

Collectivités territoriales

83



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



Lamy

une marque Wolters Kluwer

La dégradation des taux d'intérêts souscrits dans le cadre des emprunts structurés est aujourd'hui en marche et conduit un nombre croissant d'acteurs publics à envisager la saisine des Juridictions judiciaires et notamment du Juge pénal. Se pose alors la question du fondement et des spécificités procédurales d'une telle action.

Emprunts toxiques : les recours possibles devant le juge pénal



Par **Didier SEBAN**
Avocat associé
SCP Seban & Associés



et **Matthieu HÉNON**
Avocat associé
SCP Seban & Associés

La publication en décembre 2011 du rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les produits financiers à risque a récemment confirmé ce qu'il n'était jusqu'alors permis que de soupçonner : la diffusion massive des emprunts toxiques parmi les acteurs publics.

Collectivités territoriales, établissements publics, offices publics d'habitation, établissements hospitaliers, tous se trouvent aujourd'hui confrontés aux difficultés que leur occasionnent ces emprunts, souscrits depuis les années 2000 dans le cadre prétendument vertueux d'une gestion active de leur dette.

En effet, la dégradation des marchés monétaires et financiers conduit désormais à une véritable explosion des taux d'intérêts de certains de ces emprunts, pourtant présentés lors de leur souscription comme adaptés aux exigences de sécurité, de prévisibilité et de stabilité du financement public.

La question des recours se pose ainsi avec une acuité croissante pour ces organismes, unis dans le sentiment de n'avoir pas bénéficié du même niveau d'information que leurs interlocuteurs, établissements bancaires et financiers.

Sur le plan pénal, cette question se réduit pour l'essentiel aux circonstances de la souscription de ces emprunts toxiques, les taux variables échappant classiquement à l'incrimination d'usure (CA Paris, 3^e ch., 11 mars 1967, JCP G 1968, II, n° 15334 ; Cass. com., 4 oct. 1977, n° 76-11.049).

C'est dire qu'il existe à cette question autant de réponses que de cas d'espèce et c'est probablement là, d'ailleurs, la raison pour laquelle les différentes actions pénales initiées à ce jour l'ont été sur des fondements différents.

L'œuvre juridique de qualification revêt donc ici une importance centrale (I), de même que les aspects procéduraux de prescription et d'articulation des actions civiles et pénales (II).

I - LES QUALIFICATIONS PÉNALES APPLICABLES

La révélation progressive des problématiques liées aux emprunts toxiques a d'ores et déjà conduit certaines collectivités à initier des poursuites pénales sur différents fondements et avec des fortunes diverses.

On peut aujourd'hui considérer que les infractions financières et de droit commun doivent être cantonnées à certains comportements très spécifiques (A).

Pour le surplus, le droit pénal de la consommation offre sans conteste, en l'état de la jurisprudence, les qualifications les plus adaptées aux conditions dans lesquelles les acteurs publics ont été conduits à contracter ces emprunts (B).

A.- Les infractions financières et de droit commun

Premières envisagées, les infractions de droit commun telles que l'escroquerie sont également celles qui recevront vraisemblablement, *in fine*, l'application la

plus marginale au regard de leur matérialité.

Pour mémoire, l'escroquerie est définie par l'article 313-1 du Code pénal comme « *le fait, (...) par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ».

Ces manœuvres frauduleuses ne peuvent toutefois consister en une simple omission (Cass. crim., 5 juill. 1956, Bull. crim. n° 520), ni se résumer à de seules allégations mensongères, seraient-elles écrites (Cass. crim., 2 déc. 1991, n° 90-84.518).

Ainsi, la seule omission des risques inhérents à un financement ne pourra constituer une manœuvre frauduleuse au sens de l'incrimination d'escroquerie ; c'est dire que cette qualification ne pourrait trouver à s'appliquer qu'à des cas marginaux d'omissions coupablement soutenues par une mise en scène destinée à tromper le contractant.

Les infractions financières méritent également d'être envisagées, particulièrement celles liées au démarchage financier au sens de l'article L. 353-1 du Code monétaire et financier réprimant « *le fait, pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire ou financier dans les conditions définies au septième alinéa de l'article L. 341-1, de ne pas communiquer à la personne démarchée les informations et documents mentionnés à l'article L. 341-12 et à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 341-6* ».

Rappelons qu'au nombre des informations requises par cet article L. 341-12, figurent notamment « *les documents d'information particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés requis par les dispositions*

législatives et réglementaires en vigueur ou, en l'absence de tels documents, une note d'information sur chacun des produits, instruments financiers et services proposés, élaborée sous la responsabilité de la personne ou de l'établissement qui a recours au démarchage et indiquant, s'il y a lieu, les risques particuliers que peuvent comporter les produits proposés (...), les conditions de l'offre contractuelle, notamment le prix total effectivement dû par la personne démarchée ou, lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué, la base de calcul du prix, permettant à la personne démarchée de vérifier ce dernier, les modalités selon lesquelles sera conclu le contrat, en particulier le lieu et la date de signature de celui-ci »

Cette qualification est toutefois circonscrite au démarchage, défini par l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier comme une « prise de contact non sollicitée ».

Les conditions de souscription des emprunts toxiques, majoritairement proposés sur demande de la collectivité ou dans le cadre d'opérations de refinancement d'emprunts existants et donc de relations déjà établies, apparaissent ainsi peu compatibles avec le délit de démarchage illicite, dont l'application demeure elle aussi marginale à ce jour.

B.- Les qualifications du droit pénal de la consommation

Dans la grande majorité des cas, les circonstances de la souscription de ces emprunts toxiques ne permettront pas de retenir des qualifications pénales de droit commun ; une présentation sous un jour exagérément favorable, confinerait-elle au mensonge écrit, ne suffira pas en effet à consommer les manœuvres frauduleuses de l'escroquerie.

Les qualifications du droit pénal de la consommation constitueront alors les plus sérieux fondements à une action pénale.

La question de l'applicabilité de ces qualifications aux personnes morales de droit public mérite en effet d'être tranchée par l'affirmative, dans la mesure où elles sont destinées à encadrer les relations du professionnel au profane, qualité qui doit être reconnue aux acteurs publics en matière de financements structurés (c'est d'ailleurs la position adoptée par la Charte du 7 décembre 2009).

Saisie de cette question en matière de tromperie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a même jugé que le délit pouvait trouver à s'appliquer entre professionnels (Cass. crim., 4 nov. 2008, n° 07-88.007).

1) Le délit de tromperie

Réprimé par l'article L. 213-1 du Code de la consommation, le délit de tromperie requiert au rang de ses éléments constitutifs une condition préalable, tenant à l'existence d'un contrat, et un acte volontaire de tromperie portant sur les qualités substantielles des marchandises ou des prestations concernées.

Il est tentant de considérer d'emblée que le contrat de prêt satisfait à la condition préalable requise. Cette solution s'avère en réalité incertaine, au regard de la jurisprudence qui exclut traditionnellement de l'incrimination les droits de créance (Cass. crim., 5 déc. 1977, n° 77-90.232, Bull. crim., n° 382).

Sur le plan matériel, le délit de tromperie présente l'intérêt de se satisfaire, à la différence de l'escroquerie, d'un mensonge verbal (Cass. crim., 4 mai 1971, n° 69-92.886, Bull. crim., n° 132), écrit (Cass. crim., 17 oct. 1947, JCP G 1947, IV, p. 206 ; Cass. crim., 5 avr. 2005, n° 04-86.193) ou même d'une réticence (Cass. crim., 13 déc. 1993, n° 92-86.277), pourvu qu'ils portent sur les qualités substantielles de la prestation objet du contrat.

Or, la jurisprudence exclut traditionnellement de ces qualités substantielles le prix des prestations, au motif que la valeur « est exclue de l'énumération figurant à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, qui définit de façon limitative l'objet de la tromperie » (CA Paris, 13^e ch., 23 juin 2006, n° RG : 06/00005).

À supposer que le délit de tromperie puisse trouver application en matière de prêt, le taux d'intérêt pourrait être assimilé à un prix et exclu à ce titre des qualités substantielles du contrat. La jurisprudence ne s'est, à notre connaissance, pas encore prononcée sur ces différents points.

Dans l'affirmative, il conviendrait toutefois de considérer la dissimulation d'éléments de détermination du taux d'intérêt, par mensonge ou coupable omission, comme insusceptible de consommer le délit de tromperie.

La qualification de tromperie, quoique plus adaptée aux circonstances dans lesquelles les emprunts toxiques ont été souscrits, demeure donc d'application incertaine.

Aussi les infractions de publicité ou de pratiques commerciales trompeuses, selon que les faits concernés auront été commis avant ou après janvier 2008, semblent-elles présenter de plus sérieux gages d'applicabilité.

2) Le délit de publicité trompeuse

Ce délit était réprimé par l'article L. 121-1 du Code de la consommation jusqu'en

janvier 2008, date à laquelle il fut inclus dans l'incrimination plus large des pratiques commerciales trompeuses.

Par suite et sous réserve d'en réunir les éléments constitutifs, les circonstances de souscription des emprunts toxiques pourront relever du délit de publicité trompeuse s'ils sont antérieurs à janvier 2008 ou des pratiques commerciales trompeuses s'ils sont postérieurs.

Il n'est pas non plus inutile de relever que si la jurisprudence ne semble avoir à ce jour fait application du délit de publicité trompeuse en matière de prêts bancaires, elle a déjà pu le retenir pour des opérations comparables telles que :
- des offres de vente à crédit de biens immobiliers auprès « d'investisseurs aux moyens modestes dont la situation pouvait être compromise par des engagements présentés fallacieusement » (Cass. crim., 30 mai 1989, n° 88-81.183) ;
- des offres de placements financiers « sans risque » produisant un intérêt de 27 %, omettant toutefois de préciser que celui-ci n'était pas servi annuellement mais en trois ans (Cass. crim., 12 oct. 1994, n° 93-94.197).

Aussi peut-on s'autoriser à penser que le délit de publicité trompeuse pourrait trouver à s'appliquer à la souscription d'emprunts toxiques par des organismes non professionnels de cette matière. Sur le fond, le délit de publicité trompeuse requiert un acte de publicité présentant un caractère trompeur, s'agissant de l'un des éléments visés au texte d'incrimination.

L'acte de publicité, d'abord, s'entend de « tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé » (Cass. crim., 12 nov. 1986, n° 85-95.538).

Il en résulte que cet acte de publicité peut être verbal (CA Paris, 19 mars 1999, D. 1999, IR, p. 50) et consister en des documents commerciaux, tels que des bons de commande ou des factures (Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86.351 ; Cass. crim., 21 mai 1974, n° 72-91.375), l'existence d'une communication à destination du public n'étant pas requise (Cass. crim., 12 nov. 1986, préc.). À ce titre, l'ensemble des supports commerciaux de présentation des emprunts souscrits, échanges écrits, verbaux et autres propositions contractuelles formées à cette occasion pourront formellement constituer le support de l'infraction, dès lors qu'ils constituent le vecteur d'une information destinée au souscripteur.

Le caractère trompeur de l'acte pourra alors résulter d'indications « fausses » ou « de nature à induire en erreur », telles

qu'une omission (Cass. crim., 2 oct. 1985, n° 82-92-125, Bull. Crim. n° 290), l'utilisation de termes ou symboles trompeurs (Cass. crim., 22 déc. 1986, n° 86-90.366, Bull. crim., n° 383), une disproportion typographique entre les mentions attractives et restrictives (Cass. crim., 12 oct. 1994, n° 93-84.197), ou une présentation exagérément optimiste (CA Paris, 26 sept. 1991, D. 1992, somm. p. 342).

Dans ce cadre, la tromperie pourra s'exercer tant sur les qualités substantielles des prestations objet de la publicité que sur leur prix, conformément aux dispositions de l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Dénominations commerciales rassurantes, multiplication et mise en avant de données chiffrées et graphiques favorables et absence de mise en garde sur les risques d'évolution défavorable des taux : ces éléments pourront être évoqués à l'appui de la démonstration du caractère trompeur de la présentation de ces produits.

Nul doute que ce caractère trompeur sera âprement débattu devant le juge pénal ; en tout état de cause, la rectification ultérieure des informations fournies demeurera sans effet sur la constitution du délit s'agissant d'une infraction instantanée (Cass. crim., 30 mai 1989, n° 88-82.364, Bull. crim., n° 226).

Sur le plan intentionnel, le délit de publicité trompeuse se satisfait d'une faute d'imprudence ou de négligence (Cass. crim., 12 nov. 1997, n° 96-84.396, D. pén. 1998, comm. 24 ; Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82.218, Bull. crim., n° 245), voire même du seul fait de n'avoir « pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires » (Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-83.059).

Il est toutefois probable que le juge pénal serait amené à apprécier cette faute *in concreto*, au regard du niveau de compétence de la collectivité ou de l'organisme public concerné en matière de produits de financement.

3) Les pratiques commerciales trompeuses

Elles résultent de la nouvelle rédaction de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, qui réprimait jusqu'en janvier 2008 la seule publicité trompeuse ; il ne fait guère de doute que l'ancienne incrimination est incluse dans la nouvelle qui vise notamment les « *allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur (...) le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service* ».

Les comportements tombant sous le coup de l'article L. 121-1 ancien du Code de la consommation le demeure donc dans sa rédaction nouvelle, dont l'objet est d'embrasser l'ensemble des pratiques commerciales au sens de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005, savoir « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing (...) en relation directe avec la promotion la vente ou la fourniture d'un produit* ».

Aussi les documents publicitaires ou de présentation commerciale, ainsi plus généralement que l'ensemble des vecteurs oraux ou écrits d'information d'un sur les qualités substantielles ou le prix d'un produit ou d'une prestation, doivent-ils être qualifiés de pratiques commerciales au sens de ce texte.

De même, la jurisprudence rendue en matière de publicité trompeuse doit, *mutatis mutandis*, être appliquée aux pratiques commerciales trompeuses, notamment quant à leur matérialité dont la lettre même du texte indique qu'elle peut procéder de « *présentations fausses ou de nature à induire en erreur* ».

Les développements précédents concernant le délit de publicité trompeuse méritent donc d'être ici repris.

Tout au plus sera-t-il signalé que la question de l'application du délit aux victimes professionnelles est désormais définitivement tranchée par l'affirmative lorsque les pratiques commerciales concernées relèvent d'actes positifs.

II – LES ASPECTS PROCÉDURAUX DE L'ACTION PÉNALE

Au-delà des questions relatives à la mise en œuvre des poursuites, qui ne recèlent guère ici d'originalité, deux problématiques procédurales méritent une particulière vigilance : la prescription de l'action publique (A) et l'articulation des actions civiles et pénales (B).

A.– La prescription

Comme chacun le sait, l'action publique en matière correctionnelle se prescrit normalement par trois ans à compter de la date de commission des faits infractionnels.

En matière de publicité trompeuse – et donc de pratiques commerciales trompeuses, les deux qualifications n'ayant pas lieu de diverger sur ce point – la jurisprudence considère toutefois que le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Cass. crim., 4 nov. 2008, n° 08-81.618).

Au cas particulier de la souscription des emprunts structurés, il pourrait être ainsi soutenu que le rapport national de la Cour des comptes en a révélé « l'opacité » et le caractère risqué au regard de la « volatilité » des marchés dès février 2009 (Rapp., C. comptes, 2009, p. 258) ; selon cette thèse, la prescription de l'action publique serait alors acquise depuis février 2012.

Cet argument est toutefois difficilement compatible avec la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, dont il ressort que la prescription ne peut commencer de courir « *tant que les victimes (n'ont) pas été en mesure de constater le défaut de conformité entre ce qui était promis et ce qui était réalisé* » (Cass. crim., 20 févr. 1986, n° 85-91.357).

L'émergence d'un débat national sur le financement des collectivités locales ne peut en effet être considérée comme la révélation immédiate et immanente des actes de tromperie dont les collectivités et autres organismes publics pourraient avoir été victimes.

Ce ne sera bien souvent qu'à la suite d'un audit, d'un contrôle de la chambre régionale des comptes ou d'un organisme de tutelle, voire parfois des premiers appels d'intérêts à des taux dégradés, que les caractéristiques réelles des emprunts souscrits seront révélées et comparées à la présentation qui en avait été faite lors de leur souscription.

C'est cette date qu'il conviendrait alors en toute logique de retenir comme point de départ du délai triennal de prescription.

B.– L'articulation des actions civiles et pénales

L'articulation des actions civiles et pénales portant sur de mêmes faits est gouverné par le principe de non division des recours – *electa una via* – consacré par l'article 5 du Code de procédure pénale. Ainsi, la victime de faits constitutifs d'un délit n'est plus recevable à porter ses demandes indemnitaires devant le juge pénal si elle en a déjà saisi le juge civil ; elle est en revanche toujours admise à quitter la voie pénale pour la voie civile. Ce principe ne trouvera toutefois à s'appliquer que si les deux actions présentent une stricte identité d'objet, de cause et de parties (Cass. crim., 11 janv. 2005, n° 04-82.934), ce qui ne sera pas le cas si l'instance civile porte sur la nullité, la résolution ou la résiliation d'un contrat (Cass. crim., 13 mai 2003, n° 02-87.714 ; Cass. crim., 4 mai 2006, n° 05-81.530), ou encore sur la réparation d'un préjudice matériel si l'action pénale porte sur la réparation d'un préjudice moral (Cass. crim., 10 mars 2004, n° 02-85.285, Bull. crim., n° 64). ♦