

Le sujet du mois :

Emprunts toxiques : quels recours pour les personnes publiques ?

Les collectivités territoriales ne sont pas démunies, face aux banques qui les ont amenées à conclure des emprunts structurés toxiques. Elles peuvent parfaitement menacer d'engager ou engager directement des contentieux contre leur banquier et disposent d'atouts pour le faire. Leurs recours peuvent s'appuyer sur de nombreux fondements.

Parmi ceux-ci, figure au premier plan l'absence ou le caractère erroné du taux effectif global (TEG) que l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier fait obligation au prêteur de mentionner dans tout écrit constatant un contrat de prêt. On rappellera qu'une omission du TEG entraîne l'annulation par le Juge civil de la clause d'intérêt du prêt et son remplacement par le taux de l'intérêt légal, ce dernier devant être appliqué rétroactivement c'est-à-dire depuis la date de signature du contrat, comme pour l'avenir. Il en est de même en cas d'erreur dans le calcul du TEG (Cass. Civ. 1ère, 30 septembre 2010, n° 09-67930).

Or, les erreurs dans le calcul du TEG sont fréquentes : calcul du TEG sur la base de 360 jours (année financière) au lieu de 365 jours (ou 366 en année bissextile), erreur dans la détermination de la période unitaire à retenir pour le calcul du taux global effectif...). De plus, les contrats d'emprunts ne mentionnent pas toujours les taux et durées de période, conformément à l'obligation expresse que leur en fait la loi, ce qui est susceptible également d'entraîner la nullité de la stipulation d'intérêt (Cass. Civ. 1ère, 19 septembre 2007, 06-18924).

L'intérêt de cette action en nullité est, qu'en ne mettant pas, à elle seule, la validité du contrat tout entier en cause, elle n'oblige pas aux restitutions auxquelles conduit en principe l'annulation du contrat d'emprunt. Le financement prévu par le contrat n'est pas remis en cause, il n'est pas nécessaire de trouver de nouveaux crédits. Sa sévérité pour la banque incite vivement, en outre, cette dernière à accepter des négociations et de meilleures bases de négociation.

En revanche, il convient d'être attentif aux délais de prescription de cette action. Ces délais sont, en principe, de 5 ans à compter de la signature du contrat de prêt. La jurisprudence admet, toutefois, que le délai de 5 ans ne court qu'à compter du moment où l'inexactitude dans le calcul du TEG est révélée (Cass. Civ. 1ère, 7 mars 2006 : D. 2006 Act jurispr. p. 913, note Avena-Robardet). La Cour de cassation n'a fait que préciser, depuis, que le délai court à compter du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître cette erreur, c'est-à-dire à compter de la signature de la convention lorsque l'examen de sa teneur permet de constater l'erreur, mais à compter de la révélation de l'erreur dans les autres cas (Cass. Civ. 1ère, 11 juin 2009 : Bull. civ. I, n° 125).

Un deuxième fondement peut être invoqué pour attaquer les contrats d'emprunts toxiques : l'interdiction faite aux collectivités locales de souscrire des contrats à caractère spéculatif rappelée par la Circulaire interministérielle du 15 septembre 1992. Les collectivités territoriales ne peuvent recourir à des activités spéculatives qui ne relèvent pas de leur compétence et sont contraires à l'intérêt général local. On relèvera que cette interdiction vient d'être clairement soulignée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 juillet 2012.

La Cour, pour rejeter la requête d'une banque souhaitant obtenir de la Ville de Saint-Etienne le versement des échéances exorbitantes d'un produit financier spéculatif, indique : « *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 » (CA Paris, 4 juillet 2012, n° 11/21801). La validité de tels contrats, qui méconnaissent ainsi une contrainte légale, est donc nulle.

Les personnes publiques peuvent invoquer un troisième fondement dans le cadre de leurs recours : le vice du consentement dont sont entachés les contrats et qui justifie que le Juge prononce leur nullité. Bien souvent, en effet, c'est par erreur sur les qualités substantielles du contrat que les collectivités ont conclu des emprunts toxiques. Elles croyaient souscrire un emprunt à taux fixe ou variable, alors qu'il s'agissait d'un emprunt spéculatif, d'un produit financier présentant des risques considérables. Elles ont d'autant plus fréquemment commis une telle erreur que les banques ne leur ont pas fourni les informations, les mises en garde nécessaires, n'hésitant pas parfois à les tromper, à commettre un dol en présentant comme dépourvus de risques des produits très dangereux pour les emprunteurs, en dissimulant derrière des appellations telles que « TOFIX », « FIXMS », des emprunts dont le taux peut varier sans aucun plafond.

Le vice du consentement sera aisé à établir si l'emprunteur peut réunir une documentation attestant de la carence d'information et de conseil de la part de la banque ou d'une présentation trompeuse des caractéristiques des emprunts proposés.

Les conséquences de la nullité prononcée lorsque le vice du consentement est établi sont la remise des parties en l'état où elles se trouvaient avant la signature du contrat déclaré nul, avec retour au contrat de prêt antérieur si ce dernier avait été refinancé par le contrat annulé, sans besoin de trouver de nouveaux financements. Il reste, sinon, à trouver de nouveaux financements, mais sans avoir à verser l'importante indemnité de remboursement anticipé réclamée par la banque. L'action en nullité n'exclut cependant pas une action en responsabilité et il peut à ce stade déjà être demandé au tribunal de condamner la banque à assumer les frais résultant de la nullité du contrat.

Mais une action en responsabilité peut également être engagée par l'emprunteur contre le prêteur pour violation de ses obligations d'information et de mise en garde.

Traditionnellement, trois obligations s'imposent au banquier : s'informer sur les capacités financières de l'emprunteur, l'alerter sur les risques encourus, lui consentir un crédit adapté. S'agissant de produits structurés, s'y ajoute le devoir d'éclairer sur les avantages et les inconvénients du choix offert. Il s'agit donc d'une obligation d'information renforcée depuis un arrêt de principe de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 novembre 1991 (Cass. Com., 5 novembre 1991, « *Buon* »).

Comme l'a confirmé le Tribunal de commerce de Toulouse du 27 mars 2008 qui a prononcé la résiliation des contrats de swap pour 20 millions d'euros et la condamnation des intermédiaires solidairement au paiement d'une provision de 600.000 € envers une société d'HLM, les juges n'hésitent pas à condamner les banques ayant manqué à leur obligation de mise en garde.

Cette position est partagée en Europe, et ce, parfois, dans le cas de contrats impliquant des collectivités. Ainsi, le Tribunal de Rimini, par décision rendue le 12 octobre 2010, a prononcé la nullité de contrats de swap de taux d'intérêt souscrits par la commune de Rimini : il a exclu que la commune puisse être qualifiée de compétente au regard de la nature et de la complexité des contrats dérivés en cause, bien qu'elle eût bénéficié d'une assistance technique.

La Cour fédérale de Karlsruhe, par décision du 22 mars 2001, a condamné la Deutsche Bank à payer des dommages et intérêts à son client à qui elle avait vendu un produit complexe de type « *snowball* », tout à fait comparable à ceux souscrits par les collectivités territoriales françaises, considérant que la banque avait manqué à son obligation de conseil concernant un produit hautement complexe. De surcroît, la banque a été condamnée également au motif qu'elle était en situation de conflit d'intérêt puisqu'elle tirait profit de l'opération alors que son client perdait de l'argent.

Une telle action a pour résultat de voir prononcer la résolution du contrat litigieux et de voir condamner la banque à indemniser le préjudice. La sanction adoptée par la

jurisprudence est celle correspondant au préjudice d'une perte de chance : « *Le manquement à l'obligation de mise en garde constitue une faute qui a fait perdre [à la co-emprunteuse] une chance de renoncer à souscrire le prêt* » (CA Aix-en-Provence 8è ch. C, 29 janvier 2009). « *Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter* » (Cass. Com., 20 octobre 2009, n°08-20.274).

Pour évaluer cette perte de chance, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain : selon les décisions, le préjudice peut correspondre à l'intégralité des frais financiers, intérêts et pénalités, jusqu'à 90 % de la créance de la banque, s'il peut être établi que l'emprunteur n'aurait pas contracté s'il avait été mis en garde.

Jean-Louis VASSEUR