

# Le contentieux des taux négatifs dans les crédits immobiliers aux particuliers

---

Julien MARTINET  
*Avocat associé, Hogan Lovells*

**D**epuis que, début 2015, l'indice Libor CHF est devenu négatif, la tentation s'est manifestée chez les particuliers dont les contrats de crédit disposent de formules d'intérêts se référant à cet indice de réclamer à leur prêteur le paiement d'intérêts, encouragés d'une certaine façon par l'usage devenu courant dans la presse et dans le monde de la finance de la notion d'intérêts négatifs.

Le raccourci n'a toutefois rien d'évident : indice de taux et intérêts de crédit sont deux notions distinctes dont les domaines ne se recouvrent pas nécessairement.

Une erreur serait de considérer que l'indice Libor ne peut s'analyser en droit que comme la moyenne des rémunérations que s'offrent les banques à l'occasion des crédits qu'elles se consentent entre elles. Cette analyse n'est proche de la réalité que lorsque les banques ont besoin de liquidité. Lorsque leur besoin est au contraire de s'en défaire, celles qui acceptent de les conserver, et qui exigent pour cela une rémunération, consentent, en droit, un service de dépôt rémunéré.

La notion d'intérêt négatif à laquelle la presse et le monde économique se réfèrent en évoquant les prêts interbancaires s'analyse ainsi en droit comme étant la rémunération d'un dépôt et du service de conservation et de restitution qu'offre le dépositaire. Elle ne se rapporte pas à un crédit qui serait rémunéré « à l'envers », et ne constitue en rien un usage dont les tribunaux pourraient s'inspirer pour l'appliquer dans les crédits immobiliers faits aux particuliers, dont la qualification juridique, s'agissant d'un contrat nommé, est claire.

Avant d'examiner les contraintes et solutions envisageables dans la mise en œuvre d'un contrat de crédit contenant une formule d'intérêts se référant à un indice devenu négatif (II), il faut comprendre le phénomène qui a conduit l'indice Libor CHF à devenir négatif (I).

## I. Qu'est-ce que l'indice Libor CHF et pourquoi est-il négatif ?

Le Libor est un indice de taux. Il traduit les conditions financières pratiquées par un échantillon de banques londoniennes sur le marché monétaire interbancaire pour une échéance déterminée et une devise donnée. Ainsi, le Libor CHF 3 mois est l'indice traduisant les conditions financières que s'offrent certaines banques londoniennes pour mettre à disposition d'autres banques du franc suisse moyennant restitution sous trois mois.

Traditionnellement, les flux sur ce marché se sont faits au profit de banques ayant un besoin de liquidité, satisfait par d'autres banques leur apportant ces liquidités moyennant rémunération. Un juriste qui aurait à qualifier les flux interbancaires intervenant dans ce schéma classique pourrait constater que les banques se font entre elles des prêts, le taux que la banque emprunteuse s'accorde à verser à la banque prêteuse étant déterminé par l'offre et la demande.

Depuis que les indices de taux sont devenus négatifs (c'est le cas du Libor CHF depuis début 2015, mais également de certains taux Euribor), l'analyse de la situation de fait a fondamentalement changé. Les banques n'ont plus, dans ce schéma, de besoin de liquidité, mais des surplus de liquidité provenant des épargnes des ménages et entreprises dans un contexte post-crise de 2008 et de frilosité aux investissements.

Ceci s'est conjugué avec la décision de politique économique prise par la Banque centrale européenne (BCE), puis par la plupart des banques centrales, de rendre payants les dépôts de liquidité placés auprès d'elles<sup>1</sup>. Certaines banques, par ricochet, ont accepté de prendre en dépôt les surplus de liquidité des autres banques, mais en se faisant également rémunérer ce service de conservation par le versement d'une commission calculée sur le montant des sommes en dépôt et pouvant donc se traduire sous la forme d'un taux.

Les économistes et les médias ont largement commenté ces pratiques en disant que la BCE puis les banques centrales « prêtaient à taux négatif », mais le juriste qui contemple cette situation ne peut que constater qu'exiger une rémunération pour conserver une chose en vue de la restituer est le fait non d'un emprunteur, mais d'un dépositaire, et la qualification juridique qui convient pour analyser ce rapport d'obligation est celle de contrat de dépôt et non de contrat de crédit, ainsi que s'accordent à le reconnaître plusieurs auteurs<sup>2</sup>.

Le phénomène s'est amplifié avec le franc suisse du fait de la décision prise par la Banque nationale suisse le 15 janvier 2015 afin de décourager les institutions financières de prendre la devise helvétique comme monnaie refuge – et pénaliser les exportations de la Suisse – de rendre payants à son tour les dépôts effectués auprès d'elle.

De ce fait, début 2015, les flux monétaires en francs suisses entre banques sur la Place de Londres (dont est issu l'indice Libor CHF) s'échangeaient pour une rémunération moyenne qui allait moins de banques emprunteuses vers des

1. R. Ophèle, in « Taux d'intérêt négatifs – Douze regards », Institut Messine, janv. 2016, p. 27.

2. O. Klein, in « Taux d'intérêt négatifs – Douze regards », Institut Messine, janv. 2016 p. 101 ; M. Léger, *ibid.*, p. 15.

banques prêteuses que de banques déposantes vers des banques dépositaires.

C'est de cette façon que l'indice Libor CHF, qui reflète en un seul indice ces deux rapports inversés en se plaçant toujours du côté de celui qui remet les fonds, s'est mis à afficher à partir de début 2015 des valeurs négatives, traduisant le besoin des banques londoniennes, depuis cette date, de mettre en dépôt leurs surplus de liquidité en francs suisses auprès de leurs confrères plutôt que leur besoin d'emprunter.

Parallèlement, dans les rapports entre les banques et les particuliers à la recherche de financement pour leurs acquisitions immobilières, les parties s'étaient référées dans leurs contrats, avant ce bouleversement économique, à des indices (Libor, Euribor) censés refléter le marché des prêts interbancaires. Depuis début 2015, ces indices sont liés à un marché dont la qualification juridique s'apparente davantage au dépôt.

Aussi, lorsqu'en janvier 2015, au jour de la détermination des intérêts dus par les emprunteurs en contrepartie des sommes mises à leur disposition pendant la durée du trimestre précédent au titre de leur contrat de prêt, l'indice Libor CHF s'est mis à afficher une valeur de - 0,66 %, la question s'est posée de savoir comment appliquer cet indice dans la formule d'intérêts, dans la mesure où le contrat en question est un contrat nommé, de crédit, dont la nature fait obstacle à ce que l'emprunteur, qui a reçu le crédit, soit rémunéré par le prêteur.

## **II. La nécessaire interprétation des clauses d'intérêt**

La nécessaire interprétation des clauses d'intérêts, dans ce contexte, devrait faire obstacle à ce que le juge des référés puisse trancher le litige (A). Au fond, le juge doit rechercher dans les clauses du contrat si sa nature et l'intention des parties ne font pas obstacle à ce que ce soit le prêteur qui ait à verser des intérêts dans l'hypothèse d'un indice négatif (B).

### **A. Le juge des référés, face à une contradiction, doit se déclarer incompétent**

Les premiers juges saisis d'une demande visant à voir cesser un trouble manifestement illicite l'ont été en référé<sup>3</sup>. Pourtant cette disposition ne permet pas d'appliquer, contre l'intention évidente des parties, des contrats qui ne sont au demeurant pas précis.

1) Le sens de l'article 809, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile

En droit, en effet, le juge des référés ne peut prendre les mesures destinées à faire cesser un trouble « manifestement illicite » qu'en cas de violation évidente d'une règle de droit. Cela suppose que la mise en œuvre de la clause aille de soi au regard du contrat où elle est insérée et de sa nature, ce que la Cour de cassation s'applique à contrôler et censurer si une décision est insuffisamment motivée

---

3. CPC, art. 809, al. 1.

sur ce point<sup>4</sup>. Juge de l'immédiat, de l'évidence, il ne lui appartient en effet pas d'interpréter les contrats, cette faculté relevant du pouvoir souverain d'appréciation des seuls juges du fond<sup>5</sup>.

Aussi, lorsque la règle dont la méconnaissance est alléguée est une clause contractuelle, le juge des référés doit-il s'assurer que ladite clause est « claire et précise », exactement comme le fait la Haute juridiction dans le cadre de son contrôle de dénaturation de l'écrit par les juges du fond. En matière de cassation, chaque fois que l'acte est clair et précis, le juge ne dispose en effet d'aucun pouvoir d'interprétation, et il ne peut donc en modifier le sens et la portée, sauf à dénaturer le contrat. Il doit l'appliquer littéralement. C'est précisément dans ces cas, où il n'y a pas matière à interprétation, que se situe le domaine d'intervention du juge des référés<sup>6</sup>.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, pour qu'un écrit soit clair, il est tout d'abord nécessaire qu'il soit, pour un esprit éclairé, susceptible d'un seul sens, la clarté ne s'appréciant pas « en soi », c'est-à-dire à la seule lecture de la clause prise isolément, mais par rapport aux données du litige : c'est le rapprochement du texte et de ces données qui permet de savoir si celui-ci a ou non réglé nettement le point de droit ou de fait contesté<sup>7</sup>. La clarté de l'écrit s'apprécie ensuite au regard de la volonté des parties. La clause claire est celle qui, n'étant susceptible que d'un seul sens, révèle nettement cette volonté. La clause ambiguë étant au contraire celle dont la rédaction prête à des interprétations opposées<sup>8</sup>. Enfin, la clarté suppose également que la clause claire en elle-même ne soit pas en opposition avec une autre clause du même acte ou « inconciliable avec l'ensemble du contrat et l'intention évidente des parties »<sup>9</sup>. Cette solution repose sur les dispositions de l'article 1161 *ancien* du Code civil (désormais 1189) qui énonce que : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ». Dans l'espèce rapportée, la clause était d'une compréhension littérale simple, mais ce qui était douteux, c'était de savoir si elle avait été stipulée dans l'intérêt des deux parties ou dans l'intérêt exclusif de l'acheteur<sup>10</sup>.

S'agissant de l'exigence de précision de la clause, elle est nécessaire chaque fois que le défaut de précision jettera un doute sur l'applicabilité ou la non-applicabilité de la clause au cas d'espèce<sup>11</sup>.

En ce qui concerne les contentieux des intérêts négatifs dont ils sont saisis, il appartient ainsi aux juges des référés de vérifier que les clauses de variabilité du taux d'intérêt d'un prêt en fonction d'un indice monétaire sont claires et susceptibles d'un seul sens, c'est-à-dire qu'elles ne laissent aucun doute sur la volonté

4. X. Vuitton : *JCI. Procédure civile*, Fasc. 471, *Référé*s, § 61, 63 et 65. – B. Petit, « L'évidence » : *RTD civ.* 1986, p. 491. – Cass. ass. plén., 23 juin 2006, n° 04-40.389 : *Bull. civ.* 2006, ass. plén., n° 7.

5. Cass., 2 févr. 1808 : *GAJ civ.*, 11<sup>e</sup> éd., n° 159.

6. J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2015-2016, § 62-122.

7. *Ibid.*, § 79.151.

8. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 1996 : *Bull. civ.* 1996, I, n° 223.

9. Cass. req., 15 avr. 1926 : DH 1926, p. 317.

10. *Ibid.*, § 79.152.

11. *Ibid.*, § 79.154.

des parties et ne sont pas en contradiction avec une autre clause ou l'acte tout entier.

Autrement dit, il faut qu'il apparaisse de manière claire et précise que les parties s'étaient accordées sur le fait que le taux d'intérêt du crédit pouvait être à la fois positif et négatif et que, dans cette dernière hypothèse, le prêteur serait tenu de verser des intérêts à son emprunteur.

## 2) Les clauses d'indexation sur le Libor CHF peuvent être ambiguës

Elles sont souvent rédigées comme des formules mathématiques du type : « Le Prêt sera productif d'intérêts calculés sur la base d'un taux variable déterminé comme suit : Taux Libor 3 mois de x % au [date de conclusion du contrat] majoré de la marge fixe de [x] % soit à la date du [la même date] un taux de [y] % ». Celles-ci n'apparaissent ni claires ni précises sur les obligations qu'elles pourraient éventuellement créer à l'égard de la banque en présence d'un indice négatif. Elles donnent, en effet, un simple exemple, à un moment donné où l'indice n'est pas négatif, de l'intérêt applicable au jour de la signature du contrat mais ne commande pas de façon claire à la banque, le jour où l'indice est négatif, de payer un intérêt à l'emprunteur.

## 3) L'intention évidente des parties n'est pas de rémunérer l'emprunteur

Par ailleurs, les clauses d'indexation entrent en contradiction avec l'intention évidente des parties au moment de la conclusion du contrat, qui ont entendu se lier par une convention de crédit qu'elles ont désignée comme telle : l'emprunteur avait un besoin de liquidité pour financer une acquisition immobilière et acceptait de rémunérer le banquier pour le crédit que ce dernier lui accordait.

Cette référence au contrat de crédit est fondamentale, car chaque espèce de contrat nommé est attachée à un *corpus* de règles qui, si elles sont impératives, doivent obligatoirement être suivies par les parties, et, si elles ne le sont pas « s'appliqueront à chaque fois qu'elles n'auront pas été expressément écartées »<sup>12</sup>.

Dans le cas des contentieux des intérêts négatifs, tant le nom donné par les parties aux contrats litigieux d'offres de crédit immobilier que le contenu de ceux-ci (remise de fonds par la banque et obligation de remboursement du bénéficiaire de ces fonds) montrent que l'on est en présence d'un contrat de prêt, ce qui implique que les clauses d'indexation soient interprétées à l'aune du *corpus* de règles régissant ce type de contrat.

Or, le régime de droit commun de ce contrat comporte une obligation de restitution de la chose prêtée à la charge de l'emprunteur, restitution qui doit de surcroît être complète, le prêteur étant ainsi garanti de recouvrer la somme prêtée (C. civ., art. 1902). Le prêt est ainsi défini comme « 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 pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité » (C. civ., art. 1892). L'emprunteur « est tenu de rendre les choses prêtées,

12. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat, 11<sup>e</sup> éd. 2015, § 2, p. 19-20.

en même quantité et qualité, et au terme convenu » (C. civ., art. 1902).

Le régime du prêt d'argent prévoit la possibilité de stipuler des intérêts à la charge de l'emprunteur sans inversion possible des flux du prêteur vers l'emprunteur : « Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières » (C. civ., art. 1905) ; « L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital » (C. civ., art. 1906) ; « L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit » (C. civ., art. 1907). Comme le souligne un auteur, « le prêt d'argent est donc soit à titre gratuit, et alors le prêteur ne reçoit aucune rémunération, soit à titre onéreux, et le prêteur est rémunéré par l'emprunteur. Il n'y a pas d'autre possibilité. Le prêt d'argent par lequel le prêteur rémunérerait l'emprunteur n'est pas reconnu par le Code civil »<sup>13</sup>.

Aussi, à supposer que les règles précitées inhérentes au prêt selon lesquelles l'emprunteur verse les intérêts et le capital doit être intégralement restitué ne soient pas impératives, mais simplement supplétives de volonté – ce qui ne ressort pas des textes –, encore faudrait-il pour y déroger que le contrat comporte une stipulation expresse en ce sens. Mais une telle stipulation serait pour le moins surprenante car elle reviendrait, comme le souligne le professeur Daigre, à faire de l'emprunteur le dépositaire des fonds de la banque alors qu'il est inconcevable pour une banque de mettre son argent en dépôt auprès de ses clients, a fortiori en les rémunérant, car un particulier n'offre pas les garanties de conservation et de restitution que peut offrir une banque<sup>14</sup>.

Le prêt bancaire constitue en effet un service de fourniture d'argent qui représente un coût objectif pour la banque. Celle-ci ne peut, en effet, plus disposer des liquidités remises pour effectuer des placements. De plus, elle prend un risque dans la mesure où le remboursement de ces sommes au terme convenu n'est pas assuré, l'emprunteur pouvant devenir défaillant. L'emprunteur verse ainsi à la banque, chaque mois ou trimestre, en sus de l'échéance prévue correspondant au remboursement (à l'amortissement) d'une fraction du capital, des intérêts qui représentent une somme proportionnelle au montant du capital qui viennent rémunérer le coût de la mise à disposition de l'argent par la banque. C'est une forme de loyer de l'argent. Or, de même que l'on ne verrait pas un salarié qui loue sa force de travail rémunérer son employeur, ou un propriétaire verser un loyer à son locataire au titre de l'occupation du logement qu'il met à sa disposition, le prêteur n'a pas vocation à verser des intérêts à l'emprunteur au titre de l'argent qu'il lui loue. On a pu voir des fabricants proposer à titre commercial, par un effet de mode, la vente de leur marchandise à crédit à « taux négatif », mais cette offre promotionnelle, dont ils sont directement et volontairement à l'origine, n'a pas de sens juridique, et ne peut être qualifiée d'économique que parce que ces fabricants ont, par ailleurs, la possibilité de réaliser une marge entre le coût de

13. G. Endréo, « Taux négatifs, rendements négatifs... » : *Bull. Joly Bourse* 2015, n° 10, p. 461.

14. J.-J. Daigre, in « Taux d'intérêt négatifs – Douze regards », Institut Messine, janv. 2016, p. 57.

fabrication et le coût de revente. Le banquier, qui ne prête que de l'argent, n'a pas cette liberté. La perception d'intérêts par le prêteur est consubstantielle au prêt à titre onéreux. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, lorsque le juge annule la stipulation d'intérêts conventionnels en raison de l'irrégularité du taux effectif global mentionné dans l'acte, il substitue le taux légal ou un autre taux à celui qui avait été stipulé dans le contrat de crédit, mais ne peut en aucun cas le fixer à 0 % et encore moins en dessous de zéro<sup>15</sup>.

De fait, les intérêts d'un contrat de prêt ne peuvent être qu'un entier naturel, c'est-à-dire un nombre positif, car il n'y a pas de rémunération négative. Le professeur Daigre relève à cet égard qu'« il faut donc 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 »<sup>16</sup>.

- 4) Certaines stipulations peuvent être incompatibles avec une rémunération de l'emprunteur

Le tribunal de grande instance de Thonon-Les-Bains, saisi au fond, a estimé que le caractère amortissable du crédit était un obstacle à ce que le prêteur puisse payer une somme à l'emprunteur, en ce que ce paiement viendrait diminuer le montant du capital stipulé remboursable chaque mois : « L'emprunteur doit rendre la chose prêtée en même quantité et qualité, au terme convenu, en application de l'article 1902 du Code civil, ce dont il résulte que le capital prêté doit être rendu à la banque et que le taux d'intérêt conventionnel ne peut être inférieur à 0 % »<sup>17</sup>.

Des auteurs estiment également que la stipulation d'une marge fixe au profit de la banque fait obstacle à l'application d'intérêts négatifs. En effet, cette marge fixe laisse entendre que les parties ont entendu conclure un prêt d'argent à titre onéreux, cette rémunération permettant à la banque d'assumer ses coûts de fonctionnement ainsi que la charge du risque constitué par le prêt. Un auteur souligne sur ce point que « c'est le taux de base qui varie en fonction de l'indice, non pas la majoration fixe »<sup>18</sup>.

Or, comme le constate un auteur, « admettre que le taux nominal variable puisse descendre en dessous de zéro reviendrait donc bien indirectement à soumettre la partie fixe aux effets de la variation de ce taux puisque la partie fixe serait diminuée, voire totalement absorbée par les intérêts devenus négatifs en raison de l'évolution d'un index étranger pourtant à cette partie ou marge fixe »<sup>19</sup>. La marge de la banque semble dès lors devoir être regardée comme n'étant pas susceptible d'être entamée, et encore moins absorbée, en cas de baisse de l'indice Libor CHF 3 mois en dessous de zéro, faute de quoi il y aurait une méconnaissance de la volonté des parties – telle que résultant du contrat signé

15. Cass. com., 12 janv. 2016 : *JCP E* 2016, 1194.

16. J.-J. Daigre, in « Taux d'intérêt négatifs, Douze regards », Institut Messine, janv. 2016, p. 55 et s.

17. TGI Thonon-les-Bains, 30 nov. 2016, n° 16/00497, 16/00498 et 16/00506.

18. F.-J. Crédot, « Variation du taux d'intérêt en fonction d'un indice... » : *RD bancaire et fin.* mars 2016, n° 2, comm. 54.

19. *Ibid.*

entre elles – de rémunérer la banque, constitutive d’une violation des dispositions de l’article 1103 du Code civil (ancien art. 1134).

Est indifférente la circonstance que la banque puisse éventuellement conserver sa marge en se refinançant sur le marché interbancaire, d’une part, car en droit, la qualification d’un contrat dépend de ses obligations réciproques intrinsèques et non d’éléments extérieurs tirés de considérations macroéconomiques, comme l’observe le tribunal dans la motivation des décisions susvisées ; d’autre part, car la « faculté » qu’a la banque de se refinancer – c’est-à-dire de proposer aux autres banques de lui remettre en dépôt leurs surplus de liquidité contre rémunération – dépend d’un marché qui n’est pas nécessairement équivalent au volume de ses crédits en cours et de ses propres capacités à utiliser ces surplus de liquidité. La marge de la banque doit dès lors être regardée comme n’étant pas susceptible d’être entamée, et encore moins absorbée, en cas de baisse de l’indice Libor CHF 3 mois en dessous de zéro.

Dans ces conditions, et ainsi que l’a jugé le président du tribunal de grande instance de Bourg-en-Bresse, la clause d’indexation doit nécessairement être interprétée par le juge du fond, qui ne peut se borner à en faire une application simplement mathématique : « Déterminer si la marge fixe est susceptible ou non de pouvoir être affectée par le taux du Libor lorsque celui-ci est négatif suppose d’interpréter le contrat, ce qui relève de la seule compétence du juge du fond et interdit de considérer que l’appréciation de la banque puisse constituer un trouble manifestement illicite »<sup>20</sup>.

À cet égard, la position contraire du juge des référés de Strasbourg, confirmée par la cour d’appel de Colmar, apparaît critiquable puisqu’elle rend, sans débat au fond, un établissement de crédit prêteur débiteur d’intérêts à l’égard de son emprunteur, alors même que cette application est contraire à la nature du contrat de crédit et à l’intention véritable des parties<sup>21</sup>.

Il semble toutefois ressortir des motifs de l’arrêt de la cour d’appel de Colmar que ce serait parce que l’établissement de crédit n’avait pas expressément inséré dans le contrat de prêt une clause relative à la marge que les juges en ont refusé le paiement : « Mais attendu, d’une part, que la marge invoquée par la Caisse de Crédit Mutuel n’a pas été contractualisée, ce qu’elle reconnaît elle-même dans ses conclusions (page 9) en indiquant que “certes elle n’est pas expressément mentionnée dans le contrat mais elle se déduit aisément des dispositions du contrat” » ; « Or attendu que les conclusions et calculs développés par la banque ne sont pas de nature à contractualiser une marge, et ainsi faire naître au détriment de l’emprunteur une obligation qu’il n’a pas acceptée faute d’être mentionnée au contrat »<sup>22</sup>. Les emprunteurs seraient ainsi tenus de verser, *a minima*, sa marge à la banque lorsque celle-ci a été contractualisée.

---

20. TGI Bourg-en-Bresse, ord. réf., 21 mars 2017, RG n° 17/00007.

21. TGI Strasbourg, ord., 5 janv. 2016 ; CA Colmar, 8 mars 2017, n° 16-00310.

22. CA Colmar, 8 mars 2017 n° 16-00310.



#### 5) Les banques sont tenues de conclure des opérations rentables

Un dernier argument venant contrer l'application d'intérêts négatifs dans les contrats de crédit consentis par les banques tient à ce que cela heurterait la réglementation monétaire et financière à laquelle ces dernières sont assujetties, et qui leur fait obligation de n'effectuer que des opérations de crédit rentables.

Le Code monétaire et financier énonce, en son article L. 313-1 que les opérations de crédit sont opérées à titre onéreux : « 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 ». Les normes professionnelles du banquier l'obligent à tenir compte « du risque de défaut du bénéficiaire au cours de l'opération de crédit » ou encore du « coût de rémunération des fonds propres »<sup>23</sup>. Comme l'a souligné un auteur, la marge est inhérente à l'activité bancaire dont elle constitue une « condition indispensable à la gestion saine et prudente de [son] bilan » et instaure « les fondements mêmes de l'économie bancaire et du crédit, qui fonctionne ainsi depuis toujours »<sup>24</sup>.

En pratique, deux tendances opposées se sont développées au sein des juges des référés. Pour l'essentiel d'entre eux, il y a lieu de faire application de la clause d'indexation de manière littérale, car elle serait parfaitement claire. Pour d'autres, la clause d'indexation est ambiguë et nécessite d'être interprétée par le juge du fond.

Cette dernière solution semble saine, au vu de ce qui précède, surtout lorsque l'on sait que le tribunal de grande instance de Thonon, rare juridiction saisie au fond a, par trois jugements du 30 novembre 2016, retenu que le sens de la clause n'allait pas de soi et s'est livré, comme il en a la faculté en cas d'incertitude sur le sens d'une clause, à une interprétation au cas par cas des conventions qui lui ont été soumises afin de rechercher la commune intention des parties et en écartant la possibilité d'appliquer des intérêts négatifs.

### B. Au fond, trois exemples d'interprétation par le juge de Thonon-les-Bains

Pour déterminer dans quelle proportion le taux d'intérêt était susceptible de varier, le juge des référés de Thonon-les-Bains s'est appuyé sur les notices et simulations, contenant des exemples chiffrés, qui avaient été annexées aux offres<sup>25</sup>.

Dans la première et la troisième affaire, le taux d'intérêt variable était calculé en fonction de la variation de l'index Libor 3 mois au jour le jour, avec un taux initial de 2,050 % l'an et un taux d'intérêt plafond s'élevant respectivement à 4,050 % et 3,050 %. Le juge, après avoir noté que « l'actualisation du taux d'intérêt dépend de l'actualisation de la valeur de l'index Libor 3 mois au jour le

23. Règl. CRBF n° 97-02, 21 févr. 1997.

24. B. Bréhier, « L'application des taux d'intérêt négatifs » : *RD bancaire et fin.* mai 2017, n° 3, n° 38 et 39.

25. TGI Thonon-les-Bains, 30 nov. 2016, n° 16/00497, 16/00498 et 16/00506.

jour », se réfère à la « simulation d'impact de la variation de taux en cas de taux variable » annexée à l'offre qui prévoit notamment l'hypothèse d'une baisse de taux de -2 %. Il en déduit que la banque « a envisagé dès la conclusion du contrat que le taux d'intérêt initial de 2,05 % était variable à la hausse comme à la baisse et qu'il pouvait baisser de -2 %, ce dont il se déduit qu'il n'y a pas de doute sur l'interprétation du contrat, le taux négatif de l'index Libor pouvant diminuer d'autant le montant du taux d'intérêt initial » (2,05 % - 2 % = 0,05 %). Le tribunal en conclut que le taux conventionnel a été fixé à 0 %<sup>26</sup>.

Dans la deuxième affaire, les intérêts du prêt étaient stipulés à taux variable en fonction de l'index Libor 3 mois avec un taux initial de 1,678 % l'an, « cette variation ne pouvant pas dépasser 2 % l'an à la hausse et 1,678 % l'an à la baisse par rapport au taux initial du prêt indexé ». Le tribunal en déduit que « le taux d'intérêt du prêt ne pourra pas être supérieur à 3,678 % l'an et inférieur à 0,000 % l'an »<sup>27</sup>.

Faut-il en déduire qu'avec une simulation donnant un intérêt négatif, ce même juge serait amené à accepter que la banque ait à le payer ? Nous ne le pensons pas. Il convient plutôt d'analyser cette branche de la motivation comme corroborant la solution finalement retenue par le tribunal de ne pas appliquer les intérêts négatifs, principe posé de façon générale.

\* \* \*

Le passage en territoire négatif de l'indice Libor CHF n'a pas bouleversé le droit du crédit, il l'a seulement mis à l'épreuve, de même que les parties et tribunaux qui ont à interpréter les conventions de crédit intégrant cet indice.

La contradiction qui résulte de la présence d'un indice négatif dans un contrat de crédit nécessite de prendre le temps de mener une réflexion approfondie sur la façon de lire le contrat et de rechercher l'intention, évidente ou non, des parties.

Le droit des contrats spéciaux, qui régit ces conventions, permet en fin de compte de suppléer ce que les parties n'ont pas expressément prévu, et d'aboutir à la conclusion qu'il existe nécessairement un plancher implicite à 0 % dans les contrats de crédit. ■

26. TGI Thonon-les-Bains, 30 nov. 2016, n° 16/00497. – TGI Thonon-les-Bains, 30 nov. 2016, n° 16/00506.

27. TGI Thonon-les-Bains, 30 nov. 2016, n° 16/00498.