

LE « COVID-19 » ET LE REPORT DES ECHEANCES DES CREDITS BANCAIRES

Mehrez BOUSSAYENE & Inès YOUSSEF

1- Le déferlement de l'épidémie de covid-19 – ou « coronavirus » constitue une crise sanitaire inédite. Une pandémie dangereuse et inquiétante menace l'économie aussi bien à l'échelle nationale qu'internationale.

2- Le combat sanitaire est ainsi un combat général et universel qui nécessite des moyens humains et matériels, mais aussi l'adoption et la mise en œuvre de mesures exceptionnelles. Face à une crise exceptionnelle, il faut absolument prendre des mesures exceptionnelles. Mieux encore, face à une crise inédite, il faut inventer des outils inédits.

3- En Tunisie, les autorités publiques, ne sont pas encore parvenues à instaurer un régime général de gestion de la crise¹. Seulement, des mesures particulières et spécifiques ont été déjà prises.

Il en est ainsi dans le domaine bancaire où le régulateur, a proclamé le report des échéances des crédits. Aussitôt quatre circulaires ont été édictées.

Il s'agit des circulaires suivantes :

- la circulaire n°2020-08 du 1er avril 2020 portant mesures exceptionnelles aux particuliers modifiant la circulaire aux banques n°2020-07 du 25 Mars 2020 ;
- la circulaire aux banques n°2020-07 du 25 Mars 2020 portant mesures exceptionnelles aux particuliers ;

¹ En France, une véritable hybridation légale de l'état d'urgence classique et des pouvoirs de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique forme le nouveau régime d'« état d'urgence sanitaire ».

- la circulaire aux banques et aux établissements financiers n°2020-06 du 19 Mars 2020 portant mesures exceptionnelles aux entreprises et aux professionnels ;
- la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie n°2020-05 du 19 Mars 2020 portant mesures relatives à la tarification et à la continuité de certains services bancaires.

4- A l'exception de la dernière circulaire citée², les trois premières circulaires explicitent la mesure du report des échéances de crédit. Pour le régulateur, cette mesure consiste à reporter les échéances du crédit accordé, exigibles en capital et intérêts à la période fixée et à prolonger la période de remboursement du crédit. Toutefois, les trois circulaires restent muettes sur le régime juridique applicable au report et sur les modalités pratiques à mettre en œuvre pour concrétiser la mesure.

5- L'allocation de crédit est une opération qui est soumise au monopole bancaire. Tout de même, les établissements financiers³ peuvent aussi offrir ce service.

Certes, le prêt est le prototype de crédit, mais le crédit peut prendre des formes beaucoup plus complexes et ne se réalise pas toujours par la mise à disposition directe d'une somme d'argent. Les promesses peuvent avoir pour objet des formes diverses de crédit : prêt, découvert⁴, facilités de caisse⁵, escompte, crédit par signature etc⁶.

² Cette circulaire a plutôt pour objectif de renforcer les efforts nationaux tendant à limiter la propagation du virus Covid-19, à travers l'adaptation de la prestation des services bancaires à la conjoncture actuelle exigeant l'encouragement des opérations à distance et la réduction des déplacements aux agences.

Plusieurs mesures ont été prescrites dans l'article 2. Il s'agit des mesures suivantes :

- 1- offrir gratuitement le service de retrait interbancaire de billets de banque des Distributeurs Automatiques de Billets (DAB) ;
- 2- suspendre, pour toute transaction dont la valeur ne dépasse pas cent (100) dinars, le prélèvement de toute commission appliquée aux facturiers et aux commerçants pour le service de paiement électronique ;
- 3- délivrer, gratuitement, une carte bancaire à tout client titulaire d'un compte, qui en fait la demande ;
- 4- prendre les mesures nécessaires pour délivrer, gratuitement, à toute personne qui en fait la demande une carte bancaire prépayée.

En outre et selon l'article 3 de la même circulaire, les banques et l'Office National des Postes doivent veiller scrupuleusement à la continuité des services de retrait des billets de banque et des paiements électroniques.

³ Avec la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers, une certaine ambiguïté entoure la possibilité de considérer les établissements de leasing et de factoring comme des établissements accordant des crédits.

⁴ Il convient de signaler que la première chambre civile de la Cour de cassation française considère qu'un découvert en compte ne résulte pas nécessairement d'une ouverture de crédit, mais peut découler du seul fonctionnement du compte courant (Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 2002, n° 99-11.197, Bull. civ. I, n° 287, Banque et droit 2003, n° 88, p. 60, obs. T.BONNEAU). V. Lamy droit du financement 2018, N°3341 - Notion d'ouverture de crédit.

⁵ La pratique connaît, sous le nom de « facilités de caisse », un processus d'octroi de crédit à très court terme qui ne va pas sans poser de nombreux problèmes.

⁶ V. Lamy droit du financement 2018, N°3343 - Diversité des crédits offerts.

Cependant, la mesure de report ne semble concerner que les crédits par mise à disposition de fonds et non pas les crédits par signature⁷ dans la mesure où dans le cas du report, le client a déjà bénéficié d'une avance de fonds et un échéancier lui a été fixé⁸.

6- Ceci étant précisé, il convient de noter qu'en droit bancaire, plusieurs évènements peuvent affecter l'exécution des contrats de prêt ou d'ouverture de crédit. Classiquement, on distingue le remboursement anticipé et la renégociation du prêt.

Les incertitudes terminologiques qui peuvent leur être sous-jacentes ne sont, toutefois, pas les plus prégnantes. Il suffit de se concentrer sur les effets de chacun de ces évènements. A cet égard, le report des échéances se démarque du remboursement anticipé puisqu'il ne s'agit pas de restituer la somme empruntée avant le terme convenu. Aussi, est-il que le report ou le remboursement anticipé présentent une atteinte au terme contractuellement prévu.

7- De même, la renégociation implique de revoir les conditions ou les modalités contractuelles déjà acceptées. Cela intervient généralement lorsque le règlement des échéances impayées ont fait l'objet d'un réaménagement ou d'un rééchelonnement. Quand l'emprunteur s'avère incapable de rembourser au terme fixé, il arrive que la durée du prêt soit conventionnellement prolongée pour permettre la liquidation des opérations.

La renégociation ne doit pas être confondue avec le simple accord de report d'échéance⁹. D'ailleurs, si le report s'inscrit généralement dans la renégociation des termes du contrat de prêt ou de crédit, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'identifie pas au rééchelonnement.

8- Ceci étant, si le report tel que prévu par les circulaires ci-dessus exposées, s'apparente plutôt à une mesure inédite, il faut s'interroger : quelle est sa spécificité ? Quelle efficacité procure cet outil pour faire face aux incidences de la crise sanitaire et mondiale du COVID 19 ? Quel régime juridique lui est applicable ?

9- A vrai dire, le régime juridique applicable en matière contractuelle aux situations résultant de la crise du COVID 19 n'est pas toujours très clair. Il l'est davantage s'agissant du report.

⁷ La circulaire aux banques N°87-47 du 23 décembre 1987 relative aux modalités d'octroi, de contrôle et de refinancement des crédits a déjà dressé une typologie des crédits aux entreprises, aux professionnels et aux particuliers tout en précisant leurs destinations, leurs montants et leurs échéances.

⁸ La question demeure, toutefois, posée s'agissant de l'escompte.

⁹ Lamy droit du financement, Division1 - Contrat de prêt d'argent, 2017.

Certainement, l'efficacité d'une norme juridique se mesure par le degré de réalisation de ses objectifs ou finalités. Seulement, le report s'inscrit dans un contexte interne et international très délicat (I) ce qui laisse sa consécration très problématique (II).

I/ LE CONTEXTE DU REPORT

10- Le report est une mesure prise par le régulateur en vue de faire face aux incidences économiques de la pandémie. De la sorte, la pandémie peut être analysée comme un cas de force majeure justifiant la mesure de report prise (1) qui à son tour peut se rapprocher du fait du prince (2).

1 / La pandémie, un cas de force majeure justifiant la mesure de report des échéances de crédit

11- La pandémie du COVID 19 est une crise sanitaire internationale. Les difficultés économiques qu'elle suscite peuvent-elles être qualifiées de force majeure ?

La force majeure fait partie des notions juridiques les plus classiques et stables. On la retrouve en droit romain sous l'expression de *vis major*, à côté de la notion de cas fortuit¹⁰, le *casus fortuitus*. « A l'impossible nul n'est tenu », la force majeure suppose alors que l'on ne peut ni exiger l'exécution d'une obligation devenue impossible, ni engager la responsabilité de celui qui, victime d'un cas de force majeure, a causé un dommage à autrui.

12- C'est dans ce sens que l'article 283 COC dispose que : « La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation. N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir. N'est pas

¹⁰ Il est aujourd'hui assez largement admis que l'expression « cas fortuit » se confond avec celle de « force majeure ». Le droit romain connaissait certes l'opposition entre le *vis major* (force majeure) et le *vis minor* ou *casus* (cas fortuit), le premier étant irrésistible même si prévisible alors que le second est imprévisible sans être irrésistible. Le cas fortuit est communément défini comme tout événement que la prudence humaine ne saurait prévoir : le fait naturel, celui de l'homme, du prince ou d'un tiers. V. F.GRÉAU, Force majeure, Répertoire de droit civil, juin 2017.

également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur.»¹¹.

13- Toutefois, il importe de souligner que la qualification de force majeure dépend largement des circonstances de l'espèce. Aucun événement n'est en soi une force majeure, ni le fait du prince, ni l'état de guerre, ni l'attentat terroriste, ni la maladie, ni même la catastrophe naturelle. Chaque phénomène doit être apprécié suivant toutes les circonstances de l'espèce afin de déterminer quel a été son impact pour le défendeur¹². Dans ces conditions, même le classement en catastrophe sanitaire n'implique pas forcément la qualification de force majeure¹³.

14- Quoi qu'il en soit, les tentatives de rajeunissement de la conception de force majeure n'ont pas encore secoué sa conception classique basée sur les trois critères suivants : d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité.

- Premièrement, le critère d'**imprévisibilité** : un événement est imprévisible s'« il n'y avait aucune raison particulière de penser que cet événement se produirait ». L'imprévisibilité s'apprécie *in concreto*, au moment de la conclusion du contrat et non pas lors de l'inexécution de l'obligation.
- Deuxièmement, le critère d'**irrésistibilité** : L'événement irrésistible est celui contre lequel on ne peut se prémunir même en le prévoyant ou qui, lorsqu'il se produit, laisse le débiteur de l'obligation impuissant à l'exécuter. Ainsi, en matière contractuelle, la force majeure met le débiteur dans l'impossibilité d'agir autrement¹⁴.
- Troisièmement, le critère d'**extériorité** : La force majeure étant une cause étrangère, elle doit être extérieure au débiteur ainsi qu'aux moyens matériels et humains auxquels

¹¹ En droit français, le premier alinéa de l'article 1218, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016, définit la force majeure comme « un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, [qui] empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

¹² « Ce qui explique pourquoi la force majeure donne lieu à une jurisprudence très fournie qui se perd dans un interminable tourbillon casuistique. » V. F.GRÉAU, *op.cit.*, n°10.

¹³ À moins d'adopter une loi qualifiant explicitement cet événement de cas de force majeure ou lui assignant ses effets, en prévoyant son application aux contrats en cours, ça sera au juge de déterminer la qualification ou non d'un événement de force majeure.

¹⁴ La jurisprudence fait souvent état de l'impossibilité d'exécuter en distinguant avec soin l'impossibilité d'exécuter et la difficulté d'exécuter ou l'exécution plus onéreuse que prévu. Ces deux dernières sont insuffisantes pour constituer la force majeure. Il n'y a force majeure que pour autant qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter. Sur ce point, l'article 283 COC dispose que : « N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir ».

il recourt pour exécuter le contrat. L'extériorité se confond, en réalité, avec l'absence d'imputabilité du dommage au débiteur¹⁵.

15- A priori, la pandémie du COVID 19 est bien un cas de force majeure ; un virus à la propagation irrésistible, considérée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) comme une urgence de santé publique de portée internationale, puis désormais comme une pandémie, contre laquelle les États cherchent à lutter sans parvenir à l'éradiquer¹⁶.

La condition de l'imprévisibilité est remplie si le contrat a été conclu avant l'apparition de l'épidémie.

Le fait que des crises sanitaires d'une ampleur ou d'une nature proche aient déjà existé dans le passé n'est pas de nature à exclure le caractère d'imprévisibilité. Il s'agit d'une maladie nouvelle, inconnue chez l'homme et pour laquelle il n'existe aucun vaccin. Plus encore, la vitesse et l'ampleur de sa propagation au niveau mondial semblent tout à fait inédites¹⁷. Raison pour laquelle, la pandémie s'apparente plutôt à un cas de force majeure généralisé, universel, grave et original.

16- La question se pose alors de savoir quels sont les effets de la force majeure ? Suspension ou résolution du contrat ? Report ou annulation ?

De manière générale, l'effet essentiel de la force majeure est de libérer celui qui l'invoque de la sanction attachée à la règle méconnue. En droit des obligations, il s'agit plus précisément d'exonérer le défendeur de l'obligation d'indemniser le créancier d'une obligation contractuelle demeurée inexécutée ou la victime d'un dommage relevant de la responsabilité extracontractuelle¹⁸.

17- Dans beaucoup d'hypothèses, l'impossibilité d'exécuter ne sera que temporaire. L'empêchement temporaire implique la suspension de l'exécution du contrat et l'exonération de responsabilité¹⁹. Le cocontractant du débiteur pourra suspendre les paiements mais il ne pourra pas exiger de réparation pour le préjudice que lui cause cette suspension. La

¹⁵ O.BEN FADHEL et R.CABRILLAC, Introduction au droit des affaires, p. 228.

¹⁶ J.HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », Recueil Dalloz 2020 p.611.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ F.GRÉAU, op.cit.

¹⁹ J.HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », art. préc.

qualification de force majeure permet ici d'éviter les éventuelles pénalités de retard qu'aurait dû verser le débiteur si le retard dans l'exécution avait été de son fait. Le contrat reprend ensuite son cours normal à la fin de l'empêchement²⁰.

18- Présentés de la sorte, les effets ordinaires de la force majeure sont d'un faible secours pour les emprunteurs. Déjà, ils doivent, au préalable et en l'absence de toute loi²¹ proclamant la pandémie comme un cas de force majeure²², démontrer en quoi elle rendrait impossible l'exécution de leurs obligations contractuelles d'honorer les différentes échéances²³. En outre, il faut rappeler que par l'ouverture du crédit le banquier autorise son client à porter au débit de son compte l'équivalent du montant du crédit octroyé et le client autorise son banquier à prélever le montant de chaque échéance. Concrètement, la suspension du contrat dépend alors de l'action du banquier qui a tout intérêt à s'abstenir de la faire²⁴.

Il est ainsi nécessaire de prendre une mesure pour soutenir les clients. La mesure prise consiste à imposer le report des échéances des crédits ce qui revient dans une certaine mesure à suspendre l'exécution du contrat. Or, la mesure de report en elle-même peut être considérée comme un fait du prince constitutif d'un cas de force majeure.

2/ Le report des échéances du crédit : fait du prince constitutif d'un cas de force majeure?

19- Les stratégies de lutte contre le coronavirus diffèrent d'un Etat à l'autre. La Tunisie a choisi une méthode, pour le moins très coûteuse mais qui a l'avantage de stopper sinon limiter la propagation du virus. C'est la méthode de confinement sanitaire imposée à la majorité des citoyens. Ainsi, les emprunteurs étaient dans l'obligation de rester à leurs domiciles et d'arrêter leurs activités professionnelles ou commerciales à même de leur procurer les fonds nécessaires au remboursement de leurs crédits. Naturellement, l'action du régulateur a suivi celle des autorités publiques en imposant aux banques le report des échéances de crédit. Indubitablement la notion de force majeure rejaillit.

²⁰ Ibid.

²¹ V. Supra P 4, N°13.

²² Bien que le Conseil supérieur de la magistrature l'ait considérée ainsi.

²³ Dans ce sens, pour un fonctionnaire de l'Etat, il n'est pas impossible d'honorer ses obligations contractuelles relatives aux paiements des échéances de son crédit puisque même confiné et ne pouvant accomplir sa fonction, l'Etat lui paye toujours son salaire.

²⁴ Art. 7. Loi n° 2000-52 du 11 mai 2000, relative au "titre de crédit". – Le paiement du titre de crédit, au profit du porteur est effectué par débit du compte ouvert chez la banque domiciliataire visé au point 6 de l'article 2 de la présente loi, conformément aux échéances fixées dans le tableau d'amortissement des créances.

20- Ce n'est ici pas la pandémie du coronavirus qui constitue directement la force majeure, mais les mesures prises pour y remédier, par les autorités.

L'article 283 COC cite expressément le fait du prince comme un cas de force majeure. A cet égard, il est inutile de rappeler que l'article 283 COC précise que la force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que le fait du prince et qui rend impossible l'exécution de l'obligation.

21- Le fait du prince est une notion connue du droit privé et du droit public²⁵. En droit privé, le fait du prince est défini comme « une décision de l'autorité publique qui a pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situations contractuelles et qui, en matière civile peut constituer un cas de force majeure ». Il désigne ainsi un acte des pouvoirs publics constituant un obstacle absolu et insurmontable à l'exécution d'obligations conventionnelles ou légales²⁶.

22- Ainsi, pour que le fait du prince soit considéré comme un cas de force majeure, encore faut-il qu'il rende impossible l'exécution du contrat. L'exigence d'insurmontabilité du fait du prince implique, en matière contractuelle, la rupture du contrat notamment si le contrat est synallagmatique, l'impossibilité pour une partie d'exécuter son obligation entraîne la disparition de l'obligation corrélative de l'autre partie²⁷.

23- Assimilé à un cas de force majeure, le fait du prince, constitue une cause exonératoire de responsabilité. En tant que tel, le fait du prince s'oppose à toute indemnisation de celui dont les intérêts sont lésés par intervention de l'administration²⁸. Le créancier ne peut donc obtenir

²⁵ La conception privatiste de la notion diffère de la conception publiciste. Dans son acception la plus large, l'expression « fait du prince » désigne en droit public « toute intervention des pouvoirs publics ayant pour résultat d'affecter d'une manière quelconque les conditions juridiques ou même seulement les conditions de fait dans lesquelles un cocontractant de l'Administration exécute son contrat ». Le fait du prince est alors réservé aux seuls actes administratifs émanant de la personne publique contractante. V. F.LUXEMBOURG, « Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public », La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 20 Février 2008, doctr. 119.

²⁶ V. F.LUXEMBOURG, « Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public », art.préc.

²⁷ Ibid.

²⁸ Alors que lorsque le juge administratif constate que l'équilibre du contrat est bouleversé par la mesure administrative, le cocontractant de l'administration a droit, au contraire, à l'indemnisation intégrale de son préjudice.

d'indemnité réparatrice du préjudice subi²⁹. C'est ainsi que la banque qui a agi par ordre de l'autorité légitime, l'autorité de régulation, n'est pas à priori tenue de payer des dommages et intérêts à l'éventuelle victime de l'exécution de cet ordre³⁰.

24- Les décisions des autorités administratives de confinement peuvent être considérées comme un fait du prince créant une impossibilité juridique d'exécuter, avec les mêmes effets qu'un cas de force majeure. Au surplus, le report tel que prévu par les circulaires de la BCT, peut être qualifié d'un fait du prince, mais la question demeure posée s'il a l'effet de rendre impossible l'exécution des contrats de crédits afin de constituer, notamment pour l'emprunteur³¹, un cas de force majeure ?

25- Bien au contraire, la mesure du report tend précisément à permettre l'exécution des contrats de crédits. D'ailleurs traditionnellement, il est impossible, ou a minima très difficile, pour le débiteur d'invoquer la force majeure si l'obligation litigieuse porte sur une chose fongible, une solution que l'on relie classiquement à l'adage *genera non pereunt* (les choses de genre ne périssent pas) qui permet d'affirmer que le débiteur d'une chose de genre « est toujours à même de la remplacer en rachetant une autre »³².

26- En pratique, les obligations monétaires ne pourraient guère être concernées par la force majeure en raison de la possibilité de remplacement de la monnaie ; il n'est, en effet, jamais matériellement impossible de payer tant que la monnaie existe³³. « Il n'existe pas de force majeure financière ». Comme l'énonce la Cour de cassation française, « le débiteur d'une

²⁹ V. F.LUXEMBOURG, « Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public », art.préc..

³⁰Cela est parfaitement envisageable si le client emprunteur refuse ou n'est plus en mesure de procéder au remboursement du crédit notamment à cause des intérêts supplémentaires relatifs à la période de report. Il opposerait alors, aux poursuites en paiement, par voie d'exception, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit prétendant qu'il ne l'a pas informé de ce coût supplémentaire, et cela afin de faire jouer une compensation entre le capital et les intérêts exigibles et les éventuels dommages-intérêts à la charge du banquier . Sur la question des intérêts supplémentaires relatifs à la période de report V. Infra P 10 et s, N°30 et s.

³¹ Il est à signaler que le report court de façon automatique pour les particuliers à moins que le client n'opte pour sa déclinaison. Si le client n'a pas été informé de la possibilité d'écarter le report, la mesure est ainsi de nature à bouleverser l'équilibre financier du contrat. Sur le report et le consentement des particuliers V. Infra. P14 et s, N°43 et s.

³² F.GRÉAU, op.cit.

³³ Ibid

obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure »³⁴.

27- Par conséquent, l'emprunteur ne peut jamais se libérer de sa dette en invoquant une notion aussi variable que la force majeure alors que le droit positif organise de multiples procédures d'insolvabilité et de délais de grâce qui permettent d'appréhender les difficultés financières du débiteur³⁵. « Ce n'est jamais une pénurie objective de monnaie qui paralyse l'exécution [...], mais toujours l'insolvabilité du débiteur »³⁶.

28- La force majeure ne libère pas le débiteur de l'obligation monétaire, elle lui permet simplement de ne pas avoir à subir les conséquences d'un manquement à la ponctualité qui ne lui est pas imputable. Sur ce point, le report consacre parfaitement l'effet suspensif de la force majeure. Reste à savoir selon quelles modalités ?

II/ LA CONCRETISATION DU REPORT

29- Le report des échéances des crédits tel qu'instauré par le régulateur soulève trois principales questions. En premier lieu, il faut déterminer dans quelles conditions s'opère le report (1) Ensuite, il faut examiner le consentement des parties relativement à ces conditions (2) et enfin il importe de vérifier le paiement effectif des échéances reportées (3).

1/ Report : dans quelles conditions ?

30- Proroger le crédit renvoie à l'action de faire durer un crédit au-delà de la durée initialement convenue, autrement dit à l'action de « reporter l'échéance » finale du prêt.³⁷ La prorogation d'un prêt *in fine* s'analyse comme une prolongation du crédit dans le temps pour une nouvelle période postérieure à l'échéance initiale³⁸.

³⁴ Cass. com., 16 sept. 2014, no 13-20306, PB, V.O DESHAYES, « La force majeure a-t-elle prise sur les obligations de somme d'argent ? », Revue des contrats - n°01 - page 27.

³⁵ F.GRÉAU, op.cit.

³⁶ V.LIBCHABER, Recherches sur la monnaie en droit privé, thèse, LGDJ, t. 225, préf. MAYER, 1992, no 469.

³⁷ A-X.BRIATTE, « La renégociation d'un prêt immobilier et sa formalisation », Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2018, étude 10.

³⁸ Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-21.790, F-D : Banque et droit 2012, n° 146, p. 27, obs. Th. BONNEAU.

31- L'opération de crédit est une opération très spécifique car elle se base sur deux principaux facteurs proportionnels : le facteur temps et le facteur rémunération. Si le facteur temps augmente le facteur rémunération augmente. Etant un prolongement dans le temps, le report des échéances implique, logiquement, une augmentation de la rémunération de crédit.

32- Afin de quantifier cette augmentation, la banque peut procéder à deux méthodes qui ne donnent pas forcément le même résultat :

- La première méthode consiste techniquement, à arrêter l'encours restant dû pendant la période de report, consolider le crédit et dresser un nouvel échéancier en fonction du nouvel encours. Concrètement, le client n'aura rien à payer pendant la période de report, toutefois, à la reprise des paiements, il aura à payer en premier lieu les intérêts supplémentaires.
- La seconde méthode consiste techniquement à décaler simplement les échéances, de sorte que le seul changement opéré est le remplacement de la date de chacune des échéances initiales par une nouvelle date correspondante à la formule suivante : date de l'échéance initiale + période du report. Ainsi, à titre d'illustration, pour une période de report de trois mois si la première échéance exigible pour le client a été prévue initialement pour le 30 mars 2020, désormais elle le sera pour le 30 juin 2020. Après le remboursement selon l'échéancier initial, le client aura à payer des intérêts supplémentaires qui correspondent à la période de report. Cependant, comme il payera ces intérêts après l'écoulement de l'échéancier initial, le calcul de ces intérêts sera sur la base d'une date valeur qui remonte à mars 2020.

33- Il est à noter que dans les deux méthodes utilisées, la somme correspondante aux intérêts supplémentaires peut être calculée en application de la règle de capitalisation des intérêts³⁹ et

³⁹ V. Article 1099 COC (modifié par la loi n° 2000-57 du 13 juin 2000). Les intérêts non payés peuvent être capitalisés avec la somme principale et seront productifs d'intérêts si les parties l'ont prévu par écrit. En matière civile, les intérêts non payés prévus à l'alinéa précédent ne peuvent être capitalisés avec la somme principale qu'à la fin de chaque année et à condition que le défaut de paiement n'est pas dû au créancier. En matière commerciale, les intérêts arrivés à échéance et non payés sont capitalisés avec la somme principale et produisent des intérêts du jour de l'échéance selon les prescriptions du premier paragraphe à condition que le retard du paiement n'est pas dû au créancier. **Contrairement aux dispositions du premier paragraphe et en matière de compte courant les intérêts non payés sont capitalisés avec la somme principale et seront productifs eux mêmes d'intérêts tout en respectant les délais qu'exige l'usage et ce jusqu'à la clôture du compte à moins qu'il n'y ait une stipulation contraire.**

sans prendre en compte l'éventuelle possibilité de son échelonnement dans le temps qui générera bien évidemment des intérêts additionnels.

34- Certes, le régulateur a bien mentionné que le report ne peut pas être analysé comme une restructuration de crédit et la période de report n'est pas prise en compte pour le décompte de l'ancienneté des avoirs au sens de la circulaire N°91-24 relative à la division, couverture des risques et suivi des engagements, pour les bénéficiaires de la mesure⁴⁰, mais cela s'inscrit plutôt dans le cadre de l'application des règles prudentielles⁴¹. Il ne faut pas exclure cette méthode surtout si elle s'avère être moins coûteuse.

35- Il reste que, le report, étant une mesure exceptionnelle qui a vocation à aider l'emprunteur à surmonter la période de crise, la question demeure posée de savoir si c'est au client de supporter son coût. D'ailleurs, la qualification de force majeure permet ici d'éviter les éventuelles pénalités de retard⁴² qu'aurait dû verser le débiteur si le retard dans l'exécution avait été de son fait⁴³.

36- Certainement, la banque en tant que principale institution de financement de l'économie est appelée à montrer un élan de solidarité avec ses clients en temps de crise. Pour autant, la spécificité de cette crise réside dans son caractère général et universel. D'où, la banque elle-même subira les conséquences de cette crise. La banque, elle-même est en crise.

Si la qualification de force majeure est retenue⁴⁴, les banquiers peuvent eux même l'invoquer et prétendre le bénéfice de son effet suspensif quant aux paiements des intérêts créditeurs notamment aux clients détenteurs de comptes de dépôt. De surcroît, la banque peut l'invoquer à l'égard de la Banque Centrale dans le cadre des opérations de refinancement.

37- En outre, il ne faut pas oublier que le report d'échéances de crédits consentis aux entreprises et aux particuliers affectés par la crise sanitaire induit un état de restructuration de

⁴⁰ Circulaire aux établissements de crédit N°91-24 du 17 décembre 1991 relative à la division, couverture des risques et suivi des engagements.

⁴¹ Le risque de crédit avéré est sanctionné par des provisions. Plus le risque est grave plus la provision correspondante est élevée.

⁴² Il s'agit des intérêts moratoires ou les intérêts de retard qui sont différents des intérêts conventionnels.

⁴³ Sur les effets de la force majeure V. Supra P 6, N°17.

⁴⁴ Supra P4, N°13.

ces encours selon un nouveau dispositif, ce qui augmentera les encours de ces derniers et, de facto, le coût du risque.

Le risque de crédit⁴⁵ est le principal risque – avec la liquidité – mis en exergue lorsqu'une crise financière, sanitaire ou économique survient sur un territoire. Quid d'une crise internationale !

La volonté de sauver les entreprises, de soutenir les particuliers ne doit pas éclipser la nécessité de maintenir l'équilibre financier des banques. On le sait, le temps des institutions financières « *too big to fail* » est déjà dépassé.

38- Quoiqu'il en soit, en l'état actuel du droit, et en l'absence de dispositions sur la question dans les quatre circulaires précitées⁴⁶, c'est le client qui devra payer les frais et intérêts relatifs à la période de report. Encore faut-il qu'il soit informé ?

2/Report ; un consentement éclairé est nécessaire ?

39- Les trois circulaires précisent les nouvelles conditions et modalités selon la nature du crédit accordé. Tandis que la circulaire 2020-06 est destinée aux crédits aux entreprises et professionnels, les deux autres à savoir les circulaires 2020-07 et 2020-08 sont destinées aux particuliers.

- S'agissant tout d'abord des crédits aux particuliers, la principale distinction opérée dans ce cadre se rapporte au revenu du client : Les clients dont le revenu brut est inférieur à mille dinars et ceux dont le revenu brut dépasse mille dinars.
 - Pour les premiers, la circulaire 2020-07 impose le report des échéances des crédits **de six mois**.
 - Pour les seconds, l'article 2 de la circulaire 2020-08 a ajouté un article 3 bis à la circulaire 2020-07 pour ainsi étendre la mesure de report à cette catégorie de clientèle qui bénéficiera alors d'un report **de trois mois**⁴⁷.
- S'agissant des crédits aux professionnels et entreprises, la circulaire 2020-06 impose aux banques le report **de six mois** des échéances des crédits.

⁴⁵JJCC DELAUNAY J-Ch DELAUNAY, « Covid 19, L'impact sur le risque crédit », Revue Banque n°843

⁴⁶ Ces circulaires imposent uniquement aux banques de prendre toutes les mesures nécessaires qui lui reviennent pour faire face à la pandémie.

⁴⁷ Aux termes de l'article 3 bis de la circulaire 2020-07 les banques doivent reporter les échéances des crédits accordés aux particuliers dont le revenu mensuel brut dépasse 1000d et qui est exigible en capital et intérêts dans la période du début avril jusqu' à fin juin 2020 et prolonger la période consécutive de remboursement du crédit.

40- Le report des échéances de crédit implique des obligations différentes de celles initialement contractées entre les banques et leurs clients. La conclusion comme la modification des contrats obéit au principe sacré de l'autonomie de la volonté. L'ingérence du régulateur dans les relations contractuelles peut être justifiée par la crise du COVID 19, mais sa légalité reste douteuse⁴⁸. Outre, l'atteinte à l'article 242 COC, il suffit de citer l'article 137 COC pour s'en convaincre. En effet cet article dispose que : « **Le tribunal ne peut accorder aucun terme ni délai de grâce, s'il ne résulte de la convention ou de la loi. Lorsque le délai est déterminé par la convention ou par la loi, le juge ne peut le proroger, si la loi ne l'y autorise.** »

La question du consentement des parties à ces différentes modifications contractuelles reste alors posée.

Concernant le consentement de la banque,

41- En des termes non pas plus claires, le régulateur impose le report aux banques. A cet égard, il dispose que « *les banques doivent* ». Cette obligation de report concerne les clients classés 0 ou 1 à fin décembre 2019. En revanche, la banque retrouve son pouvoir discrétionnaire si le client est classé 2 ou 3⁴⁹.

42- En principe, le prêteur est libre d'accepter ou de refuser une renégociation du crédit de son client. En droit commun, la renégociation du prêt est une simple faculté pour la banque⁵⁰. En cas de difficultés l'emprunteur peut chercher à renégocier les conditions de son prêt ; le prêteur n'est nullement tenu de faire droit à une telle demande. Cependant il est concevable d'envisager une obligation de moyens de renégocier fondée sur le devoir de bonne foi⁵¹.

Cette analyse se confirme davantage par la possibilité accordée à l'emprunteur en difficulté comme à tout débiteur de solliciter du juge un délai de grâce.⁵²

⁴⁸ V. art 8 et art 42 Loi N° 2016-35 du 25 avril 2016, portant fixation du statut de la Banque Centrale de Tunisie.

⁴⁹ Selon l'article 3 ter de la circulaire 2020-07 telle que modifiée par la circulaire 2020-08 les banques pourront appliquer cette mesure aux clients classés 2 et 3. La même disposition est prévue à l'article 2 de la circulaire 2020-07 et à l'article 3 de la circulaire 2020-06.

⁵⁰ Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-21.790, F-D : Banque et droit 2012, n° 146, p. 27, obs. Th. BONNEAU.

⁵¹ D.LEGEAIS, Op.cit

⁵² Article 137 COC : « ...Toutefois, et en dehors des cas où il s'agit du recouvrement d'une créance de l'Etat, d'une commune ou d'un établissement public d'Etat, un délai raisonnable pourra être accordé pour l'exécution du jugement avec la plus grande réserve et s'il ne doit en résulter aucun inconvénient grave pour le créancier, quand le débiteur aura justifié que ce terme favorise sa libération en lui permettant de conclure un emprunt à meilleures conditions, ou également quand il apparaîtra que l'inexécution de son obligation provient de circonstances indépendantes de sa volonté. Le délai ne devra ni excéder la durée d'une année ni être renouvelé. Le juge pourra

Dans le cas d'espèce, le banquier non seulement doit renégocier le crédit mais catégoriquement le modifier. Mieux encore, la mesure ne touche pas un ou deux clients mais parfois des milliers de clients !!!

Concernant le consentement du client

43- Si le client est un particulier classé 0 ou 1, il bénéficiera automatiquement de la mesure. Les clients qui ne souhaitent pas bénéficier de cette mesure doivent informer la banque par une demande faite par tous moyens laissant trace écrite.

Le report court de façon automatique pour les particuliers à moins que le client n'opte pour sa déclinaison. Si le client est une entreprise ou un professionnel classé 0 ou 1, il ne pourra bénéficier du report que sur sa demande.

Dans ce cadre, il faut remarquer que l'importance du dispositif mis en place pour soutenir la clientèle repose sur l'idée d'adéquation entre la mesure et la catégorie de la clientèle cible de la mesure d'un côté et la classification des actifs de l'autre.

44- A cet effet, rappelons que l'article 8 de la circulaire N° 91-24 impose aux banques de procéder au suivi et à la classification de tous leurs actifs.

Il s'agit d'une classification déclarée à la centrale d'informations et assortie d'une mise à jour continue⁵³. Toute entreprise cliente bénéficiaire de crédits ayant fait l'objet de déclaration à la centrale d'informations, peut consulter les données qui la concernent et portant essentiellement sur l'encours des crédits et les montants impayés, ventilés par établissement prêteur ou créancier et par catégorie de crédit.⁵⁴

45- La classification se fait principalement entre les actifs courants et les actifs classés. De plus, certaines règles spéciales sont prévues aux cas de découvert et des arrangements.⁵⁵

accorder au débiteur la faculté de se libérer par paiements échelonnés. Le jugement énoncera le motif du délai, lequel courra du jour de la signification. »

⁵³En effet, l'article 3 de la circulaire N°2008-06 précise que : « Les informations devant faire l'objet de déclaration sont les suivantes :... concernent les données relatives à la classification des créances au sens de la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie n° 91-24 susvisée ; la déclaration doit se faire dans un délai maximum de 10 jours à compter de la fin de chaque trimestre ».

⁵⁴Art. 6 Circulaire N°2008-06.

⁵⁵ D'autres critères de classification sont prévus dans les articles 11 et 12 de la circulaire N° 91-24.

S'agissant de l'article 11 de la circulaire N° 91-24, il traite l'hypothèse des découverts. Les caractéristiques des classes 2, 3 et 4 définies à l'article 8 et qui sont ci-dessus présentés trouvent application.

Lorsqu'il est écoulé un délai de 90 jours après l'arrêté des intérêts sans que le compte n'enregistre des mouvements de recettes susceptibles de compenser le montant intégral des intérêts débiteurs et autres charges, le

Concernant tout d'abord les actifs courants, au sens de l'article 8 de la circulaire N° 91-24 ce sont « les actifs dont la réalisation ou le recouvrement intégral dans les délais paraît assuré et qui sont détenus sur des entreprises dont :

- la situation financière est équilibrée et confirmée par des documents comptables certifiés datant de moins de 18 mois et des situations provisoires datant de moins de 3 mois ;
- la gestion et les perspectives d'activité sont jugées satisfaisantes sur la base des rapports de visites ;
- la forme et le volume des concours dont elles bénéficient sont compatibles tant avec les besoins de leur activité principale qu'avec leur capacité réelle de remboursement ».

46- Concernant ensuite les actifs classés qui sont « intimement liés aux entreprises en difficulté »⁵⁶, la circulaire distingue entre 4 classes en fonction principalement de l'ancienneté des impayés :

- Classe 1 : Les actifs nécessitant un suivi particulier.⁵⁷
- Classe 2 : Les actifs incertains : Ces actifs sont caractérisés par l'existence de retards de paiement des intérêts ou du principal, supérieurs à 90 jours sans excéder 180 jours.⁵⁸

découvert (ou le compte débiteur) est considéré généralement gelé et doit faire partie de la classe 2. Lorsque ce délai dépasse 180 jours sans excéder 360 jours, le découvert doit faire partie de la classe 3. Au-delà d'un délai de 360 jours, le découvert doit faire partie de la classe 4.

S'agissant de l'article 12 de la circulaire N° 91-24, il concerne les arrangements, le rééchelonnement ou la consolidation, relatifs aux créances faites avec le client qui n'arrive pas à honorer ses engagements à temps.

⁵⁶ Y.KNANI, « Le banquier et l'entreprise en difficulté », RTD 1996, p.120.

⁵⁷ Classe 1 : Actifs nécessitant un suivi particulier : « Font partie de la classe 1, tous les actifs dont la réalisation ou le recouvrement intégral dans les délais est encore assuré et qui sont détenus sur des entreprises qui présentent l'une au moins des caractéristiques suivantes :

- le secteur d'activité connaît des difficultés ;
- la situation financière se dégrade »

⁵⁸ Classe 2 : Actifs incertains : « Font partie de la classe 2, tous les actifs dont la réalisation ou le recouvrement intégral dans les délais est incertain et qui sont détenus sur des entreprises qui connaissent des difficultés financières ou autres pouvant mettre en cause leur viabilité et nécessitant la mise en œuvre de mesures de redressement. Outre les caractéristiques définies à la classe 1, ces entreprises présentent l'une au moins de celles qui suivent :

- la forme et le volume des concours ne sont plus compatibles avec leur activité principale ;
- l'évaluation de la situation financière ne peut plus être mise à jour à cause d'une défaillance au niveau de la disponibilité de l'information ou de la documentation nécessaire;
- l'existence de problèmes de gestion ou de litiges entre associés ;
- l'existence de difficultés d'ordre technique, de commercialisation ou d'approvisionnement ;
- la détérioration du cash-flow qui compromet, en l'absence d'autres sources de financement, le remboursement des dettes dans les délais ;
- l'existence de retards de paiement des intérêts ou du principal, supérieurs à 90 jours sans excéder 180 jours. Font également partie de la classe 2, les autres actifs restés en suspens et non apurés dans un délai de 90 jours sans excéder 180 jours. »

Société d'avocats

- Classe 3 : Actifs préoccupants⁵⁹ : Les retards de paiements des intérêts ou du principal, correspondants à ces actifs sont généralement supérieurs à 180 jours sans excéder 360 jours.
- Classe 4 : Actifs compromis⁶⁰ : cette classe représente les créances pour lesquelles les retards de paiements des intérêts ou du principal sont supérieurs à 360 jours.

47- Que le report soit automatique, ou sur demande, l'étendu du consentement du client se pose pleinement. Deux points méritent l'attention :

- Premièrement, le consentement de l'emprunteur doit être éclairé. Il doit être informé sur les effets du report d'échéances⁶¹. Selon la jurisprudence française, la banque doit une obligation de conseil aux emprunteurs sollicitant le report de leurs échéances. « Il appartenait à la banque au titre de son obligation de conseil, de leur délivrer une information complète sur les effets du report des échéances »⁶². En l'espèce, les emprunteurs -non avertis- sollicitent la pause, contractuellement prévue, de remboursement des mensualités du crédit immobilier. La banque ne les informe pas du montant supplémentaire d'intérêts produits en l'absence d'amortissement du capital pendant cette suspension⁶³.
- Deuxièmement, quel taux d'intérêts appliquer ? Les frais de report et d'impayés ou de prorogation d'échéance sont-ils exclus du taux effectif global (TEG)⁶⁴ ? Quid, du report

⁵⁹ Classe 3 : Actifs préoccupants : « Font partie de la classe 3 tous les actifs dont la réalisation ou le recouvrement est menacé et qui sont détenus sur des entreprises dont la situation suggère un degré de pertes éventuelles appelant une action vigoureuse de la part de l'Établissement de crédit pour les limiter au minimum. Ces actifs sont généralement détenus sur des entreprises qui présentent avec plus de gravité, les caractéristiques de la classe 2. Les retards de paiements des intérêts ou du principal sont généralement supérieurs à 180 jours sans excéder 360 jours. Font également partie de la classe 3, les autres actifs restés en suspens et non apurés dans un délai de 180 jours sans excéder 360 jours. »

⁶⁰ Classe 4 : Actifs compromis : « Font partie de la classe 4 : - les créances pour lesquelles les retards de paiements des intérêts ou du principal sont supérieurs à 360 jours ; - les actifs restés en suspens au-delà de 360 jours ; - les autres actifs qui doivent être passés par pertes ».

La banque est tenue néanmoins d'épuiser toutes les procédures de droit tendant à la réalisation de ces actifs ».

⁶¹ D.LEGEAIS, Op.cit, p 183, n°350

⁶² Cour d'Appel de Grenoble, Ch. Civ. 1, 16 décembre 2013, n°11/01006. Juris data n° 2013-029646 2.

⁶³ Leur perte de chance de ne pas opter pour la suspension est évaluée comme faible, conduisant à 1.500 euros de dommages et intérêts à leur profit.

⁶⁴ Article 2 Loi N°99-64 du 15 Juillet 1999, relative aux taux d'intérêts excessifs : pour la détermination du taux d'intérêt effectif global du prêt, il est tenu compte en plus des intérêts, des frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directes ou indirectes intervenus dans l'octroi du prêt, sauf ceux exceptés par décret. En France la renégociation du contrat de crédit génère souvent des frais de dossier qui doivent être intégrés dans le calcul du TEG V.Cass. 1re civ., 6 avr. 2016, no 15-12.774.

des échéances ou d'une façon générale lorsque la convention d'ouverture de crédit conclue pour une durée déterminée est prorogée, le taux d'intérêts doit-il être de nouveau stipulé avec indication du TEG? Sur ce point, la Cour de cassation française a donné une réponse négative, en soulignant que lorsque la convention d'origine continue de produire ses effets au-delà du terme initialement convenu, le taux fixé demeure applicable aux prorogations successives.⁶⁵ Dans cet ordre d'idées, la question de la position du droit tunisien se pose pleinement. Deux solutions sont possibles, soit le taux d'intérêt applicable pour chaque catégorie sera fixé, soit c'est la solution de la jurisprudence française qui pourra être retenue.

3/ Report : Quelles garanties de paiement ?

48- La modification des modalités de remboursement ou encore la prorogation du prêt initial ne constitue pas et n'entraîne pas une « novation » du prêt initial⁶⁶. Simplement, un avenant doit être conclu.

Le prêteur conserve le bénéfice de son hypothèque ou de son privilège, et du titre exécutoire qui lui a été initialement délivré⁶⁷. Seulement, les titres de crédit initialement signés ne couvrent pas la période de la propagation⁶⁸. A moins que les clients signent un nouvel échéancier et des lettres de change corrélatives, la banque ne dispose d'aucune garantie pour la période prorogée.

49- En France, le cahier des charges pour obtenir la garantie de l'État sur des prêts octroyés aux entreprises en raison de la crise liée au COVID-19, a été déjà publié en date du 24 mars 2020.⁶⁹

⁶⁵ Cass. com., 9 juill. 2002, no 00-22.512, Bull. civ. IV, no 118. V Lamy droit du financement, Division 2 - Coût du crédit, 2017

⁶⁶ D.LEGEAIS, Op. cit

⁶⁷ A-X.BRIATTE, « La renégociation d'un prêt immobilier et sa formalisation », art.préc.

⁶⁸ Les contrats d'assurance également

⁶⁹ L. n° 2020-289 du 23 mars 2020 (finances rectificative pour 2020) Arr. du 23 mars 2020 (accordant la garantie de l'Etat aux établissements de crédit et sociétés de financement en application de l'article 4 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020.

Conclusion

50- La crise du COVID 19 peut être analysée comme une force majeure mais elle n'aura pour effet que la suspension des obligations monétaires de l'emprunteur. Le report prévu par le régulateur comme mesure de soutien aux clients peut être analysé comme un fait du prince mais la spécificité de l'opération de crédit, ne permet pas d'attacher à cette qualification les objectifs escomptés. Il sera difficile d'appliquer l'effet suspensif sans prendre en considération la rémunération consécutive.

51- De la sorte, d'un côté, le client peut invoquer la force majeure et prétendre que le bénéfice de l'effet suspensif doit être sans coût additionnel.

De l'autre, la banque peut invoquer le fait du prince constitutif d'un cas de force majeure et demander l'exonération de toute responsabilité découlant de son application des mesures de report.

Relativement à un accord de report ordinaire, la spécificité de la mesure de report adoptée par le régulateur réside dans son caractère obligatoire qui brise parfois l'équilibre contractuel et inévitablement les principes généraux du droit.

52- Les banques sont, avant tout, des sociétés de droit privé. Aussi importante leur volonté de soutenir et d'aider, soit elle, on ne peut leur imposer des sacrifices démesurés.

En temps de crise, c'est l'Etat qui doit prendre en charge l'intérêt collectif et chercher les solutions adéquates. Les institutions de l'Etat doivent agir, les personnes privées doivent interagir. Le régulateur quant à lui, ne peut que réguler et ne pourra jamais légiférer.

53- Aujourd'hui, la fixation du régime juridique applicable au report est indispensable. Une telle solution permettra de reconnaître la pandémie comme un cas de force majeure et d'apporter les réponses nécessaires et attendues sur le régime juridique applicable au report. Toutes les questions relatives aux taux d'intérêts applicable ou à sa prise en charge, au consentement de la clientèle et à la garantie de paiement des échéances reportées doivent être bien précisées.

Tunis, le 07 Avril 2020