

# Emprunts toxiques : l'annulation de clauses d'intérêt par le TGI de Nanterre

- Une fois n'est pas coutume, les contrats évoqués dans cet entretien ne relèvent pas du droit public mais du droit privé.
- Par trois jugements du 8 février 2013, le TGI de Nanterre a annulé les clauses de stipulation d'intérêts, donc les taux conventionnels de contrats de prêt conclus par le département de la Seine-Saint-Denis.
- Sur quel moyen le TGI s'est-il fondé pour prononcer cette annulation ? Quelles peuvent être les conséquences de ces jugements ?

## Auteurs

Entretien avec **Danielle Da Palma**, avocat consultant, cabinet Seban et associés, et **Jean-Louis Vasseur**, avocat associé, cabinet Seban et associés

## Référence

TGI Nanterre, 8 février 2013, req. n° 11/03778, 11/03779, 11/03780

## Mots clés

Couverture du risque de taux • Erreur sur la substance • Information • Responsabilité • Taux de l'intérêt légal • TEG •

**CP-ACCP: Pouvez-vous nous présenter de manière synthétique les caractéristiques des contrats de prêt conclus par le département de la Seine-Saint-Denis objets du litige ?**

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur:** Les trois contrats de prêt conclus par le département de la Seine-Saint-Denis ont pour caractéristique commune d'avoir une essence double: ils réunissent dans un même instrumentum un prêt et un produit financier. La collectivité obtient certes un financement, mais elle souscrit en même temps une option aux termes de laquelle, en échange de la prise d'un risque (une augmentation considérable du taux d'intérêt de l'emprunt pendant plusieurs décennies), elle bénéficie d'un taux bonifié, inférieur aux taux du marché pendant quelques années. C'est la clause d'intérêt des contrats qui incarne le caractère financier spéculatif de ces emprunts. En effet, au-delà de la période bonifiée, le taux de l'emprunt va varier en fonction de trois critères: dans un premier cas, selon l'évolution de taux à long terme libellés en livre sterling et de taux à court terme libellés en yen, dans un deuxième cas, sur l'écart entre des taux de change de l'euro en franc suisse et en dollar ainsi que, dans le troisième cas, sur l'évolution du cours de change du dollar en yen par rapport à un cours pivot. En définitive, les contrats reposent sur un pari: le pari selon lequel l'acteur public va non seulement bénéficier du taux bonifié, mais qu'il va aussi éviter que ne se réalise le risque de l'augmentation du taux au-delà de la période sécurisée. Cependant la nature spéculative, les risques des contrats et l'existence du pari qu'ils comportent ne sont pas mis en évidence par la banque qui veille à ne pas éclairer l'emprunteur sur toutes les caractéristiques des contrats. Elle n'en présente que les aspects séduisants, garde par-devers elle les informations pouvant décourager son client telles que le montant exorbitant que peut atteindre la soulte à lui verser pour sortir du contrat.

**CP-ACCP: Le département soutenait que ces contrats de prêt étaient illicites car contraires aux dispositions d'une**

circulaire du 15 septembre 1992. En effet, ce texte précise que les contrats de couverture du risque de taux ne peuvent être conclus par les collectivités qu'à certaines conditions. Ces conditions étaient-elles remplies en l'espèce ?

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur:** Pour être licites, les contrats de couverture du risque de taux des collectivités locales doivent permettre de soustraire ces dernières à ces risques. En l'espèce, ces conditions n'étaient pas remplies précisément puisque les contrats litigieux ne visaient pas à couvrir le risque de taux de la collectivité mais, au contraire, à exposer cette dernière à un risque de taux illimité ! Exposer au risque la collectivité, tel était justement le propos des trois contrats concernés. Les juges de Nanterre ne semblent pas avoir pris la mesure de la portée du terme « couverture du risque de taux » puisqu'ils ont crû pouvoir considérer qu'en poussant la collectivité à souscrire de nouveaux emprunts aux conditions de taux indiquées, la banque couvrait le risque de taux du département, alors que la suite a montré qu'il n'en a rien été. Bien loin de couvrir le risque de taux du département, la banque n'a cessé d'accentuer l'exposition des contrats au risque. J'observe que la cour d'appel de Paris (CA Paris ord. 4 juillet 2002, req. n° 11/21801) n'a pas hésité, pour sa part, à affirmer que le fait que des prêts consentis à des collectivités territoriales soient soumis à un taux variable, sans qu'aucun plafond de ce taux ne soit prévu, contrevient à l'interdiction pour ces collectivités de souscrire à des contrats spéculatifs. Ce qui est une manière d'affirmer qu'un produit bancaire ne peut avoir d'autre objet que de couvrir le risque de taux d'une collectivité, certainement pas de l'accroître.

**CP-ACCP:** Le TGI de Nanterre estime, concernant la nature de ces contrats, qu'aucune erreur sur substance, au sens de l'article 1110 du code civil, n'a été commise par le département. Sur quels éléments les juges se sont-ils fondés pour rejeter ce moyen ?

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur:** Les jugements sont assez surprenants de ce point de vue. Pour considérer que le département ne pouvait avoir commis d'erreur sur la nature réelle des contrats qu'il a signés, les juges ont estimé qu'au moment de leur signature, la collectivité était un emprunteur particulièrement averti, dans la mesure où elle a, jusqu'en 2008, souscrit de nombreux emprunts structurés et qu'elle disposait d'un organe possédant les compétences techniques pour le faire. S'il est exact que le département avait souscrit d'autres emprunts structurés, il n'en demeure pas moins qu'il ne pouvait être familiarisé avec leurs effets en 2008 puisqu'à cette époque, il n'avait pas fait l'expérience de leur nocivité, qui ne s'était pas encore manifestée, et n'était donc nullement averti. Il est tout à fait contestable également de dire que le département aurait bénéficié des moyens et compétences nécessaires à l'époque pour apprécier les risques liés aux contrats. D'ailleurs, c'est bien parce qu'il n'en disposait pas que le département a fait réaliser des audits après 2008 pour étudier l'état des finances, qu'il s'est aperçu à ce moment des nombreux emprunts toxiques existants et qu'il s'est doté, depuis lors, des compétences et équipements appropriés pour être en mesure de suivre l'évolution de sa situation financière.

**CP-ACCP:** Le TGI a jugé dans ces affaires que l'exigence légale de la mention du taux effectif global (TEG) sur tout écrit constatant le contrat de prêt n'avait pas été respectée

par la banque. Quelles sont les règles applicables s'agissant de la mention du TEG ?

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur:** Le TEG doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt. Cette disposition légale d'ordre public s'impose aux contrats de prêt des consommateurs comme à ceux des personnes morales de droit public telles que les collectivités territoriales. Elle s'impose dans le cas d'un écrit constatant un prêt, signé par l'emprunteur et le prêteur, tel que la télécopie dans laquelle la société confirme au département le montant du prêt, sa durée, ses dates d'échéances, le taux d'intérêt applicable, les modalités de remboursement. Un tel document, opérant la rencontre des volontés du prêteur et de l'emprunteur sur les conditions essentielles du prêt, constituant un véritable contrat de prêt, devait mentionner le TEG. La banque ne pouvait engager la collectivité sans l'avoir préalablement informée sur le TEG. En revanche, le fait que le TEG ait été mentionné sur les documents intitulés « contrats » et parvenus plusieurs semaines après au département est privé de toute portée. C'est en effet le premier document, celui où se trouvaient engagés définitivement les prêteurs et emprunteurs, qui constitue le contrat et non le second, intitulé « contrat », qui ne faisait que confirmer le premier.

**CP-ACCP:** Quelles sont les conséquences du non-respect de cette mention du TEG sur le taux d'intérêt applicable ?

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur:** L'omission de la mention du TEG, tout comme d'ailleurs une erreur de calcul du TEG, est sanctionnée par l'annulation de la stipulation de l'intérêt conventionnel, c'est-à-dire de la clause du contrat fixant le taux de l'emprunt et son remplacement par le taux de l'intérêt légal (0,71 % en 2012). Le taux de l'intérêt légal remplace le taux contractuel annulé depuis la date de conclusion du contrat de prêt et pour toute la durée restante de ce prêt. Le taux de l'intérêt légal est appliqué dans le temps en subissant les modifications successives que la loi lui apporte. Pour le reste, le financement est maintenu. La sanction pour la banque est ainsi considérable puisqu'elle ne pourra bénéficier que d'un taux d'intérêt très faible tout au long de la durée des prêts considérés.

**CP-ACCP:** Ces jugements ne constituent qu'une demi-victoire pour le département car ce dernier est débouté de sa demande indemnitaire. Le TGI a en effet estimé que le département a conclu ces contrats en toute connaissance de sa nature, de son mécanisme de fonctionnement et des risques de hausse du taux d'intérêt. Les juges ont donc refusé d'effectuer un partage de responsabilité. Pour quelle(s) raison(s) ?

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur:** Loin d'être une demi-victoire pour le département, ces jugements constituent le résultat le plus favorable qu'il pouvait espérer ! Les solutions données par les juges de Nanterre aux trois affaires dont les avait saisis le département sont, en effet, les plus radicales qui soient : le département conserve le bénéfice des prêts mais n'a plus à craindre les conséquences de ce qui en faisait la nocivité : leur taux spéculatif. Non seulement il n'a plus à craindre ces taux dangereux, mais de plus il bénéficie désormais, de façon rétroactive et surtout pour le futur, du taux le plus modeste qui soit : le taux de l'intérêt légal. Le département a donc eu pleinement satisfaction au contraire, et sur le fond, car il a été confirmé en définitive

qu'en omettant de mentionner le TEG sur les fax de confirmation de transaction, la banque a manqué, comme le soutenait la collectivité, à l'une de ses obligations essentielles : l'obligation d'informer son client avant la signature d'un contrat l'engageant sur le taux que constitue le TEG. Nous avons naturellement noté que les juges n'avaient pas estimé que la collectivité avait été insuffisamment informée et que la responsabilité de la banque était en cause. Il nous paraît que sur ce point que le raisonnement des juges est critiquable : comme nous l'avons dit, le fait que le département ait souscrit plusieurs emprunts structurés avant 2008 ne signifie nullement qu'il ait eu conscience de leur nature spéculative et de leurs dangers puisqu'à cette date, il n'y avait eu encore aucune manifestation de leur nocivité. À la vérité, c'est bien parce qu'il n'en mesurait pas les risques que le département a souscrit ces emprunts toxiques, mis en confiance comme il l'était par les propos lénifiants de la banque et son mutisme sur les conséquences du recours à ces produits spéculatifs.

**CP-ACCP : Sur un plan général, quelles peuvent être les conséquences de ces décisions pour les collectivités territoriales et les banques ? Ces jugements ne risquent-ils pas de dégrader, à l'avenir, les relations entre ces différents acteurs ?**

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur :** Ces trois jugements sont, bien évidemment, un formidable encouragement pour les collectivités territoriales et les autres acteurs publics concernés par des emprunts toxiques à agir en justice. La cour d'appel de Paris, se prononçant en référé, avait déjà énoncé dans son ordonnance du 4 juillet 2012 que la licéité d'un contrat d'emprunt est entachée d'une contestation sérieuse lorsqu'il apparaît 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 ». Cette fois, c'est un juge du fond qui vient, par trois fois, annuler la clause centrale d'un contrat structuré (la clause d'intérêt) à

caractère spéculatif, qui en fait en l'occurrence toute la nocivité. Manifestement, une jurisprudence se construit rapidement aujourd'hui qui va contraindre à tenir compte des arguments des acteurs publics dans ce domaine. Le fait que les jugements rendus par les juges de Nanterre stigmatisent la seule omission du TEG par la banque ne doit pas escamoter l'essentiel : c'est de toute évidence un manquement aux obligations professionnelles de cette banque qui est sanctionné et le fait qu'il s'agisse d'une disposition de droit public entraînant la substitution du taux de l'intérêt légal au taux contractuel ne fait que souligner l'importance de la faute commise. Il y a toutes les raisons de penser que, dans le cas de collectivités plus petites, le juge n'hésitera plus à mettre en cause tous les manquements des banques vis-à-vis de leurs clients publics en matière d'emprunts toxiques.

Il n'est pas certain que les relations entre les banques concernées et leurs clients publics se dégradent au lendemain de ces jugements. Il faut d'abord reconnaître que la dégradation s'est déjà produite et qu'elle est avant tout le résultat de la promotion des emprunts toxiques par ces établissements bancaires. C'est précisément par de tels jugements que l'on peut espérer une normalisation de relations, souvent très compromises, dans la mesure où ils peuvent amener des banques et d'autres acteurs à admettre qu'il n'est pas concevable de reculer devant la recherche de solutions sérieuses aux difficultés créées dans le domaine des finances publiques, par les errements d'organismes financiers n'ayant pas hésité à introduire la logique spéculative là où seul l'intérêt général s'impose.

**CP-ACCP : Outre ces recours devant le juge civil, avez-vous connaissance de recours formés devant le juge pénal concernant ces « emprunts toxiques » ?**

**D. Da Palma/J.-L. Vasseur :** Nous n'avons connaissance que de quelques cas. De tels contentieux se justifient lorsque les conditions très rigoureusement définies d'une infraction pénale peuvent être réunies. Ils peuvent être engagés sur le fondement des délits de publicité trompeuse et de pratique commerciale trompeuse. Ce sont le plus souvent les voies du contentieux civil qui paraissent les plus adaptées à ces recours. ■