banque 1995, p. 93

²³⁷ Article 1^{er} du décret se lit comme suit : « ...le TEG est obtenu en multipliant le taux de période par le rapport entre la durée de l'année civile et celle de la période unitaire... » voir JCP G, 1985, III, 57655

²³⁸ Voir aussi, F. Auckenthaler, note sous Cass. com. 10/1/1995, JCP G, 1995, II, 22475, p. 313

Le décret est issu de la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure, or cette loi ne remettait pas en cause le principe de l'autonomie de la volonté en matière d'intérêts, mais fixait un plafond à la rémunération de l'argent.

L'objectif poursuivi par la réglementation de l'usure est de cantonner le coût global du crédit dans des proportions raisonnables et d'assurer une bonne information de l'emprunteur. Nous ne pouvons que constater que ces objectifs ne sont nullement remis en cause par l'utilisation du diviseur 360, car le surcoût d'intérêts induits par cet usage sera reflété par le TEG. Ceci lui permettra de prendre conscience du coût du crédit et empêchera toute tentative de contournement des plafonds de l'usure. Il sera renseigné sur le surcoût et pourra comparer en connaissance de cause. C'est ce TEG qui sera pris en compte pour l'application de seuils usuraires.

-Ensuite, non moins digne d'attention est le fait, que les banques entre elles ont toujours eu recours à cet usage. Cette modalité de calcul est encore constamment employée pour les opérations de prêt conclues sur le marché interbancaire²⁴⁰. Ce marché interbancaire est une source de refinancement considérable des banques et il n'apparaît dès lors pas opportun de créer une distorsion entre le coût de leurs ressources et celui des crédits qu'elles octroient. Rappelons encore brièvement que les conséquences financières qui en résulteraient seraient sans doute fatidiques pour les banques²⁴¹.

Ainsi donc nous pouvons en conclure que la portée de l'arrêt doit être limitée au fait que la Cour a simplement qualifié ce *diviseur* d'usage conventionnel et il reste donc tout à fait licite et opposable à certaines conditions tout de même.

B. Conditions d'utilisation de l'usage

Nous sommes donc ainsi arrivés à la conclusion que le fameux diviseur 360 conservait sa valeur d'usage bancaire. Il est intéressant de relever que cette conclusion, alors même qu'elle fut partagée par certains professionnels de la branche²⁴², qui y avaient peut-être également un *intérêt*, nous semble être de loin la plus adéquate en droit.

Cette conclusion est encore corroborée par des exemples d'actualité. Ainsi, en lisant les conditions générales de la Banque populaire de la région économique d'Alsace et de Lorraine, on s'aperçoit aisément que le procédé du diviseur est encore toujours appliqué. Sur le plan international, bon nombre de pays européens connaissent cet usage et l'appliquent quotidiennement dans les opérations bancaires²⁴³.

Comme l'a souligné M. T. Samin : « *Non le diviseur 360 ne sera pas le Montségur bancaire et le tic pourra ainsi toujours être calculé sur 360 jours, sous réserve du respect de certaines conditions* ».

²³⁹ Articles 1905 et 1907 du code civil et article 313-3 du code de la consommation

²⁴⁰ Les TIOP (ou PIBOR) qui sont applicables aux opérations à 1 mois, 3 mois, 6 mois sont calculées sur 360 jours.

²⁴¹ Cf supra

²⁴² T. Samin, « *Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire* », Banque 1995, p. 3-8 et F. Auckenthaler, op. cit.

²⁴³ Selon l'ALJB, cet usage existe notamment au Luxembourg, aux Pays-Bas, en Norvège, etc. alors que dans d'autres la méthode des 365 jours reste d'application (Grande-Bretagne, Espagne, Italie). Voir 10^e anniversaire de l'Association Luxembourgeoise des Juristes de Banque, « *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg* », Larcier 1994, par J-P. Buyle, p. 840

1) Conditions d'opposabilité

L'usage ayant été qualifié d'usage conventionnel, il ne suscitera pas de difficultés spécifiques entre professionnels de la branche. Il sera réputé avoir été tacitement compris dans le contrat à défaut d'avoir été écarté par les parties.

Dès lors qu'il s'agit de rapports entre établissements de crédit et des clients, l'opposabilité est subordonnée à la double condition que le client en ait eu connaissance, lors de la conclusion du contrat, et en ait accepté expressément ou tacitement l'application à leur relation.

C'est ainsi que les banques organisent souvent un renvoi aux conditions générales expliquant la teneur de l'usage (connaissance) et exigent du client de signer une clause d'après laquelle ils acceptent l'applicabilité de l'usage à leur relation (acceptation).

Il ne faut pas oublier que l'usage, en raison de sa valeur conventionnelle, ne pourra pas déroger à des dispositions impératives.

2) Conditions de validité

Ainsi l'usage du diviseur 360 n'est valable que dans la mesure où son utilisation n'aboutit pas à une méconnaissance de la réglementation relative à l'usure.

On pourrait ainsi très bien imaginer un TIC exprimé pour une durée de 360 jours ne soit pas usuraire, alors que le TEG, calculé cette fois sur une année civile, le soit. La rémunération du prêteur, pour pouvoir être utilement comparée au butoir à ne pas dépasser doit, en toute logique, être calculée sur la base d'une année effective et non pas fictive.

Les textes définissent désormais l'usure en fonction d'un taux de référence, qui ne doit pas dépasser le TEG pratiqué par l'établissement prêteur pour l'opération considérée²⁴⁴.

Cet arrêt encourt la critique dans la mesure où, faisant référence au taux annuel de l'intérêt alors que le TEG n'est pas vraiment un taux car il comprend outre le TIC les commissions et les frais, il risque d'entretenir la confusion en ce qui concerne la possibilité de calculer le TIC sur la base d'une année de 360 jours.

Une fois de plus il y a lieu de constater que les arrêts de la Cour de cassation gagneraient à être plus explicite.

Conclusion :

Tous nos développements imposent donc de faire le constat suivant : La situation du banquier apparaît quelque peu précaire. Les récentes remises en cause d'usages de la profession, et cela qu'elles soient réelles ou seulement perçues comme tel, sont source de multiples contraintes qui participent bien du mouvement général de la protection du *faible* contre le *fort*.

²⁴⁴ Article 313-3 Code de la consommation : « Constitue un prêt usuraire, tout prêt conventionnel consenti à un TEG qui excède, au moment où il est consenti, de plus d'un 1/3, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues ». Il est rendu public par un avis du ministère de l'économie et des finances publié au JO à chaque fin de trimestre civil à partir des informations de la Banque de France.

Si cette logique consumériste peut parfaitement s'appliquer à la profession bancaire, il incombe dès lors plus que jamais à la Cour de cassation de faire preuve d'objectivité dans son application et donc d'en user avec modération, c'est-à-dire en tenant compte des aspects macroéconomiques. Il apparaît dès lors souhaitable que ce soit plutôt au législateur de se préoccuper de la question car se détachant un peu plus des textes, il pourrait mieux concilier les intérêts en présence.

La jurisprudence semble ainsi vouloir réduire de plus en plus les rémunérations du banquier, qui au plan individuel ne se faisaient guère ressentir, mais dont le produit global était essentiellement affecté au financement d'un certain nombre de services bancaires gratuits, comme les formules de chèques.

Ce constat est d'autant plus lourd pour la profession, que le métier est en passe de s'europaniser et les nouveaux impératifs concurrentiels qui en découleront, obligeront à nouveau les établissements de crédit à revoir à la baisse le coût du service bancaire français, qui est un des plus chers d'Europe.

Nous nous permettons de reprendre ici, afin de mieux décrire la situation des établissements de crédit dans la mise en œuvre d'usages professionnels, la formule empruntée à T. Samin²⁴⁵ : « ...qu'il est décidément loin le temps où le banquier se trouvait dans la situation privilégiée du dragon Fafner qui, couché sur son or et apprenant que Siegfried était en route pour le tuer, pouvait se contenter de répondre, dans un baillement superbe : *ich lieg' und besiz', lasst mich schlafen* (je dors et je possède, laissez-moi dormir) ! ».

De manière plus générale en ce qui concerne la mise en œuvre des usages, nous ne pouvons que constater la relative discrétion du Comité consultatif dit des usagers, institué par la loi bancaire, et cela tant en ce qui concerne leur consécration que leur remise en cause ou devrait-on plutôt dire lors de la délimitation de leurs champs d'application.

Pourquoi ne pas profiter de l'existence de cet organe institué par l'article 59 de la loi bancaire du 24 janvier 1984. Composé paritairement entre les banques et leur clientèle, ce comité a pour rôle d'étudier les relations entre les partenaires et de proposer toutes mesures appropriées. Qui mieux que lui pouvait débarrasser les usages existants de leurs éléments anachroniques, relever des pratiques, formuler des règles de conduite, amener les intéressés à réfléchir sur une règle commune prenant en compte les intérêts de chacun.

Bref, ce comité pourrait ainsi dégager l'élément consensuel indispensable à tout usage dans sa phase initiale pour qu'il puisse prendre ensuite son essor juridique sur des bases cette fois plus équilibrées sinon équitables. Les banques se trouveraient alors investies d'une fonction normative ayant pour objet de réguler des intérêts catégoriels différents traduisant ainsi la marque d'un néo-corporatisme.

On serait alors en présence d'un droit négocié prenant en compte des intérêts collectifs catégoriels et préférables à maints égards à un droit unilatéral édicté par les banques et donnant lieu aux problèmes exposés ci-dessus.

²⁴⁵ T. Samin, op. cit., p. 21

Bibliographie

Ouvrages généraux :

***F. Terré,**

Introduction générale au droit, Dalloz, 1998

***F. Gény,**

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J., 1954

***J. Carbonnier,**

Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 1992

***H. Roland et L. Boyer,**

Adages du droit français, Litec, 1999

***M. Pédamon,**

Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce Concurrence et contrats du commerce, Dalloz, 1994

***G. Ripert et R. Roblot,**

Traité de droit commercial, par M. Germain et L. Vogel, t. I, L.G.D.J., 1998

***P. Malaurie et L. Aynès,**

Droit civil, Les obligations, Cujas, 1998

***J. Ghestin,**

Droit civil, Les obligations, L.G.D.J., 1992

***F. Terré, P. Simler et Y. Lequette,**

Droit civil, Les obligations, Dalloz 1999

***J. Hamel,**

Les comptes en banque, par M. Vasseur et X. Marin Ed. Sirey, Paris 1966

***C. Gavalda et J. Stoufflet,**

Droit du crédit, Litec, 1998

***C. Gavalda et J. Stoufflet,**

Droit bancaire, Litec 1999

***J-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud,**
Droit bancaire, Dalloz, 1995

***M. de Juglart et B. Ippolito,**
Traité de droit commercial, Banques et bourses, par L. Martin, Montchrestien, 1991

***T. Bonneau,**
Droit bancaire, Montchrestien, 1999

<u>Ouvrages spéciaux :</u>

***A. Kassis,**

Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J., 1984

***C. Schmitthoff,**

“Law of international trade, Its growth, formulation and operation”, in The Sources of the law of international trade, London, 1964

***A. Couret, J. Devèze, G. Hirigoyen,**

« Lamy, droit du financement », éd. Lamy, 2000

***Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien, 6 éd., tome III, Paris 1857**

Articles et études :

***J.-P. Arrighi,**

« La protection du banquier escompteur par l'usage », JCP E, 1990, II, 15861

***F. J. Credot,**

« La capitalisation trimestrielle des intérêts débiteurs des comptes bancaires et l'article 1154 du Code civil », PA 8/9/1989, p. 9

*** J-P. Buyle,**

« Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg », 10^e anniversaire de l'Association Luxembourgeoise des Juristes de Banque, Larcier, 1994

***M. Dusseaux,**

« Vers une harmonisation européenne des conditions de banque » Revue de droit bancaire 1990, p. 77

***S. Hovasse-Banget,**

« La capitalisation des intérêts et les comptes bancaires », Revue de droit bancaire 1993, p. 24

***M. Di Martino,**

« Les jours de valeur », Banque 1982, p. 611

***C. Mouly,**

« Dates de valeur : Blocage actuel et possibilités de déblocage », Revue de droit bancaire 1994, p. 227

***C. Mouly,**

« Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur », RJDA 1993, p. 503

***C. Nguyen,**

« Le silence des parties et les conditions de banque dans l'état du droit antérieur à la loi de 1984 », Rev. jurispr. Com. 1985, p. 166

***M. Pédamon,**

« Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », RTD com. 1959, p. 359

***A. Plateaux,**

« La durée de l'année bancaire et son influence sur les taux d'intérêt », Gaz. Pal. 30/7/1996, doctrine, p. 859

***Marcel Proust, Chroniques, Figaro 25/3/1913**

***T. Samin,**

« Regards sur l'anatocisme en tant que mode de réparation », Banque 1994, juillet-août, p. 3

***T. Samin,**

« Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire », Banque 1995, p. 3

***D. Schmidt,**

« Sur la prétendue capitalisation des intérêts d'un découvert en compte », Banque et bourse, 1989, p. 120

***B. Sousi-Roubi,**

« Dates de valeur et règles du jeu communautaires », Revue de droit bancaire, 1994, p. 215

***C. Witz,**

« Les dates de valeur en droit allemand » Revue de droit bancaire 1994, p. 221

***Rapport du Conseil national du crédit, 1985-1986, p. 47**

***Rapport sur la modernisation des moyens de paiement, d'octobre 1992, JO des avis et rapports du C.E.S.**

***Rép. Mesmin, JOAN 8/5/1989, p. 2139**

***Séminaire « Les dates de valeur ont-elles un avenir ? », Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Lyon-III, mars 1993**

***« Questions au gouvernement », extrait du compte rendu n° 10/1994-1995, p. 428**

***Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Relations entreprises-banque**

Jurisprudence :

(par ordre chronologique)

- *Cass. civ. 20/6/1848, DP 1848, 1, p. 221
S. 1848, 1, p. 434 et la note
- *Cass. civ. 18/3/1850, S. 1850.1.p 381
- *Cass. civ. 14/5/1850, S. 1850, 1, 441
D. 1850, 1, 157
- *Cass. crim. 14/5/1852, DP 1852, 1, p. 309
- *Cass. req. 23/5/1900, D. 1901, 1, p. 269
- *Rennes 10/7/1907, D.P. 1908, 2, p.47
- *Cass. req. 5/12/1910, D. 1912, p.243
- *Cass. civ. 21/6/1920, DP. 1924.1.p. 102
- *Cass. req. 22/12/1924, S. 1927, 1, p. 343
- *Paris 6/12/1933, Gaz. Pal. 1934, 1, 222
- *CA Paris, 4/1/1934, DH 1934, p. 105
- *Trib. civ. Seine, 4/1/1945, D. 1945, p. 291
- *Cass. com. 9/2/1953 et Cass. civ. 3, 7/7/1975, Grands arrêts. 9
- *Cass. com. 20/12/1954, D. 1955, J,83
- *Cass. com. 25/1/1955, D. 1957, p. 287-
- *Cass. civ. 1ère 1/6/1960, Bull. civ. I, n° 305
- *Cass. com. 29/6/1964, JCP 1964, II, 13949 note C. Gavalda,
- *Cass. com. 6/7/1964, JCP 1965, II, 14024 obs. C. Gavalda ;
- *Trib. com. Nice 3/11/1965, Banque 1966, p. 54, obs. X. Marin
- *Cass. crim. 6/1/1966, RTD com. 1966, note Becqué et Cabrillac, p. 373
- *Lyon 25/4/1967, JCP 1968, II, 15324, obs. Y. Guyon
- *Cass. crim. 6/7/1967, JCP 1969, II, 15747, note M. Pédamon
JCP 1967, IV, 126

- ***T.G.I. Paris 2/4/1969**, D. 1969, J, 674, note M. Vasseur
JCP 1969, II 15892
- ***C.A. Paris 18/4/1970**, D. 1970, J, 596 note M. Vasseur
- ***Cass. com. 23/6/1971**, JCP 1972, II, 17040 note C. Gavalda
- ***Cass. com. 18/1/1972**, JCP 1972, II, 17072
- ***CJCE 8/4/1976**, Dlle Defrenne c/ Sabena, Rec. p. 454
- ***CEDH arrêt 13/6/1979**, Marckx c/ Belgique série A, n° 31, p. 58
- ***CA Paris 19/4/1982**, D. 1982, IR p. 409 obs. M. Vasseur
RTD com. 1982, p.598 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié
- ***Cass. com. 16/5/1984**, Bull. civ. 1984, IV, n°165
- ***Cass. com. 5/2/1985**, Banque 1985, p. 522 note J.-L. Rives-Lange
- ***Décision de la Commission du 12/12/1986**, JOCE, n°L. 43, du 13/2/1987, p. 51
- ***Cass. civ. 1^{ère} 9/2/1988**, JCP 1988, II, 21026 obs. C. Gavalda et J. Stoufflet ;
Banque 1988, p. 590 obs. J-L. Rives-Lange
- ***Cass. com. 12/4/1988**, D. 1988, p. 309 obs. Jéol
- ***Cour Fédérale de Justice Karlsruhe 17/1/1989**, BGHZ 106, p. 256 et s.
JR 1989, p. 372 et s. note Bunte
- ***Cass. com. 23/5/1989**, Bull. Civ. IV, n° 60, p. 107 ;
Banque 1989, p. 1086 obs. J-L. Rives-Lange ;
PA, 24/11/1989, n° 141, p. 12, note F. Crédot ;
Revue de droit bancaire 1989, p. 172, obs. F. Crédot et Y. Gerard
RTD com. 1990, p. 65, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié
- ***Cass. civ. 1^{ère}, 2/5/1990**, JCP 1991, II, 21655, obs. J. Stoufflet
- ***CA Aix-en-Provence 25/9/1990**, Revue de droit bancaire 1991, p. 197, obs. F. Crédot et Y. Gérard
- ***CA Aix-en-Provence 29/9/1990**, Banque 1991, p. 96, obs. J-L. Rives-Lange
- ***CA Aix-en-Provence 12/10/1990**, Revue de droit bancaire 1991, p. 197, obs. F. Crédot et Y. Gérard
- ***Cass. civ. 1^{ère} 4/12/1990**, Banque 1991, p. 324 note J.-L. Rives-Lange
- ***Cass. civ. 1^{ère} 19/12/1990**, Bull. civ. 1990, n° 303
- ***Cass. com. 9/4/1991**, Banque 1991, p. 982 obs. J-L. Rives-Lange

- ***Cass. com. 22/5/1991**, JCP E, 1991, II, 190 note J. Stoufflet,
- ***CA Paris 20/9/1991**, Revue de droit bancaire 1992, p. 29-31, obs. F. Crédot et Y. Gérard
- ***CA Versailles 17/1/1992**, D. 1992, p. 352 D. Martin ;
RTD com. 1992, p. 839 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié
- ***Paris 12/11/1992**, D. 1994, SC p. 321 obs. M. Vasseur;
JCP 1995, I, 463 n°7
- ***Cass. com. 6/4/1993**, Bull. Civ. IV, n° 138
D. 1993, p. 310 note C. Gavalda
PA 14/4/1993, n° 45, p. 12 note J-P. D.
JCP 1993, II, 22062 note J. Stoufflet
PA 21/7/1993, p. 13-16 note J-L. Courtier
PA 5/7/1993, n°80, p. 17-21, note T. Samin
- ***CJCE, 5/10/1993**, aff. C. 13, PA 9/2/1994, p. 20, obs. L Cartou
- ***Cour Fédérale de Justice Karlsruhe 30/11/1993**, BGH 30/11/1993, NJW 1994, p. 318
- ***Cass. com. 29/3/1994**, Bull. civ. IV, 1994 n° 134
- ***Cass. com. 7/6/1994**, Bull civ. IV, 1994 n° 201
- ***Cass. com. 18/10/1994**, D. 1994, IR, p. 248
- ***Cass. com. 10/1/1995**, D. 1995, p. 229 note C. Gavalda;
Banque 1995, p. 93 obs. Guillot
JCP E, 1995, p. 465 (n°13) ;
Quotidien juridique n° 9 du 31/1/1995, p. 97 note J.P. D. ;
JCP 1995, II, 22475 note F. Auckenthaler ;
Revue de droit bancaire 1995, p. 80 obs. F. Credot et Y. Gérard
- ***T. Com. Paris 14/6/1995**, Rev. jurispr. com., 1995, p. 355 obs. E. Putman
- ***Cass. com. 27/6/1995**, D. 1995, p. 380 note A-M. Romani ;
Quotidien juridique, n° 91 du 14/11/95, p. 99 note J-P. D ;
RTD com. 1995, p. 820 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ;
JCP E, 1995, pan. 1070
JCP E, 1996, I, 525, n°8
- ***Cass. com. 28/11/1995**, Bull. civ. 1995, IV, n°271
- ***CJCE 20/2/1997**, MSG/Gravières Rhénanes, C-106/95, Rec. p. I-911
- ***CJCE 16/3/1999**, Castelletti, C-159/97, Rec. P. I-1636 ;
Revue critique DIP, 1999, p. 573-577 note H. Gaudemet-Tallon
European Law Revue, 2000, p. 178-182 note T. Hartley
DMF, 2000, p. 72-75

***CA Rouen, 22/4/1999**, JCP 2000, IV, 2050 obs. P. Maqueron

***Cass. com. 4/5/1999**, Bull; civ. IV, n° 90 p. 75

D. 1999, IR, p. 148

RJDA 1999, n° 822 p. 659

PA 17/6/1999, n°120 p. 5

D. Aff; 1999, p. 939 obs. X.D.

D. 2000, p.191, obs. J. Djoudi

JCP E, 2000, p.895, obs. P. Neau-Leduc

Répertoire du notariat Defrénois, 1999, p. 997-999 note P. Delebecque

Table des matières

Plan sommaire	p. 1
Table des abréviations	p. 2
Introduction	p. 4
 <u>Titre I. La reconnaissance de l'usage bancaire</u>	 p. 12
<u>Chapitre I L'existence de l'usage en matière bancaire</u>	p. 13
Section I La formation de l'usage	p. 14
Paragraphe I Le processus de formation de l'usage	p. 15
Paragraphe II Le processus de formation à l'épreuve de la jurisprudence	p. 17
Section II L'autorité des usages au regard de la loi	p. 20
Paragraphe I Le principe	p. 20
Paragraphe II L'anatocisme en droit bancaire	p. 22
A. L'origine de l'anatocisme en droit français	p. 22
B. Fondement de l'anatocisme	p. 24
<u>Chapitre II L'opposabilité de l'usage</u>	p. 26
Section I La preuve de l'usage	p. 27
Paragraphe I Le rôle probatoire du parère	p. 28
A. Le régime du parère	p. 28
B. Le parère attestant en justice de l'existence de l'usage	p. 30

Paragraphe II L'efficacité du parère	p. 32
Section II La notoriété de l'usage	p. 33
Paragraphe I Une connaissance présumée entre professionnels	p. 35
A. L'approche en droit interne	p. 35
B. L'approche en droit européen	p. 37
Paragraphe II L'adhésion par le client à l'usage	p. 38
A. Le principe	p. 38
B. Les remèdes assurant une meilleure information du client	p. 40
<u>Titre II La remise en cause de l'usage bancaire</u>	p. 42
<u>Chapitre I Les usages bancaires reconsidérés par la jurisprudence</u>	p. 43
Section I Les jours de valeurs sanctionnés par la jurisprudence	p. 44
Paragraphe I Un usage bancaire affirmé	p. 44
A. Le régime des dates de valeurs	p. 45
B. Les solutions jurisprudentielles antérieures à 1993	p. 47
Paragraphe II Un usage déclaré illicite pour absence de cause	p. 49
A. Dates de valeur sur remises liquides et retraits	p. 50
B. Dates de valeur sur les remises de chèques ou d'effets	p. 51
Section II L'année bancaire déclarée contraire au décret du 4 septembre 1985	p. 53
Paragraphe I Les origines du diviseur 360	p. 53
A. L'origine législative	p. 54
B. La consécration jurisprudentielle de l'année bancaire à 360 jours	p. 55

Paragraphe II Le diviseur 360 sanctionné par la jurisprudence	p. 56
A. La position de la Cour d'appel	p. 56
B. La position de la Cour de cassation	p. 57
<u>Chapitre II Les enseignements issus de ce bouleversement</u>	p. 58
Section I Portée de la solution dégagée à propos des jours de valeurs	p. 59
Paragraphe I Impact de la décision en droit interne	p. 59
A. Le défaut de cause est un fondement inadéquat	p. 60
1) <u>Un fondement inexact</u>	p. 60
2) <u>Un fondement excessif</u>	p. 61
B. Moyens de déblocage actuels	p. 62
Paragraphe II Les dates de valeurs en droit comparé	p. 63
A. Dates de valeur relevant de la liberté contractuelle	p. 64
B. Les dates de valeur à l'épreuve des conditions générales d'affaires en Allemagne	p. 65
Section II Une remise en cause discutable	p. 67
Paragraphe I Une interprétation controversée de l'arrêt du 10 janvier 1995	p. 68
A. Les enjeux financiers du diviseur 360	p. 68
B. Une interprétation doctrinale superficielle	p. 69
1) <u>Le décret</u>	p. 70
2) <u>L'usage bancaire</u>	p. 70

Paragraphe II Le diviseur 360 conserve sa valeur d'usage en matière de taux d'intérêt conventionnel	p. 71
A. Un fondement limitant la portée de l'arrêt	p. 71
B. Conditions d'utilisation de l'usage	p. 72
1) <u>Conditions d'opposabilité</u>	p. 73
2) <u>Conditions de validité</u>	p. 73
Conclusion	p. 73
Bibliographie	p. 75
Table des matières	p. 84