

# Renégocier des emprunts toxiques

Les obligations contractées par nombre de collectivités territoriales sont loin d'être au-dessus de tout soupçon. Nos conseils pour ester devant les tribunaux ou à tout le moins renégocier les contrats litigieux.

## RÉFÉRENCES

- Code civil, articles 1108 et suivants (action en nullité), articles 1147 et 1184 (action en responsabilité), articles 1304 et 2222
- Code monétaire et financier, art. L.313-4 et R.313-1
- Circulaire NOR INT/B/92/00260/C du 15 septembre 1992 relative aux contrats de couverture du risque de taux d'intérêt offerts aux collectivités
- Circulaire NOR IOC/B/10/15077/C du 25 juin 2010 sur les produits financiers offerts aux collectivités locales et leurs établissements publics

**D**e nombreuses collectivités ont constaté, souvent avec surprise, une part importante d'emprunts structurés dans l'encours de la dette, dont le poids a tendance à s'aggraver en raison de l'augmentation rapide des taux d'intérêt. Ces emprunts dits « toxiques » suscitent de leur part des actions judiciaires à l'encontre des établissements bancaires. En dehors du contentieux, des discussions sont parfois engagées entre les acteurs publics et les banques pour tenter de négocier ceux de leurs emprunts les plus coûteux. Il est donc utile de faire le point sur les éléments essentiels à retenir dans toute négociation.

## 1. Faire analyser le taux effectif global

La loi fait obligation à la banque de mentionner dans tout écrit constatant un prêt le taux effectif global (TEG) de ce prêt (*art. L.313-4 et R.313-1 du Code monétaire et financier*). Cette obligation porte aussi sur la durée de période et le taux de période servant de référence au calcul du TEG. Bien souvent, il est apparu que le TEG était soit omis soit erroné. La conséquence judiciaire de l'omission ou de l'erreur du TEG est la nullité de la clause de stipulation d'intérêt et la substitution rétroactive du taux d'intérêt légal au taux conventionnel. Le contrat de prêt reste valable à l'exception de la clause d'intérêt dont la valeur peut être nettement diminuée (par décision judiciaire) en faveur de la collectivité ou de l'acteur public, depuis la date de signature du contrat, avec restitution par le prêteur de la différence entre le taux payé et celui de l'intérêt légal. Il est donc très utile de procéder à la vérification du calcul du TEG avant toute négociation ou discussion judiciaire.

### À NOTER

**Le délai de prescription est de 5 ans à compter de la date de signature de l'écrit constatant le prêt. Il est d'application stricte en cas d'omission du TEG; en cas d'erreur du calcul, on peut le faire courir à compter de la date de révélation de l'erreur. Evidemment, ces dispositions ne concernent pas les opérations de swaps d'intérêt.**

## 2. Collecter tous les documents et courriers concernant le prêt

Il importe de connaître tous les éléments échangés avant la conclusion du contrat de prêt qui fait l'objet d'une négociation. Ces documents contiennent souvent des informations précieuses et utiles dont la banque a certainement conservé une copie et qui doivent être récupérées par la collectivité avant toute négociation pour connaître exactement les conditions dans lesquels

le prêt a été souscrit. Ils permettent de mettre en exergue le défaut d'information de la banque et les termes de langage utilisés dans un but purement commercial, sans adéquation avec l'intérêt collectif.

### À NOTER

**Les documents de présentation d'offres et les documents d'analyse de l'encours établis par la banque sont essentiels pour apprécier la situation de l'encours avant le prêt litigieux et donc la part qui peut être mise à la charge de chacune des parties dans le cadre d'un accord. En cas de litige, ils permettent de souligner l'asymétrie et la rétention d'information.**

## 3. Prévoir l'action judiciaire à engager avant la fin du délai de prescription

En cas d'échec des négociations, la collectivité doit pouvoir préserver ses intérêts en engageant une action judiciaire devant les tribunaux civils en nullité du contrat ou en responsabilité de la banque pour manquement à son obligation d'information et de mise en garde.

### À NOTER

**Cette action est soumise à un délai de prescription qui a été ramené de 10 à 5 ans par la loi du 19 juin 2008.**

De manière transitoire, pour les contrats signés avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, le délai de 5 ans ne court qu'à compter de celle-ci et expirera donc en juin 2013. Toutefois, la loi prévoit que la durée totale du délai d'action ne doit pas dépasser 10 ans, de sorte qu'une action nouvelle ne peut concerner que les contrats signés depuis juin 2003.

Pour les contrats signés après l'entrée en vigueur de la loi, le délai de 5 ans s'applique à compter de la date de signature du contrat.

Compte tenu de la durée des discussions et des négociations, il faut éviter de se trouver hors délai pour engager, le cas échéant, une action judiciaire. De surcroît, il est souvent recommandé d'engager une action judiciaire avant la poursuite des négociations, quitte à suspendre la procédure en cours si un accord est en voie d'achèvement. Le calendrier de procédure permet ainsi d'encadrer l'agenda des négociations et d'éviter des retards en maintenant une pression sur la banque.

### À NOTER

**Seule une procédure civile permet de garder le contrôle de la procédure en parallèle avec des négociations et, dans le cas d'un accord, de se désister de l'instance.**

## 4. Bénéficier d'un conseil juridique

Il est nécessaire, pour conduire les négociations, de s'assurer les conseils de professionnels en matière juridique. En effet, les solutions proposées par la banque ne

sont pas toujours en rapport avec la situation de la collectivité. La plupart du temps, les banques proposent de signer un nouveau contrat de prêt pour refinancer le ou les contrats en cours. Or, ce refinancement peut apporter une solution à court terme mais repousser les risques financiers à plus ou moins brève échéance. Un refinancement réalisé dans ces conditions, en toute connaissance de cause, peut conduire la collectivité à se priver de la possibilité d'agir en nullité du contrat initial – et évidemment du contrat proposé – ou en responsabilité de la banque. Pour éviter une telle situation, il est essentiel de se faire assister par un conseil juridique. De surcroît, la présence d'un avocat est nécessaire pour garantir la confidentialité des discussions, sauf à courir le risque, dans le cas où les négociations n'aboutiraient pas, de voir produire aux débats la correspondance, les propositions et les réponses échangées. De même, en cas d'accord transactionnel mettant fin au litige, la rédaction de cet accord doit faire l'objet d'une attention particulière car il privera ensuite la collectivité de toute action liée au contrat de prêt objet de la transaction.

#### À NOTER

**La tendance souvent observée dans les cas de négociation est celle d'une souscription par la collectivité d'un contrat présentant les mêmes caractéristiques de risques que celui dont voulait sortir la collectivité, avec le gel d'une ou de plusieurs échéances (à un taux souvent supérieur au taux bonifié initial) et une contrepartie : l'allongement de la durée du prêt. Elle présente l'inconvénient d'affaiblir la portée de l'argument de la collectivité selon lequel elle n'a pas été informée des risques.**

## 5. S'assurer une assistance financière

Pour bien appréhender les conséquences financières de la solution proposée, l'assistance d'un cabinet de conseil financier est indispensable. Elle permet d'évaluer la proposition, la marge faite par la banque, la valeur de l'indemnité de résiliation anticipée déclarée ou sous-jacente au taux ou au montage proposé. Elle fournit une analyse et des réponses aux éléments techniques et financiers qui sont généralement d'appréhension peu aisée, que ce soit pour éclairer la proposition de la banque, pour aider à la négociation des points plus techniques ou pour déterminer les effets financiers de l'offre.

Ensuite, en cas de litige, le concours d'un conseil financier est très utile pour permettre d'évaluer la marge de la banque à la date de la conclusion du prêt ainsi que d'établir les forwards (prévisions des marchés monétaires) dont disposait la banque à cette époque et qui n'ont pas été communiqués à l'emprunteur, soulignant ainsi le défaut d'information et de mise en garde ainsi que le conflit d'intérêts entre la banque et son client. Enfin, cette assistance est également nécessaire pour la vérification du calcul du taux effectif global (cf. point 1).

## 6. Le problème du paiement des échéances

De plus en plus fréquemment, les collectivités souhaitent s'affranchir du paiement de la totalité des

échéances lorsque la phase structurée est entrée en application et que les taux d'intérêt s'envolent. Fortes de la décision rendue en référé par la cour d'appel de Paris (*CA Paris 4 juillet 2012, Royal Bank of Scotland c/ ville de Saint-Etienne*), elles décident parfois de ne régler à la banque que le montant des échéances correspondant à l'application du taux d'intérêt bonifié, consignait le solde ou non.

Si cette décision est prise en l'absence de procédure contentieuse de contestation du contrat de prêt déjà engagée, la collectivité s'expose à une action en paiement de la banque qui aurait toutes les chances d'aboutir. Rappelons que dans l'affaire mentionnée ci-dessus, la cour d'appel a retenu l'existence d'une contestation sérieuse puisqu'une procédure au fond avait été engagée avant l'action en paiement de la banque devant le juge des référés. Cela étant, même en présence d'une action judiciaire au fond, le défaut de paiement de la totalité du montant des échéances comporte un risque à moyen ou long terme.

Si les négociations échouaient, les demandes de la collectivité à l'encontre de la banque n'aboutissant pas et le contrat n'étant ni annulé ni résolu, la banque aurait le droit de demander l'application des clauses de celui-ci, non seulement pour obtenir le paiement du solde des échéances dû, mais aussi pour le paiement des pénalités de retard qui peuvent aggraver notablement le coût financier de l'emprunt.

#### À NOTER

**La consignation de tout ou partie du montant des échéances équivaut à un défaut de paiement vis-à-vis de la banque ; seule une consignation qui serait ordonnée par un juge permet d'échapper au grief de défaut d'exécution du contrat et d'encourir les pénalités.**

## 7. S'assurer de la légalité des accords signés à l'issue des négociations

L'une des causes de nullité des contrats de prêt souvent soulevée est celle liée à l'illicéité du contrat de prêt en raison de son caractère spéculatif et du défaut de capacité de la collectivité à contracter un engagement contenant un produit spéculatif financier au regard de la circulaire du 15 septembre 1992 puis de celle du 26 juin 2010. S'y ajoute, au regard des dispositions du Code général des collectivités territoriales, la question du défaut de compétence du signataire de l'accord ou du contrat qui s'engage dans des opérations de nature spéculative et ne justifie pas d'une délégation de signature. Tout nouvel accord ou nouveau contrat doit donc se conformer aux règles prescrites afin d'éviter de donner prise ultérieurement à une remise en question de sa licéité.

Ainsi, pour être valablement signé par la collectivité, le protocole de transaction devra avoir été soumis préalablement à l'approbation de son organe délibérant qui en autorisera la signature par son représentant.

*Danielle da Palma, avocat à la cour, Seban & Associés*