

Emprunts toxiques

Le contexte favorable des recours contentieux

De nombreux acteurs publics ont engagé des contentieux à l'encontre de banques les ayant amenés, dans des conditions critiquables, à souscrire des emprunts toxiques dont les formules de taux opaques se révèlent préjudiciables pour l'état de leurs finances.

L'AUTEUR



JEAN-LOUIS
VASSEUR,
SCP Seban et associés

Il est encore trop tôt pour parler d'une véritable jurisprudence en matière de contrats d'emprunts toxiques et la justice ne s'est pas encore prononcée au fond puisqu'il semble que les premiers jugements – en première instance – ne seront rendus qu'en 2013. Il n'en demeure pas moins que des décisions ont déjà été rendues dont la portée est loin d'être négligeable pour ces contentieux.

La jurisprudence existante en matière de taux effectif global

Certaines décisions de fond, sans concerner directement le cas des emprunts toxiques des collectivités locales, auront nécessairement une influence sur les jugements qui seront rendus. De nombreuses collectivités se sont ainsi avisées, à l'occasion de l'examen des contrats d'emprunts structurés toxiques qu'elles avaient conclus, que ces contrats comportaient un taux effectif global (TEG) erroné. Or, le juge civil a déjà eu à se prononcer sur les effets du caractère erroné d'un taux effectif global dans le cas d'un contrat de prêt conclu entre une banque et une collectivité.

L'arrêt rendu, le 27 février 2007, par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, dans un litige opposant la ville de Roubaix au Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises, est clair : « ayant constaté que le taux effectif global mentionné dans l'avenant litigieux était erroné, la cour d'appel en a exactement déduit que la sanction de cette erreur appelait la substitution du taux légal au taux conventionnel, à compter de la souscription dudit avenant ». Les acteurs publics concernés par un TEG erroné obtiennent que le taux menaçant leur équilibre budgétaire soit réduit à un niveau très modeste.

L'influence de décisions déjà rendues en Europe

Plusieurs arrêts au fond ont déjà été rendus en Europe, concernant des personnes morales privées, mais visant l'annulation d'emprunts ou swaps toxiques, ou la mise en cause de la responsabilité des banques, laissant penser qu'une jurisprudence comparable pourrait se développer en France à propos des contrats souscrits par les acteurs publics.

• L'arrêt rendu en 2011 par la Cour fédérale suprême allemande

Le 22 mars 2011, la Cour fédérale suprême allemande s'est prononcée sur un contrat de swap complexe conclu par une entreprise avec sa banque, à qui la demanderesse réclamait compensation des pertes subies du fait d'une insuffisance d'information lors de la souscription du contrat (XI ZR 33/10). La cour a estimé que la banque n'avait pas respecté son obligation de fournir des conseils adaptés à son client, dans le cas d'un produit aussi complexe et comportant un risque élevé aggravé par un effet accumulateur (effet « snowball »). Pour la cour, la banque a failli à son devoir d'information qui lui dictait d'exposer à l'entreprise l'existence du grand déséquilibre entre l'établissement financier et son client dans le rapport bénéfice-risque du produit conçu par la banque pour lui être favorable. Également conseiller de son client, la banque s'est mise en position de conflit d'intérêts.

Ce contentieux ne peut manquer de retentir dans les affaires portées devant le juge civil français où il est aussi question de taux d'intérêt complexes, de dissymétrie entre l'information dont disposent collectivités locales et banques, de déséquilibres entre les risques encourus par chacune des parties et du conflit d'intérêts en résultant pour les établissements de crédit.

Des situations comparables se trouvent dans le cas des emprunts ou swaps toxiques souscrits par les acteurs publics, dans la mesure où des banques n'ont pas hésité à proposer des taux d'intérêt si complexes qu'ils étaient opaques pour les personnes publiques. Cela d'autant plus que les établissements de crédit, dérogeant délibérément à leurs obligations, se sont abstenus d'expliquer la nature des produits proposés, les risques auxquels ils exposaient, les conditions de sortie des contrats, toutes choses qui auraient permis à leurs clients de décider en connaissance de cause et de conclure à égalité d'information avec les banques.

• La décision rendue dès 1992 par la Chambre des lords

Dès 1992, en Grande Bretagne, la Chambre des lords a jugé (1992 2 AC 1) que les collectivités locales n'avaient pas compétence pour conclure des contrats relatifs à des dérivés spé-

culatifs. Bien évidemment, le juge civil, saisi des contentieux relatifs aux emprunts et swaps toxiques des collectivités territoriales, ne manquera pas aussi de prendre en considération la jurisprudence classique selon laquelle « Quelles que soient les relations entre un client et sa banque, celle-ci a l'obligation de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance » (1). Ou encore par le jugement définitif rendu, le 27 mars 2008, par le tribunal de commerce de Toulouse aux termes duquel: « Lorsqu'une opération de swap a un caractère spéculatif, le banquier est tenu à une obligation de mise en garde spécifique à l'égard de son client ».

Les signes encourageants des décisions rendues en matière de référé

Deux décisions importantes ont été rendues à propos des produits toxiques souscrits par la ville de Saint-Etienne par des juges de référés saisis par une banque désireuse d'obtenir le versement d'échéances impayées. Ordonnances, et non des jugements au fond, elles retiennent néanmoins toute l'attention des acteurs publics et des banques concernés. Car si le juge des référés n'est pas le juge du fond, il est le juge de l'évidence, celui qui statue au vu de ce qui ne se conteste pas sérieusement.

Or, que dit le juge de l'évidence? Que le contrat passé par une banque avec une ville, et par lequel sont vendus des swaps de taux, est suspect d'illicéité dans la mesure où « en l'espèce, les mécanismes de financement ou swaps vendus aux collectivités territoriales se sont révélés être des produits spéculatifs à haut risque et dont la légalité est aujourd'hui sérieusement contestée devant le juge du fond » (2). Une telle affirmation du caractère illicite de ces contrats, montre que les banques ont des motifs de voir arriver les affaires au fond avec un certain souci!

L'arrêt remarqué de la cour d'appel de Paris

A la Royal bank of Scotland, qui avait cru pouvoir utilement interjeter appel de l'ordonnance du 24 novembre 2011 du tribunal de grande instance de Paris, la cour d'appel apporte, dans l'affaire de Saint-Etienne, une réponse cinglante. Elle lui reproche, d'emblée, de s'être livrée à un commode détournement de procédure pour dissimuler l'illicéité du contrat de swap. Pour la cour, « il n'est pas contesté que les prêts en cause sont soumis, après une première période de taux fixe, à un taux variable, sans qu'aucun plafond de ce taux ne soit prévu, ce qui contrevient à l'interdiction pour ces collectivités de souscrire à des contrats spéculatifs et renvoie aux conditions de passation de ces prêts au regard notamment de cette contrainte légale et de l'obligation de conseil de la Royal bank ».

La cour d'appel de Paris va ainsi encore plus loin que le premier juge: les prêts dont les taux sont variables sont des contrats spéculatifs qu'il est interdit aux collectivités territoriales de souscrire. En outre, la validité des actes se trouve atteinte, dès leur passation, dans la mesure où cette interdiction a été méconnue et où il apparaît que la banque n'a pas satisfait à son obligation de conseil. De ces considé-

rations, encourageantes pour les collectivités territoriales et qui devraient susciter la réflexion dans le monde des banques, notamment sur la nécessité d'envisager sérieusement les négociations avec leurs clients, on est tenté de rapprocher l'avis récemment rendu par la chambre régionale des comptes d'Auvergne, Rhône-Alpes.

L'avis convergeant de la chambre régionale des comptes d'Auvergne, Rhône-Alpes

Saisie par le préfet de l'Isère afin de déterminer le caractère de dépense obligatoire des échéances de deux emprunts souscrits auprès de la banque Dexia par la commune de Sassenage, la chambre a dénié ce caractère aux échéances non payées par la commune en raison du fait que celle-ci avait assigné la banque devant le juge civil en annulation des contrats de prêt (3). Certes, il ne s'agit que de l'avis d'une chambre régionale des comptes et cette dernière y précise « que lorsqu'une chambre régionale des comptes est saisie d'une demande d'inscription d'office, au budget d'une collectivité territoriale, d'une somme correspondant à une dette qui fait l'objet, de la part de la collectivité, d'une contestation sérieuse dans son principe ou dans son montant, elle ne peut que rejeter cette demande, sans qu'il y ait lieu pour elle de s'interroger sur le bien-fondé de la contestation ». Il n'en demeure pas moins qu'après le juge civil, le juge des comptes fait savoir qu'une collectivité territoriale est autorisée à ne pas payer ses échéances à une banque du fait qu'elle conteste clairement une dette liée à un contrat d'emprunt structuré à caractère spéculatif.

Un volume contentieux en augmentation régulière

Le total des contentieux engagés, à l'heure actuelle, devant les tribunaux à l'encontre de banques pour des contrats d'emprunts toxiques, est difficile à connaître exactement. Les acteurs publics ne rendent pas toujours compte publi-

quement de leurs litiges avec leurs établissements bancaires. La fréquentation des tribunaux, les informations réunies par l'Association des acteurs publics contre les emprunts toxiques (Apcet), n'en laissent pas moins apparaître une augmentation progressive et régulière du nombre de ces contentieux. Plusieurs conseils géné-

À NOTER

Le juge des référés, «juge de l'évidence», affirme clairement le caractère manifestement illicite de certains mécanismes de financement ou swaps vendus aux collectivités territoriales.

raux, de multiples communes de toutes tailles, de nombreux regroupements de communes ont assigné leurs banques ou y procèdent en ce moment même. A côté de la banque Dexia, la plus régulièrement visée, se trouvent maintenant plusieurs autres grands établissements: le Crédit agricole, la Royal bank of Scotland, la Caisse d'épargne, Depfa bank... Plusieurs causes expliquent cette augmentation régulière du volume des contentieux. La plupart des contrats d'emprunts structurés le sont selon le schéma suivant: dans un premier temps (entre 1 an et 5 ans) le contrat prévoit un taux fixe bonifié; dans un second temps, le contrat prévoit un taux variable, susceptible d'exposer la collectivité contrac-

ACTUALITÉ

Un revirement? La CAA de Lyon a jugé illégale, le 25 septembre 2012, la délimitation du conseil municipal de la commune de Unieux fixant unilatéralement le taux d'intérêt d'un emprunt.

CAA Lyon, req. n°12LY00455

À LIRE

« Emprunts toxiques : cesser de payer ses intérêts n'est pas sans risque », F. Proux, « La Gazette » 23 juillet 2012, p. 38-39.

(•••) tante à de grands risques d'augmentation de taux. C'est souvent au moment où ils arrivent à la fin de la première période, tandis qu'ils ressentent les premiers effets de leur entrée dans la zone d'exposition au risque, quand ils réalisent véritablement la difficulté où les a placés le contrat d'emprunt proposé par leur banque, que les acteurs publics concernés réagissent. Or, la totalité des contrats d'emprunts toxiques ne sont pas encore passés dans la zone risquée, ils y viennent peu à peu. Le déroulement des négociations engagées avec les banques est une seconde cause. « Médiation Gissler » ou pourparlers classiques, le temps s'écoule lentement. Les banques concernées sont loin d'apporter, en général, des propositions à la hauteur de la situation que rencontrent les collectivités et autres acteurs publics, ces derniers doivent revenir à la charge, de nouvelles discussions se nouent, etc. Les acteurs publics ne se résolvent souvent à engager un contentieux qu'après de longues et infructueuses négociations avec leur banque. Cela peut faire partie de la stratégie de certains établissements bancaires, désireux d'écarter la perspective d'un contentieux en misant sur la prescription des actions en justice.

La pratique des contrats de refinancement

Devant l'arrivée d'échéances exorbitantes et l'impossibilité de s'acquitter d'une indemnité de remboursement anticipé atteignant souvent plus de 100% du capital restant dû, les collectivités sont conduites à accepter, moyennant le « gel » d'une ou de plusieurs échéances, de signer un nouveau contrat d'emprunt présentant toutes les caractéristiques de toxicité du précédent, donnant ainsi à la banque, outre la commission supplémentaire qu'elle prélève, le même avantage sur la collectivité pour l'avenir.

La conclusion d'un tel contrat de refinancement, qui peut répondre de façon très provisoire aux besoins de sécurisation des collectivités, a ses limites et de lourdes contreparties. Et ce d'autant qu'elle donne des arguments aux établissements bancaires pour tenter de dégager leur responsabilité en leur permettant de soutenir qu'à la date où ces contrats de refinancement étaient signés, leurs clients ne pouvaient plus en méconnaître les risques. Elle rallonge, en tout état de cause, le délai avec lequel les acteurs publics finissent par s'engager dans la voie contentieuse.

En effet, au terme d'un certain délai, faisant le constat que leurs difficultés ne disparaissent pas et que leurs banques se bornent, en définitive, à leur imposer le maintien des emprunts toxiques pour l'avenir, sans aucune autre proposition plus raisonnable, les acteurs publics en viennent, après ces détours dictés par la prudence ou la pression des établissements de crédit, à engager des contentieux visant l'annulation des emprunts et mettant en cause la responsabilité des banques.

Les points d'affrontements entre les acteurs publics et les banques devant le juge

Actuellement, un nombre croissant de dossiers s'accumulent devant les tribunaux, attendant d'être jugés au fond. Les premières affaires ne devraient, en principe, être examinées que durant l'année 2013. Pour le moment, les dos-

siers les plus avancés traversent encore la longue phase des échanges de conclusions et de pièces, et des incidents de procédure qui précède les audiences de plaidoirie. A ce jour, les principaux points sur lesquels s'affrontent acteurs publics et banques sont : la nullité de la clause d'intérêt du contrat de prêt ; le vice du consentement ; le manquement des banques à leurs obligations.

L'argument du caractère erroné du taux effectif global suscite de vives réactions de la part des banques. Le coût pour ces dernières d'une substitution du taux de l'intérêt légal au taux conventionnel à compter de la signature du contrat de

prêt est lourd. Il est une incitation forte à négocier pour les établissements bancaires, avant comme en cours de contentieux. Les banques réagissent aussi à l'argument des acteurs publics selon lequel elles ne pouvaient leur proposer de

À NOTER

 La totalité des contrats d'emprunts toxiques ne sont pas encore passés dans la zone risquée : ils y viennent inexorablement.

souscrire des contrats d'emprunts structurés ou des swaps dont les taux avaient un caractère spéculatif alors que les principes du droit, et de la comptabilité publics l'excluent, comme la cour d'appel de Paris l'a récemment souligné. Celles qui, par exemple, ont proposé des swaps exposant une collectivité à plus de risques qu'elle n'en courrait auparavant à raison du taux d'intérêt du prêt contracté initialement, éprouvent beaucoup de mal à justifier leur initiative. Les conclusions en défense en témoignent régulièrement, les établissements de crédit développent de grands efforts pour démontrer qu'ils auraient, dans les années 2006-2007, notamment, correctement informé leurs clients sur les produits complexes et risqués : emprunts indexés sur le rapport Euro-Franc suisse, emprunts indexés sur le différentiel entre le rapport Euro-Franc suisse et le rapport US dollar et Yen, etc. Elles trahissent le contexte de fuite en avant de l'expansion désastreuse de ces produits dérivés, spéculatifs, à l'initiative de certaines banques et notamment de Dexia. Gageons que le juge n'acceptera pas d'être dupe des artifices que ces dernières déploient pour laisser penser qu'elles ne portent aucune responsabilité dans la situation très difficile où se trouvent aujourd'hui nombre d'acteurs publics ayant souscrit ces contrats d'emprunts que la cour des comptes n'a pas hésité à qualifier de « piège » dans son rapport public thématique de juillet 2011 intitulé « La gestion de la dette publique locale » (p. 59).

(1) Cass. com. 5 nov. 1991 n° 89-18-005.

(2) TGI Paris, Ord de référé 24 novembre 2011.

(3) Avis n° 2012-115 du 31 mai 2012.

À RETENIR

➤ **Dossiers en croissance.** Le contentieux des emprunts toxiques se développe dans un contexte plutôt favorable aux acteurs publics, plusieurs décisions et avis convergeant pour reconnaître le sérieux de leur contestation.