

FINANCEMENT

Emprunts toxiques: assigner pour mieux négocier!

Après les jugements du TGI de Nanterre du 8 février sur le litige opposant la Seine-Saint-Denis à Dexia, « La Gazette » a réuni des avocats et des experts afin de décrypter ces décisions juridiques et conseiller les collectivités sur l'attitude à adopter face aux banques.

1) Les leçons des premiers jugements

Quels enseignements peut-on tirer des jugements du 8 février 2013 du tribunal de grande instance de Nanterre?

Didier Seban: Des points de vue financier et pratique, nous considérons que ces décisions étaient les plus satisfaisantes possible, car elles consistent uniquement à remplacer un taux d'intérêt très volatil par un autre, très faible, sans résilier les contrats. De plus, ces jugements sont très solides, j'en veux pour preuve l'affolement qu'ils ont provoqué sur la place bancaire de Paris et le projet de l'Etat de faire une loi de régularisation. Si le juge de Nanterre avait rendu une décision contestable, cet affolement n'aurait pas eu lieu. Il n'y a pas d'ambiguïté sur le bien-fondé juridique de ces décisions, puisqu'elles se basent sur une disposition du Code de la consommation (art. L.313-2) prévoyant que, dès qu'un accord est conclu entre l'emprunteur et le banquier, ce dernier doit fournir un taux effectif global

(TEG). Certes, on peut se demander si la justice ou le droit est juste, mais la Cour de cassation a toujours affirmé que, en matière d'emprunts à taux variable, il faut un TEG.

Mathieu Lheriteau: Ces jugements remettent la pression sur les banques qui refusaient de négocier ou imposaient aux collectivités des pénalités colossales et des taux de retournement très élevés. Pour les négociations à venir, le droit a changé de camp et les collectivités ont retrouvé une situation favorable. La grande question est de savoir si le juge d'appel rendra la même conclusion que celui du TGI de Nanterre.

Emmanuel Fruchard: Il est, à mon avis, difficile qu'une jurisprudence se généralise à d'autres collectivités sur la base de ces jugements, dans la mesure où l'on constate une absence d'analyse de fond des formules. De plus, les trois jugements sont des « copier-

coller », alors que les trois contrats présentent des risques et des formules distinctes. Dès lors, d'un juge à l'autre, les attitudes pourraient être différentes. Je crains l'effet d'aubaine, lié au fait qu'il serait possible, sur un détail de forme, d'annuler n'importe quel contrat, même assorti d'un taux fixe.

Bruno Wertenschlag: L'absence de TEG motivant les décisions du TGI de Nanterre va peut-être générer un effet d'aubaine, mais la vraie question consiste à déterminer si les collectivités doivent bénéficier ou non de la règle de protection prévue par le Code de la consommation. Il n'y a aucune raison de pratiquer une discrimination. Le problème n'est pas de savoir si la collectivité aurait ou non conclu le contrat en étant mieux informée, mais s'il existe un TEG ou pas. En cas d'absence de TEG, il faut appliquer le taux légal. Le juge de Nanterre s'est saisi d'un très bon argument juridique de droit de la consommation. Et je ne vois pas ce que la cour d'appel va trouver à redire à cette argumentation.

Une décision controversée

A la suite de l'assignation de Dexia Crédit local (DCL) par le département de la Seine-Saint-Denis, le tribunal de grande instance (TGI) de Nanterre a donné raison à la collectivité le 8 février 2013 en fondant sa décision sur l'absence de taux effectif global (TEG) sur le fax de confirmation de trois prêts structurés. Cette décision a pour conséquence de remplacer le taux d'intérêt contractuel de chaque emprunt par le taux d'intérêt légal (0,04 % actuellement) durant toute la durée du contrat. Dexia doit donc rembourser à la Seine-Saint-Denis les trop-perçus depuis 2007. En revanche, le TGI n'a pas mis en cause la responsabilité de la banque, laissant supposer que l'affaire a été jugée plus sur la forme que sur le fond. De fait, le conseil général a été débouté sur les autres motifs de sa contestation. A savoir: le fait qu'il s'agissait d'opérations spéculatives, que les contrats n'ont pas été signés par une personne compétente et que, par manque d'information, la collectivité n'a pas donné son consentement en connaissance de cause. DCL a fait appel de ces jugements le 4 avril.

Philippe Rogier: Ce premier jugement est la démonstration que ces contrats de prêt complexes étaient des contrats comme les autres, souscrits en toute connaissance de cause par certaines collectivités. Il faut se poser la question suivante: les collectivités doivent-elles assigner pour tous les contrats traités selon le process incriminé dans le jugement, y compris des taux fixes, ou uniquement pour les contrats les plus risqués? Ensuite, ce jugement pose la question du risque systémique, avec une contagion à d'autres banques et d'autres segments de clientèle.

LES INTERVENANTS AU DÉBAT DE « LA GAZETTE »



Bruno Wertenschlag,
avocat associé du cabinet Fidal



Philippe Rogier,
président de Public finance



Mathieu Lheriteau,
directeur général des services (DGS)
d'Asnières-sur-Seine (Hauts-de-Seine)



Didier Seban, du cabinet
Seban et associés, avocat du conseil général
de la Seine-Saint-Denis



Emmanuel Fruchard,
conseiller municipal d'opposition
à Saint-Germain-en-Laye (Yvelines)

PHOTOS V. VINCENZO

2) Une victoire partielle

S'agit-il d'une réelle victoire du conseil général de la Seine-Saint-Denis, qui a gagné sur l'absence de TEG uniquement ?

E.F. : L'absence de débat de fond en cas de formules très spéculatives m'a laissé sur ma faim. Le conseil général a été débouté sans réelle justification. Sous prétexte que le président du département avait effectué plusieurs opérations de gestion active de dette, qu'il reconnaissait en avoir profité et qu'il répétait l'argument commercial de la banque, on juge qu'il était informé. Cela me semble un peu « juste ». Avait-il réellement compris la complexité des contrats ? J'en doute.

D.S. : Le seul débat qui reste à trancher pour les juridictions est celui visant à savoir si le contrat a réellement été noué au moment où l'échange de fax a eu lieu, ce qu'a considéré le tribunal de grande instance de Nanterre. Il semble peu probable que les juges de Nanterre se déjugent pour les autres décisions sur une position qu'ils ont prise. Toutefois, cet argument ne concerne que les contrats avec échange de fax et ne peut pas être généralisé

à l'ensemble des affaires. Que dira la cour d'appel de Versailles, puis la Cour de cassation ? J'ai la certitude qu'il s'agissait d'un argument extrêmement solide et sérieux.

P.R. : Qui a gagné ? Qui a perdu ? Personne, à mon sens. Mais je reste surpris de l'opposition entre le fond et la forme. Je considère que le jugement porte sur tous les griefs qui peuvent être soulevés sur le fond. Ceux-ci résultent d'échanges nourris et fournis, notamment sur l'un des points essentiels de cette problématique : le caractère spéculatif des produits et le fait que des dérivés sont incorporés aux prêts. L'argument du département consistait à démontrer que ces prêts étaient assortis de dérivés incorporés, ce qui est la réalité financière. Pour autant, juridiquement, le juge a établi que ces contrats de prêt étaient des contrats avec des formules complexes.

B.W. : Certes, l'absence de TEG est l'arbre qui cache la forêt. Mais, même si nous avons contrarié une première fois les banquiers avec l'absence du TEG, nous n'abandonnons pas le reste des motifs. Dans l'état actuel des choses,

les collectivités doivent se ruer sur cet argument. Sur le fond, si le TEG n'était pas approprié aux contrats vendus, c'est tout simplement parce qu'il ne s'agissait pas de simples emprunts. Quand les collectivités pensaient emprunter de l'argent auprès des banques tant françaises qu'étrangères, en réalité elles vendaient des options qui permettaient à ces banques d'acheter du franc suisse ou autre à échéances régulières et à des taux préférentiels. Ces pratiques sont attestées par des normes internationales qui évoquent des contrats « hôtes », pouvant être des contrats d'emprunt, accueillant des produits dérivés. Cet aspect-là n'est pas encore assimilé par les juges de Nanterre, ni par les autres juges, de manière générale.

D.S. : C'est en cela que le jugement du 8 février est décevant. Il sauve les finances du département et sauve l'honneur de Dexia. Je comprends, dès lors, la déception de ceux qui attendaient de savoir si Dexia avait tort ou pas, d'autant que le jugement dit que la collectivité était informée, donc que la banque n'a pas commis de faute.



3) Dol et asymétrie d'informations

Peut-on garder espoir que l'affaire soit jugée sur le fond et que les pratiques des banques soient condamnées ?

D.S. : Oui, car ces pratiques développées au niveau international font l'objet d'un dialogue entre juges dans de nombreux pays. Des décisions des cours suprêmes d'Australie et d'Allemagne condamnent des banques sur la dissymétrie d'information et la contradiction d'intérêts entre la banque et son client (plus la collectivité prend de risques, plus la banque gagne d'argent). Le fait de ne pas en informer les collectivités a été pris en considération dans ces pays, ainsi qu'en Espagne et en Italie.

M.L. : Le problème de base est bien que ce type de produits génère par essence un risque, c'est ce qui est sanctionnable. Il ne faut pas exonérer la banque d'avoir fait prendre un risque moindre à la collectivité sous prétexte que tel produit est moins risqué.

B.W. : Devant les juridictions, nous continuons de dire que la collectivité a vendu des options à la banque en contrepartie d'une bonification de taux, ce qui est interdit par le Code général des collectivités territoriales. De plus, il y

a asymétrie d'information, car on ne peut pas imaginer qu'une collectivité ait le même niveau de compétences que des opérateurs en salle de marché. Nous sommes par ailleurs en présence d'un dol, car il y a tromperie sur la nature du produit, puisque la banque n'a jamais dit à son client qu'il s'agissait de vente d'options. En outre, le fax de confirmation ne mentionne pas de TEG ou le calcul de celui-ci est erroné. Enfin, il faut savoir si le taux était usuraire au moment de la conclusion du contrat.

D.S. : Il n'y a pas égalité des responsabilités. Je ne partage pas l'argument de la commission d'enquête parlementaire, qui répartit à parts égales la responsabilité entre les collectivités, les organes de contrôle et les banques. Car il y a, d'un côté, des banques qui ont mis en place un système dans un objectif précis et, de l'autre, des collectivités incapables d'imaginer vers quoi les entraînerait ce système.

M.L. : De plus, je redoute que la loi en préparation sur les provisions ne soit un moyen d'asphyxier davantage les collectivités. De fait, leur imposer de provisionner leurs risques à hauteur du chiffre par les banques peut geler des fonds importants et les priver encore

plus de marges de manœuvre. Sans compter que cette disposition redonne du pouvoir aux banques: aucune collectivité n'est capable de déterminer le risque de tel produit à quinze ou vingt ans.

P.R. : Il est probable que cette question ne sera tranchée que lors du premier jugement qui concernera une collectivité de taille plus modeste. Est-ce que le défaut de conseil et le dol seront retenus pour une telle collectivité dont la dette a été « arbitrée » deux à trois fois ?

E.F. : Toutefois, beaucoup de collectivités ont refusé ces produits, puisque, dans le stock d'emprunts structurés de Dexia, se trouvent environ 2000 collectivités et seulement quelques centaines détiennent des produits très toxiques avec des indices propriétaires, de change ou des « snow ball ». Certains DGS, à l'instar de ceux de Paris et de Lyon, avaient bien compris la toxicité de ces produits.

B.W. : Une chose est sûre, la vente d'options est interdite. La liste des ressources d'une collectivité territoriale est déterminée par la loi et la vente d'options n'y figure pas. Si la ressource n'est pas prévue, elle n'est pas autorisée.



Loi de validation: le casse-tête du coupe-feu

Le gouvernement abandonnerait finalement l'idée d'ajouter à la loi bancaire une loi de régularisation limitant les effets des jugements du TGI de Nanterre. Les conséquences, sur les banques, d'une généralisation du remplacement du taux contractuel par le taux d'intérêt légal sont estimées à 20 milliards d'euros. «La seule chose que la loi puisse dire est que le contrat n'ayant pas été formé au "topage", le TEG n'est pas obligatoire à ce stade. Dans ce cas, le jugement de Nanterre serait annulé», avance Didier Seban. Emmanuel Fruchard fait valoir qu'«il faudrait faire accepter aux députés ayant également des responsabilités locales une loi rétroactive qui leur serait défavorable». Selon

Philippe Rogier, toute la difficulté pour le gouvernement est de trouver «un véhicule législatif dans lequel placer cette éventuelle loi». En effet, d'après lui, il y a «asymétrie dans les conséquences du jugement, car la banque perdra la totalité de la valorisation du produit alors qu'il n'y aura pas de traduction comptable pour la collectivité, sauf sur le recalcul rétroactif des frais financiers». Philippe Rogier évalue de un à dix le rapport entre ce que peut espérer gagner une collectivité et ce que risque de perdre la banque. Difficile «d'imaginer que l'Etat soit serein face au risque d'une recapitalisation de la Société de financement local à hauteur de plusieurs milliards d'euros», assure-t-il.

4) Les stratégies à adopter face aux banques

Quels conseils donnez-vous aux collectivités concernées, en fonction de leur taille et de la nature de leur encours ?

E.F.: Elles doivent cesser de spéculer, car la situation peut se dégrader, d'autant qu'elle est aujourd'hui plus favorable. Ainsi, il est probablement opportun de sortir des emprunts indexés sur le dollar/yen.

D.S.: Il faut assigner, d'autant que la Société de financement local (Sfil) refuse les médiations judiciaires. Depuis le jugement du 8 février, il ne faut plus accepter aucune renégociation avec le paiement d'une soulte significative.

P.R.: Je dirais agir et négocier sans naïveté. Agir: il est urgent de simplifier la dette là où c'est possible. On ne peut pas continuer à se satisfaire du taux minoré de l'échéance en cours pour les produits bien positionnés (produits de pente, barrières Libor USD, USD/JPY...) et contester le «mark to market» sur les produits les plus complexes (barrière euro/CHF, par exemple). Trop de collectivités continuent de spéculer sur des produits à fort effet de levier, car l'échéance en cours est favorable. Ensuite, négocier sans naïveté: la solution de

sortie réside dans le dialogue. Les banques ne réagissent pas à la menace. Elles peuvent formuler des propositions honnêtes. Depuis le 8 février, l'incertitude sur le cadre législatif pousse les collectivités à assigner pour préserver leurs intérêts, mais l'assignation ne doit pas être une fin en soi.

D.S.: Attention à la responsabilité de laisser passer les délais de prescription, différents selon les contrats, les enjeux, les questions juridiques. A chaque fois que la prescription tombe sur un sujet, c'est un pan d'argumentation que l'on ne peut plus soulever au bénéfice de la collectivité, et la stratégie de l'Etat et de la Sfil consiste, justement, à gagner du temps en disant de ne pas assigner. Le 17 juin 2013 n'est pas le seul délai. Les sujets de prescription sont multiples, divers et compliqués. Le temps qui passe n'est jamais bon de ce point de vue.

M.L.: Cette logique d'assignation systématique me gêne, car elle tend à culpabiliser les collectivités qui négocient. Compte tenu de la spécificité de chaque dossier et des incertitudes inhérentes à l'issue d'un contentieux, il ne faut pas que l'on puisse reprocher à une collectivité d'avoir gelé les taux pendant cinq

ou dix ans et de s'être potentiellement privée de meilleures conditions si elle avait gagné son contentieux. Celui-ci ne doit pas devenir la seule solution et il ne faut pas fermer la porte à la négociation.

D.S.: Je préconise d'assigner, puis de négocier. La collectivité ne discute pas de la même manière lorsqu'elle a assigné: elle a l'esprit plus libre et sort de sa position de faiblesse. Si Dexia et la Sfil ne veulent plus aller en médiation judiciaire, c'est notamment parce que, pendant la médiation, la prescription est interrompue.

B.W.: Il faudrait offrir aux collectivités une vraie alternative institutionnelle en créant une cellule nationale de médiation avec des professionnels du droit et de la finance. Cela permettrait de renforcer les moyens des juridictions de province accablés par les demandes et ne disposant pas des compétences nécessaires. D'autant que, si la Sfil refuse la médiation, d'autres banques l'acceptent. Un tel dispositif offrira, de plus, une veille juridique et financière pouvant, notamment, informer les collectivités sur les moments opportuns pour négocier et se libérer de ces emprunts toxiques.

Propos recueillis par Fabienne Proux et Jacques Paquier