



HAL
open science

Les prêts toxiques soumis au contrôle du juge judiciaire.

Didier Valette

► **To cite this version:**

Didier Valette. Les prêts toxiques soumis au contrôle du juge judiciaire.. Gazette du Palais, 2016, n°11, pp.13. hal-02319990

HAL Id: hal-02319990

<https://uca.hal.science/hal-02319990>

Submitted on 18 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les prêts toxiques soumis au contrôle du juge judiciaire

Didier VALETTE, Directeur du master droit et fiscalité de l'entreprise GEFIRE

Ecole de droit – Université Clermont Auvergne

Centre Michel de l'Hospital - EA 4232

La décision de la Banque Nationale Suisse (BNS) d'abandonner, en janvier 2015, le soutien du taux de change du franc suisse contre l'euro¹ a ravivé l'inquiétude des élus et des citoyens quant à la situation des collectivités publiques qui ont eu recours aux emprunts structurés. En effet, des collectivités locales, mais aussi des hôpitaux, ont souscrit des emprunts *dits structurés* dont les formules de calcul des intérêts se sont avérées particulièrement pénalisantes pour les emprunteurs, certains voyant leur taux s'envoler au-delà des 60 % l'an ! Ces prêts ont, dans l'immense majorité des cas, été accordés par des établissements de crédit à capitaux publics (Dexia, puis la SFIL², se substituant à Dexia à l'issue de sa retentissante défaillance en 2013). D'autres l'ont été par des établissements de crédit à privés français (Caisses d'Épargne, Natixis...) ou étrangers (DEPFA, RBS...).

Dès 2011, des collectivités publiques³ engageaient des procédures pour contester le fondement juridique de la méthode de calcul des intérêts. Face à ces difficultés et à un abondant contentieux naissant, le Gouvernement mettait en place, fin 2013, un fonds de soutien pour permettre aux collectivités de financer la renégociation des emprunts contestés⁴. Ce fonds, abondé à hauteur de 1,5 milliard d'euros sur quinze ans – pour moitié par les banques et pour moitié par l'État – est destiné à financer en partie le coût d'éventuelles renégociations des encours des collectivités auprès des prêteurs.

En juillet 2014⁵, une loi de validation rétroactive des emprunts structurés à risque était votée, pour inciter les collectivités à engager des négociations avec les établissements prêteurs, la loi n'ayant pour autre objet que d'empêcher les collectivités de soulever un moyen de droit pour contester le montant des intérêts devant un tribunal⁶.

L'abandon de la politique de change de la BNS ayant eu pour effet de faire flamber les taux des prêts structurés, la question de la stratégie juridique a été ravivée, et les professionnels du droit n'ont pas manqué de rappeler les enjeux en la matière⁷. Aussitôt, la Fédération Hospitalière de France (FHF), annonçait qu'elle avait adopté sa stratégie juridique⁸, en envisageant une action judiciaire de grande ampleur pour contester les prêts indexés sur le franc suisse. S'en suivit une décision conjointe des ministres de la Santé et de Bercy de porter à 400 millions d'euros sur dix ans le fonds de soutien aux hôpitaux fragilisés par des emprunts toxiques.

¹ Communiqué BNS, 15 janv. 2015, <http://tinyurl.com/qj6danl>

² La Société de Financement Local (SFIL) est une banque publique dont l'État est l'actionnaire de référence, à hauteur de 75 %, aux côtés de la Caisse des Dépôts et Consignations (20 %) et de La Banque Postale (5 %).

³ Fin 2014, on estimait à 450 le nombre de contentieux en cours.

⁴ L. n° 2013-1278, 29 déc.2013 (loi de finances pour 2014), art. 92 : JORF, 30 déc. 2013, p. 21829.

⁵ Loi n° 2014-844, 29 juill. 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public : JORF, 30 juill. 2014.

⁶ *Infra*, § B.

⁷ Houdart et associés, 20 janv. 2015 <http://tinyurl.com/1787as5>.

⁸ « Délibération du conseil d'administration de la FHF », *Les Echos*, 28 janv. 2015.

Pour faire face à l'augmentation des risques, consécutive à l'envolée du franc suisse, les pouvoirs publics ont par ailleurs décidé de doubler l'enveloppe du fonds de garantie mis en place au profit des collectivités locales, pour la porter à 3 milliards d'euros sur quinze ans. Au 30 avril 2015, 676 collectivités avaient déposé un dossier⁹ auprès de ce fonds de soutien (1 163 prêts pour un encours de 6,7 milliards d'euros).

Il est dès lors apparu fondamental pour ces collectivités d'examiner les différents argumentaires juridiques susceptibles de prospérer devant le juge, avant de négocier et accepter les termes d'un accord transactionnel mettant définitivement un terme à toute chance de succès juridictionnel.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, il semblerait que les dossiers judiciaires prennent du retard dans leur traitement. Selon certains avocats, les tribunaux attendent de connaître l'aboutissement des négociations entre les collectivités locales, l'État et les banques dans le cadre de l'aide du fonds de soutien avant de poursuivre les procédures, ce qu'aurait d'ailleurs confirmé le TGI de Nanterre qui ne devrait tenir aucune audience avant, au mieux, mars 2016¹⁰.

C'est dans ce contexte que nous nous proposons de faire un point sur le positionnement des tribunaux, relativement aux principaux argumentaires juridiques des collectivités¹¹, lesquels connaissent un succès variable, comme nous allons le voir au travers de l'analyse de la petite vingtaine de décisions rendues à ce jour. Il ressort de leur examen que les *emprunts structurés* sont soumis au droit commun des contrats (A) mais qu'ils relèvent aussi des dispositions spéciales applicables en matière de crédit (B).

I. – Des contrats soumis au droit commun

Contrats de droit privé – Les contentieux relatifs à la formation et à l'exécution de ces contrats de financement, quoique souscrits par des collectivités publiques, relèvent en principe de la compétence du juge judiciaire. En effet, ces contrats sont des contrats de droit privé en tant qu'ils ne comportent pas de clauses exorbitantes de droit commun¹² et qu'ils ne constituent pas l'accessoire d'un contrat administratif¹³. Sous réserve de l'appréciation de leur qualification au regard de ces critères, qui ne peut s'opérer qu'au cas par cas, on conviendra que les contrats objets de la présente étude relèvent de la catégorie des contrats de droit privé, soumis au contrôle du juge judiciaire.

C'est donc devant les tribunaux civils qu'un premier groupe d'arguments a pu être exposé aux juges, sans toutefois connaître de succès particulier. Essentiellement fondés sur des règles de droit commun, telles que celles relatives aux vices du consentement, ou encore aux questions de capacité et de pouvoir, ils sont jusqu'à ce jour systématiquement écartés.

Mécanisme des emprunts structurés – En règle générale, ces contrats de financement consistent en des prêts à *barrière désactivante* dont le taux est réexaminé annuellement, par référence à l'évolution d'un indice¹⁴.

Le *taux de base* (TB) prévu au contrat reste fixe tant que l'indice de référence choisi se maintient au-dessus d'un seuil prédéfini, par exemple une parité de change, autrement désignée *parité barrière* (PB). En cas de

⁹ L'intervention de ces fonds de soutien est conditionnée à l'acceptation d'une transaction par laquelle la collectivité doit renoncer à toute action judiciaire.

¹⁰ F. Proux, « Emprunts toxiques : le fonds de soutien retarde les procédures judiciaires », *La Gazette des communes*, 8 déc. 2015.

¹¹ Ils avaient déjà fait l'objet d'une première étude en 2013, au moment de l'explosion du phénomène des contentieux des emprunts structurés : J.-L. Vasseur et D. Da Palma, « Les recours contre les emprunts « toxiques » » : JCP A 2013.

¹² Est considérée comme telle, une clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'elle relève du régime exorbitant des contrats administratifs, TC, 15 oct. 2014, n° 3963, SA AXA France IARD.

¹³ L. Levoyer, « Emprunts locaux » : JCl. Droit administratif, fasc. n° 127-50, nos 32 et 53.

¹⁴ J.-P. Wacker, *Les emprunts structurés, typologie et risques pris*, chambre régionale des comptes d'Alsace, nov. 2012.

franchissement de la barrière à la baisse, le *taux de base* (TB) est remplacé par un nouveau taux, le *taux indexé* (TI), calculé à partir d'une formule mathématique à effet exponentiel, où l'on prend en compte le *taux de base*, une majoration éventuelle du TB (M), ainsi que d'une augmentation calculée par l'application d'un coefficient (CO) à la différence entre le rapport *parité barrière* (PB)/*parité nouvelle* (PN) et 1.

La formule de calcul peut être exposée comme suit : $TI = TB + M. + [CO * \{(PB/PN) - 1\}]$.

Dans les contrats et les documents financiers établis par les prêteurs, les caractéristiques du prêt sont exprimées de la façon suivante : TB-M-CO-PB. Ainsi, pour un prêt EUR/CHF (3,38-1,6-50-1,44), le taux d'intérêt est recalculé lorsque la parité EUR/CHF passe sous le seuil de 1,44. Si la *parité nouvelle* est de 1,20, le nouveau taux de l'emprunt est égal à : $3,38 + 1,60 + [50 * \{(1,44/1,2) - 1\}]$, soit 14,98 %.

Jusqu'au 15 janvier 2015, la BNS contenait le taux de change EUR/CHF au-dessus de 1,20. Sa décision d'abandonner son intervention sur le marché des changes a entraîné une hausse violente du franc suisse contre l'euro, le taux de change étant descendu sous la barre de 1 pendant une dizaine de jours, pour revenir se stabiliser autour de 1,08 depuis.

Illustration du facteur exponentiel de la formule de calcul pour le prêt EUR/CHF (3,38-1,60-50-1,44) :

Ancien taux de change	Nouveau taux de change	Variation du taux de change	Ancien taux d'intérêt	Nouveau taux d'intérêt	Variation du taux d'intérêt
1,2	1,16	3,33 %	14,98 %	17,04 %	+13,81 %
1,2	1,12	6,67 %	14,98 %	19,26 %	+28,61 %
1,2	1,08	10,00 %	14,98 %	21,64 %	+36,41 %
1,2	1,04	13,33 %	14,98 %	24,21 %	+61,62 %
1,2	1,00	16,67 %	14,98 %	26,98 %	+80,11 %

Contrats de prêts spéculatifs – On ne peut faire l'économie de la recherche de qualification des opérations de financement litigieuses : contrats de prêts d'argent ou instruments financiers ? De prime abord, la réponse ne semble pas aisée, car beaucoup de contrats consistent en « l'association d'un emprunt et d'un ou plusieurs produits dérivés, sous la forme le plus souvent d'une vente d'option[s] par l'emprunteur »¹⁵. Toutefois, l'objet principal de l'opération étant de prêter une somme d'argent, il ne s'agit ni d'un titre financier, destiné à financer l'émetteur¹⁶, ni d'un contrat financier figurant à l'article D 211-1 A du Code monétaire et financier. L'opération doit être appréciée globalement comme un prêt d'argent, le mécanisme de calcul de la rémunération, pourtant emprunté à la technique des instruments financiers à terme IFT, n'en constituant que l'accessoire.

C'est d'ailleurs la qualification retenue par la charte *Gissler*, signée en décembre 2009¹⁷, et dont l'objet est bien de reconnaître la particularité des *prêts structurés*. C'est aussi celle de la loi du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des *contrats de prêts structurés* dont la vertu serait de valider rétroactivement des contrats de prêt ne respectant pas l'obligation d'indication du TEG.

¹⁵ Les risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunt, rapp. Cour des comptes 2009, p. 254.

¹⁶ H. Causse, *Droit bancaire et financier*, éd. Direct Droit, 2015, n° 664.

¹⁷ Charte de bonne conduite entre les établissements bancaires et les collectivités locales, déc. 2009 <http://tinyurl.com/kqmb3s8>.

Le concept de spéculation est assez poreux, car stipuler une clause de variabilité de taux n'est rien d'autre que spéculer sur une espérance d'économies, pour l'emprunteur.

L'autre enjeu de la recherche de qualification est celui de la reconnaissance de l'éventuel caractère spéculatif de l'opération, puisque les collectivités publiques ne peuvent intervenir que dans le cadre strict de l'intérêt général, à l'exclusion de toute opération ayant un objet ou un effet spéculatif¹⁸ : « L'engagement des finances 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 local »¹⁹.

Il faut bien admettre que le concept de spéculation est assez poreux, car stipuler une clause de variabilité de taux n'est rien d'autre que spéculer sur une espérance d'économies, pour l'emprunteur bien sûr. *On ne sait pas qualifier la spéculation*²⁰.

Toutefois, la doctrine et la jurisprudence s'attachent à rechercher si l'opération qui présente un risque de taux ou de change est causée. Ainsi, la souscription isolée d'un contrat de *swap* présente assurément un caractère spéculatif²¹. Lorsque l'emprunteur n'a aucune raison de se prémunir contre un risque de change, la souscription d'un emprunt dont le mécanisme de taux fait référence à une devise constitue indiscutablement une prise de position spéculative²². Il n'entre pas dans les attributions d'une collectivité publique de s'engager dans un *swap* de devise qui ne serait pas destiné à couvrir un risque de change²³.

En d'autres termes, rien n'interdit à une collectivité de recourir à un instrument financier à terme (*swap*, *FRA*, contrat d'option...), à condition que le risque ne soit pas généré par l'instrument lui-même, et que son emploi soit justifié par la couverture d'un risque principal. Ainsi, on admet aisément qu'un *swap* de devises CHF/EUR puisse être utilisé pour couvrir le risque de change d'une opération impliquant directement ou indirectement l'utilisation de la devise helvète. De la même façon, couvrir le risque de taux d'un contrat de financement à long terme peut légitimer la mise en place d'une formule de révision du taux impliquant une référence aux marchés de taux.

À défaut d'une telle causalité, comment comprendre qu'un prêt d'argent, destiné à satisfaire les besoins de trésorerie ou d'investissement d'une commune d'Auvergne ou de Bretagne, puisse voir son taux révisé par référence aux évolutions du taux de change entre l'euro, monnaie du contrat, et le yen, le dollar ou le franc suisse ?

Comment justifier le mécanisme d'effet de levier de la formule de révision du taux qui, comme nous l'avons montré en introduction, se traduit par un décalage exponentiel entre la variation du taux de change et celle du taux du prêt ?

Les aménagements contractuels des contrats de prêt, que ce soit par la référence à une devise étrangère sans rapport avec l'opération financée, ou par la mise en place d'une formule de révision à effet de levier, font de ces financements des opérations hautement spéculatives qui n'entrent pas dans le champ des prérogatives de collectivités locales, car contraires à l'intérêt général local.

¹⁸ L. Levoyer, *op. cit.*, n° 44.

¹⁹ Circ. NOR : IOCB1015077C, 25 juin 2010, p. 13.

²⁰ H. Causse, *op. cit.*, n° 792.

²¹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, LexisNexis, 2015, n° 1197 : Enfin, la spéculation intervient. L'opérateur anticipe certaines évolutions de taux ou de cours et cherche à en tirer profit.

²² J.-P. Wacker, *op. cit.*

²³ TGI Paris, 24 nov. 2011, confirmé par CA Paris, 4 juill. 2012, n° 11/21801, Banque RBS c/ Saint-Etienne.

À ce jour, seul le TGI de Nanterre²⁴ a été amené à s'interroger sur la licéité des prêts structurés au regard de ces éléments, mais pour rejeter l'argumentation de la collectivité emprunteuse, au motif que le préfet n'avait pas cru bon devoir soumettre le financement au contrôle du juge administratif.

Il n'empêche que le particularisme de ces prêts induit des obligations spécifiques à la charge des banquiers prêteurs, solution acquise de longue date tant en doctrine qu'en jurisprudence. Les opérations comportant un risque de change impliquent en effet un devoir de mise en garde accru au profit de l'emprunteur²⁵. L'étendue de cette obligation s'appréciera au regard de la qualité, du degré d'expérience du client, et de la complexité de l'opération²⁶.

Prêts toxiques et vices du consentement – Il est inutile d'insister sur la règle en vertu de laquelle le consentement des parties au contrat de prêt ne doit pas avoir été vicié à sa formation²⁷. L'emprunteur ne saurait voir son consentement emporté par la conviction erronée qu'il se fait de la nature et de la portée de ses engagements, que cette erreur soit ou non provoquée. Particulièrement, le banquier doit agir loyalement de sorte à ce que l'emprunteur puisse exprimer un consentement réel, libre et exempt de vices²⁸. Toutefois la démonstration est délicate à faire prospérer en raison du niveau d'exigence du juge au regard de la preuve de l'erreur ou de celle des manœuvres dolosives²⁹.

C'est ainsi que le conseil général de Seine Saint-Denis a vu sa demande en nullité rejetée, au motif que la preuve de l'erreur n'était pas rapportée, le tribunal ayant constaté que la collectivité avait régulièrement recours aux emprunts structurés, voire à des contrats de *swap*, depuis 1997. Elle ne pouvait donc ignorer la vraie nature et les effets du contrat dont la rémunération variait en fonction de la parité entre la livre sterling et le yen³⁰.

En 2015, toujours devant le TGI de Nanterre, une commune a tenté, sans succès, d'invoquer le dol pour faire constater la nullité d'un contrat de prêt EUR/CHF. Les magistrats, après un examen approfondi des conditions de la négociation du contrat, ont écarté la demande de la collectivité aux motifs que l'intention de tromper et le caractère déterminant des manquements allégués par la commune ne sont pas suffisamment caractérisés et qu'ainsi, le manque d'information et de mise en garde de la banque, pour ne pas être infondé, ne saurait être assimilé à une manœuvre dolosive³¹.

On le voit, la difficulté est d'établir la preuve du vice du consentement, preuve dont la consistance reste soumise à l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation du juge. Sur ce point, il faut bien constater l'embarras de ce dernier, à la lecture de certaines décisions. Un petit rien suffirait à emporter sa conviction alors qu'il écrit : « La fausse allégation des défenderesses montre par conséquent, pour le moins, que la formule de calcul du taux est sujette à interprétation, ce qui est un facteur incontestable de complexité (...) la banque n'apporte donc pas la preuve qui lui incombe de la remise à la commune d'un test de sensibilité de nature à l'alerter sur les risques d'augmentation du taux d'intérêts (...) la présentation du taux de barrière retenu comme étant un profil sécurisé était certes un pari optimiste mais pas un mensonge. Au sujet du caractère potentiellement illimité du taux d'intérêt, le juge relève que même le test de sensibilité invoqué par la banque et dont elle ne prouve au demeurant pas la réception par la commune, ne permet

²⁴ TGI Nanterre, 8 févr. 2013, n° 11/03778, Département de Seine Saint-Denis c/ Dexia Crédit Local.

²⁵ C. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.* nos 298, 300 et 536.

²⁶ *Infra*, § B.

²⁷ C. civ., art. 1109 et s.

²⁸ C. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 529.

²⁹ C. civ., art. 1110 et 1116.

³⁰ TGI Nanterre, 8 févr. 2013, préc.

³¹ TGI Nanterre, 29 juin 2015, n° 11/07236, Commune de Saint Cast le Guildo c/ Dexia et Caffil.

pas de présenter cet inconvénient et d'expliquer l'effet de levier »³². Le juge n'a certainement pas tiré toutes les conséquences de ses propres constatations³³.

Attention toutefois au piège de la prescription³⁴, l'action en nullité pour dol étant soumise à la prescription de droit commun de cinq ans, qui court à compter du jour de la découverte de la cause de nullité³⁵. L'événement déclenchant n'est pas le simple soupçon ou la crainte d'avoir commis l'erreur, mais bien la prise de conscience de la probabilité de l'existence du vice, par exemple consécutive au premier rendez-vous chez l'avocat³⁶. Stratégiquement, les emprunteurs auraient donc intérêt à assigner à titre conservatoire pour interrompre le délai de prescription, même dans l'hypothèse où ils seraient tentés par une négociation en vue d'une transaction, comme les y invitent les pouvoirs publics depuis la mise en place des fonds de soutien. Car si le délai peut être suspendu par le recours à une médiation, une conciliation, ou une procédure participative³⁷, la simple entrée en pourparlers, hors ces cadres processuels, n'a pas d'effet sur le cours de la prescription³⁸.

II. – Emprunts toxiques et droit du crédit

Des arguments, empruntés au domaine du droit du crédit, ont pu prospérer devant plusieurs juridictions, amenées à examiner les hypothèses de mise en jeu de la responsabilité des banquiers prêteurs pour manquement à leurs obligations d'information et de conseil, alors que d'autres ont été invitées à apprécier la conformité des opérations de financement à la réglementation applicable en matière de TEG.

La Cour de cassation se fait de plus en plus exigeante à l'égard de des établissements de crédit lorsqu'ils financent des opérations au profit d'emprunteurs non professionnels non avertis

Les obligations d'information et de conseil de la banque – La question du renforcement des obligations du banquier dispensateur de *prêts structurés* n'est pas nouvelle. Dès 2009, la doctrine avait mis l'accent sur la nécessité pour le prêteur d'adapter sa posture face à des emprunteurs non avertis³⁹. Il faut ensuite rappeler que la charte *Gissler* a affirmé le principe selon lequel les établissements bancaires reconnaissent le caractère de non professionnel financier des collectivités territoriales dans leurs relations avec les banques. Les collectivités bénéficient donc des mêmes garanties que tous les clients non professionnels, emprunteurs non avertis, telles que définies par la loi et la jurisprudence.

La Cour de cassation, en matière de responsabilité des établissements de crédit, se fait de plus en plus exigeante à l'égard de ces derniers, lorsqu'ils financent des opérations au profit d'emprunteurs non professionnels non avertis : « la banque a l'obligation d'éclairer le client sur l'adéquation des risques

³² TGI Nanterre, 29 juin 2015, préc.

³³ L'affaire est actuellement examinée par la cour d'appel de Versailles.

³⁴ TGI Paris, 7 janv. 2016, *Commune de Laval c/ DEPFA* : le juge écarte la demande en nullité au motif que la prescription a été acquise pour un contrat de *Snup* ; « Emprunts toxiques : Laval gagne face à DEPFA », *La Gazette des communes*, 12 janv. 2016.

³⁵ Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, 12-20816 : Bull. civ. I, n° 172 : L'action en nullité pour dol a pour point de départ le jour où le cocontractant a découvert l'erreur qu'il allègue.

³⁶ P.-Y. Gautier, « Le rendez-vous chez l'avocat : point de départ de la prescription de l'action en nullité pour dol » : RTD civ. 2013, p. 856.

³⁷ C. civ., art. 2238.

³⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2014, n° 13-13406.

³⁹ C. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.* n° 536.

couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, sans que la remise d'une notice suffise à satisfaire cette obligation »⁴⁰. La simple mise en garde ne suffit plus⁴¹.

L'invocation de la responsabilité de la banque, au titre d'un manquement à ses obligations d'information au sujet de prêts en devises, remboursables en euros, s'est largement répandue dans les prétoires depuis deux ans au sujet des fameux prêts *Helvet Immo*⁴² souscrits par des particuliers auprès de la BNP. De manière quasi systématique, les juges retiennent l'idée que la banque a manqué à son obligation d'information sur les risques encourus du fait de la souscription d'un prêt en francs suisses.

Même si les prêts structurés accordés aux collectivités ont été libérés et sont remboursables en euros, la détermination des montants à rembourser s'effectue en référence à la variation du taux de change EUR/CHF. On peut donc être tenté de transposer le raisonnement de la jurisprudence *Helvet Immo*, et c'est effectivement la position qui a été retenue à plusieurs reprises par les juges qui ont commencé à produire une *jurisprudence en rafale*⁴³ contre les prêteurs qui n'ont pas indiqué quel était l'intérêt de l'ajout de l'indexation⁴⁴, ou qui n'ont nullement justifié avoir mis en garde l'emprunteur sur l'absence totale de prévisibilité des charges financières⁴⁵, ou encore manqué à leurs obligations d'information et de mise en garde⁴⁶, surtout en présence d'un contrat de swap exposant l'emprunteur à un risque illimité d'aggravation de sa dette initiale⁴⁷.

L'action peut toutefois être mise en échec, soit en raison du défaut de preuve du préjudice⁴⁸, soit du fait du constat de la connaissance qu'avait l'emprunteur des contrats mis en place⁴⁹.

Le défaut d'indication du TEG – S'agissant de prêts, il ne fait nul doute que l'indication du TEG est en principe requise, en application de l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier⁵⁰, même lorsque l'emprunteur est une collectivité publique⁵¹. Les juges ont vite tiré les conséquences de ces dispositions dans le contentieux des *prêts structurés*, car rares sont les contrats qui respectent ces obligations : la

⁴⁰ Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267 : Bull. ass. plén., n° 4 ; JCP E 2007, 1375, note D. Legeais ; D. 2008, p. 871, obs. D.-R. Martin.

⁴¹ D. Valette, « Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ? » : RD bancaire et fin. nov. 2007, n° 6 ; N. Mathey, « Obligation d'information du professionnel sur les risques des produits financiers proposés » : RD bancaire et fin. nov. 2008, n° 6.

⁴² De nombreuses décisions ont mis en lumière le défaut d'information de la banque : TGI Clermont-Ferrand, 3 juin 2014, n° 12/00698 – TGI Nice, 12 févr. 2015, n° 12/03760 – TGI Bordeaux, 4 avr. 2013, n° 12/00416 – TGI Lille, 21 oct. 2014, n° 14/04032 (qui répute non écrite la clause d'indexation suivant le taux de change EUR/CHF) – TGI Paris, 25 mars 2014, n° 12/12625 – CA Limoges, 9 déc. 2014, n° 13/01205. C'est dans ce contexte qu'une filiale de la BNP Paribas, la BNP-Personal Finance, a été mise en examen en 2015 pour pratique commerciale trompeuse, sur le fondement des articles 121-1 et suivants du Code de la consommation ; T. Serafini, « Nouvelle mise en examen pour BNP-Personal Finance », *Libération*, 29 sept. 2015.

⁴³ J.-P. Mattout et A. Prüm, « La crise continue de marquer profondément le droit bancaire, Chronique de droit bancaire » : Dr. et patr., n° 239, sept. 2014, p. 106.

⁴⁴ TGI Paris, 28 janv. 2014, n° 10/03746, EPCI Lille Métropole Communauté Urbaine c/ Royal Bank of Scotland.

⁴⁵ TGI Paris, 29 janv. 2015, n° 11/09601, Syndicat Intercommunal pour la Destruction des Résidus Urbains c/ DEPFA Bank.

⁴⁶ TGI Nanterre, 29 juin 2015, préc. ; Les juges s'appuient sur les articles 1134 et suivants du Code civil, en vertu desquels le banquier dispensateur de crédit est tenu à l'égard de l'emprunteur d'une obligation d'information sur les caractéristiques du prêt, lui permettant de prendre la mesure exacte de la portée de son engagement, de ses avantages comme de ses inconvénients.

⁴⁷ TGI Paris, 7 janv. 2016, préc.

⁴⁸ TGI Nanterre, 24 avr. 2015, n° 11/12631, Commune de Carrières-sur-Seine c/ DEXIA.

⁴⁹ Au sujet du département de Seine Saint-Denis : TGI Nanterre, 8 févr. 2013, préc. – TGI Paris, 10 nov. 2015, Département de Seine Saint-Denis c/ NATIXIS. La collectivité a annoncé qu'elle faisait appel.

⁵⁰ C. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 561.

⁵¹ L. Levoyer, *op. cit.*, n° 49.

stipulation d'intérêts disparaît au profit du taux d'intérêt légal⁵². Plusieurs décisions ont été rendues en ce sens dès 2013⁵³.

Cette jurisprudence aux effets violents, mais constante et orthodoxe sur le plan juridique, est immédiatement apparue comme un risque majeur pour tous les acteurs bancaires ayant financé les collectivités publiques au moyen d'*emprunts structurés* sans respecter les dispositions relatives au TEG. Ce risque a été évalué à 17 milliards d'euros pour la seule banque Dexia, donc pour l'État français, qui est garant des pertes de l'établissement de crédit. En réaction à la jurisprudence, les pouvoirs publics ont mis en place une stratégie radicale reposant sur l'adoption d'une loi rétroactive validant les contrats souscrits par les collectivités publiques, et affectés par le défaut d'indication du TEG⁵⁴.

Il subsiste toutefois des doutes sur l'efficacité de la loi du 29 juillet 2014. Ce doute a été exprimé par des auteurs qui mettent en avant plusieurs arguments pour étayer leur analyse⁵⁵. Tout d'abord, dans la mesure où la loi du 29 juillet 2014 vise expressément les contrats non conformes aux textes du Code de la consommation, alors que les actions en contestation sont fondées sur l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier, il se pourrait que le juge tire parti de cette *faible rédactionnelle* pour continuer à imposer le taux d'intérêt légal aux contrats concernés. Sur un autre registre, l'article 23 de la directive n° 2008/48⁵⁶, qui sert de socle communautaire aux législations nationales en matière de TEG, exige des États membres qu'ils fixent des sanctions en cas de manquements aux dispositions nationales sur le TEG, en disposant que « les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ». C'est sur ce fondement que la commune de Saint-Gaudens a demandé au TGI de Nanterre de poser une question préjudicielle à la CJUE afin qu'elle dise si la loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 respecte ou non les objectifs communautaires définis par la directive n° 2008/48⁵⁷. Enfin, on ne pourra faire l'économie du débat portant sur la question de la violation du droit à un recours effectif protégé par la CEDH, la loi de 2014 ayant pour seule vertu de faire échapper l'État aux conséquences d'une violation manifeste de la loi par un établissement de crédit dont il garantit lui-même les engagements !

⁵² 1,01 % : A. 27 déc. 2015 : JORF, 27 déc.

⁵³ TGI Nanterre, 8 févr. 2013, Département de Seine Saint Denis c/ Dexia, 3 décisions, n°11/03778 et suiv. – TGI Nanterre 7 mars 2014, n° 12/06737, Commune de Saint-Maur des Fossés c/ Dexia – TGI Nanterre, 30 mai 2014, n° 12/03777 – TGI Paris, 25 mars 2014, Seine Saint-Denis c/ DEPFA, n° 11/04698 – TGI Nanterre, 6 juin 2014, n° 12/06135, Commune de Saint-Leu-la-Forêt c/ Dexia – parfois, sur le fondement de l'article R. 313-1 du Code de la consommation qui exige l'indication du taux de période unitaire et la durée de celle-ci : TGI Nanterre, 4 juill. 2014, n° 11/10608, Commune d'Angoulême c/ Dexia.

⁵⁴ L. n° 2014-844, 29 juill. 2014, art. 1 et 2, le texte assortissant cette validation rétroactive de conditions tenant à l'indication de certains éléments concernant le montant et le paiement des échéances.

⁵⁵ J. Moreau, O. Poindron et B. Wertenschlag, « Emprunts toxiques : le taux légal (n'est) pas mort... vive le taux légal » : JCP A 2014, 2338, spéc. n° 49.

⁵⁶ Dir. PE Cons UE, n° 2008/48/CE, 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs : JO UE 22 mai 2008, n° L 133, p. 66.

⁵⁷ C. Leguevaques www.leguevaques.com/tags/dexia.