

Droit des affaires approfondi : Nerthus – U2 – Université Universelle

Chaque entreprise, chaque administration, chaque organisation est confrontée à des risques qui peuvent être liés à la nature de ses activités, à son mode de fonctionnement, à son marché, aux interactions avec son environnement, etc.

Les risques trouvent leur origine à l'extérieur de leur cadre organisationnel, – comportement des clients ou de l'ensemble des partenaires, évolution de la législation, pression de l'environnement financier...– ou à l'intérieur de l'entreprise : ils peuvent alors dépendre de l'application de la réglementation, du non-respect des règles et des procédures, des technologies mises en place, de la formation et de la qualification du personnel, du climat social, etc.

Pour tenter de faire face à ses risques, tout organisme développe donc son système de défense. Ce dernier monopolise une part importante de moyens et de ressources disponibles. La complexité des systèmes de défense est fonction de :

- la nature du risque encouru par l'entreprise ;
- la réglementation qui sert de base aux activités ;
- la fréquence des contrôles à effectuer.

Les risques prioritaires pour les dirigeants d'entreprise : les trois risques les plus fréquemment cités par les dirigeants sont le risque financier (75 %), le risque de réputation (54 %), et le risque juridique et réglementaire (49 %). En revanche, les risques tels que les cyber attaques et la violation des droits de l'homme ne sont cités respectivement que par 15 % et 6 % des dirigeants sondés (rapport du cabinet d'avocats Clifford Chance 2016)

Les entreprises comme les ménages sont amenés à utiliser des moyens de paiement dans leurs affaires. La place des banques et le développement des moyens de paiement et de crédit sont donc essentiels pour assurer la rapidité et la sécurité des transactions pour permettre aux entreprises de se développer et pour limiter les risques financiers notamment (Chapitre 1)

De plus la conjoncture économique et/ou une mauvaise gestion peuvent amener les entreprises à faire face à des difficultés et il faut se poser la question de savoir comment sortir ou éviter ces difficultés et donc minimiser les risques sachant en plus que le dirigeant peut être personnellement mis en cause en cas de dépôt de bilan (Chapitre 2)

Enfin tout dirigeant d'entreprise exerce un pouvoir, et la responsabilité contrepartie du pouvoir s'il n'est pas bien utilisé, peut être à la fois civile et pénale (Chapitre 3)

Chapitre 1 Les instruments de paiement et de crédit

Sont considérés comme **moyens de paiement tous les instruments**, quel que soit le support (papier ou électronique) ou le procédé technique utilisé (virement), **qui permettent à toute personne de transférer des fonds** (chèque, carte bancaire, lettre de change).

Mais en matière commerciale, la notion de crédit est également importante. Il existe donc également des **instruments de crédit qui permettent d'échelonner le paiement dans le temps, et de mobiliser la créance qu'ils constatent, c'est à dire de la faire circuler entre divers créanciers** : ex la lettre de change.

Certains instruments de paiement sont aussi des instruments de crédit (ex la lettre de change). On parle dans le cas de la lettre de change **d'effets de commerce**. On peut dire que ce sont des titres négociables (des sortes de reconnaissance de dettes) qui constatent au profit du porteur (titulaire) de l'effet de commerce, une créance de somme d'argent et lui servent à payer lui-même ses dettes. Le droit qui régit les effets de commerce est appelé droit cambiaire.

I Le compte de dépôt bancaire

Il constitue le compte ordinaire régissant les rapports entre la banque et son client. Le compte de dépôt est un contrat conclu intuitu personae, nommé, à exécution successive, à titre onéreux commutatif, individuel, contrat d'adhésion établi par écrit. Lorsque l'établissement bancaire reçoit des fonds appartenant à son client et les porte au crédit du compte, assure sur l'ordre de son client les paiements à réaliser en son nom : le compte de dépôt est un instrument de paiement. Le compte devient un instrument de crédit lorsque l'établissement bancaire permet à son client de rendre son compte débiteur.

A La création du compte

Toute PP ou PM domiciliée en France a droit à l'ouverture d'un compte de dépôt dans l'établissement de crédit de son choix. Si refus d'une banque, la banque de F désigne un établissement chargé d'ouvrir le compte.

Le compte de dépôt résulte d'une convention passée entre l'établissement de crédit et son client. Le client peut être une PP ou une PM. Contrat synallagmatique, à titre onéreux, commutatif, à exécution successive, nommé et intuitu personae, c'est pour cette raison qu'une banque peut refuser d'ouvrir un compte, si la « confiance » n'existe pas. Si PP, les mineurs non émancipés ou les majeurs protégés ne peuvent pas ouvrir ou faire fonctionner leur compte seul. Pour les PM, c'est le représentant légal qui peut ouvrir et faire fonctionner le compte de la PM, à condition qu'elle soit immatriculée. Il peut arriver que la convention stipule que le compte bancaire est un compte joint. Dans ce cas, les co-titulaires du compte sont indiqués comme solidaires en cas de compte débiteur, la banque des titulaires du compte ou des bénéficiaires des sommes (et uniquement elle) peut invoquer cette solidarité et donc poursuivre l'un quelconque des co-titulaires en cas de compte débiteur pour que le compte soit réapprovisionné. On doit trouver dans la convention :

- La durée de la convention et ses conditions de renouvellement
- Les services dont le client bénéficie ou peut bénéficier
- Les procédures à suivre pour faire opposition à une opération
- Les modalités d'information sur les mouvements du compte
- Les conséquences d'un découvert non autorisé
- Les modalités de clôture ou de transfert du compte etc...

B Fonctionnement du compte de dépôt

1 Obligation du banquier (PM)

Obligation de garde : banquier obligé de conserver les fonds qui lui sont confiés

Obligation de restitution : en contrepartie, il doit restituer les fonds au client s'il les lui demande.

Obligation d'information : obligation d'informer les clients et le public sur leurs conditions générales et tarifaires. Si modifications de ces conditions, le client doit être informé par écrit trois mois à l'avance.

2 Fourniture du service bancaire

Un décret de 2001 a fixé le contenu du service bancaire de base qui comprend un ensemble de prestations dont le coût est pris en charge par la banque :

- L'ouverture et la tenue du compte, sa clôture
- Un changement d'adresse au max une fois par an
- Un relevé de compte au moins une fois par mois
- Des RIB
- L'encaissement des virements
- L'encaissement de chèques déposés sur le compte
- Le dépôt et retrait d'espèces
- Le paiement de prélèvements ou de TIP
- Un moyen de consulter le compte à distance
- Une carte de paiement

Mais le banquier n'est pas obligé de fournir un chéquier, ni d'accorder une autorisation de découvert. Pour les autres prestations, elles seront facturées. Depuis un arrêté du 8 mars 2005, il n'est plus interdit aux établissements de crédit de rémunérer les comptes de dépôt.

II Les transferts de fonds en utilisant différents moyens

Il y a des cas où le paiement par chèque ou virement est obligatoire au-delà de certains seuils : à partir de 1500€ pour les salaires, à partir de 3000€ pour tout achat de biens ou services (cartes bancaires possibles également).

A Par chèque : le chèque est un instrument de paiement, et c'est un titre par lequel une personne, appelée tireur ou émetteur, donne l'ordre à une banque, dite tirée, de payer à vue une somme d'argent au profit d'une troisième personne appelée bénéficiaire. Payer à vue cela signifie que dès qu'il est émis, le chèque peut être remis à l'encaissement, pas d'échéance à imposer au bénéficiaire pour présenter un chèque au paiement (un chèque est valable six mois). Le chèque doit être daté du jour de sa rédaction : s'il est postdaté, l'émetteur encourt une amende égale à 6 % du montant du chèque. Le banquier peut aussi signaler un chèque postdaté à la banque de France. Donc si l'on veut éviter l'amende il vaut mieux dater le chèque du jour de son émission et demander au bénéficiaire de l'encaisser plus tard en lui faisant confiance. Remarque : un commerçant peut refuser le paiement par chèque mais il doit avertir ses clients. S'il faut partie d'un centre de gestion agréé il ne peut refuser le paiement par chèque.

1 émission du chèque

Des conditions de forme sont à respecter : le document doit comporter

- La dénomination de « chèque »
- Le mandat de payer une somme « payez contre ce chèque »
- Le nom de celui qui doit payer : le tiré est tjs un établissement de crédit
- L'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer
- L'indication de la date et du lieu où le chèque est créé si le chèque est « postdaté » c'est-à-dire à une date postérieure à la date d'émission, amende possible
- La signature du tireur ou émetteur. La loi n'impose pas que le nom du tireur figure sur le chèque seule sa signature est obligatoire. Mais comme les banques fournissent des formules de chèque pré-imprimées, les informations sur le tireur sont indiquées.
- Le nom du bénéficiaire est facultatif

Si toutes les mentions ne figurent pas, le titre ne vaut pas comme chèque mais comme une promesse de payer ou un commencement de preuve par écrit.

Le tiré doit vérifier la signature du tireur, car elle peut engager la responsabilité civile du tireur, et vérifier que la provision sur le compte du tireur est suffisante. Qu'est-ce que la provision : c'est la créance en somme d'argent du tireur sur le tiré. Cette provision résulte des fonds qui sont déposés par le tireur chez son banquier (le tiré). La provision est transmise dès l'émission du chèque dont elle est transmise au bénéficiaire du chèque. **Il faut donc que la provision existe dès l'émission du chèque** (le compte doit être approvisionné lors de l'émission du chèque). Mais le tiré doit régler tout chèque dont le montant est inférieur ou égal à 15€ même si le compte n'est pas approvisionné.



2 Transmission du chèque

Il peut circuler par « tradition » quand il n'y pas le nom du bénéficiaire, c'est-à-dire qu'il circule de main en main

En général il circule par « endossement ». L'endosseur (bénéficiaire) charge une personne en général sa banque d'encaisser le chèque pour lui en indiquant au dos son numéro de compte et sa signature.

3 Paiement du chèque

La remise au paiement du chèque peut s'effectuer par le bénéficiaire lui-même ou le mandataire du bénéficiaire c'est-à-dire son banquier qui va s'adresser à la banque du tireur pour être payé. C'est d'ailleurs une pratique courante puisque la majorité des chèques sont barrés. Les chèques barrés signifient qu'ils ne peuvent être payés qu'à une autre banque ou à un client du tiré (tiré étant obligatoirement une banque). Donc tous les chèques étant barrés ils ne peuvent être encaissés que par l'intermédiaire d'une banque.

Le chèque est payable **à vue c'est-à-dire dès son émission. Ce n'est donc pas un instrument de crédit puisque le compte doit être approvisionné dès l'émission du chèque le bénéficiaire pouvant l'encaisser tout de suite.** Il doit être présenté dans les 8 jours en France et 20 en Europe, et il reste valable six mois. Au-delà il est périmé.

Vérifications du banquier avant de payer le chèque	
S'assurer de l'absence d'opposition au paiement	L'opposition c'est l'interdiction faite par le tireur au tiré de payer le chèque. Ne peut se faire que dans certains cas : perte, vol du chèque, utilisation frauduleuse du chéquier, ou redressement J du bénéficiaire. L'opposition faite par oral doit être confirmée par écrit. Mais dans le cas d'une opposition irrégulière (une opposition doit par ex tjs être confirmée par écrit), ou une absence d'opposition ou une opposition trop tardive ou si faute lourde du tireur, le tireur va supporter tous les retraits et paiements faits et ne sera pas remboursé. En cas d'une opposition abusive, le tireur est passible du délit de blocage illicite de la provision (art L 163-2 du code monétaire et financier)
Vérifier la régularité du titre	Le banquier doit s'assurer que la formule du chèque contient bien les mentions obligatoires
S'assurer de l'identité et des pouvoirs de la personne qui remet le chèque	Le banquier s'assure que le présentateur est bien le porteur légitime ou son mandataire. A cette occasion, le banquier peut engager sa responsabilité civile
Contrôler la signature du tireur	Cette vérification peut engager la responsabilité civile du banquier

Vérifier l'existence de la provision	Vérifier que le compte est approvisionné puisque le chèque peut être encaissé immédiatement. Si provision partielle, paiement partiel. Mais obligation de payer les chèques d'un montant inférieur ou égal à 15€
---	--

Que se passe-t-il en cas de défaut de paiement pour absence de provision ? La provision doit exister au moment de l'émission du chèque et se définit comme la créance en somme d'argent que le tireur a sur le tiré. Elle doit exister jusqu'à l'encaissement du chèque. Elle peut parfois être garantie par la banque (chèque visé ou certifié) et dans ce cas cela diminue les risques du paiement par chèque.

- le chèque visé : il indique par un tampon de la banque du tireur que le jour où le tampon a été mis le compte était approvisionné mais cela ne garantit pas qu'il le soit toujours le jour où le chèque est mis à l'encaissement.
- le chèque certifié : la banque du tireur certifie que la somme existe sur le compte et qu'elle est bloquée pendant 8 jours (délai de présentation du chèque)
- le chèque de banque : le chèque de banque est émis par la banque du tireur elle-même pour le compte du payeur. Son règlement est garanti, puisque la banque prélève par avance la provision correspondante sur son compte à elle.

Principales phases à suivre pour la banque du tireur en cas d'émission d'un chèque sans provision	
1 Information préalable du titulaire du compte (tireur) que le compte n'est pas approvisionné	La banque tirée peut refuser de payer un chèque sans provision sauf si elle a accordé un découvert. Si pas de découvert autorisé elle doit avertir son client des conséquences du non-paiement du chèque
2 Envoi d'une lettre d'injonction	La banque de F est informée par le tiré du défaut de paiement du client. Le tiré (banque) demande au tireur (son client) de lui rendre toutes les formules de chèques en sa possession et de ne plus émettre de chèques. Cette interdiction dure jusqu'à régularisation ou pendant 5 ans. Cette interdiction s'appliquera à tous les comptes du tireur quelle que soit la banque
3 Faculté de régularisation	Le tireur peut régulariser dans un délai de 30 jours (en payant par un autre moyen son créancier ou en reconstituant la provision et en demandant au créancier de représenter le chèque au paiement) et retrouvera dans ce cas le droit d'émettre des chèques mais ce n'est plus un délit de faire des chèques sans provision (dépénalisation du chèque). Par contre il y a délit si on continue à émettre des chèques en étant interdit bancaire. Il devra aussi payer une pénalité
4 Certificat de non-paiement	Si le tireur ne régularise pas sous 30 jours, et après une 2 ^{ème} présentation du chèque sans résultat, le bénéficiaire peut obtenir un certificat de non-paiement du tiré sans intervention judiciaire. Ce certificat lui permet d'obtenir un titre exécutoire c'est-à-dire le moyen de saisir les biens du tireur par l'intermédiaire d'un huissier.
	Par contre si le bénéficiaire entre le moment où il a remis le chèque à sa banque et le moment où il est rejeté pour absence de provision, a dépensé la provision (somme indiquée sur le chèque), il sera seul responsable et ne pourra pas se retourner contre sa banque. Il y a toujours un délai entre le moment où le chèque est déposé à la banque et crédité sur le compte c'est pour ça que les banques indiquent que le montant du chèque sera crédité sous réserve d'encaissement.

B Paiement par Virement et autres (instruments de paiement)

Le virement bancaire	L'avis de prélèvement	Le titre interbancaire De paiement : TIP SEPA
<p>Il fait intervenir deux banques : c'est un transfert de fonds de compte à compte. Il s'opère par un jeu d'écriture. Le compte du donneur d'ordre de paiement sera débité et celui du bénéficiaire crédité.</p> <p>Deux étapes : la préparation du virement (le client donne l'ordre à son banquier de payer) et l'exécution du virement qui permet au client de se libérer de sa dette. S'il est admis que l'ordre de paiement est irrévocable à partir du moment où le compte du donneur d'ordre est débité, le bénéficiaire du virement n'est véritablement en possession de la somme que quand son propre banquier l'a réceptionnée.</p> <p>Il existe les virements SEPA qui permettent depuis 2014 à tout consommateur européen de payer ses achats ou ses factures sur toute l'UE par virement sans que son compte bancaire soit domiciliée dans le même état membre que lui.</p>	<p>Le débiteur autorise l'un de ses créanciers à prélever régulièrement sur son compte les factures dues (en lui fournissant ses coordonnées bancaires).</p> <p>Quelques jours avant l'échéance, le créancier informe son client du prélèvement. Préalablement le client débiteur a donné mandat à son banquier de payer les avis de prélèvement.</p> <p>Le débiteur est donc sûr de ne pas oublier de payer puisque les sommes seront débitées automatiquement mais il ne peut pas empêcher le débit même s'il n'est pas d'accord avec la somme.</p> <p>Il existe les avis de prélèvement SEPA qui permettent depuis 2014 à tout consommateur européen de payer ses achats ou ses factures sur toute l'UE par virement et avis de prélèvement SEPA sans que son compte bancaire soit domiciliée dans le même état membre que lui.</p>	<p>Le paiement par TIP SEPA est un moyen de paiement simple. Il accompagne une facture (société, organisme, etc.) et permet de la régler ponctuellement (loyer, facture de téléphone ou d'électricité) à distance sans avoir besoin d'émettre un chèque. Il suffit de signer le TIP SEPA et de le renvoyer, accompagné d'un relevé d'identité bancaire, au créancier. Il remplace l'ancien TIP (Titre de Interbancaire de Paiement).</p> <p>Pour les fois suivantes, le TIP SEPA que l'on reçoit sera déjà complété des coordonnées bancaires.</p> <p>L'avantage du TIP c'est que l'on peut contester le montant à payer avant de payer</p> <p>En cas d'insuffisance de provision sur le compte, la banque rejette le TIP SEPA. Au titre de cet incident de paiement, la banque peut percevoir des frais, mais ceux-ci ne peuvent cependant pas excéder le montant de l'ordre de paiement rejeté, dans la limite d'un plafond de 20 euros.</p> <p>Depuis 2014 le consommateur européen peut bénéficier du SEPA pour payer ses achats ou ses factures sur toute l'UE.</p>

C Paiement par carte bancaire

Elle permet de retirer de l'argent et de payer des fournisseurs. La carte peut être soit une simple carte de retrait à des distributeurs, soit être aussi une carte de paiement, voire aussi une carte de crédit (carte à débit différé).

Deux contrats autour de la carte bancaire

1 Le contrat porteur

Parties	Le contrat est conclu entre l'émetteur de la carte (établissement financier par ex) et son titulaire (porteur). Celui-ci est une PP ou une PM
Nature du contrat	Il s'agit d'un contrat d'adhésion rédigé en 2 ex. Il comporte un fort intuitu personae, ce qui signifie que la banque n'est pas tenue de délivrer une carte puisque la « confiance » est importante. Il est à durée déterminée et se renouvelle par tacite reconduction. La banque n'a pas à motiver son refus d'attribution de carte.
Obligation de L'émetteur de la carte	IL règle le montant des dépenses réalisées par le porteur avec sa carte A concurrence d'un certain montant, l'émetteur s'engage à régler les dépenses du porteur même en cas d'insolvabilité

<p>Obligation du porteur</p>	<p>Il signe la carte, paie une cotisation, s'engage à garder le code confidentiel secret, et à ne faire opposition que dans les cas prévus : perte, vol, utilisation frauduleuse de la carte, RJ ou LJ du bénéficiaire sachant qu'il doit déclarer la perte ou le vol et donc n'est pas responsable postérieurement à l'opposition de l'utilisation de sa carte et devra être remboursé. Pour les dépenses antérieures, il ne supporte pas les pertes non plus. Mais dans le cas d'une opposition irrégulière (une opposition doit par ex tjs être confirmée par écrit), ou une absence d'opposition ou une opposition trop tardive ou une faute lourde du porteur : par ex négligence du porteur que la banque doit prouver (si quelqu'un a utilisé la carte avec composition du code ça ne caractérise pas pour la J une négligence, encore faut-il que la banque prouve que le titulaire a transmis ses codes à quelqu'un), le titulaire de la carte va devoir supporter tous les retraits et paiements faits. Voir extrait</p> <p><i>Dans un arrêt rendu récemment, la Cour de cassation donne une nouvelle fois raison à un établissement bancaire qui refuse de rembourser une victime d'hameçonnage (ou phishing). Cette fois, la haute juridiction statue sur la négligence grave de monsieur X., client du Crédit mutuel de Beauvais, qui a fourni à une personne malveillante ses données personnelles, pensant répondre à un courrier électronique de sa banque, très bien imité.</i></p> <p><i>Cette personne a en effet reçu trois messages, censés provenir du Crédit mutuel, logo très bien falsifié à l'appui, lui demandant de transmettre ses données bancaires et ses codes d'accès. Il s'est exécuté, pensant bien faire, et a même demandé à sa banque de lui fournir une nouvelle carte de clés personnelles pour renseigner correctement le prétendu « certificat de sécurité ». Les escrocs qui se cachaient derrière ce courrier ont alors effectué des achats en ligne par carte bleue pour un montant de 2 731,98 €, parvenant à se procurer le code 3D-Secure pourtant envoyé sur le téléphone personnel de la victime, et un virement de 4 500 € sur son livret bleu.</i></p> <p><i>La cour d'appel d'Amiens a précisé qu'il n'y avait pas négligence dans la mesure où monsieur X., qui se connectait rarement au site de sa banque, n'a pas vu les messages de mise en garde contre le phishing et n'était pas à même de détecter le contenu malveillant (adresses de l'expéditeur différentes et fautes d'orthographe), arguant de la « totale naïveté » du plaignant. Elle a ainsi condamné le Crédit mutuel de Beauvais à procéder au remboursement intégral des opérations frauduleuses.</i></p> <p><i>La Cour de cassation vient casser et annuler ce jugement, au titre des articles L. 133-16 et L. 133-19 du code monétaire et financier. Ce dernier article stipule notamment que le payeur « supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées » en cas de négligence grave. La haute juridiction indique que le client a manqué « à son obligation de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés » (article L. 133-16). Elle juge qu'il y a négligence grave car l'utilisateur a transmis des données personnelles, alors même que le message contenait des indices concernant son caractère frauduleux, « peu important qu'il soit, ou non, avisé des risques d'hameçonnage ». L'affaire est renvoyée devant la cour d'appel de Rouen.</i></p> <p><i>Cette décision rappelle que l'acquiescement des personnes victimes d'actes bancaires illicites à la suite d'une opération de phishing n'est pas automatique. Si la banque parvient à prouver la négligence du client, elle n'est pas tenue de le rembourser.</i></p> <p>Le porteur qui ne restituerait pas une CB que sa banque lui a demandé de restituer commet le délit d'abus de confiance. Et si il continue à utiliser sa carte alors que plus le droit, elle commet le délit d'escroquerie –voir chapitre 4-</p>
-------------------------------------	---

2 Le contrat fournisseur

Parties	Contrat conclu entre l'émetteur de la carte (établissement financier) et un fournisseur par ex un commerçant
Nature du contrat	Le fournisseur adhère au système de paiement par carte bancaire. Ce contrat comporte un caractère intuitu personae, ce qui veut dire que l'émetteur de la carte peut refuser le fournisseur. Il est à durée déterminée ou indéterminée et dans ce cas peut être prolongé par tacite reconduction.
Obligation de l'émetteur	Il paye à l'adhérent les factures des porteurs et à concurrence d'un certain montant l'émetteur paye en cas d'insolvabilité du porteur
Obligations du fournisseur (commerçant)	Il accepte toutes les cartes d'adhérent agréées. Il informe le public de son affiliation au système de paiement (réseau carte bancaire). Pour des opérations de faible montant, il peut interdire le paiement par carte si ses clients ont été préalablement informés. Il paye diverses commissions : location du matériel (terminal de paiement) par exemple et commission variable en fonction du volume des opérations traitées

D Les moyens de paiement des particuliers et le numérique

Le numérique n'en finit plus de révolutionner les moyens de paiement : cagnottes, paiement entre particuliers, dons par mobile, paiement en ligne de ses factures : ex : Leetchi ou le Pot Commun. L'évolution c'est également le paiement via son mobile. Les clients de l'opérateur Orange peuvent utiliser « Orange Cash ». Les possesseurs d'un Iphone peuvent utiliser « Apple Pay » à condition d'être client d'une banque partenaire et donc peuvent payer avec leur téléphone etc. Le Crédit Mutuel CIC est actionnaire de Lyf Pay, application qui permet de payer avec son appli, quelle que soit sa banque et son téléphone, auprès de nombreux commerçants partenaires. Le paiement en lui-même est identique quelle que soit l'application mais la différence ce sont les services personnalisés apportés par chaque banque. Ces services sont facturés alors que les offres de base sont gratuites. De nombreux objets permettent de payer sans contact, comme les bracelets dans les festivals de musique ou événements sportifs par ex.

III Les contrats de crédit aux entreprises

A Le contrat de prêt d'argent (l'emprunteur : particulier ou professionnel, prêteur : un établissement de crédit)

1 Formation du contrat

- Contrat réel : en plus du consentement, le contrat n'est formé que s'il y a remise de fonds à l'emprunteur (un contrat réel suppose la remise d'une chose)
- A titre onéreux : il y a des obligations réciproques
- Contrat consensuel : contrat se forme par le seul échange des consentements mais comme le code civil exige que s'il y a intérêts prévus, il y ait un écrit, les contrats sont solennels.

2 Réglementation du prêt d'argent

Interdiction de taux d'intérêt excessifs

Même si les parties sont libres de définir leurs taux d'intérêt, cela ne saurait permettre des taux d'intérêt excessifs : ce que l'on appelle l'usure. Mais l'usure n'est plus un délit pour les prêts consentis à des PM commerçantes ou à des PP entrepreneurs individuels. Ce n'est un délit que pour les prêts à des particuliers non professionnels. Les professionnels sont censés être capables de défendre leurs intérêts.

Le prêteur doit mettre les fonds à disposition du client, et l'emprunteur doit respecter l'affectation des fonds prévue au contrat sinon déchéance du terme), rembourser le capital et les intérêts.

B Le crédit avec mobilisation de créances

Une entreprise détient sur ses clients des créances alors qu'elle ne peut pas faire face à ses propres échéances, donc pour régler ses difficultés passagères elle peut mobiliser ses créances. **Mobiliser une créance cela signifie transférer la propriété de ses créances à un autre** (faire circuler ses créances entre les mains de différents créanciers) jusqu'à leur échéance pour obtenir des liquidités tout de suite. Quels outils de mobilisation ?

1 L'escompte d'une lettre de change

Derrière l'escompte, il y a un effet de commerce comme la lettre de change qui permet de payer une somme à une certaine échéance. Déf : La **lettre de change** est un écrit par lequel une personne, dénommée tireur, donne à un débiteur, appelé tiré, l'ordre de payer à l'échéance fixée, une certaine somme à une troisième personne appelée bénéficiaire ou porteur (le bénéficiaire pouvant être le tireur lui-même ou une autre personne). La lettre de change est un acte de commerce, le tribunal de commerce est compétent en cas de litige et le droit cambiaire s'applique. Un certain nombre de mentions sont obligatoires sur une lettre de change, mais il n'est pas obligatoire d'indiquer le nom du bénéficiaire.

La lettre de change est à la fois un instrument de paiement et un instrument de crédit. C'est un effet de commerce soumis au droit cambiaire. De nos jours, il n'existe plus beaucoup de L de C papier, elles sont toutes dites Lde C relevées, elles sont dématérialisées et se transmettent entre endosseurs et endossataires sous format électronique.

Contrairement au chèque, la L de C a une échéance et donc ne peut pas être encaissée tout de suite. Donc la provision (la somme que le tiré doit au tireur) n'a pas besoin d'exister tout de suite mais doit exister au moment où la lettre de change est remise à l'encaissement.

Le bénéficiaire doit attendre l'échéance pour être payé sauf s'il remet sa lettre à l'escompte à une banque : **l'escompte : remettre un effet du C à une banque pour être payé immédiatement de la somme (moins une commission) sans attendre l'échéance.** A l'échéance le tiré paye la banque qui a pris l'effet à l'escompte puisque c'est elle qui va demander à être payée.

Société Sport-Loisir
ZI Actisud
13 avenue du G Degaulle
83000 Toulon
A Toulon LE

①

Contre cette **LETTRE DE CHANGE** stipulée **SANS FRAIS**
veuillez payer la somme indiquée ci-dessous à l'ordre de :
NOUS-MEMES

Mention
L.C.R
s'il y a lieu

MONTANT POUR CONTROLE EUR 30 000,00	DATE DE CREATION 18/06/20...	ECHEANCE 31/07/20... ④	REF. [] [] [] []	MONTANT EUR 30 000,00 ⑤
R.I.B. du tiré			L.C.R seulement	
code	code guichet	numéro de compte	DOMICILIATION	
Valeur en marchandises ⑥			Banque INDOSUEZ ⑧	
Nom et adresse du TIRE ③			Toulon	
ACCEPTATION OU AVAL ⑦			Date de timbre et signature	
			Société Sport-Loisir ZI Actisud 13 avenue du G Degaulle 83000 Toulon ⑨	

ne rien inscrire en dessous de cette ligne

2 L'endossement d'une lettre de change : forme de mobilisation de créance

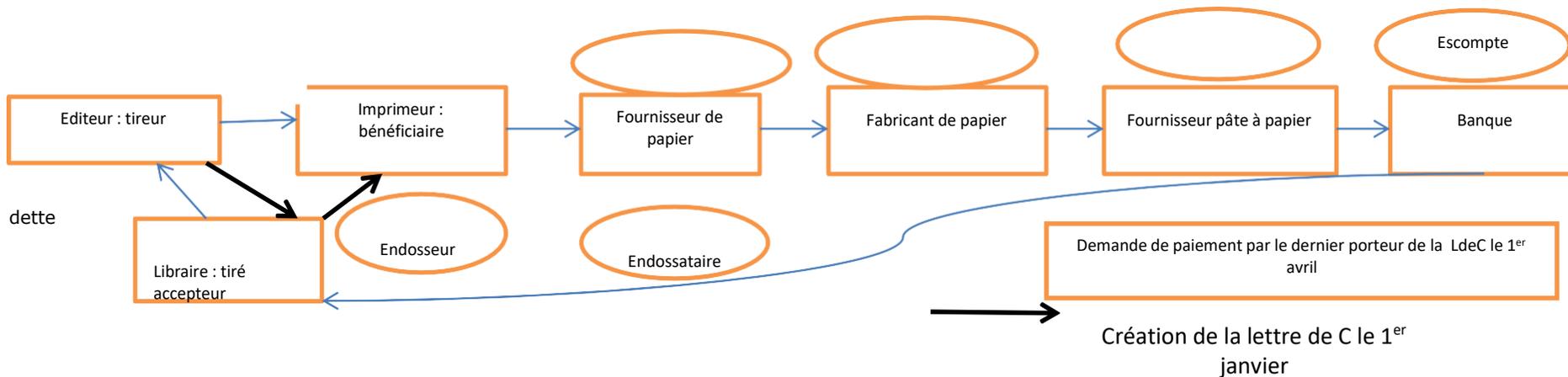
Déf : Deux personnes en présence : l'endosseur celui qui transmet la LDC, l'endossataire (nouveau porteur de la lettre) : celui qui la reçoit. L'endosseur qui doit de l'argent à l'endossataire, paie sa dette en lui transmettant la lettre de change. L'endossataire devient donc le nouveau porteur de la lettre et l'encaissera à l'échéance en demandant au tiré de le payer. Mais l'endossataire peut avoir aussi des dettes et donc transmettre lui aussi la LDC à un de ses créanciers donc il peut à son tour devenir endosseur. Tant que la L de C n'est pas arrivée à échéance, elle peut donc circuler entre différents endosseurs et même revenir avant l'échéance entre les mains du tireur par le jeu de la circulation. Voir schéma.

L'endossement est une technique très sûre car il y a **solidarité des signataires d'une lettre de change** pour le paiement cela veut dire qu'à l'échéance, le porteur (qui a la LDC à l'échéance entre ses mains) peut se retourner d'abord contre le tiré pour être payé mais s'il ne paie pas il peut se retourner contre l'un quelconque des signataires successifs de la lettre de change (son endosseur ou n'importe quel autre endosseur). Donc tous les signataires sont solidaires du paiement. Pour faire jouer la solidarité le porteur non payé doit constater que le tiré ne paie pas en faisant « dresser protêt », c'est-à-dire en demandant à un huissier de constater par acte authentique le non-paiement du tiré.

L'acceptation de la L de C : Si la L de C a été acceptée par le tiré avant l'échéance (cela veut dire qu'il l'a signée et s'est engagé à la payer car il reconnaît qu'il a une dette), il y a **inopposabilité des exceptions pour tous les porteurs successifs** : cela veut dire que le tiré ne peut pas opposer des raisons de ne pas payer même si elles sont valables si la lettre de change a circulé et n'est plus entre les mains du tireur quand elle est présentée à l'échéance. Le tiré doit payer même s'il a de bonnes raisons de refuser, car il a accepté de payer quoi qu'il arrive et quel que soit celui qui lui présente la lettre à l'échéance. Par contre si la lettre de change n'a pas circulé, ou si avant l'échéance, elle revient par le jeu de l'endossement et de la circulation entre les mains du tireur, le tiré peut opposer s'il en a des raisons de ne pas payer au tireur puisque si elle n'a pas circulé ou si elle revient entre les mains du tiré, c'est le tireur qui lui présente la lettre à l'échéance.

Remarque : il existe un autre effet de commerce : le billet à ordre. La différence avec la LdeC c'est que le BâO est créé par celui qui doit de l'argent (le tiré) et non par celui à qui on doit de l'argent (le tireur). C'est une sorte de reconnaissance de dette puisque le tiré s'engage à payer une certaine somme à échéance. Il existe essentiellement aussi des BâO relevés donc sous format électronique.

Exemple de circulation de L de C émise le 1 janvier, accepté le 1^{er} février, à échéance le 1 avril avec remise à l'escompte par le dernier porteur



Exercice

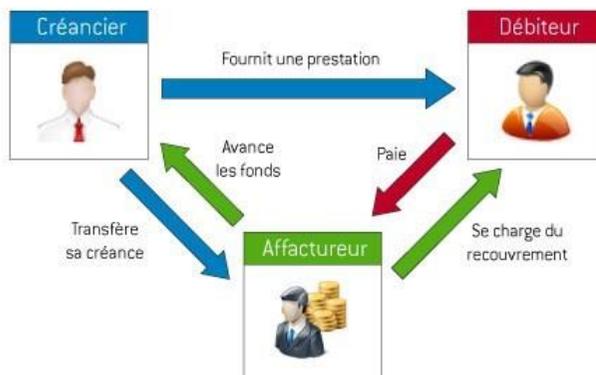
Monsieur Jacques, commercial chez la SA le Potager, se rend le 1^{er} mars dans la grande surface Distridiscount afin de proposer des fruits et légumes. Le chef des approvisionnements de la grande surface accepte de commander 2000€ de marchandises mais souhaite bénéficier de délais de paiement. Pour conclure la vente, M Jacques accepte le paiement par LdeC. L'échéance est fixée un mois plus tard le 1^{er} avril. Le 15 mars la SA le Potager a besoin de liquidités pour payer ses factures, elle doit notamment 2000€ à un fournisseur d'engrais

1. Définissez le tireur le tiré et le bénéficiaire à la création de la lettre de C et à son échéance.
2. La grande surface doit-elle disposer des 2000€ le 1^{er} mars ? Expliquez. Même question si elle devait payer par chèque. Expliquez
3. Expliquez les deux mécanismes qui peuvent permettre à la SA d'éteindre ses dettes avant l'échéance de la LdeC le 1^{er} avril ou de recevoir le montant de sa créance avant le 1^{er} avril
4. Supposons que la grande surface ait accepté la lettre de change et qu'elle n'est pas été livrée avant le 1^{er} avril. Peut-elle refuser de payer le fournisseur d'engrais par exemple si c'est lui qui lui présente la LdeC le jour de l'échéance ?
5. Si à l'échéance le tiré se retrouve en liquidation judiciaire et donc dans l'impossibilité de payer, que conseiller au fournisseur d'engrais ?

3 L'affacturage (ou factoring)

Contrat par lequel un établissement de crédit spécialisé appelé « facteur » ou « factor » achète les créances que possède un fournisseur (le cédant ou créancier) sur ses clients moyennant une rémunération et donc permet au fournisseur d'obtenir du financement et des liquidités rapidement, tout en lui permettant de conserver sa capacité à emprunter auprès d'une banque.

(image du site <http://affacturage.comprendrechoisir.com/>)



Avantage pour le fournisseur ou créancier : cela diminue les retards de paiement et protège l'entreprise contre le risque d'insolvabilité des clients. Il sécurise les créances de l'entreprise puisque la société d'affacturage s'engage à lui régler les factures transmises par une couverture à 100% de leurs montants et prend en charge selon les termes du contrat le risque de non-paiement des clients à l'échéance sauf dans le cas de litige entre l'entreprise et ses clients. De plus le contrat est parfois signé pour une durée indéterminée, il n'est pas nécessaire de renégocier tous les ans avec la société d'affacturage. Toutes **les créances peuvent être cédées y compris les créances dont l'entreprise cédant dispose sur de non professionnels**. Donc si une société de plomberie intervient chez des professionnels et des particuliers elle peut faire appel à l'affacturage pour toutes ses créances clients.

De plus lorsque le fournisseur exporte ses produits, cela lui permet de se prémunir contre le risque de change si les échanges sont négociés dans une autre monnaie que l'euro. Si l'euro a baissé à l'échéance, c'est la société d'affacturage qui supporte le risque. Par contre, ce service se paie et cela a un coût pour l'entreprise. De plus ça dépersonnalise la relation client-fournisseur puisque **le client ne s'adresse plus qu'à la société d'affacturage qui détient la facture, on dit que la société d'affacturage est « subrogée » dans le droit du fournisseur puisqu'elle a récupéré la facture**. Mais les clients peuvent opposer à la société d'affacturage des raisons de ne pas payer si elles existent à condition que **ces raisons soient antérieures à la subrogation** (la date à laquelle sont transmises les créances à la société d'affacturage est donc importante) et dans ce cas, comme la société d'affacturage aura déjà avancée la somme au fournisseur, le fournisseur devra rembourser cette somme à la société d'affacturage si le client refuse de payer pour des raisons antérieures à la subrogation qui incombent au fournisseur.

Avantage pour le facteur : il se fait rémunérer pour les services rendus et se fera payer à l'échéance par le client, car le fournisseur qui fait appel à une société d'affacturage transmet tous ses droits sur ses clients au facteur. Le fournisseur doit donc informer ses clients qu'ils doivent payer leur dette entre les mains du facteur. **Le facteur va supporter les risques d'insolvabilité des clients mais pour se protéger, il peut refuser les créances douteuses du fournisseur, c'est-à-dire celles pour lesquelles il pense que le paiement va être difficile à obtenir. De plus, si le fournisseur a encaissé le montant des factures qu'il n'a plus le droit d'encaisser, le facteur peut se retourner contre lui.**

3 Le bordereau DAILLY

Ce document permet à un commerçant, artisan, société commerciale (le cédant) de céder à sa banque (le cessionnaire) les créances exigibles ou à terme dont il dispose sur ses clients en signant simplement un bordereau récapitulatif de celles-ci. **Le bordereau Dailly n'est possible que pour des créances professionnelles**. Donc si une société de plomberie intervient chez des professionnels et des particuliers elle peut pas transmettre à la banque ses créances sur les particuliers.

Le cédant cède ses créances + les garanties attachées à la créance (ex, si la créance transmise est garantie par un gage, le gage est transmis aussi à la banque) en contrepartie d'un crédit accordé par une banque (la sienne ou une autre) ou pour lui permettre de rembourser un crédit bancaire

Cette possibilité d'avoir recours au bordereau Dailly se renégocie avec sa banque tous les ans. Les créances cédées sont récapitulées sur un bordereau sur lequel est indiqué la phrase « acte de cession de créances professionnelles » avec le montant de la ou des créance(s), le débiteur, le nom du cédant et le nom du cessionnaire. Donc la banque remet immédiatement les liquidités au cédant qui récupère de la trésorerie (en déduisant sa rémunération) et c'est elle qui ensuite réclamera le paiement au client à l'échéance. Cela ressemble beaucoup à l'affacturage Mais à la différence de l'affacturage, c'est une banque qui rachète les créances et non une société d'affacturage et si le client est insolvable, la banque ne couvre pas les risques d'insolvabilité et pourra se retourner contre le cédant pour lui demander de payer si le client ne peut pas. **Le cédant est donc solidaire du paiement auprès du cessionnaire (la banque) si le cédé ne paye pas à l'échéance.**

Si le bordereau est « simple », le client n'est pas informé de la cession de créance et donc peut payer directement le cédant c'est-à-dire son créancier à l'échéance de sa dette. Le cédant devra restituer la somme au cessionnaire. **Si le bordereau est avec « acte de notification »**, la banque cessionnaire informe le client par un courrier qu'il doit lui payer la dette à elle à l'échéance. Le client étant informé s'il paie quand même le fournisseur à l'échéance, le paiement n'est pas opposable à la banque et le client devra payer deux fois. Cependant le client peut opposer à la banque des raisons de ne pas payer si elles existaient avant l'échéance de la dette, que ces raisons soient antérieures ou postérieures à la cession. **Si le bordereau est avec acte d'acceptation, cela veut dire que le** client est informé et s'engage à payer le cessionnaire officiellement le jour prévu puisqu'il y a acceptation, et dans ce cas le client ne peut plus opposer au cessionnaire des raisons de ne pas payer le jour du paiement qu'il aurait pu opposer au cédant (par ex inexécution du contrat par le cédant à l'échéance ou délais de paiement accordés par le cédant)

Exercice

1. En vous appuyant sur le document annexé, dans quel mécanisme de mobilisation de créance se trouve-t-on ? Indiquez le nom du cédant, cédé et cessionnaire.
2. La société CREDITO a adressé un courrier à la SA l'empereur pour lui notifier la cession de créance. Elle n'a pas répondu au courrier. A l'échéance elle a payé la SARL Desjeux. Quels sont les droits de CREDITO ?
3. Le second client a répondu pour sa part à la banque lui notifiant la cession en retournant le document après avoir apposé la mention « cession de créance acceptée ». Cependant au moment du paiement, il refuse de payer, car les jeux livrés ne sont pas conformes. Qu'en pensez-vous ?

Actes de cession de créance professionnelle (soumis à la loi 81-1 du 2 janvier 1981 modifiée et au décret 81-862 du 9 septembre 1981.

Client : SARL Desjeux 3 rue de la fiction 80000 Amiens

Numéro de compte du client : XXXXXXXXX

Etablissement de crédit bénéficiaire : banque CREDITO.

Désignation des créances professionnelles :

Débiteur : SA Empereur 1289€ date d'échéance le 30-10. Numéro de facture A2345

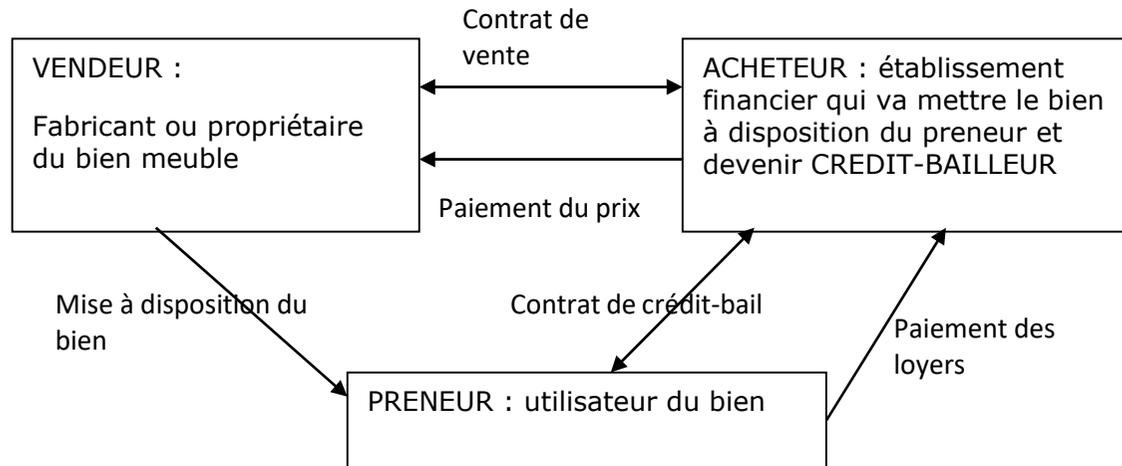
Débiteur : SAS Cavalier 567€ date d'échéance le 15-11 Numéro facture A2348

Le présent bordereau est établi à l'ordre de la banque CREDITO 2 rue du change 80000 Amiens.
Fait à Amiens le 1^{er} septembre ;

C Le crédit sans mobilisation de créances : le découvert bancaire, les facilités de caisse ou encore le crédit-bail mobilier (ou leasing)

Les découverts bancaires ou les facilités de caisse (décalages ponctuels entre les dépenses et les recettes) sont des solutions à court terme, d'une durée inférieure à un an qui peuvent être reconduites d'une année sur l'autre si la situation de l'entreprise le permet mais peuvent être remises en cause par la banque dans un délai très bref. Les facilités sont des solutions à très court terme, temporaires alors que les découverts ont vocation à être utilisés régulièrement. Pour les autorisations de découvert ou facilités, les banques ne sont pas obligées de les accorder, elles sont très attentives car elles peuvent voir leur responsabilité engagée en cas de difficultés de leur client, puisqu'elles ont un devoir de conseil et de mise en garde et qu'elles peuvent être poursuivies pour financement abusif (voir plus bas responsabilité de la banque). Les facilités de caisse ou les découverts sont des solutions coûteuses car il y a des intérêts à verser à la banque proportionnels à la durée du découvert ou de la facilité de caisse et à la somme utilisée. Donc plus on s'en sert pour un montant élevé, plus ça coûte cher... mais si la banque veut les interrompre elle doit respecter un préavis sinon rupture abusive.

Schéma du leasing ou crédit-bail (méthode qui permet de financer un équipement par exemple)



- L'entreprise utilisatrice : le preneur. Elle a besoin du bien meuble, et va devenir locataire de ce bien contre paiement de loyers
- L'établissement financier : le crédit-bailleur. Elle va acheter le bien objet de la convention de crédit-bail. Le crédit-bail ne peut être pratiqué que par des sociétés ayant le statut de sociétés financières et qui ont reçu un agrément. Sans cet agrément faire du crédit-bail c'est commettre le délit d'exercice illicite de la profession d'établissement de crédit ou de banquier.
- Le vendeur : fabricant ou propriétaire du bien. Il va le vendre à l'établissement de crédit et le mettre à la disposition du preneur.
- L'intérêt même si le crédit-bail a un coût, c'est qu'il permet de limiter les risques de l'investissement, et comporte peu de formalités à respecter.

Les conditions du contrat :

- Il doit porter sur des biens meubles à usage professionnel, et doivent avoir été achetés par la société financière qui les loue
- Il doit prévoir une promesse de vente en fin de contrat, qui permet au preneur d'en devenir propriétaire pour sa valeur résiduelle à la fin du contrat (déduction faite des loyers versés).
- Le contrat doit faire l'objet d'une publicité sur un registre spécial au greffe du TC où l'utilisateur est immatriculé. L'inscription est valable 5 ans et est renouvelable.
- Le preneur doit mentionner l'opération dans l'annexe de son bilan sinon sanctions pénal

