

QUID DE LA RÉMUNÉRATION DE CRÉDITS BANCAIRES FRANÇAIS EN PRÉSENCE D'INDEX DE RÉFÉRENCE NÉGATIFS ET EU ÉGARD À L'HYPOTHÉTIQUE DISPARITION DES INDEX ?



MAÿLIS DE MAROLLES
Juriste en droit bancaire

Les mesures dissuasives de la BCE vis-à-vis des dépôts des banques, afin de lutter contre la désinflation et d'inciter ces dernières à réinjecter des liquidités dans l'économie en vue de favoriser la relance, ont affecté depuis plusieurs années l'évolution des indices de référence. L'Eonia et certaines maturités de l'Euribor sont alors devenus négatifs, affectant *de facto* les intérêts des crédits à taux variable.

Cette situation n'est pas sans conséquence pour les banques qui se trouvent dès lors confrontées à un certain nombre d'interrogations*, les réponses apportées pouvant avoir un impact sur leur PNB (produit net bancaire). Cet article a pour finalité non seulement de s'interroger sur les aspects juridiques de cette problématique dans le domaine des crédits professionnels soumis au droit français (I.) mais également d'évoquer la récente jurisprudence prononcée à l'encontre de crédits consentis à des consommateurs (II.) ainsi que la disparition prochaine et désormais actée de « certains » indices de référence (III.).

* Recueil de l'Institut Messine, « Taux d'intérêt négatifs – Douze regards », janvier 2016 : <http://institutmessine.fr/publications/#taux-dinteret-negatifs-douze-regards.compressed.pdf>.

Afin de dissuader les banques de placer leurs liquidités excédentaires auprès de la Banque Centrale Européenne (BCE) et afin de les encourager à les réinjecter sur le marché pour relancer l'investissement et la consommation, la politique de la BCE¹ a consisté, depuis plusieurs années², à la fois à baisser son taux de base applicable aux crédits consentis aux banques d'une part, et à appliquer un taux négatif³ aux dépôts des banques qui replacent leurs liquidités auprès d'elle, d'autre part. Les banques effectuant des dépôts se sont donc retrouvées confrontées à devoir payer à la BCE lors du placement de leurs liquidités excédentaires (pour les fonds allant au-

1. Décision de la BCE du 5 juin 2014 concernant la rémunération des dépôts, soldes et avoirs d'excédents de réserves (BCE/2014/23) (2014/337/UE) : « Un taux d'intérêt négatif implique une obligation de paiement du titulaire du dépôt vis-à-vis de la banque centrale de l'Eurosystème concernée, y compris le droit de cette banque centrale de l'Eurosystème de débiter en conséquence le compte de la contrepartie. » Intervention de M. Mario Draghi, président de la Banque Centrale Européenne, Washington D.C., le 14 mai 2015 (<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2015/html/sp150514.fr.html>) : « [...] les décisions de politique monétaire ont toujours des répercussions sur la répartition des richesses. Lorsque la politique monétaire agit pour mettre fin à la désinflation en abaissant les taux d'intérêt, il en résulte inévitablement des effets sur la répartition des richesses, cette mesure réduisant les revenus d'intérêts des épargnants et allégeant la charge de la dette pesant sur les emprunteurs. Toutefois, ces réductions des taux d'intérêt sont nécessaires pour faire progresser la demande globale en incitant les entreprises et les ménages à anticiper leurs décisions de dépense, décourageant une épargne excessive et stimulant l'investissement en abaissant le coût des financements. En outre, dans la mesure où les emprunteurs manifestent généralement une plus grande propension à consommer et à investir que les prêteurs, ces effets redistributifs peuvent favoriser la reprise économique. »
2. Cf. le site de la Banque de France qui précise cependant que les taux négatifs « ne sont pas [...] destinés à durer. En tant qu'instrument de politique monétaire, c'est une mesure temporaire qui doit avoir une ampleur limitée. » V. <https://abc-economie.banque-france.fr/mot-de-lactu/les-taux-dinteret-negatifs>.
3. Le taux des facilités de dépôts était de 0 % depuis juillet 2012 et il est passé à - 0,10 % le 11 juin 2014. En octobre 2015, il se situait à - 0,2 % et les économistes à la Barclays, Antonio Garcia Pascual et Giuseppe Maraffino, « précisaient alors que le marché intègre pour l'heure une probabilité de 90 % d'une baisse additionnelle du taux de rémunération des dépôts de 10 points de base d'ici juin 2016 ». V. <https://www.easybourse.com/bourse/international/article/30810/bce-vers-une-nouvelle-baisse-taux-remuneration-depots-effectuees-par-banques-europeennes-.html>.

dela des réserves obligatoires) sur leur compte BCE⁴. Un certain nombre de questions se sont alors posées non seulement du côté des dépôts bancaires effectués par les clients dans les banques mais également du côté des crédits, certains des index pris comme base de calcul des taux d'intérêt conventionnels étant ensuite devenus négatifs.

La présente contribution aura pour principal objet d'étudier les problématiques rencontrées par les établissements de crédit confrontés :

– à l'application de ces index négatifs que sont l'Euribor, l'Eonia ou encore les autres index de référence fixés contractuellement pour le calcul des intérêts conventionnels ;

– ainsi qu'à la disparition de certains desdits index de référence.

L'étude de l'impact des index négatifs sur les dépôts, que ceux-ci soient réalisés par les banques ou leurs clients, ne sera donc pas abordée.

Ne seront donc également pas étudiées les répercussions^{5, 6, 7} de l'évolution en terrain négatif de ces index du côté des investisseurs, de la dette privée (émissions obligataires...), ou encore de la dette publique française.

Rappelons qu'historiquement le Libor (London Inter-Bank Offered Rate) avait déjà été confronté à cette situation d'index négatif^{8, 9}, affectant le calcul du taux d'intérêt conventionnel de certains contrats, la Loan Market Association (LMA) ayant décidé d'aménager sa documentation contractuelle type afin d'y insérer une clause spécifique visant la survenance de tels événements (étant précisé ici que lesdits contrats types sont en principe soumis au droit anglais).

Concernant les deux taux monétaires de référence de la zone euro depuis janvier 1999, ce fut d'abord l'Eonia (index au jour le jour¹⁰) qui fut affecté au cours des

années¹¹ 2014-2015 et qui fut à l'origine d'un certain nombre d'interrogations du côté des banques.

Furent concernés :

– des crédits à très court terme dont le calcul des intérêts prenait en compte l'Eonia ;

– ou encore le calcul d'intérêts de retard si ces derniers étaient contractuellement calculés en tenant compte dudit Eonia.

Après les transactions à très court terme, l'Euribor suivant la tendance de l'Eonia, les opérations consenties à moyen-long terme furent à leur tour concernées.

En effet, l'Euribor 1 semaine¹² et l'Euribor 3 mois seraient respectivement devenus négatifs le 5 septembre 2014 et le 4 mai 2015. En se positionnant par exemple du 11 mars au 17 mars 2016, le constat était le suivant : étaient alors négatifs l'Eonia ainsi que les Euribor : 1 mois, 3 mois, 6 mois, 9 mois et 12 mois. La progression des taux entre 2016 et 2019 fut assez homogène pour les taux de référence visés dans le Tableau 1 (voir page suivante), chacun ayant diminué d'environ 0,1 point.

Rappelons par ailleurs que l'Eonia sert notamment de référence pour le calcul du Taux moyen mensuel du marché monétaire (TMM ou T4M). Ce dernier est effectivement la moyenne arithmétique mensuelle de l'Eonia, étant également précisé que les jours sans cotation sur les marchés, c'est le dernier taux publié qui est appliqué.

L'apparition progressive de ces différents index négatifs fut alors problématique pour certains établissements intervenant sur le marché interbancaire. En effet, leurs outils informatiques ont dû être adaptés, la gestion de taux négatifs n'ayant, dans le passé, jamais été envisagée.

Par ailleurs, les conséquences de cette situation soi-disant « exceptionnelle » ne furent pas exclusivement de type opérationnel (gestion des outils ; risques opérationnels des traitements manuels), des impacts se posant également en termes juridiques, financiers et commerciaux. Nous nous limiterons ici aux aspects juridiques.

4. Sur la décision de la BCE en juin 2014 d'avoir un taux de facilité de dépôt qui soit négatif du fait du risque d'inflation trop faible dans la zone euro : cf. l'article de Yann Braouzec et Robert Jolliet, « Finance de marché – Taux de facilité négatif, marché interbancaire et arbitrages », Banque et Stratégie n° 333, p. 34.

5. Cf. le Rapport sur la problématique des taux d'intérêt négatifs du Haut Comité juridique de la Place financière de Paris, 30 mars 2017, dont l'analyse juridique, « après une présentation du contexte (1) et de la notion d'intérêts (2.) », « [...] porte sur quatre types d'opérations principalement impactées par les taux d'intérêts négatifs : le prêt (3.), le dépôt (4.), les émissions obligataires (5.) et les opérations de marché (dérivés, pensions, prêts de titres) et les garanties financières qui leur sont associées (6.). Une analyse du traitement comptable des intérêts négatifs figure également en annexe (Annexe 1.) » V. <http://www.eiffr.eu/uploads/eventdocs/5979e0e21cd3b.pdf>.

6. Cf. l'article de Laurent Quignon, « Un regard d'économiste sur les taux d'intérêt négatifs », Hors-série Banque et Droit, novembre-décembre 2016.

7. Cf. l'article de Jean-Pierre Petit, « Les taux d'intérêt négatifs ne sont pas une anomalie », Revue Banque, mai 2019, p. 8.

8. Cf. l'article de Yann Braouzec et Robert Jolliet précité, visant notamment le Libor devenu négatif, précisant que le Libor overnight en euro était de -0,02646 % au 1^{er} septembre 2014.

9. Notons qu'au cours de l'histoire, d'autres pays se sont retrouvés confrontés à la même situation de taux négatif, notamment la Suisse, la Suède, le Danemark, et plus récemment le Japon.

10. L'EONIA (Euro Overnight Index Average) représente le coût de l'argent au jour le jour (overnight) sur le marché interbancaire de la zone euro depuis le 4 janvier 1999. C'est la moyenne, pondérée par les montants (les cotations les plus basses et les plus élevées étant éliminées), des taux traités sur le marché monétaire interbancaire de l'euro pendant la journée par un large échantillon de grandes banques, pour les dépôts et les prêts jusqu'au lendemain ouvré. Il est exprimé avec trois décimales après la virgule. Les taux Eonia du samedi et du dimanche sont ceux du vendredi précédent et l'Eonia d'un jour férié est celui du jour ouvrable précédent.

11. Sur l'explication du passage de l'index Eonia en négatif : cf. l'article « zone euro : le taux JJ en territoire négatif, une première » : <http://bourse.lesechos.fr/forex/infos-et-analyses/zone-euro-le-taux-jj-en-territoire-negatif-une-premiere-995538.php>. Cet article, daté du 29 août 2014, précisait notamment que « l'Eonia calculé sur la base des transactions au jour le jour de prêts non garantis réalisés jeudi par un panel de grandes banques est ressorti à -0,004 %, une situation inédite que les spécialistes du marché monétaire attribuent à des taux directeurs à des plus bas records au sein de la zone euro et à l'abondance des liquidités. Ils précisent qu'elle reflète les difficultés des plus grandes banques de la zone euro à gérer leurs liquidités excédentaires au jour le jour depuis que la banque centrale a fixé en territoire négatif son taux de dépôt, soit le taux qu'elle sert aux banques qui déposent leurs excédents de liquidités auprès d'elle. »

12. L'EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) est le taux interbancaire moyen auquel des banques européennes de premier plan (le panel de banques) se consentent des prêts en euros pour des maturités différentes. Pour déterminer les taux Euribor, les 15 % supérieurs et inférieurs des taux mentionnés ne sont pas pris en compte. L'Euribor comprenait initialement 13 durées de remboursement différentes/13 maturités (l'Euribor 1 mois, à Euribor 12 mois, et l'Euribor 1 semaine). Fin 2001, il y a eu la création de deux nouvelles durées (à savoir les Euribor 2 semaines et 3 semaines). Désormais, l'indice Euribor n'est plus disponible que sur 5 maturités, à savoir une semaine ainsi que 1, 3, 6 et 12 mois (des suppressions de maturité ayant eu lieu fin 2013, puis de nouveau en décembre 2018, avec l'arrêt de la publication des Euribor 2 semaines, 2 mois et 9 mois). En novembre 2018, ledit panel comprenait notamment 20 banques des pays de la zone euro (pays membre dès l'origine ou l'ayant intégré par la suite). Au 13 juin 2019, ce panel est constitué de 18 banques (<https://www.emmbenchmarks.eu/euribor-org/panel-banks.html>). Y figurent les banques françaises suivantes : BNP Paribas, HSBC France, Société Générale, Natixis, Crédit Agricole SA.

Exemples d'Eonia et d'Euribor négatifs en 2016 et en 2019					
	11/03/2016	14/03/2016	15/03/2016	16/03/2016	17/03/2016
EONIA	-0,242	-0,243	-0,248	-0,339	-0,347
EURIBOR - 1 mois	-0,301	-0,311	-0,313	-0,317	-0,322
EURIBOR - 3 mois	-0,225	-0,226	-0,227	-0,230	-0,234
EURIBOR - 6 mois	-0,131	-0,131	-0,130	-0,129	-0,131
EURIBOR - 9 mois	-0,071	-0,069	-0,068	-0,067	-0,068
EURIBOR - 12 mois	-0,009	-0,008	-0,006	-0,004	-0,003
	13/02/2019	14/02/2019	15/02/2019	18/02/2019	19/02/2019
EONIA	-0,369	-0,370	-0,369	-0,371	-0,369
EURIBOR - 1 mois	-0,367	-0,368	-0,368	-0,368	-0,367
EURIBOR - 3 mois	-0,308	-0,308	-0,308	-0,308	-0,308
EURIBOR - 6 mois	-0,231	-0,231	-0,232	-0,232	-0,232
EURIBOR - 9 mois	-	-	-	-	-
EURIBOR - 12 mois	-0,108	-0,108	-0,108	-0,108	-0,108

Source : banque de France : <https://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux/les-taux-interbancaires.html>.

I. ANALYSE JURIDIQUE ET RECOMMANDATIONS CONCERNANT LES CRÉDITS BANCAIRES CONSENTIS À DES PROFESSIONNELS

Concernant les opérations relevant du « monopole bancaire », d'un point de vue juridique, il n'est pas inopportun de rappeler que pour être qualifiée d'opération de crédit, ladite opération doit impérativement, globalement, revêtir un caractère onéreux.

En effet, l'article L. 313.1 du Code monétaire et financier¹³ dispose que : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat. »

Ainsi, le crédit bancaire (soit un découvert, une facilité de caisse, une ouverture de crédit par découvert en compte, une ouverture de crédit en compte spécial, un prêt...) a en principe pour objet la mise à disposition de fonds par la banque à l'emprunteur contre resti-

tution de ces derniers et perception d'une rémunération. Le service rendu par la banque au professionnel sollicitant un crédit à un prix. Ce dernier tient compte « du coût de revient, mais aussi du prix du service directement apporté, de sa valeur ajoutée et des services liés indirectement au risque de crédit ». Ce coût prend également en compte les coûts opérationnels et de financement (gestion des engagements), les charges correspondant à une estimation du risque à défaut de contrepartie (dotation pour créances douteuses) et le coût de rémunération des fonds propres (rémunération de l'actionnaire), sans parler du coût de refinancement¹⁴ supporté par l'établissement prêteur^{15, 16}.

Notons également que l'Arrêté du 3 novembre 2014, remplaçant le règlement CRBF 97-02¹⁷, dispose dans

13. Cf. également les articles du Code civil, qui énumère les conditions essentielles pour la validité des conventions, à commencer par le consentement des parties (seront visées dans la présente note différents articles et notamment les art. 1167, 1188, 1343, 1343-1, 1892, 1902 et 1906 dudit Code, rappelant que l'article 1905 dispose qu'« il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières »). Le Code civil prévoit à la fois un crédit à titre gratuit et un crédit à titre onéreux, la décision relevant de la liberté contractuelle des parties et de la rencontre des volontés. Or l'une des caractéristiques des opérations de financement consenties à des professionnels est la libre négociation et la fixation du coût du crédit pour l'emprunteur (sous réserve du respect de la réglementation sur l'usure en présence de découverts en compte courant), ladite négociation partant du principe qu'un taux conventionnel sera exigible et exigé par le « prêteur » (en d'autres termes, aucun versement du prêteur envers l'emprunteur n'est envisagé), la question étant d'en définir conventionnellement le montant.

14. Lamy Droit du financement 2015, Partie V-Crédit, Cf. le chapitre 1 sur la « Rémunération du banquier », visant le refinancement de la banque (n° 3615 et suiv.) : « [...] nul ne sait a priori si la rémunération au départ de l'opération sera suffisante pour couvrir le coût de son refinancement dans l'hypothèse d'une flambée subite des taux sur le marché. Ayant prêté à un certain taux d'intérêt, fixé à l'origine en fonction des conditions financières du marché au jour de l'octroi du crédit, la banque court le risque d'une évolution défavorable des taux sur ce même marché. Que les taux baissent, la banque retirera de l'opération une rémunération supplémentaire non prévue lorsque l'opération a été initiée; qu'ils augmentent, leur accroissement fera du concours accordé le générateur d'une perte liée à la charge de refinancement ».

15. Lamy Droit du financement 2015, op. cit., traitant des composantes économiques du coût du crédit, des éléments de la rémunération du banquier et des modalités de calcul et de perception des intérêts.

16. Lamy Droit du financement 2019, Partie V-Crédit, n° 3403 « Aspects économiques du coût du crédit » : « Le coût du crédit recouvre le loyer de l'argent, rémunération du banquier en contrepartie du concours qu'il accorde. Il intègre également le coût du risque (risque d'érosion monétaire, risque de taux, risque de non-remboursement, ou risque de contrepartie) et les frais de fonctionnement de l'établissement prêteur. [...] Le coût du crédit tient également compte de l'immobilisation des capitaux et du risque de taux supporté par la banque, particulièrement pour les crédits à long terme, ainsi que du coût du refinancement pour l'établissement dispensateur de crédit. [...] »

17. Le règlement CRBF 97-02 du 21 février 1997 (le « Règlement ») a été remplacé par l'Arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (l'« Arrêté »).

son article 109 que « La sélection des opérations de crédit tient compte également de leur rentabilité, en s'assurant que l'analyse prévisionnelle des charges et produits, directs et indirects, est la plus exhaustive possible et porte notamment sur les coûts opérationnels et de financement, sur la charge correspondant à une estimation du risque de défaut du bénéficiaire au cours de l'opération de crédit et sur le coût de rémunération des fonds propres¹⁸. »

Ainsi, la banque a droit à une rémunération¹⁹ au titre des services bancaires rendus. Il s'agit non seulement d'un droit mais également d'une obligation. L'article 110 dudit Arrêté dispose, du reste, que « les dirigeants effectifs » doivent procéder « à tout le moins semestriellement, à une analyse a posteriori de la rentabilité des opérations de crédit »²⁰.

Ces différents points semblent avoir été pris en considération par le Groupe de travail du Haut Comité juridique de la Place financière de Paris (HCJP)²¹, dont le rapport sur la problématique des taux d'intérêt négatif est, pour partie, ainsi rédigé :

« [...] Concernant les contrats de prêt et plus particulièrement les prêts à taux d'intérêt variable indexés sur un indice, le Groupe tire deux conclusions.

Premièrement, il existe un plancher implicite à 0 % du taux d'intérêt d'un prêt à intérêts régi par le code civil, apprécié sur la durée du contrat, au regard des dispositions légales imposant notamment une obligation de restitution de l'intégralité du capital prêté. Dès lors, le taux d'intérêt d'un prêt à taux variable soumis au code civil ne peut descendre en dessous de 0 %, dans l'hypothèse où l'indice de référence, incorporé à une formule de calcul du taux d'intérêt variable, deviendrait négatif.

Deuxièmement, il n'existe pas, en l'absence de stipulations expresses, explicites et non équivoques dans les contrats concernés, de plancher implicite à hauteur d'un taux d'intérêt fixe, qui peut être incorporé à la formule de calcul d'un taux d'intérêt variable indexé sur indice. Le caractère onéreux des opérations de crédit bancaires ne permet pas de le justifier. Dès lors, dans l'hypothèse où l'indice de référence, incorporé à une formule de calcul du taux d'intérêt variable, deviendrait négatif, le seul plancher implicite

susceptible de limiter à la baisse la variation du taux d'intérêt est celui de 0 % précité lorsque le contrat de prêt concerné est soumis aux dispositions du code civil. [...] »

Afin d'éviter toute discussion avec les emprunteurs sur ce sujet, il est préconisé, pour tout nouveau contrat de crédit bilatéral ou syndiqué, consenti à un professionnel, d'insérer des clauses contractuelles explicitant le mode de calcul retenu de cette rémunération en présence d'un index qui serait négatif.

Rappelons que le taux d'intérêt contractuel d'un prêt à taux variable est composé d'un index de référence plus d'une marge [exemple : application de l'Euribor de telle maturité (i. e. Euribor une semaine) majoré de X %].

Il est par exemple envisageable de prévoir qu'en présence de l'index contractuellement fixé, tel que l'Euribor 3 mois, ce dernier serait « flooré » à zéro s'il devenait négatif. En d'autres termes, cela signifie qu'en présence d'un Euribor 3 mois négatif, le mode de calcul de la rémunération de la banque retiendrait un Euribor 3 mois égal à zéro, auquel serait rajoutée la marge fixée contractuellement. L'emprunteur ne serait donc tenu qu'au paiement de la marge, sans oublier les éventuels autres frais dus au titre du crédit tels que par exemple les cotisations d'assurance, la commission due en présence de tiers garants tels que Bpifrance, etc.

Notons que le montant de cette marge tient compte du risque de crédit dudit emprunteur.

Le fait de supprimer toute rémunération de la banque contreviendrait à l'essence même du crédit tel que défini par le Code monétaire et financier. Rappelons, par ailleurs, la vocation commerciale de la banque et les conséquences en cas de réalisation d'un acte totalement désintéressé, ce dernier pouvant notamment, le cas échéant, être considéré comme un manquement à l'intérêt social et être qualifié d'acte anormal de gestion.

La banque devra être à même de pouvoir démontrer l'existence d'une rémunération effective du crédit, au regard de l'opération financière prise dans sa globalité.

À première vue²², il paraîtrait juridiquement difficilement imaginable que la banque soit redevable d'intérêts à l'emprunteur à qui elle a consenti un crédit, tel que visé au sens du Code monétaire et financier, ce dernier devant être effectué, rappelons-le, « à titre onéreux » du côté des établissements de crédit.

Du reste, l'article 1906 du Code civil qui vise le paiement des intérêts mentionne bien explicitement uniquement un paiement de « l'emprunteur » au prêteur, n'émettant donc aucunement l'existence d'une hypothèse de paiement d'intérêts du prêteur à l'égard de l'emprunteur. Cet article 1906 du Code civil dispose en effet que « l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital ». Un paiement volontaire d'intérêt par l'emprunteur démontre ainsi le caractère onéreux du crédit en question. Rappelons ici que les sommes dues par l'emprunteur au titre d'un crédit ne sont pas exclusivement constituées d'intérêts, ce dernier

Cet Arrêté a pour objet de compléter le dispositif de transposition en France de la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement du 26 juin 2013 (dite « CRD IV »).

18. Lamy Droit du financement 2015, op. cit., commentant ledit article du CRBF : « Il oblige [...] les établissements de crédit à disposer d'un outil sur mesure cohérent du risque et de la non-rentabilité des opérations de crédit, les autorités ayant le pouvoir de sanctionner les banques qui auraient une stratégie mettant en péril leur situation de rentabilité future ou leur situation financière, dans le simple but de tenter d'accroître leurs parts de marché. »

19. Concernant la rémunération de la banque, pour le Lamy Droit du financement 2015 (op. cit.), « Il ne peut y avoir d'intérêts négatifs sur un prêt. En effet, l'objet d'un prêt, c'est la mise à disposition de fonds par le prêteur à l'emprunteur contre remboursement et éventuellement rémunération. Ainsi l'intérêt représente le loyer de l'argent prêté et le risque [...] et le prêteur ne peut pas lui-même payer un intérêt. Il y a donc le cas échéant un floor implicite. Soutenir par ailleurs que le prêt pourrait porter un intérêt négatif nécessiterait de requalifier la transaction en un contrat autre que le prêt, pour la rapprocher des opérations de marché. »

20. Voir également l'article L. 511-94 du Code monétaire et financier visant les contrôles des prix des produits et services réalisés par le comité des risques au regard de la stratégie en matière de risques de l'entité : « [...] Lorsque ces prix ne reflètent pas correctement les risques, il présente au conseil d'administration, au conseil de surveillance ou à tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes un plan d'action pour y remédier. [...] »

21. Rapport sur la problématique des taux d'intérêt négatifs du HCJP, 30 mars 2017 : <http://www.eiffr.eu/uploads/eventdocs/5979e0e21cd3b.pdf>.

22. Nous allons cependant voir la position d'une cour d'appel en la matière, qui a enjoint à un établissement de crédit de verser environ 750 € à son emprunteur.

pouvant être redevable de frais divers tels que des commissions²³, frais de dossier, de garanties...

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue la commune intention des parties²⁴.

À l'origine de la convention, en contrepartie de la remise des fonds prêtés, ces dernières ont bien envisagé qu'il y avait une rémunération du crédit (règle en principe obligatoire en présence de crédits « bancaires »), que celle-ci portait sur « l'emprunteur », et aucune intention commune de ces cocontractants ne visait l'hypothèse de l'acceptation d'une baisse de la rémunération de la banque, en cas d'éventuels impacts directs ou indirects portant atteinte à sa marge initialement fixée/calculée.

C'est en effet le banquier qui fournit un service/une prestation au client sollicitant un crédit, et non l'inverse.

Et l'engagement principal de cet emprunteur porte sur la restitution de « l'intégralité » des fonds prêtés, cette dernière se faisant progressivement au cours de la vie du crédit (et plus rarement, in fine).

Ainsi la commune intention des parties lors de la signature du crédit ne peut être analysée comme l'acceptation par ces dernières de l'amputation du capital (prêté et donc restituable), en présence d'intérêts négatifs.

D'un point de vue juridique, étant en présence de personnes physiques ou morales agissant pour des besoins professionnels, avec des contrats complexes prévoyant un index de référence qui soit par exemple établi à partir de différents autres index, la banque a toute latitude pour juridiquement prévoir des clauses contractuelles, conventionnellement acceptées par les emprunteurs, qui, eu égard aux choix retenus par ses services financiers et commerciaux, pourraient :

- soit acter que seront floorés (considérés comme étant égal à zéro, s'ils devenaient négatifs) chacun des différents index constituant l'index de référence avant d'en faire la moyenne, au regard de la clause contractuelle ;

- soit acter que la valeur réelle de chacun des différents index constituant l'index de référence sera retenue (cette dernière pouvant le cas échéant être négative) et que ne sera flooré (retenu comme étant égal à zéro) que l'index de référence si ce dernier, issu dudit calcul, se révélait négatif. Nous serions alors en présence d'un index de référence négatif dont le montant serait flooré à zéro, auquel sera rajoutée la marge initialement conventionnellement fixée.

Par ailleurs, une banque peut décider de floorer non pas « l'index » (ledit floor ayant pour conséquence de ne pas

affecter la marge, qui reste due dans son intégralité) mais « le taux d'intérêt conventionnel » (soit l'index + la marge). En procédant de la sorte, le montant de la marge pourra alors être affecté, ce dernier diminuant, le cas échéant, eu égard au montant négatif de l'index conventionnellement appliqué. Cette situation de taux négatif ne devrait pas perdurer pendant toute la durée du crédit.

La position retenue par les banques, relevant de leur politique tarifaire respective, peut différer non seulement d'une banque à une autre mais également au sein d'un même établissement du fait notamment de la spécificité à la fois de ses lignes métiers, de leurs différents types de produits et services bancaires propres et de leur mode de refinancement.

Ainsi au sein d'un établissement prêteur les règles (à savoir le floor de l'index ou de l'intérêt conventionnel) pourront être distinctes d'un marché à un autre, ces derniers, eu égard aux types de clientèles concernés, ayant chacun leur propre mode de refinancement (a priori, pour la banque de détail, de par le nombre des opérations types conclues chaque jour, la négociation d'enveloppes de refinancement peut se faire en amont. En revanche, la banque d'investissement traitant des opérations ponctuelles *ad hoc* d'un montant certain, la négociation de refinancement s'avère ponctuelle, étant faite au regard de l'opération envisagée).

Notons, concernant cette politique arrêtée par chaque établissement, que si les banques veulent avoir des crédits éligibles au refinancement de la BCE, lesdites créances transmises devraient impérativement être « des créances avec flux d'intérêt positif »²⁵.

Si toutes les banques de la Place n'ont pas d'ores et déjà été plusieurs fois confrontées à cette problématique de gestion des intérêts négatifs, avec la gestion éventuelle des réactions de leurs clients professionnels, elles ne peuvent exclure totalement la question de la gestion des contrats de crédit en pool en l'absence de clause contractuelle suffisamment explicite sur ce sujet et des faux pools dans lesquels chaque banque a ses propres caractéristiques financières et sa propre gestion des flux (notamment pour les crédits déjà consentis).

En effet, la position des banques peut différer, certaines pouvant du reste souhaiter faire un geste commercial, ledit geste, ponctuel, n'étant pas qualifiable d'acte anormal de gestion, l'établissement financier pouvant démontrer la rentabilité de son opération vis-à-vis dudit emprunteur au regard de la globalité de la relation contractuelle.

Après avoir évoqué les crédits bancaires consentis à des professionnels, arrêtons-nous quelques instants sur les crédits bancaires consentis à des particuliers.

23. Cass. com. 30 juin 1992, n° 90-18639 : « [...] en l'absence de toute autre précision, telle que la qualification de commission d'engagement ou de confirmation, la cour d'appel n'a pas méconnu les dispositions de l'article 60 de la loi du 24 janvier 1984 en analysant les commissions de découvert perçues par la banque, comme la rémunération de crédits occasionnellement octroyés et non comme celle d'un service consistant à fournir un crédit de façon stable [...]. »

24. À ce sujet, rappelons l'ancien article 1156 du Code civil, qui disposait qu'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Désormais, depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : se référer à l'article 1188 dudit Code qui dispose que : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. »

25. Décision n° 2010-04 du 31 décembre 2010 relative aux instruments et procédures de politique monétaire et de crédit intrajournalier de la Banque de France. L'Article 6.3.2 de ladite Décision disposait que « [...] Les créances privées doivent avoir : (a) un principal fixe, inconditionnel et (b) un taux d'intérêt qui ne peut donner lieu à un flux financier négatif. De plus, le taux d'intérêt doit appartenir à l'une des catégories suivantes : (1) de type zéro-coupon, (2) fixe, ou (3) variable indexé sur un autre taux de référence ou sur l'inflation. Ces caractéristiques doivent rester valables jusqu'au remboursement de la créance [...]. »

II. ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE VISANT LA CLIENTÈLE DES PARTICULIERS, CETTE DERNIÈRE ILLUSTRANT LA NÉCESSITÉ DE GARDER UNE APPROCHE PRUDENTE LORS DE LA RÉDACTION DES CLAUSES PORTANT SUR LA RÉMUNÉRATION DE CHAQUE CONTRAT DE CRÉDIT BILATÉRAL OU SYNDIQUÉ

Il ne paraît pas inopportun de refaire un point sur les différentes condamnations récentes d'établissements de crédit pour ne pas avoir appliqué un index négatif, dans le cadre de contrats de prêts, consentis à des particuliers, les juges étant de facto plus sensibilisés en présence de ce type de contentieux, veillant à une protection renforcée des consommateurs non avertis.

• Ainsi, le 5 janvier 2016²⁶, constatant l'absence de clause contractuelle stipulant l'application d'un plancher à zéro en cas d'indice négatif, le juge des référés du TGI de Strasbourg^{27, 28, 29} avait rappelé « à la banque son obligation d'appliquer strictement les stipulations du contrat, à savoir l'évolution de l'indice Libor³⁰ au taux d'intérêt ». Il a également précisé que

« sur la durée, le contrat [était] bien à titre onéreux », l'appréciation du caractère onéreux étant ainsi faite expressément par cette jurisprudence sur la durée totale du crédit.

La banque a donc été condamnée à devoir appliquer un index négatif, en l'occurrence le Libor CHF. En l'espèce, la banque ne s'est pas retrouvée condamnée à devoir payer des intérêts à l'emprunteur.

Cette position a ensuite été confirmée en appel par la CA de Colmar³¹ en mars 2017^{32, 33, 34, 35}.

• Par ailleurs, une autre condamnation d'un établissement de crédit a été prononcée en juillet 2018, cette fois-ci par la CA de Besançon³⁶. Cette dernière s'est également prononcée en faveur d'une clientèle de particuliers et en application de l'indice Libor CHF 3 mois négatif, mais elle a, quant à elle, retenu que le respect des contrats litigieux

26. TGI de Strasbourg : Ordonnances de référé du 5 janvier 2016 rendues contre le Crédit Mutuel (R. Civ.15/00764 ; R. Civ.15/00765 ; R. Civ.15/00766 ; R. Civ.15/00798).

Le tribunal retient qu'en l'absence de taux d'intérêt plancher de 0 %, la banque ne peut donc limiter le Libor à zéro. En le bloquant à zéro, la banque rompt purement et simplement le contrat ; il s'agit donc d'un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser.

27. Dominique Legeais, « Le taux d'intérêt négatif », RTD COM 2016, p. 825, note visant quelques décisions de première instance, dont celle du TGI de Strasbourg et celle du TGI de Thonon les Bains, indiquant concernant ce dernier que « [...] La banque refusait d'appliquer le taux négatif. Aucun taux plancher n'avait été stipulé. La banque s'opposait à la demande faisant valoir qu'elle serait contrainte de rémunérer sans cause le crédit et ce en totale contradiction avec la logique même du contrat de prêt. Elle considérait que l'absence d'un index LIBOR CHF positif comme base de référence doit être assimilée à un index LIBOR de valeur égale à zéro. Pour statuer, le tribunal recherche la commune intention des parties. Or le tribunal constate que l'une des trois simulations proposées envisageait précisément une baisse du taux de 2 %. Le tribunal considère qu'appliquer un taux négatif serait contraire à la nature du prêt puisque les emprunteurs n'auraient plus à rembourser le capital emprunté. Le tribunal considère donc que le crédit doit être gratuit. Les juridictions font ainsi prévaloir les stipulations contractuelles sur la nature du prêt. [...] »

28. Mélanie Moreau, Julien Moreau et Olivier Poindron, « Contrat de prêt : un taux variable peut-il devenir négatif? », *Revue de droit bancaire et financier*, LexisNexis, septembre-octobre 2016.

29. Bertrand Bréhier, « L'application des taux d'intérêts négatifs », *Revue de droit bancaire et financier*, LexisNexis, mai-juin 2017. Voir également « Les taux d'intérêts négatifs », *Hors-série Banque et Droit*, juillet 2018. Deux notes dans lesquelles sont étudiées les décisions rendues par le TGI de Strasbourg, le Tribunal d'Instance de Montpellier ainsi que le TGI de Thonon-les-Bains.

30. Francis-J Crédot, *Revue de droit bancaire et financier*, LexisNexis, mars-avril 2016 : Concernant les argumentations des banques : « [...] l'argument le plus pertinent pour la banque réside dans le caractère à titre onéreux du contrat voulu par les parties qui postule, qu'en cas de variation de l'indice, celle-ci ne puisse descendre en dessous de zéro pour cent ainsi que, comme précédemment souligné, dans la nature même de la marge fixe prise par la banque. Celle-ci, comme l'indique le signe +, s'ajoute au taux nominal et ne saurait en être retranché. D'autant que cette marge fixe est fonction de la qualité de l'emprunteur et ne saurait, par sa remise, en cause aggraver le risque du prêteur. C'est le taux de base qui varie en fonction de l'indice, non pas la majoration fixe. Amputer partiellement ou totalement celle-ci en lui imputant des intérêts négatifs reviendrait paradoxalement à lui faire subir les effets de l'évolution de l'indice et à lui ôter son caractère de fixité. Bref à la dénaturer. D'où, la marge ne pouvant pas en raison de sa nature varier en fonction de l'indice, l'on est nécessairement conduit à considérer que le taux de base ne peut varier à la baisse au-delà de zéro. Non seulement le prêt à titre onéreux conclu par les parties postule le paiement d'intérêts par l'emprunteur à défaut d'être purement gratuit mais plus encore implique son remboursement par l'emprunteur, ce qui ne serait pas le cas en cas d'inversion du flux de paiement des intérêts qui viendrait amputer d'autant le capital du

prêt restant à rembourser, ce en contradiction avec les dispositions du Code civil relatives au prêt, l'article 1902, d'une part, selon lequel "l'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées en même quantité et qualité et au terme convenu", et l'article 1905 du Code civil, d'autre part, suivant lequel "il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent...". Le caractère onéreux d'un prêt ne doit pas pouvoir être remis en cause par l'évolution d'un taux de base variable en fonction d'un indice monétaire auquel vient s'ajouter une marge stipulée fixe. Sauf à dénaturer le prêt voulu par les parties. Une variation du taux de base ne doit pas pouvoir conduire à un taux de base négatif en l'absence de volonté en ce sens des parties. C'est conclure que la marge fixe doit être regardée comme un floor qui s'ajoute par construction au taux de base variable, lequel ne peut donc devenir négatif. Les intérêts afférents à un prêt à caractère onéreux étant par construction des intérêts débiteurs constitutifs avec le remboursement du capital du prêt de la dette du seul emprunteur. »

31. CA Colmar 8 mars 2017, n° 16/00310, 16/00307, 16/00309, 16/00311, 16/00312.

32. Alain Ghazi, « Contrat de prêt de somme d'argent : l'intérêt négatif en débat », *Recueil Dalloz* 2017, p. 965, 4 mai 2017 : « [...] Selon nous, en l'état de nos concepts, il n'est pas possible qu'un contrat de prêt produise des intérêts négatifs même par le jeu régulier d'une clause d'indexation : cela tient à la nature juridique de l'intérêt dans notre système juridique. Pas davantage ne pourrait prospérer l'argument suivant lequel certains prêts de somme d'argent constitueraient des contrats synallagmatiques en raison de la qualité des parties concernées, du prêteur, professionnel du crédit, précisément. [...] » « [...] Il s'ensuit que le prêt de somme d'argent, appuyé sur le caractère indemnitaire de l'intérêt, est par essence unilatéral ; il ne peut pas mettre à la charge du prêteur une autre dette que la remise des fonds ; les intérêts ne peuvent pas devenir négatifs car cela signifierait que le prêteur pourrait devoir payer l'emprunteur alors que celui-ci ne peut qu'être débiteur, débiteur de la restitution du capital certes, mais aussi des intérêts stipulés suivant les fluctuations de l'index choisi. [...] » « [...] Sauf à bouleverser nos concepts en la matière, la clause d'indexation peut réduire l'intérêt dû à zéro mais pas en dessous car elle bute sur le caractère indemnitaire de l'intérêt. Imposer au prêteur le paiement d'intérêts négatifs par interprétation de la clause méconnaît le caractère essentiel de ce contrat nommé, sauf sa disqualification en une figure innommée pour autant qu'elle soit conforme à l'intention réelle des deux parties, ce qu'il faut établir, faute de quoi, dans le doute, le bailleur de fonds n'a pas d'intérêts à payer à l'emprunteur. [...] »

33. Jérôme Lasserre Capdeville, « Prêt (intérêts) : rejet de l'imprévision et application d'un taux négatif », *Recueil Dalloz* 2017, p. 965 : « [...] La cour d'appel de Colmar a admis, par un arrêt du 8 mars 2017, l'application d'un taux d'intérêt variable alors même que, descendu au-dessous de zéro, il imposait au prêteur de verser des fonds à l'emprunteur. Or, en l'état de nos concepts, il ne semble pas possible qu'un contrat de prêt produise des intérêts négatifs même par le jeu régulier d'une clause d'indexation : cela tient à la nature juridique de l'intérêt dans notre système juridique. [...] »

34. Hugo Barbier, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », RTD civ. 2017, p. 387, 25 juin 2017.

35. Ex. de notes allant dans le sens de la position retenue par la jurisprudence : Rémy Libhaber, « Le travail du négatif en droit : la question de l'intérêt dans le prêt », *Revue des contrats* n° 03, 15 septembre 2017, p. 446 ; Marylène Correia et Jérôme Lasserre Capdeville, *La semaine juridique, entreprise et affaires* n° 30-31, 27 juillet 2017, « Droit du taux d'intérêt », sous le point 4, « Cas des taux devenus négatifs » : « [...] La cour d'appel de Colmar se montre cependant favorable aux emprunteurs en se fondant sur l'ancien article 1134 du Code civil et sur le principe d'intangibilité des conventions. Il est ainsi noté que les parties avaient souhaité prévoir dans leur convention un taux d'intérêt variable calculé sur la variation de l'index Libor CHF 3 mois. Les juges observent encore que les conclusions et calculs développés par la banque n'étaient pas de nature à contractualiser une marge pour cette dernière si l'index venait à passer sous le seuil de 0 %. [...] »

36. CA Besançon 10 juillet 2018, n° 17/01227.

impose que, pour deux prêts litigieux, « soit appliqué un taux d'intérêt suivant l'évolution du taux Libor 3 à sa valeur réelle pouvant conduire à des intérêts mensuellement négatifs à condition, toutefois, que sur l'ensemble du remboursement de chaque prêt les intérêts dus au prêteur ne soient pas inférieurs à 0,00 % ».

Cette CA de Besançon a estimé que, « compte tenu de la situation inédite (bien qu'inscrite dans un contexte économique global de déflation et de croissance atone depuis plusieurs années) créée par l'évolution à la baisse du Libor 3, les contrats de prêts litigieux qui ne prévoyaient pas les modalités d'application d'une valeur négative du Libor 3 » devaient « être révisés sur le terrain de la théorie de l'imprévisibilité et interprétés pour dégager la volonté des parties lors de leur formation ». Elle a alors retenu que les parties s'étaient accordées pour que ces intérêts soient à la charge de l'emprunteur et non du prêteur. Et aucune stipulation ne faisant expressément référence à une marge de la banque, elle a estimé que l'établissement, en proposant cette variation, et les emprunteurs, en y souscrivant, ont accepté le risque inhérent à ladite variation.

• En septembre dernier, la CA de Chambéry^{37, 38} est allée beaucoup plus loin, infirmant le jugement du TGI de Thonon-les-Bains^{39, 40} en ce qu'il a limité la baisse

de la variation du taux d'intérêt à 0 % ; pour deux⁴¹ des trois affaires à juger. Pour la troisième affaire, retenant qu'un plancher avait été contractuellement prévu, la CA de Chambéry a en revanche confirmé le jugement ayant limité la baisse de la variation du taux d'intérêt à 0 %.

• Enfin, en décembre dernier, la CA de Chambéry⁴² a déclaré recevable une demande d'application de l'indice Libor 3 mois, y compris de façon négative, condamnant ainsi « la banque à rembourser les sommes indûment prélevées en conséquence de la non-application de l'index Libor 3 mois lorsqu'il présentait une valeur négative ».

Une fois de plus, il convient de rappeler ici que par nature le prêt de consommation tel que visé par les dispositions du Code civil⁴³ implique que le montant du capital initialement prêté soit dûment et intégralement restitué par le prêteur à l'échéance de ce crédit.

Par ailleurs, le Code civil⁴⁴ vise le paiement des intérêts par le « débiteur de l'obligation de sommes d'argent », à savoir par l'emprunteur (et non pas le prêteur).

Ayant évoqué certaines problématiques rencontrées par les établissements de crédit en présence d'index négatifs, attardons-nous volontairement sur cet autre sujet d'actualité qu'est la disparition de certains desdits index de référence.

37. CA Chambéry 20 septembre 2018, n° 16/02668, 16/02665 et 16/02667.

38. Thierry Samin et Stéphane Torck, « Taux d'intérêt négatif, obligation de restitution de l'emprunteur, rémunération du prêteur et marge commerciale de la banque : zéro est arrivé ou zéro pointé ? », *LexisNexis* n° 6, novembre-décembre 2018, pp. 36-37 : « [...] Reste que la conformité à l'article 1892 du Code civil n'est pas la seule question en débat. Car s'agissant d'un prêt à intérêt, encore faut-il déterminer s'il est juste de considérer que le prêteur peut être conduit, même temporairement, à devoir payer un intérêt à l'emprunteur. Or la réponse à cette question est assurément négative. Dans un prêt à intérêt, soit une opération à titre onéreux, l'intérêt constitue la rémunération du prêteur : l'intérêt est la contrepartie de la mise à disposition des fonds par le prêteur à l'emprunteur. Pour le dire autrement, l'intérêt est la rémunération du service rendu par le prêteur à l'emprunteur, il s'agit bien d'un service bancaire soumis à monopole. Or, l'indice retenu entrerait-il en territoire négatif, l'emprunteur n'a rendu aucun service au prêteur et ne mérite ce faisant aucune contrepartie qui consisterait pour lui à recevoir un intérêt du prêteur. De sorte qu'au pire la banque peut se retrouver à ne pas percevoir de rémunération – ce qui supposerait que l'indice demeure en territoire négatif pendant toute la durée du prêt – mais certainement pas être conduite à en verser une à l'emprunteur. Si l'on accepte cette analyse, seules, parmi toutes celles citées, les décisions rendues par le TGI de Thonon-les-Bains méritent l'approbation. [...] »

39. Didier R. Martin et Hervé Synvet, *Recueil Dalloz* 2017, p. 2176 et suiv. : « [...] Au demeurant, la question se dédouble : l'évolution du taux de référence peut-elle conduire à absorber la marge constitutive d'une partie de la rémunération du prêteur ? Au-delà, l'emprunteur est-il en droit de réclamer au banquier le paiement de sommes au titre d'un "intérêt négatif" ? [...] »

Sur la position retenue par le TGI qui écarte l'application d'un intérêt négatif, pour le rédacteur de cet article : « Ceci est parfaitement dit. Le prêt est, soit gratuit, soit onéreux (pour l'emprunteur). Si la rémunération est due par celui qui remet l'argent ou la chose, ce n'est plus un prêt, mais un dépôt. »

40. Thierry Samin et Stéphane Torck, « Taux d'intérêt négatif, obligation de restitution de l'emprunteur et marge commerciale de la banque : les termes du débat judiciaire se précisent », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 2, mars 2017, comm. p. 45 : « Il faut [...] nécessairement admettre que les conventions de prêts dont le taux est devenu négatif sont par nature même affectées d'un taux plancher implicite égal à zéro, empêchant ainsi que le banquier prêteur ait à rémunérer l'emprunteur. [...] Cette solution, guidée par l'obligation de restitution qui pèse sur l'emprunteur, a été proprement méconnue par le tribunal de grande instance de Montpellier dans sa décision du 9 juin 2016. [...] ». Concernant ce jugement de Montpellier mentionné dans la précédente citation (TGI Montpellier, 9 juin 2016, n° 11-16-000424) qui concerne, quant à lui, un prêt in fine avec un index de base EURIBOR 3 mois et qui fait droit à l'emprunteur de réclamer le bénéfice du taux d'intérêt négatif, condamnant ainsi la banque à rembourser à l'emprunteur environ 750 € au titre de la révision dudit taux : Myriam Roussille, « Condamnation d'une banque à payer une somme à son emprunteur sur la base de taux négatifs : est-ce bien raisonnable ? », *Gazette du Palais* n° 33, mardi 27 septembre 2016 : « [...] le tribunal montpellierain note que le prêt était seulement assorti d'une clause de garantie de taux plafond et de stipulations spécifiques sur la révision de l'intérêt (index de révision, calcul du taux révisé et limites à la révision) et qu'il était, à cet égard, expressément

stipulé que "la révision se fait à la hausse comme à la baisse", seule la révision à la hausse étant plafonnée. Il juge ainsi que l'emprunteur était en droit de demander l'application d'un taux inférieur à 0 %, la convention ne prévoyant aucune limite à la baisse. Ce faisant, le tribunal rejette l'idée d'une clause de plancher implicite à 0 %, qui est également parfois envisagée par les auteurs. Par ailleurs, il exclut toute nécessité d'une stipulation expresse prévoyant l'application d'un taux négatif, en indiquant que le contrat se suffit à lui-même et n'exclut pas cette hypothèse. [...] » « [...] La banque étant rémunérée par la marge et non par le taux variable (qui correspond aux conditions dans lesquelles elle se refinancer), l'application d'un taux négatif (en l'espèce inférieur à la marge) pourrait priver le prêt de son caractère onéreux, du moins si la situation perdure pendant une partie significative de la durée du prêt et que la baisse des taux (indices) atteint un montant tel qu'il absorbe toute la marge. Ainsi, en condamnant la banque à verser une somme à son client, et non simplement à imputer sa marge du taux devenu négatif en raison de l'indice, le juge de Montpellier va bien plus loin que ne l'avait été le juge de Strasbourg qui s'était contenté d'admettre que l'application de l'indice pouvait amputer la marge. On comprend que si elle se généralisait, la solution pourrait avoir des conséquences désastreuses pour les banques, la marge étant leur rémunération première en matière de crédit. [...] » Jérôme Lasserre Capdeville, « Contrat de prêt et taux d'intérêt négatifs : première application sur le fond ! », *Gazette du Palais* n° 25, mardi 5 juillet 2016 : « En présence d'une convention ne prévoyant qu'un plafond à la hausse du taux d'intérêt initial révisable et aucune limite à la baisse, l'emprunteur est en droit de demander de bénéficier d'un taux d'intérêt devenu inférieur à 0 %. »

41. CA Chambéry 20 septembre 2018, n° 16/02665 et 16/02668.

42. CA Chambéry 6 décembre 2018, n° 17/01697 : « [...] aucune clause ne prévoit l'hypothèse d'une limitation ou d'une exclusion de l'applicabilité de cet index au motif que sa valeur pourrait s'avérer négative. Dès lors, le contrat se suffisant à lui-même pour ne pas exclure cette hypothèse, et sans qu'il soit besoin de lui faire dire a posteriori ce qu'il ne dit pas, il y a lieu d'enjoindre aux parties de faire une stricte application du contrat et de condamner la banque à rembourser les sommes indûment prélevées en conséquence de la non-application de l'index libor 3 mois lorsqu'il présentait une valeur négative. [...] »

43. Code civil, article 1892 : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. » Cf. également l'Article 1902 dudit Code, susvisé.

44. Code civil, article 1343 : « Le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal. Le montant de la somme due peut varier par le jeu de l'indexation. Le débiteur d'une dette de valeur se libère par le versement de la somme d'argent résultant de sa liquidation. » Code civil, article 1343-1 : « Lorsque l'obligation de somme d'argent porte intérêt, le débiteur se libère en versant le principal et les intérêts. Le paiement partiel s'impute d'abord sur les intérêts. L'intérêt est accordé par la loi ou stipulé dans le contrat. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Il est réputé annuel par défaut. »

III. PRISE EN COMPTE DE L'ÉVENTUELLE SUBSTITUTION D'INDICES DE RÉFÉRENCE, CETTE DERNIÈRE IMPACTANT LA RÉMUNÉRATION DES CRÉDITS BANCAIRES

Afin de pallier les futures difficultés en cas de disparition des indices contractuellement prévus⁴⁵, il ne paraît pas inopportun, en ce temps de discussions diverses et variées⁴⁶ sur la disparition des indices de référence que sont le Libor⁴⁷, d'une part, et l'Eonia, d'autre part⁴⁸, et

notamment au regard des propositions du Groupe de travail de la BCE sur le « Risk-free Rate »⁴⁹ que les banques songent contractuellement, si ce n'est pas déjà fait, à envisager une telle disparition dans les contrats en cours et futurs, et prévoir contractuellement⁵⁰ la gestion d'une telle situation en stipulant par exemple soit la renégociation du contrat, soit l'application de l'indice de remplacement, avec les aléas que cela comporte à la fois pour le prêteur et pour l'emprunteur, en cas d'asymétrie entre les indices initialement contractés et les indices qui leur seraient substitués. Cela peut impacter plusieurs clauses contractuelles existantes, notamment la clause de paiement des intérêts et la clause de pénalité.

Certains contrats peuvent d'ores et déjà contenir une clause stipulant les règles applicables, en cas de modification, de disparition éventuelle de l'indice initialement retenu ou d'affectation de ses modalités de publication, (telles que, par exemple, l'application de l'indice qui serait reconnu par le marché comme étant l'indice de substitution (indice de même nature ou indice équivalent) ou l'application de l'indice qui soit le plus proche de cet indice de référence initial).

Notons que les banques avaient rencontré ce genre de situation lors de la disparition^{51, 52} progressive de certaines maturités de l'indice de référence (ex. concernant l'Euribor : en novembre 2013 avec l'arrêt de la diffusion des indices 3 semaines ainsi que 4, 5, 7, 8, 10 et 11 mois.).

Pour les contrats en cours et dénués d'une clause ad hoc acceptable pour l'établissement de crédit, se pose

45. Voir le Rapport sur les aspects juridiques des modifications des indices de référence, du HCPJ, 20 juillet 2018, qui vise notamment « le sort des contrats en cours au 1er janvier 2020 » (cf. sous le 2.5.3.1, p. 22-23) : « Lorsqu'un indice de référence existant ne satisfait pas aux exigences du Règlement Benchmark, mais que la cessation ou la modification de cet indice de référence en vue de le rendre conforme aux exigences du Règlement entraînerait un cas de force majeure, compromettrait ou enfreindrait de toute autre manière les termes d'un contrat ou d'un instrument financier, ou les règles d'un fonds d'investissement, faisant référence audit indice de référence, l'utilisation de l'indice de référence doit être autorisée par l'autorité compétente de l'Etat membre dans lequel est situé le fournisseur d'indice. »

Et pour les nouveaux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2020 : « Aucun nouvel instrument financier, nouveau contrat financier ou nouvelle mesure de la performance d'un fonds d'investissement ne peut se référer à un indice de référence existant ne satisfaisant pas aux exigences du Règlement Benchmark après le 1^{er} janvier 2020. » (cf. sous le 2.5.3.2, p. 23). Notons que des discussions des instances européennes sur un éventuel report des dates initialement fixées seraient en cours. V. https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_19_f.pdf.

46. Voir ledit Rapport sur les aspects juridiques des modifications des indices de référence, du HCPJ.

47. Fin juillet 2017, le directeur de la Financial Conduct Authority (FCA), Andrew Bailey avait annoncé la suppression du taux de référence britannique, le Libor, pour 2021.

48. Bastien Bouchaud, « L'Europe reste en retard sur la réforme des taux d'intérêt de référence », L'AGEFI Quotidien, 15 novembre 2018 :

« [...] L'Union européenne impose d'utiliser des taux conformes au règlement* benchmark (BMR) dès le 1^{er} janvier 2020 [...] »

« [...] le taux alternatif à l'Eonia, l'Estér [NDLR : Euro Short-Term Rate*], ne sera publié qu'à partir de la mi-2019 au plus tôt, au moment même où l'Euribor devra effectuer sa transition vers une méthode hybride [...] »

« [...] Côté américain comme britannique, en revanche, les taux alternatifs aux taux Libor dollar et sterling ont déjà été adoptés et publiés, respectivement le SOFR et le Sonia réformé. Tous deux ont vu de premières émissions obligataires les référençant et des communications sur la transition, planifiée jusqu'en 2021 [...] »

[* Règlement (UE) 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 concernant les indices utilisés comme indices de référence, dit « Règlement Benchmark » qui impose des règles strictes de gouvernance et de contrôle aux administrateurs d'indices de référence. Ce règlement, dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018, définit, sous son article 3, l'indice de référence comme étant : « tout indice par référence auquel sont déterminés le montant à verser au titre d'un instrument ou d'un contrat financier ou la valeur d'un instrument financier, ou un indice qui est utilisé pour mesurer la performance d'un fonds d'investissement dans le but de répliquer le rendement de cet indice, de définir l'allocation des actifs d'un portefeuille ou de calculer les commissions de performance ».

Et il définit la « famille d'indices de référence » comme étant « un groupe d'indices de référence fournis par le même administrateur et déterminés à partir de données sous-jacentes de même nature, qui fournit des mesures spécifiques d'un même marché ou d'une même réalité économique, ou d'un marché ou d'une réalité économique similaires ».

Par ailleurs, les données sous-jacentes fournies par les contributeurs à l'administrateur doivent notamment être : « suffisantes pour représenter de manière exacte et fiable le marché ou la réalité économique que l'indice de référence est censé mesurer. Les données sous-jacentes sont des données de transaction, si elles sont disponibles et appropriées. Si les données de transaction ne sont pas suffisantes ou appropriées pour représenter de manière exacte et fiable le marché ou la réalité économique que l'indice de référence est censé mesurer, des données sous-jacentes qui ne sont pas des données de transaction peuvent être utilisées, y compris des estimations de prix, des offres de prix et des offres de prix fermes, ou d'autres valeurs [...] » (cf. l'Art. 11 dudit BMR). Les contributeurs doivent en outre adhérer au code de bonne conduite proposé par l'administrateur (cf. l'Art. 15 dudit BMR.) V. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=C ELEX:32016R1011&from=FR>. [** Voir également Bastien Bouchaud, « la BCE appelle le marché à se prononcer sur le remplaçant de l'Eonia », L'AGEFI Quotidien, 22 juin 2018]. Le Sonia (Sterling Over Night Index Average), taux au jour le jour, est calculé à partir d'un périmètre élargi de transactions afin de refléter au mieux le marché réel.

49. Voir le site de la BCE « Working group on euro risk-free rates », qui donne notamment accès (i) à la consultation sur la construction d'un nouveau taux de référence au jour le jour, (ii) à la FAQ concernant l'Estér, (iii) au retour du Groupe de travail : « Report by the working group on euro risk-free rates on the transition from EONIA to ESTER-December 2018 » « Feedback on the report on the transition from EONIA to ESTER by the working group on euro risk-free rates Summary of responses – February 2019 ». Ce site vise également le pré-Ester publié par la BCE. (« Pre-ESTER is calculated using the same methods as defined for ESTER. Pre-ESTER differs in that it is based on final data and includes all revisions in terms of cancellations, corrections and amendments submitted by reporting agents at the time of calculating the rate, while ESTER will be published every morning and take into account only the data received by the submission deadline of 07:00 CET that morning. ») V. https://www.ecb.europa.eu/paym/initiatives/interest_rate_benchmarks/WG_euro_risk-free_rates/html/index.en.html

50. Voir le rapport annuel de la BCE, qui indique notamment que l'ESTER (€STR) sera disponible d'ici octobre 2019. Voir parallèlement la consultation lancée par la BCE le 15 mai sur les modalités de la transition de l'indice EONIA à l'indice ESTER, ouverte jusqu'au 12 juin dernier. (« [...] the EUR risk-free rates working group published a consultation paper on the "EONIA to €STR legal action plan", reaching out to market participants about the need of implementing a legal action plan to ensure a smooth transition from EONIA to €STR in new and legacy contracts. [...] ») V. <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/working-group-euro-risk-free-rates-launches-consultation-eonia-%E2%82%ACstr-transition>. Un résumé des réactions reçues a été publié sur le site Internet de la BCE le 27 juin 2019 et a été examiné par le groupe de travail lors de sa réunion du 4 juillet 2019. Les recommandations (« Recommendations of the working group on euro risk-free rates on the EONIA to €STR legal action plan ») ont été publiées le 16 juillet 2019. V. https://www.ecb.europa.eu/paym/cons/html/wg_euro_risk-free_rates_EONIA_legal_action_plan.en.html

51. Certains contrats avaient alors dû être aménagés afin de prévoir expressément, par exemple, qu'en cas de disparition de la maturité d'index indiquée, la maturité supérieure existante dudit index s'appliquera de plein droit.

52. Par ailleurs, rappelés les dispositions du Code civil en la matière, issues de la réforme du droit des contrats de 2016, l'article 1167 dudit Code disposant que « lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ».

la question de la négociation de l'insertion d'une telle clause. En outre, pour les contrats syndiqués, l'agent devra veiller à ce qu'il y ait une cohérence de gestion entre les différentes banques concernant les règles de calcul de la rémunération, ce dernier agissant au nom et pour le compte de celles-ci.

La gestion de cette transition s'avère difficile à bien des égards. Encore un nouveau défi qui devra être relevé par les établissements bancaires et qui impactera bon nombre de lignes métiers/pôles internes (notamment le service juridique, les responsables produits/le service commercial et financier, le service risque avec un recalibrage du calcul des risques (*Value at Risk*) et des outils de pilotage de la gestion des risques (stress-test, etc., afin de s'assurer de l'adéquation avec les fonds propres de la banque) au regard du risque de crédit eu égard à la solvabilité de l'emprunteur et aux nouvelles conditions financières, et la salle des marchés avec notamment une analyse des écarts et des impacts permettant un ajustement des stratégies de couvertures non seulement pour la banque mais également, le cas échéant, pour les clients ayant opté pour une couverture de taux, le service informatique, le *back-office* avec notamment la gestion des process, et le *front office* qui est en lien direct avec le client, les garants, etc., sans oublier l'audit interne).

Il serait judicieux pour les établissements de crédit d'anticiper cette situation qui s'avère inévitable en veillant par exemple à ce qu'il y ait d'ores et déjà un état des lieux de l'existant pour les contrats en cours⁵³.

Afin notamment d'avoir rapidement une évaluation de l'étendue de la tâche à accomplir, il faudrait recenser :

- dans un premier temps, les contrats types concernés, avec la mise en exergue des clauses existantes susceptibles de devoir être aménagées ;
- dans un second temps, les contrats spécifiques, négociés avec le client, avec l'indication des dites clauses.

Il faudrait distinguer les contrats en *pool*, ces derniers nécessitant une négociation entre les banques participantes afin d'obtenir un accord en amont de ces dernières, avant la négociation avec le client.

Parmi ces contrats syndiqués, il serait opportun de les distinguer en deux catégories afin de mettre en exergue ceux dont l'établissement de crédit est agent/chef de file pour faciliter ensuite le traitement de l'ensemble et être le plus opérationnel. Des éventuelles difficultés de gestion pourraient, en effet, se démultiplier notamment en présence de *pools* internationaux.

Et pour les contrats qui seraient en cours de signature, il faudrait veiller à ce qu'une communication en interne soit réalisée pour que les juristes prennent en considération le contexte actuel et veillent à ce que les clauses contractuelles soient protectrices des intérêts de la banque et également de ceux du client qui doit donner un consentement en connaissance de cause et être donc averti de l'éventualité d'un changement de condition financière

(changement d'index) d'une façon a minima implicite, avec une clause indiquant une telle éventualité.

Il conviendrait également au vu de la volumétrie des « contrats types » existants, de répertorier ceux d'entre eux qui seraient concernés par cette évolution d'index, d'étudier les clauses d'ores et déjà existantes pour évaluer si ces dernières doivent dès à présent être aménagées/complétées.

La communication interne à la banque et externe s'avèrera essentielle, cette dernière visant non seulement les clients mais également tous les interlocuteurs de la banque susceptibles d'être directement ou indirectement impactés. Prenons l'exemple des garants, des tiers tels que les prestataires de services externalisés dont les prestations rendues pourraient être impactées (telles que la mise à jour/maintenance de logiciels informatiques spécifiques, la gestion de prestations de *back-office*...) ou encore les Intermédiaires en opérations de banque (IOBSP), les courtiers... Les relations contractuelles préexistantes avec ceux-ci pourraient, le cas échéant, nécessiter une renégociation et la signature d'avenants.

Eu égard aux dispositions de l'Arrêté du 3 novembre 2014 sur le contrôle interne, chaque établissement devra étudier l'éventuel impact de ces changements au regard des « Systèmes de mesure des risques » fixés dans ledit Arrêté. (Quid en effet de l'impact de ces évolutions/modifications susvisées pour l'évaluation notamment des risques de crédit, de marché, risques structurels de taux, risques juridiques ou encore opérationnels?). Un certain nombre de ces risques seront à mon sens de facto accrus, ayant ainsi des incidences sur le dispositif de gestion des risques et le contrôle interne, et pouvant, le cas échéant, avoir au final un impact sur l'adéquation des fonds propres afin de se conformer à la réglementation. Cela sera donc susceptible d'impacter le contenu du Document de référence/Document d'enregistrement universel⁵⁴ de certains établissements de crédit, en fonction de leur propre évaluation des risques.

IV. CONCLUSION

En guise de conclusion du premier point de la présente note, reprenons celle qui a été rédigée en 2016 par Franck Auckenthaler^{55, 56} qui s'est interrogé sur l'existence d'un prêt à taux d'intérêt négatif, proposant une analyse sémantique, juridique et mathématique développée : « Il résulte de la sémantique et de la nature juridique du prêt à intérêt, que le taux d'intérêt d'un prêt ne peut être négatif. Le prêt est une

53. Voir ledit Rapport sur les aspects juridiques des modifications des indices de référence, du HCJ³, notamment le point 6-1 « les recommandations adressées aux acteurs de marché ».

54. Voir le règlement Prospectus n° 2017/1129 du 14 juin 2017, notamment sous son art. 9 : « introduction au niveau européen, le 21 juillet 2019 du "document d'enregistrement universel" (URD – Universal Registration Document) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R1129&from=FR>.

55. Franck Auckenthaler, « Taux d'intérêt négatif : le monde à l'envers ? », *Revue de droit bancaire et financier*, LexisNexis, novembre-décembre 2016.

56. Voir également l'autre analyse faite par Didier R. Martin, « De l'intérêt », *Hors-série Banque et Droit*, novembre-décembre 2016 : « [...] Il est donc permis d'en déduire que, juridiquement, l'intérêt est une notion positive et qu'il n'est pas susceptible d'être compris, à l'envers, comme un accessoire du capital dû au débiteur, par le créancier, sous l'appellation, fausse et contrefaite, d'"intérêt négatif" [...] ».

prestation, un service, rendu par le prêteur à l'emprunteur. L'intérêt est la rémunération de ce service. La nature du contrat de prêt et de la stipulation d'intérêt induisent un taux variable plancher zéro dans l'hypothèse où ce dernier deviendrait négatif. [...] Rien ne s'oppose à la stipulation d'une rémunération due par le solvens à l'accipiens. Mais, la nature de cette opération est alors distincte de la notion de prêt et celle de cette rémunération ne relève pas de la nature juridique d'un "intérêt". »

Et, concernant le second point visant l'évolution de la jurisprudence, comme l'écrivait justement Jérôme Lasserre Capdeville, en février dernier, précisant alors qu'une banque a décidé de former un pourvoi en cassation contre un arrêt rendu par la CA Chambéry, il convient d'attendre que la Cour de cassation se prononce sur ce sujet : « Le contentieux des prêts à "taux négatifs" n'a donc pas fini de faire parler de lui⁵⁷. »

En effet, dès lors qu'un contrat de prêt est souscrit auprès d'établissements de crédits soumis de facto aux dispositions du Code monétaire et financier, qui vise expressément le caractère « onéreux » du crédit, il n'est, à mon sens, pas possible que le bénéficiaire dudit crédit perçoive une rémunération (en l'absence bien évidemment d'une clause en sens contraire, non ambiguë, stipulant une telle rémunération du bénéficiaire⁵⁸, clause que je n'ai, jusqu'à ce jour, encore jamais rencontrée).

La règle étant ainsi clairement rappelée ci-dessus par Franck Auckenthaler, voici cependant, en cas d'éventuelle sollicitation, quelques préconisations pour l'avenir.

Au vu (i) de cette apparition quelque peu surprenante – si ce n'est irrationnelle – de taux dits « négatifs » qui, du reste, perdure dans le temps, (ii) de l'évolution et du

caractère hétérogène de la jurisprudence⁵⁹ en la matière pour la clientèle des particuliers, enfin (iii) de la disparition d'indices de référence, pour éviter toutes discussions au cours de la relation contractuelle, il pourrait être souhaitable pour les établissements bancaires non seulement d'insérer dans leur documentation contractuelle la notion de taux plancher mais également de veiller à sécuriser la marge qu'ils ont négociée et de prévoir les conséquences d'une éventuelle disparition de l'indice contractuellement fixé.

En d'autres termes, le conseil émis serait de veiller à ce qu'apparaisse clairement à la lecture dudit contrat que l'intention des parties est bien que le prêteur reçoive sa marge et soit dûment rémunéré. Il apparaît en effet que, quand bien même certaines réalités semblaient couler de source, il soit désormais souhaitable de les expliciter expressément dans la documentation contractuelle. Cette marge commerciale est par principe une condition d'une opération de crédit pour la banque.

La rentabilité des opérations de crédit reste bel et bien une exigence prudentielle. Les banques doivent veiller à se prémunir contre (i) toute instabilité pouvant au final porter atteinte non seulement à leur propre équilibre mais également à celui du système bancaire et donc contre (ii) toute remise en cause postérieure de ce qui relevait de la commune intention des parties lors des négociations contractuelles des crédits.

De la gestion des taux d'intérêt négatifs à celle résultant du changement d'indices de référence, sans omettre la prise en compte de l'évolution des positions de la jurisprudence concernant notamment la marge des crédits, la routine ne semble pas être à l'ordre du jour... et les prochaines années s'annoncent prometteuses pour les passionnés de challenges. ■

57. Jérôme Lasserre Capdeville, La semaine juridique, entreprise et affaires n° 8, 21 février 2019, « Droit du taux d'intérêt », sous le point 4, « Cas des taux devenus négatifs ».

58. Mélanie Moreau, Julien Moreau et Olivier Poindron, « Contrat de prêt : un taux variable peut-il devenir négatif? », *Revue de droit bancaire et financier*, LexisNexis, septembre-octobre 2016 : « [...] Étant rappelé que la convention qui conduirait un prêteur à se voir restituer une somme d'argent totale (principal et intérêts) inférieure au nominal initialement remis devrait nécessairement être requalifiée. [...] »

59. CA de Chambéry 20 septembre 2018, n° 16/02667.