

Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°327 du 14 février 2013

[Bancaire] Questions à...

Emprunts toxiques : une première victoire pour les collectivités territoriales — Questions à Maître Danielle Da Palma, avocate, Seban & Associés

N° Lexbase : N5777BT7



par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires

Réf. : TGI Nanterre, 6ème ch., 8 février 2013, 3 jugements n° 11/03 778 (N° Lexbase : A6629I7N) ; n° 11/03 779 (N° Lexbase : A6630I7P) et n° 11/03 780 (N° Lexbase : A6631I7Q)

Ces dernières années, de nombreux acteurs publics ont engagé des actions à l'encontre des établissements de crédits auprès desquels ils ont souscrit, dans des conditions souvent critiquables, des emprunts dits "toxiques", qui se sont révélées préjudiciables pour l'état de leurs finances. Le 8 février 2013, le tribunal de grande instance de Nanterre a ainsi rendu trois jugements particulièrement attendus sur ces emprunts toxiques, dans des affaires qui mettaient aux prises le département de la Seine-Saint-Denis et la banque Dexia, dont la vocation première est pourtant de répondre aux besoins en financement des collectivités locales. Les juges altoiséquanais ont en partie donné gain de cause au demandeur, en retenant que les stipulations d'intérêts conventionnels étaient nulles et que, conformément aux dispositions légales, il devait être substitué à ces taux le taux d'intérêt légal depuis la conclusion du contrat de prêt. Il s'agit donc d'une véritable victoire pour le département de la Seine-Saint-Denis, qui pourrait ouvrir la voie à d'autres décisions permettant aux acteurs publics d'espérer une issue favorable de leurs contentieux avec leurs prêteurs.

Afin de faire le point sur les tenants et les aboutissants de cette importante décision, Lexbase Hebdo — édition affaires a rencontré l'un des conseils du département de Seine-Saint-Denis, **Maître Danielle Da Palma, avocate, Seban & Associés**, qui a accepté de répondre à nos questions.

Lexbase : Pouvez-vous nous rappeler le contexte de ces affaires et ce que recouvre cette notion d'emprunts toxiques ?

Danielle Da Palma : Les emprunts toxiques sont des contrats de prêts qui ont été proposés essentiellement entre 2005 et 2009 par certaines banques, et notamment Dexia, auprès de collectivités territoriales, tel que le département de la Seine-Saint-Denis, qui avaient pour but à court terme de permettre à ces acteurs publics de faire des économies en leur proposant, pendant une période initiale de 2 ou 3 ans, voire au mieux 5 ans, un taux bonifié au-dessous du taux du marché. Ensuite, pendant la période de remboursement restante, le taux se transformait en un taux structuré : il reposait sur la base de la parité Euro/Franc suisse ou Dollar/Yen, par exemple, et comportait souvent un instrument financier avec un effet multiplicateur. Ainsi, lorsque la parité passait au-dessous d'un seuil, le renchérissement du taux était multiplié par 3, par 5 et quelque fois plus. Ces contrats comportaient donc un taux d'intérêt qui supposait, en quelque sorte, l'achat ou la vente d'une option. La banque présentait ce financement comme une opération totalement sécurisée, faisant valoir que le cours pivot prévu dans le contrat (autour de 1,40 pour l'Euro/Franc suisse) était largement inférieur aux taux de change habituellement constatés (qui étaient, à l'époque où ces prêts ont été proposés, autour de 1,60). L'opération était d'autant plus sécurisée, selon les banques, que les emprunteurs faisaient de sérieuses économies durant la première période.

Or, en réalité, Dexia vendait une économie à court terme sans jamais informer réellement les collectivités des effets pervers du taux structuré mis en place, qui comportait un véritable instrument financier à terme. Il faut ajouter à cela le fait que les parités pouvaient s'inverser et que le taux structuré jouait pendant la majorité de la durée du prêt. En outre, Dexia, qui était un partenaire régulier et privilégié des collectivités locales, et qui jouissait d'une certaine réputation, a "endormi" totalement la méfiance de ses interlocuteurs, qui ne pouvaient pas imaginer que des instruments financiers allaient jouer à leur rencontre.

L'effet pervers de ces emprunts ne s'est révélé qu'*a posteriori* car, entre 2005 et 2008, Dexia proposait sans cesse de nouveaux financements reposant sur d'autres instruments financiers. Cette succession de refinancements -qui résidait dans la modification des méthodes de calcul du taux— empêchait totalement l'emprunteur de se rendre compte de l'effet pervers du prêt contracté et d'entrevoir un possible refus de refinancement de la banque. De part cette multitude de modifications, les prêts devenaient de plus en plus risqués et toxiques. Il s'agissait d'une véritable fuite en avant de la part de Dexia. Les emprunteurs n'ont ainsi pas pu prendre conscience du caractère néfaste de leurs engagements et il a fallu attendre la crise financière de 2007 et 2008 et ses effets sur les taux d'intérêts des prêts toxiques pour que tout cela apparaisse au grand jour.

Lexbase : Vous avez réussi à obtenir, devant le TGI de Nanterre, l'annulation de la stipulation d'intérêts et la substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel. Pouvez-vous nous expliquer le fondement de cette décision ?

Danielle Da Palma : Nous avons en effet obtenu la nullité du taux d'intérêt conventionnel, car le TGI a jugé que Dexia avait manqué à son devoir d'information. Dexia fonctionnait à chaque fois de la façon suivante : la banque faisait une proposition de financement ou de refinancement qui pouvait éventuellement faire l'objet de modifications à la marge par oral ou lors de rendez-vous ; elle confirmait ensuite par fax dans lequel figuraient toutes les caractéristiques essentielles du prêt (montant, durée,...), demandant à l'emprunteur de lui retourner le fax signé, en général, dans la demi-heure ou dans l'heure. C'était une sorte de fax de "topage", marquant l'accord de l'emprunteur et du prêteur, mais permettant également de déclencher un achat de valeur sur le marché. Le département de la Seine-Saint-Denis renvoyait donc ledit fax qui mentionnait, en outre, qu'il s'engageait de manière irrévocable sur le financement en question.

Or, ces fax de confirmation ne portaient jamais la mention du TEG, qui est pourtant, aux termes de la loi, une information obligatoire d'ordre public sur le coût du prêt (C. consom., art. L. 313-2 **N° Lexbase : L1518HI3**). Lorsque l'emprunteur donnait son contentement et s'engageait ainsi "irrévocablement", il n'avait pas cette information. Le TGI a donc considéré qu'en ne faisant pas figurer le taux effectif global sur les fax de confirmation, la banque manquait à son obligation d'information. Les juges nanterrois ont de la sorte reconnu que les fax manifestaient la rencontre des volontés de l'emprunteur et du prêteur sur les conditions essentielles du prêt. Ce document constituait donc un véritable contrat de prêt qui se formait à ce moment-là et non ultérieurement, lors de l'établissement de l'*instrumentum*, qui intervenait parfois quelques semaines après.

Lexbase : Sur l'obligation d'information et de mise en garde, le département de la Seine-Saint-Denis a été considéré par le juge nanterrois comme étant un emprunteur averti. Est-ce étonnant ?

Danielle Da Palma : Le tribunal a, en effet, suivi Dexia sur cette question. Il a estimé, en fait, qu'il y avait suffisamment de volume de prêts à cette période pour que le département de la Seine-Saint-Denis soit considéré *ipso facto* comme un emprunteur averti capable de gérer ses emprunts. Ce qui est surprenant, ici, c'est que le tribunal a repris les arguments de Dexia sans prendre en compte ce que nous soutenions, et notamment que la Chambre régionale des comptes a relevé en 2011 l'insuffisance des compétences en la matière dans le département de la Seine-Saint-Denis, enjoignant cette collectivité locale à compléter les formations du personnel afin que le département ne se

retrouve plus confronté à la situation qui était la sienne lorsqu'il a contracté les emprunts toxiques litigieux. Il me semble que la justification du tribunal qui ne se fonde que sur le volume des prêts, tous souscrits au cours d'une même période, pour en déduire que l'emprunteur était un emprunteur averti est insuffisante. La quantité de prêts contractés par une même personne morale n'est pas le signe d'une connaissance approfondie des mécanismes qui les régissent, encore moins lorsque, comme en l'espèce, les taux d'intérêts étaient basés sur des instruments complexes où toutes les subtilités et l'effet pervers ne s'étaient pas manifestés lors de leur conclusion.

Lexbase : Quels sont les enseignements à tirer de cette solution inédite ?

Danielle Da Palma : Il est à mon sens très intéressant de voir que l'on a réussi à obtenir la qualification en contrat de prêt de ce fax de "topage". Il y avait une véritable pression puisque le document devait être renvoyé dans des délais excessivement brefs, ce qui empêchait la personne qui le réceptionnait de prendre conseil auprès d'un professionnel extérieur et supposait qu'elle soit particulièrement aguerrie. Étant donné que la banque avait l'habitude de procéder de la sorte et restait toujours très laconique sur les informations dues à l'emprunteur, cette solution pourra s'appliquer dans toutes les affaires similaires où il n'y a pas eu mention du TEG sur le fax de confirmation à condition, toutefois, que l'action soit engagée dans les 5 ans de la signature de ce document. Il y a un paramètre important à prendre en compte : l'absence de TEG est un élément qui apparaît immédiatement et fait donc courir le délai de prescription quinquennale dès la signature du fax. Actuellement, une action ne pourra prospérer sur cette base que pour les prêts contractés courant 2008, ou postérieurement. Surtout, cette solution est très intéressante pour tous les refinancements qui ont été imposés, ces deux dernières années essentiellement, par Dexia aux collectivités qui cherchaient à tout prix à se dégager d'emprunts toxiques. D'ailleurs, même pour le gel d'un ou deux coupons, Dexia imposait la signature d'un nouveau contrat, de sorte qu'apparaît, avec ces trois jugements, une brèche pour les collectivités qui ont accepté sous la pression des refinancements de leurs prêts pour passer une ou deux échéances.