

## Emprunts toxiques

# Quels sont les recours contre les banques ?

- Les collectivités pénalisées par un excès d'emprunts toxiques dans leur encours ne sont pas sans recours amiables ou judiciaires face aux banques.
- Une série d'arguments recevables peuvent être invoqués pour amener les banques à assumer leur responsabilité.

### LES AUTEURS



**JEAN-LOUIS VASSEUR,**  
avocat à la Cour,  
cabinet Seban  
et associés



**DIDIER SEBAN,**  
avocat à la Cour,  
cabinet Seban  
et associés

Un nombre croissant de collectivités, d'offices HLM, mais aussi d'établissements hospitaliers, s'aperçoivent, avec la hausse de valeurs refuge telles que le franc suisse, qu'ils doivent faire face à une envolée de leurs échéances.

Au-delà de la période « bonifiée », en effet, la formule de taux d'intérêt du contrat, très complexe, décryptable par les seuls spécialistes, les expose aux conséquences d'un pari permanent sur l'évolution d'indices sans rapport avec leur activité, pari perdant dans des conditions de probabilité déterminées par les calculs des établissements financiers. Le constat dressé par la Cour des comptes dans son rapport de juillet 2011 est sans appel. Pour elle, le recours à ces produits a eu pour effet « une prise de risque de plus en plus grande et de moins en moins maîtrisable ».

Face à ces risques, elle note que les collectivités se heurtent à l'intransigeance des banques, qui refusent régulièrement de négocier des réaménagements de la dette ou proposent des coûts exorbitants pour sortir des prêts.

## 1. Les arguments sérieux que peuvent faire valoir les collectivités

Confrontées à des situations parfois dramatiques, auxquelles ni la charte de bonne conduite signée par quelques banques seulement en 2009, ni l'intervention du médiateur désigné la même année par le gouvernement n'ont pu apporter de remèdes sérieux, de nombreuses collectivités manifestent, aujourd'hui, une volonté plus forte d'agir.

Elles sont d'autant plus fondées à le faire que les banques concernées ne les ont pas averties de toutes les caractéristiques des contrats d'emprunts et des risques particuliers s'y attachant.

Les banques ne leur ont pas expliqué que ces contrats mettaient en place dans un même accord un prêt et la cession de ce que l'on appelle une option au profit de la banque. Elles ne leur ont pas expliqué que, comme l'analyse la Cour des comptes, dans son rapport thématique de juillet 2011,



L'absence de consentement réel des collectivités pourrait être invoquée à l'appui d'une action en annulation du contrat.

« Dans ce schéma, il n'y a pas symétrie entre les risques pris par l'emprunteur et le prêteur, le premier garantissant au second de lui verser un taux non plafonné si certaines conditions sont réunies ».

Quant aux rares informations données, la Cour des comptes a pu constater dans son rapport annuel pour 2009 que « des informations exagérément optimistes, voire erronées, ont été données aux emprunteurs, leur garantissant une quasi-absence de risque ou bien que l'évolution de l'index leur serait nécessairement favorable ».

Les banques n'ont pas détaillé à leurs clients que, derrière le taux bonifié proposé pour la première phase de l'emprunt, se cachait, en fait, un pari de type spéculatif sur l'évolution des indices du taux de la période ultérieure.

Or les collectivités peuvent faire valoir des arguments sérieux pour amener les banques qui ont promu ces emprunts nocifs à assumer leurs responsabilités, par la voie

### À LIRE

• « La Gestion de la dette publique locale », rapport public thématique de la Cour des comptes, juillet 2011.

• « Les risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunt », rapport de la Cour des comptes, 2009.

amiable ou, au besoin, judiciaire. La validité des contrats peut, d'abord, être remise en cause sur le fondement, notamment, de l'article 1108 du Code civil. Il ressort, en effet, des termes de plusieurs circulaires interministérielles – celle du 15 septembre 1992, reprise par celle du 25 juin 2010 – que les banques ne pouvaient proposer des contrats d'emprunts ayant un caractère spéculatif à des collectivités locales, les opérations spéculatives n'entrant pas dans le champ des compétences de ces collectivités. Dès lors, la capacité des collectivités de conclure les contrats pourrait être mise en cause.

L'absence ou le caractère erroné du taux effectif global (TEG), peuvent être également invoqués, le cas échéant, pour obtenir la nullité de la clause d'intérêt et son remplacement par le taux de l'intérêt légal.

L'absence de consentement réel des collectivités pourrait être aussi invoquée, à l'appui d'une action en annulation du contrat, fondée sur l'erreur (article 1109 du Code civil), voire le dol (article 1110 du Code civil), en mettant en évidence l'idée fautive qu'ont eu les collectivités du contrat signé, que ce soit en raison de la carence d'information où les banques les avaient tenues ou des informations délibérément optimistes ou trompeuses fournies.

La responsabilité contractuelle des banques pourrait aussi être mise en cause, des dommages et intérêts et la résolution – l'équivalent de l'annulation – du contrat accordés, sur le fondement, notamment, des articles 1147 et 1184 du Code civil pour manquement des banques à leurs obligations d'informer, d'éclairer leurs clients, de les mettre en garde contre les risques des emprunts concernés.

Mais attention à la prescription, sauf exceptions, dans un délai de cinq ans à compter de la découverte des faits permettant d'exercer l'action (articles 1304 et 2224 du Code civil)!

de celles concernant le bénéfice effectivement escompté par l'établissement financier lui-même dès la signature du contrat.

On ne peut qu'être frappé par la pertinence de la Cour lorsque, pour justifier cette symétrie parfaite devant exister dans les renseignements de la banque et de son client, elle souligne qu'elle trouve tout particulièrement sa raison d'être dans le fait que «la structure de risque du contrat a été sciemment organisée par la banque au détriment de l'investisseur» et dans le «danger réel qu'elle ne subordonne pas sa recommandation d'investissement au seul intérêt de l'investisseur».

Autrement dit, faute de dissiper tout à fait l'opacité régnant sur la pratique des contrats d'emprunts structurés, de donner à chacune des parties tous les moyens nécessaires pour mesurer les risques, les enjeux réels des contrats, les rémunérations effectives du prêteur, les banques ne peuvent, par définition, avoir satisfait à leurs obligations auprès des collectivités à qui elles recommandent de tels contrats parce que tout conduit à penser qu'elles font prévaloir leurs intérêts sur ceux de leurs clients.

Comment pourrait-il en être autrement alors que, comme l'énonce la Cour fédérale suprême de justice allemande qui n'hésite pas à évoquer le conflit d'intérêt: «la structure de risque de ce contrat a été sciemment organisée par la banque au détriment de l'investisseur»?

Les banques ayant placé des emprunts toxiques auprès de collectivités sont de toute évidence loin de satisfaire à ces exigences de transparence. Les conséquences: ces graves difficultés auxquelles se heurtent communes, départements et nombre de leurs établissements publics, se font aujourd'hui fortement sentir et conduisent certains à engager des contentieux.

## RÉFÉRENCES

- Code civil, art. 1108, 1109, 1110, 1147, 1184, 1304 et 2224.
- 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 locales et aux établissements publics.
- Circulaire NOR/IOCB1015077C du 25 juin 2010 relative aux produits financiers offerts aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.

## 2. La multiplication des actions en justice

Malgré une jurisprudence encore limitée sur le sujet, des actions judiciaires se multiplient à l'heure actuelle contre les emprunts toxiques et les banques.

On citera, notamment, les actions en justice récemment engagées par le département de la Seine-Saint-Denis, les villes de Saint-Etienne et d'Angoulême contre plusieurs banques.

Les actions se multiplient, plus généralement, en Europe: fin 2010, la ville de Florence a suspendu le remboursement de six contrats de produits dérivés d'UBS, Dexia et Bank of America tandis que la ville de Rimini a remporté un contentieux contre la banque Unicredit. Des actions similaires se sont développées en Allemagne.

Dans un jugement en date du 22 mars 2011, qui ne concernait pas une personne publique, mais dont la portée est générale, la Cour fédérale suprême de justice allemande a précisé que lorsqu'elle propose un produit complexe, spéculatif, la banque doit garantir à son client de disposer rigoureusement des mêmes informations qu'elle et notamment

## À RETENIR

- **Les opérations spéculatives n'entrant pas dans le champ d'activité des collectivités, la capacité de ces dernières de conclure les contrats pourrait être contestée.**
- **L'absence ou le caractère erroné du taux effectif global (TEG) peuvent être aussi invoqués, le cas échéant, pour obtenir la nullité de la clause d'intérêt, de même que l'absence de consentement réel des collectivités.**
- **La responsabilité contractuelle des banques pourrait également être mise en cause.**