

Collectivités territoriales



Collection
LAMY
COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES

Emprunts toxiques

Urgence sur les emprunts toxiques

Par Maurice VINCENT

Produits structurés : des dérives initiales
aux impacts macroéconomiques

Par Michel KLOPFER

Négocier, assigner ou attendre : quelle stratégie
pour les emprunteurs « intoxiqués » ?

Par Michel KLOPFER

Interview de Mathieu LHÉRITEAU
*DGS de la ville d'Asnières-sur-Seine Conseiller
du Président du SNDGCT*

Emprunts toxiques : les recours possibles
devant le juge pénal

Par Didier SEBAN et Matthieu HÉNON

Emprunts toxiques : les recours possibles
devant le juge civil

Par Jean-Louis VASSEUR

Agence de financement : des paroles aux actes

Par Olivier LANDEL

La Banque Postale, nouvel acteur
du financement des territoires

Par Christophe VAN DE WALLE

83



une marque Wolters Kluwer

Collectivités territoriales de toutes tailles, établissements publics, offices publics d'habitation, sociétés d'économie mixte (SEM), établissements hospitaliers : un nombre considérable d'acteurs publics est confronté, aujourd'hui, aux difficultés que leur occasionnent des emprunts conclus depuis les années 2000 avec certaines banques et que l'on qualifie d'« emprunts toxiques ». Les taux de ces emprunts, très modestes en général au moment de leur signature, sont en train d'exploser littéralement. De quels recours les intéressés disposent-ils en matière civile pour faire face à cette situation délicate ?

Emprunts toxiques : les recours possibles devant le juge civil



Par Jean-Louis VASSEUR

Avocat associé
SCP Seban & Associés

On rappellera, dans un premier temps, quelques caractéristiques des contrats de prêt évoqués ici. Même si leur nom comporte fréquemment d'étonnantes mentions telles que « TOFIX », « FIXMS », « TOFIX FLEXI », il s'agit, au contraire de ce qui est suggéré, de prêts à taux variables, et même susceptibles de très fortes variations les taux étant dépourvus de tout plafond.

Comme l'a très clairement mis en évidence la Cour des comptes dans plusieurs rapports, avec les emprunts en question, qualifiés habituellement d'emprunts structurés, « l'emprunteur bénéficie d'un taux d'intérêt minoré pendant les premières années d'amortissement de son emprunt, en contrepartie d'un risque reporté sur les annuités futures » (C. comptes, La gestion de la dette publique locale, juill. 2011, Doc. fr., p. 41).

Après, en effet, avoir bénéficié d'un taux inférieur à celui du marché, la personne publique qui a emprunté s'expose à la contrepartie de cet avantage : « un accroissement de la prise de risque, dont l'amplitude sera notamment liée à l'évolution des indices retenus ».

Car le taux varie en fonction d'indices ou de combinaisons d'indices (différences, rapports...), qui peuvent être le rapport entre l'Euro et le Franc suisse, le rapport entre le Dollar US et le Yen, les différences entre taux de prêts, de swaps,

en définitive « autour de d'indices sans rapport avec l'activité des collectivités locales » comme l'énonce encore la Cour des comptes (C. comptes, *op. cit.*, p. 42).

Dans les formules les plus complexes qu'elles présentent, les banques confèrent des effets encore plus importants aux variations des taux en y intégrant des coefficients multiplicateurs et même des effets cumulatifs ou d'incrémentation au travers de produits nommés *snowball*.

Les évolutions brutales de ces emprunts aux caractéristiques si opaques surprennent d'autant plus les collectivités les ayant souscrits qu'elles n'ont pas, bien souvent, été informées par leur banquier des risques auxquels ces produits les exposent pour de longues années.

Ce manque d'information, ce manque de mise en garde de certains banquiers vis-à-vis de leurs clients, la signature en 2009 par quelques établissements financiers et des associations d'élus d'une charte de « bonne conduite », en témoigne suffisamment. Il a fallu, en effet, que les comportements de quelques banques soient bien critiquables pour qu'elles soient amenées à promettre d'adopter une autre conduite et à faire connaître, sur une échelle des risques, où se situent les prêts consentis à leurs clients !

Ces mesures suffiront-elles pour éviter que soient encore proposés à l'avenir des produits financiers dangereux pour les acteurs publics ? Le législateur n'aura-t-il pas à intervenir pour fixer plus rigoureusement, comme l'a proposé le rapport de la commission d'enquête parlementaire de décembre 2011 consacré aux emprunts toxiques, le cadre dans lequel les banques peuvent consentir des prêts ?

Quoi qu'il en soit, le mal est déjà fait dans de nombreux cas et rien ne permet encore d'assurer que des solutions seront dégagées pour sortir les collectivités et autres personnes publiques des ornières des emprunts toxiques. Confrontés à l'absence d'efficacité de la médiation de l'Inspecteur des finances Gissler, dans l'attente d'éventuelles solutions globales, les acteurs publics doivent se débrouiller avec leurs propres moyens.

Parmi ces moyens, ils disposent de l'outil juridique, qu'il s'agisse d'engager des contentieux ou des négociations (ou bien encore les deux voies).

Sur le plan contentieux, plusieurs fondements peuvent être envisagés, on retiendra ici certains d'entre eux.

I – L'ACTION EN NULLITÉ DE LA CLAUSE D'INTÉRÊT FONDÉE SUR L'ABSENCE OU LE CARACTÈRE ERRONÉ DU TEG

Le premier fondement pouvant être mentionné est, sans aucun doute, l'absence ou l'erreur du taux effectif global (TEG). L'article L. 313-4 du Code monétaire et financier fait obligation au prêteur de mentionner « dans tout écrit constatant un contrat de prêt » le taux effectif global (TEG), dont les modalités de calcul sont définies par l'article R. 313-1 du code. La loi prévoit que la clause d'intérêt doit mentionner le TEG ainsi que le taux de période et la durée de celle-ci, permettant ainsi de pouvoir vérifier la base utilisée par la banque pour son calcul.

La sanction de la violation de ces dispositions est sévère. Une omission du TEG entraîne l'annulation par le juge civil de la clause d'intérêt du prêt et son rem-

placement par le taux de l'intérêt légal, ce dernier devant être appliqué aussi rétroactivement, c'est-à-dire depuis la date de signature du contrat (C. mon. fin., art. L. 313-4). Il en est de même en cas d'erreur dans le calcul du TEG (Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2010, n° 09-67.930).

Or les erreurs dans le calcul du TEG sont assez 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. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 06-18924).

L'intérêt de cette action en nullité est qu'en ne mettant pas en cause à elle seule la validité du contrat tout entier, elle n'oblige pas à la remise en état à laquelle conduit en principe l'annulation totale d'un contrat d'emprunt. Sa sévérité pour la banque incite cette dernière à accepter des négociations et de meilleures bases de négociation.

Il convient d'être attentif aux délais de prescription de cette action, qui sont, en principe, de 5 ans à compter de la signature du contrat de prêt. Cette règle s'impose, en particulier, en cas d'omission du TEG. 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. 1^{re} civ., 7 mars 2006, D. 2006, AJ, 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. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 08-11.755, Bull. civ. I, n° 125).

II - L'ACTION EN NULLITÉ POUR VICE DU CONSENTEMENT

Un second fondement peut être invoqué pour attaquer les contrats d'emprunts toxiques : le vice du consentement qui entache de nullité les contrats.

Le vice du consentement peut consister en l'erreur sur les qualités substantielles du contrat, la violence économique - abus d'une situation de dépendance économique ou financière par la banque et le dol - en présence de manœuvres in-

entionnelles ayant déterminé le consentement (C. civ., art. 1108 à 1116).

L'erreur sur les qualités substantielles du contrat peut être invoquée dès lors qu'il est manifeste que la collectivité territoriale n'a pu mesurer la portée de l'acte que lui suggérait de signer la banque. Faute d'information sur la nature réelle du contrat d'emprunt, faute de mise en garde, la collectivité a crû conclure un emprunt à taux fixe ou susceptible de simples variations de taux.

Il convient d'établir, s'agissant du dol, l'existence d'une faute commise avec un caractère intentionnel. La jurisprudence retient souvent le jeu des présomptions pour établir l'intention de nuire : en l'occurrence, la réticence rattachée à l'obligation d'information du client avant la souscription du contrat de prêt.

La Cour de cassation a renversé la charge de la preuve normalement dévolue à la personne se prétendant victime : il appartient désormais au débiteur de l'obligation d'information d'établir qu'il a rempli son obligation.

Pour la collectivité, la documentation précontractuelle remise par la banque au moment de la renégociation d'un contrat fournit bien souvent la preuve que cette dernière a procédé à une véritable promotion de ses produits, en les présentant systématiquement sous un aspect favorable trompeur, en recourant à une appellation susceptible d'induire en erreur (par ex. « TOFIX »), en faisant preuve d'une réticence à fournir des informations qui auraient conduit le client à ne pas conclure.

Il peut être, également, démontré qu'une banque qui a instauré une situation financière rendant une ville totalement dépendante d'elle tant pour assurer le paiement des échéances que pour réaménager les conditions financières de l'emprunt, a interdit à la ville d'avoir un consentement réel aux conventions et de pouvoir échapper aux contraintes imposées par le banquier.

C'est le cas lorsqu'une banque, qui a conduit son client à conclure un premier contrat de prêt sans l'éclairer sur les risques encourus (hausse non plafonnée du taux, montant exorbitant de l'indemnité de sortie du contrat...), refuse le réaménagement du prêt et lui impose, moyennant un gel de quelques échéances, de conclure un contrat présentant les mêmes caractéristiques pour une durée plus longue.

Récemment, les tribunaux ont procédé à une modernisation de la notion de violence de l'article 1112 du Code civil en y intégrant l'abus de dépendance économique comme pouvant vicier le

consentement (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, Bull. civ. I, n° 132). Il convient, ainsi, de montrer que le client de la banque est victime d'une exploitation abusive de la situation de dépendance économique et que cet abus a pour finalité l'obtention d'un avantage à son détriment.

Il est manifeste que ces conditions sont réunies lorsque l'encours de la dette est important, essentiellement le fait d'une banque, et que cette dernière dispose des moyens de décourager son client de lui rembourser son crédit.

Plus généralement, il est possible de faire valoir l'ensemble des manœuvres déployées par la banque pour créer une situation de dépendance financière par l'établissement de contrats de prêts successifs dans le cadre de prétendues renégociations et vicier ainsi le consentement de la ville.

Quel que soit le vice du consentement retenu, les tribunaux ont toute qualité pour requalifier les faits incriminés en l'un ou l'autre des vices prévus par la loi au terme des dispositions des articles 1108 et suivants du Code civil (principe de l'unicité des vices en matière procédurale).

Si le vice du consentement est établi, cela a pour effet de pouvoir invoquer la nullité du contrat. Les conséquences de l'action en nullité sont la remise des parties en l'état où elles se trouvaient avant la signature du contrat déclaré nul. Cela peut signifier un retour au contrat de prêt antérieur si ce dernier avait été refinancé par le contrat annulé, et il n'y a pas nécessairement besoin, alors, de trouver de nouveaux financements. Cela peut conduire à trouver de nouveaux financements, mais sans avoir à verser d'indemnité de remboursement anticipé à la banque. Mais l'action en nullité n'exclut pas une action en responsabilité.

III - L'ACTION EN RESPONSABILITÉ POUR VIOLATION DE L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE

Le devoir de mise en garde consiste pour le banquier à attirer particulièrement l'attention de son client sur les dangers d'une opération donnée. Les arrêts rendus en chambre mixte par la Cour de cassation le 29 juin 2007 ont posé pour principe l'existence d'un devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur non averti.

Ce devoir est dû même si « les prêts n'avaient rien d'excessif ni d'imprudent au moment où ils ont été accordés » (Cass. com., 11 déc. 2007, n° 03-20.747, Bull. civ. IV, n° 260). Traditionnellement, trois obligations essentielles 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 nov. 1991, n° 89-18.005, Buon, Bull. civ. IV, n° 327).

Elle consiste en un devoir d'information sur les risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme.

À ce sujet, les tribunaux évaluent les compétences techniques du client, faisant une distinction entre l'emprunteur averti et celui qui est non averti.

Si la Charte dite « Gissler » a affirmé le principe selon lequel les établissements bancaires reconnaissent le caractère de non professionnel financier des collectivités locales, il demeure que les tribunaux examinent le critère de compétence du client en tenant compte : du degré de complexité de l'opération, de la capacité du client à s'entourer de conseils compétents, de son expérience passée.

La jurisprudence concernant des litiges opposant une banque et des organismes publics est assez peu fournie à ce jour (v. T. com. Toulouse, 27 mars 2008 : le tribunal 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 euros envers une société d'HLM, les juges ayant estimé que les banques avaient manqué à leur obligation de mise en garde), mais des décisions rendues dans des affaires assez proches ne peuvent passer inaperçues. Dans une affaire opposant la SA d'HLM 2036 à CALYON, le tribunal de commerce de Paris a rendu une décision le 8 décembre 2009 rejetant la demande d'annulation d'un contrat *swap* et concluant que la banque n'avait pas manqué à son devoir de conseil.

Mais il convient d'observer que si le tribunal a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une opération spéculative, c'est en raison du fait que le réaménagement du *swap* substituait au taux variable d'origine un taux fixe plafond et parce que le contenu des documents de CALYON était clair et compréhensible et expliquait les avantages et les inconvénients de chaque modalité de nature à attirer l'attention sur les risques encourus. On saisit ainsi que l'appréciation du tribunal aurait été différente, si, comme dans le cas de nombreux emprunts toxiques,

la documentation de l'établissement financier avait été opaque, insuffisante ou trompeuse.

S'agissant de produits structurés comportant des instruments complexes et risqués pour une collectivité, ceux-ci peuvent être considérés comme spéculatifs ; dès lors, le devoir d'information de la banque est accru, l'obligant à mettre en garde l'emprunteur sur les risques inhérents à l'opération.

Les tribunaux devraient donc être plus exigeants à l'égard des banques et sanctionner plus facilement le manquement à leur devoir de mise en garde.

Cette analyse s'inscrit dans un contexte où deux juridictions étrangères ont eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, prémices sans doute d'une jurisprudence bien moins favorable aux établissements de crédit.

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 : il s'agissait d'un produit dérivé dénommé *spread ladder swap*, 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. Il s'agit là d'un reproche similaire à ceux qui peuvent être faits par l'Autorité des marchés financiers et qui font l'objet d'une régulation des prestataires de services financiers, dans le sens d'une extension aux établissements de crédit de certaines règles de « bonne conduite » imposées aux autres opérateurs financiers. Cette dernière motivation renvoie en droit français aux dispositions de la circulaire interministérielle du 25 juin 2010 et, plus généralement, à celles relevant de la compétence des autorités administratives de contrôle (Autorité de contrôle prudentiel et Autorité des marchés financiers).

Une telle action aurait pour résultat de voir prononcer la résolution du contrat litigieux et de voir condamner la banque

à indemniser le préjudice. Il incombe à la banque de produire la preuve de ce qu'elle a satisfait à ses obligations, la charge de la preuve ayant été inversée depuis un arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2007.

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 8^e ch. civ., 29 janv. 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 oct. 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.

IV – L'INCAPACITÉ DE JOUISSANCE RÉSULTANT DES RÈGLES DE PROTECTION DES PERSONNES PUBLIQUES

Il est, enfin, un fondement, un peu à part, que les acteurs publics ne doivent pas négliger à l'appui de leurs recours. Les collectivités territoriales ayant conclu un contrat d'emprunt toxique peuvent, en effet, faire valoir que les banques ne pouvaient les inciter à souscrire de tels engagements dans la mesure où, comme l'avait clairement indiqué 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. En effet, les communes sont des personnes morales de droit public dont la mission n'est pas de réaliser des bénéfices comme les sociétés commerciales mais de gérer les intérêts des habitants dans le respect de l'intérêt général.

La circulaire indique que « *l'engagement des collectivités locales dans des opérations de nature spéculative ne relève ni des compétences qui leur sont reconnues par la loi ni de l'intérêt général, les actes ayant un tel objet sont déferés par le représentant de l'État au Juge administratif, sur la base, notamment, de l'incompétence et du détournement de pouvoir* ». Les règles de calcul d'intérêts mises en place dans les contrats litigieux, qui sont

à la fois des prêts et des opérations financières, n'ont pas le caractère d'une opération de couverture et sont donc incompatibles avec l'intérêt communal. C'est ce que confirme le professeur Antoine Gaudemet dans son ouvrage « Les dérivés » : « *S'agissant cependant des personnes publiques, l'hésitation ne paraît pas permise : la nullité des dérivés spéculatifs conclus par ces personnes devrait être une nullité absolue dans la mesure où elle sanctionne la violation d'une incapacité de jouissance ordonnée à la protection d'un intérêt public* » (Gaudemet A., Les dérivés, Economica, 2010).

Précisons d'emblée qu'en opposant cet argument aux banques, les collectivités sont loin d'invoquer leur propre turpitude, puisque c'est précisément en méconnaissance de la portée des contrats

que les banques leur proposaient qu'elles les ont conclus.

L'argument est, encore une fois, loin d'être négligeable. C'est ce que vient d'ailleurs de souligner la cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 4 juillet 2012.

Saisie par la Royal Bank of Scotland qui souhaitait voir annuler l'ordonnance du juge des référés du tribunal de grande instance de Paris ayant rejeté sa demande tendant à la condamnation de la ville de Saint-Étienne à verser les échéances impayées d'un emprunt toxique, la cour, pour rejeter à son tour la requête de la banque, a indiqué qu'« *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 juill. 2012, n° RG : 11/21801).

Ainsi la cour d'appel de Paris a-t-elle clairement considéré qu'il est interdit aux collectivités de souscrire à des contrats spéculatifs et qu'il s'agit d'une contrainte légale. Il y a lieu de penser que les juges civils qui seront saisis de ce moyen y verront un motif solide pour remettre en cause la légalité des contrats d'emprunts toxiques. Encore faut-il qu'ils aient été saisis avant que le délai de prescription n'ait expiré, ce à quoi les personnes publiques désireuses d'engager des recours se devront d'être attentives. ♦