

## 2339 La sécurisation des emprunts structurés souscrits par les personnes morales de droit public

Après avoir connu une première censure du Conseil constitutionnel dans sa version originale, la nouvelle mouture du projet de loi relatif à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public a été définitivement adoptée le 29 juillet 2014.

Ce texte (n° 2014-844), publié au *Journal officiel* le 30 juillet, permet la validation rétroactive de l'absence ou de l'erreur de taux effectif global, de taux de période et de durée de période dans les contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public.

Il prive ainsi les personnes morales de droit public, en cours de litige, d'un des moyens de contester la validité de leurs emprunts souscrits pourtant avant sa publication au motif que ces mentions impératives seraient absentes ou erronées.

L. n° 2014-844, 29 juill. 2014 ; JO 30 juill. 2014 ; JCP A 2014, act. 658

### NOTE

#### 1. Un objectif affiché de préservation des intérêts financiers de l'État

L'objectif de cette loi de validation est de conduire les juridictions à écarter les moyens jusqu'alors soulevés par les emprunteurs et tendant à la remise en cause des stipulations d'intérêts figurant dans leurs engagements en application des articles L. 313-1 et L. 313-2 du Code de la consommation et de valider ainsi, rétroactivement, des contrats de prêts dont les dispositions étaient, jusqu'à présent, entachées de nullité.

Cette volonté des pouvoirs publics a été expressément exprimée lors de la rédaction de ces dispositions législatives.

En effet, le Gouvernement a affirmé vouloir mettre un terme aux décisions favorables aux collectivités rendues sur le fondement de la réglementation du TEG qui avaient été amorcées par les jugements du TGI de Nanterre du 8 février 2013.

Le but poursuivi par cette validation législative est d'ainsi éviter que de telles décisions se généralisent et entraînent une « charge pour les finances publiques très importante liée à la recapitalisation de certains des établissements bancaires concernés (DEXIA et la société de financement local SFIL) dont l'État est actionnaire, ainsi que d'une perturbation du financement des collectivités locales et de l'ensemble de l'économie française compte tenu de son ampleur ».

Les motifs invoqués – une perte de l'ordre de 17 milliards d'euros – et l'ingérence de l'État – indirectement partie dans la plupart des litiges via sa participation dans DEXIA s'exposent à une critique nourrie.

#### 2. Une loi de validation déclarée conforme à la Constitution

Saisi d'un recours contre ces nouvelles dispositions, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2014-695 du 24 juillet 2014, validé le texte législatif, considérant que ce dernier permettait de « prévenir les conséquences financières directes ou indirectes, pouvant excéder dix milliards d'euros, résultant de la généralisation des solutions

retenues par le tribunal de grande instance de Nanterre dans deux jugements du 8 février 2013 et du 7 mars 2014 ».

La Haute Juridiction a jugé que, « eu égard à l'ampleur des conséquences financières qui résultent du risque de la généralisation des solutions retenues par les jugements précités, l'atteinte aux droits des personnes morales de droit public emprunteuses est justifiée par un motif impérieux d'intérêt général ».

Les dispositions du projet de loi dite de sécurisation des emprunts structurés souscrits par les personnes morales de droit public modifiant rétroactivement les textes jusqu'alors applicables, afin que l'absence ou le caractère erroné des mentions impératives du TEG et des taux et durée de période ne soit plus un motif efficace de nullité des stipulations d'intérêts énoncées aux contrats, dans le but de préserver les finances de l'État, ont ainsi été jugées conformes à la Constitution.

Pour autant, elles n'échappent pas à la critique.

#### 3. Une loi de validation toutefois critiquable au regard de la Convention EDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Bien au contraire, le caractère rétroactif de cette loi de sécurisation des emprunts structurés souscrits par les acteurs publics apparaît manifestement contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH) et à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

En effet, ce texte porte atteinte à des intérêts juridiquement protégés par l'article 6 §1 de la Convention EDH qui garantit le droit à un procès équitable et son Premier protocole additionnel qui garantit le respect des biens et notamment celui du droit de propriété, les droits des acteurs publics auxquels cette validation législative a porté atteinte étant considérés comme un droit de propriété de ces derniers.

La Cour européenne a posé un principe général de non immixtion du pouvoir législatif dans le déroulement des instances judiciaires, lequel a d'ailleurs connu plusieurs applications dans des hypothèses similaires de lois de validation.

Les décisions rendues par la Cour dans de telles affaires révèlent, en effet, une réticence certaine de cette dernière à l'égard de ces lois

qu'elle qualifie expressément « *d'ingérence du pouvoir législatif dans l'exercice des prérogatives de l'autorité judiciaire* » (CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, *Legrand c/ France*).

Cette construction jurisprudentielle a conduit à conditionner la validité des lois de validation à l'existence d'une justification fondée sur une exigence d'un intérêt général suffisant.

La Cour européenne censure toute loi de validation dont l'objet ne serait pas justifié par « *d'impérieux motifs d'intérêt général* ».

Ce principe s'impose à toutes dispositions législatives ayant vocation à s'appliquer rétroactivement et, cela, même si ces dernières ont été jugées conformes à la Constitution. La CEDH est libre de déclarer non conventionnelle une loi préalablement déclarée conforme à notre texte fondamental par le Conseil constitutionnel.

Plusieurs décisions, rendues au double visa de l'article 6 § 1 de la Convention EDH et de son Premier protocole additionnel, ont ainsi censuré, dans un contexte jurisprudentiel absolument similaire à celui de la loi de sécurisation des emprunts structurés souscrits par des personnes morales de droit public, des lois de validation pour défaut d'impérieux motifs d'intérêt général en justifiant les dispositions.

À cet égard, il est alors constant que, au sens de la Cour, « *le seul intérêt financier de l'État ne permet pas de justifier l'intervention rétroactive d'une loi de validation* » (CEDH, 28 oct. 1999, n° 24846/94, *Zielinski et Pradal c/ France et CEDH*, 23 juill. 2009, aff. 30345/05, *Joubert c/ France : Dr. fisc. 2009, n° 38, comm. 474*).

Un intérêt financier, de surcroît hypothétique (le montant de 17 milliards d'euros invoqué a déjà été réduit et il ne s'agit de toute façon que d'un manque à gagner et non d'une perte possible), ne saurait en effet être constitutif d'un motif impérieux d'intérêt général pour justifier le caractère rétroactif d'une loi.

Dès lors, le caractère rétroactif de la loi de sécurisation des emprunts structurés souscrits par les personnes morales de droit public apparaît totalement injustifié.

#### 4. L'absence de « motifs impérieux d'intérêt général », critère nécessaire pour déroger au principe de non rétroactivité de la loi

En effet, comme l'ont admis le Gouvernement et le Conseil constitutionnel eux-mêmes, l'intérêt poursuivi par cette loi de validation réside exclusivement dans la préservation du budget de l'État au travers de ses intérêts financiers dans les établissements bancaires DEXIA et SFIL.

La finalité poursuivie par la promulgation de ce texte est de remédier au risque encouru par l'État d'être contraint à la recapitalisation de DEXIA et de la SFIL, qui, selon le Gouvernement, pourrait correspondre à un risque financier de l'ordre de 17 milliards d'euros, évaluation qui est d'ailleurs erronée.

Il ne saurait donc être interprété autrement qu'en une ingérence des pouvoirs publics dans l'exercice des droits que les requérants pouvaient faire valoir en vertu de la loi et de la jurisprudence en vigueur et, donc, de leur droit au respect de leurs biens et, ce, pour des considérations exclusivement financières d'une des parties au litige via sa participation au capital de la banque.

Ces dispositions législatives apparaissent ainsi contraires à la Convention EDH.

Cette appréciation est d'ailleurs confortée par un arrêt rendu par la Cour européenne dans la cadre du contentieux dit « des tableaux d'amortissement » le 18 avril 2006 (CEDH, 18 avr. 2006, n° 66018/01, *Vezone c/ France*).

Il s'agissait d'un contentieux de masse, identique à celui relatif à l'absence ou à l'erreur de TEG, dans lequel des emprunteurs reprochaient à leur banquier prêteur d'avoir été négligeant en ne joignant pas un tableau des amortissements à l'offre préalable de prêt en violation de l'article L. 312-8 du Code de la consommation. Sur ce fondement, ils sollicitaient alors la déchéance de la banque de ses droits à intérêts conformément à une solution dégagée par la Cour de cassation. Alors que les contentieux étaient toujours en cours, le Parlement français avait adopté la loi du 12 avril 1996, dont l'article 87-I réputait régulières les offres de prêts émises avant 1995, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée.

Amenée à se prononcer sur la conventionalité de ces dispositions législatives, la Cour a réaffirmé le principe général d'exigence d'impérieux motifs d'intérêt général, et précisé à ce sujet qu'un « *motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative* » et qu'en conséquence le Gouvernement français ne pouvait invoquer une prétendue « *nécessité de sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire* ».

L'analogie avec la loi de validation relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public est incontestable.

#### 5. La contestation de la loi de validation est conduite devant les juridictions nationales

Ainsi, par le jeu de l'exception d'inconventionnalité soulevée par une partie, les juridictions judiciaires et administratives nationales seront amenées à se prononcer sur la validité de ce texte et, le cas échéant, à écarter l'application des dispositions non conformes à la Convention EDH aux contentieux en cours.

En effet, le contrôle de conventionalité, parfaitement distinct du contrôle de constitutionnalité, est dévolu aux juges internes.

Ces derniers sont ainsi compétents pour contrôler la validité des dispositions législatives qui leur sont soumises et en écarter l'application en cas de non-conformité à la Convention EDH ou à la jurisprudence de la Cour européenne, que celles-ci aient ou non été préalablement jugées constitutionnelles par le Conseil.

Bien plus, les juridictions nationales sont tenues d'appliquer directement la Convention EDH telle qu'elle est interprétée par la Cour et, au besoin, de faire prévaloir celle-ci sur la loi nationale examinée.

Ainsi, la contestation fondée de la loi de validation peut s'inscrire dans le cadre des litiges en cours portés devant les juridictions nationales, sans avoir à engager une procédure distincte qui aurait pour effet de ralentir ou de suspendre le calendrier des affaires.

#### 6. Un impact limité sur les contentieux en cours

L'impact de la loi de validation sur les contestations des contrats de financement structurés doit être considéré avec mesure.

Si cette loi affecte pour l'instant les demandes fondées sur le non-respect de la réglementation du taux effectif global et, en conséquence, la solution admise jusqu'ici qui était que les acteurs publics pouvaient légitimement espérer une annulation de la clause de stipulation d'intérêts, il demeure que les contestations fondées sur le non-respect par les banques des obligations d'information et de mise en garde gardent tout leur sens.

Pour l'instant, les juridictions françaises n'ont pas souvent eu l'occasion de se prononcer sur ces griefs dans les litiges entre les acteurs publics et les banques portant sur les prêts qualifiés de « toxiques », à l'instar des tribunaux étrangers, puisque chaque fois que la violation

des règles légales concernant le TEG était établie, celle-ci était présentée comme demande principale.

Il demeure que les actions engagées qui se fondent également sur les principes légaux en matière de responsabilité et de vice du consentement et la jurisprudence bien établie qui en découle doivent pouvoir aboutir dans les prochains mois à des décisions qui devraient s'inscrire dans la tendance générale de la jurisprudence dégagée tant en France qu'à l'étranger.

Or, la perspective proche de la date limite de dépôt des demandes auprès du Fond de soutien aux collectivités crée une pression supplémentaire dont certaines banques n'hésitent pas à profiter pour proposer des refinancements rapides dans le cadre d'une solution transactionnelle mettant fin au litige immédiatement.

Dans ce contexte, il importe de garder tout le discernement nécessaire pour apprécier s'il est opportun, au cas par cas, de quitter le financement litigieux, selon les tendances des marchés et en fonction des besoins réels de flux nouveaux ; en effet, une précipitation peut

aboutir à un refinancement définitif qui va générer des charges importantes pour la collectivité qui devra prendre en charge l'indemnité de résiliation anticipée – du moins, une grosse partie – si cette résiliation intervient à un moment peu défavorable pour les indices considérés.

Ainsi, si l'on cède aux sirènes, l'effet conjugué de la loi de validation et du calendrier du dépôt des dossiers auprès du Fond de soutien peut anéantir, comme une aubaine pour certaines banques, les efforts déployés par les acteurs publics pour résister hier aux propositions de refinancement inacceptables et tenter d'obtenir la reconnaissance d'un préjudice considérable causé par des agissements largement dénoncés.

Danielle DA PALMA,  
*avocat à la Cour*  
Marine-Aurore HOUCKE,  
*avocat à la Cour*

**MOTS-CLÉS :** *Budget / Finances / Fiscalité - Emprunt structuré*