



Promotion René Capitant

—
Année 2014/2015


UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -
MASTER 2
DROIT PUBLIC
APPROFONDI

Actualité – novembre 2014

Les emprunts toxiques

Séminaire de Droit Administratif de M. le Professeur SEILLER



Chronique d'actualité : les emprunts toxiques des collectivités locales

1. Dans cette chronique, je souhaiterais revenir sur une question relative au financement des collectivités territoriales qui est, sans compter son actualité récente, à la croisée des différentes disciplines du droit public (finances publiques locales, droit de l'Union Européenne, droit des contrats privés de l'administration...) et abordant le sujet des collectivités territoriales d'un point de vue différent de celui du droit constitutionnel, tendant à interroger la réforme territoriale et la diminution de la dotation globale de fonctionnement (DGF).
2. Cette question, plus technique, est celle des emprunts toxiques ou « emprunts structurés » (emprunts budgétaires et non obligataires) des collectivités locales venant de faire l'objet d'une loi de validation ayant pour objet de sécuriser lesdits emprunts en les « immunisant » de tout recours contentieux de la part des collectivités territoriales sur le fondement du défaut ou de l'erreur de taux effectif global (TEG) et d'un rapport de la Cour des Comptes sur l'état des finances publiques locales. Très synthétiquement, ces emprunts combinent une prêt bancaire classique avec un ou plusieurs produits financiers dérivés, impliquant le plus souvent la vente d'options. Celles-ci n'ont qu'un effet bénéfique à court terme pour se dégrader et faire évoluer le taux d'intérêt (ce qui va dans l'intérêt des banques eu égard notamment à la plus grande solvabilité des collectivités territoriales). En effet, l'attractivité de ces prêts résultera du faible taux initial du fait des options, indexées sur des indices exotiques, ayant pour effet de faire croître *a posteriori* le taux d'intérêt. Du point de vue du droit administratif, cette question pose à travers les finances locales celle de l'action des collectivités territoriales et de leurs moyens préalables d'action (l'emprunt étant un moyen et non une fin) par le financement bancaire résultant de contrats de droit privé.
3. Rappelons à ce titre quelques règles de finances publiques locales relatives à l'emprunt : celui-ci entre dans un cadre restrictif (différent des finances publiques étatiques) qui est celui de l'affectation de l'emprunt dans la section d'investissement (interdiction dans celle de fonctionnement) du budget local et de la règle d'or impliquant l'adoption d'un budget en équilibre. Ledit budget amenant à un contrôle du Préfet pouvant déferer tout budget local litigieux devant les chambres régionales des comptes (CRC).
4. L'enjeu de cette question se résume souvent à l'évaluation de la dette française du point de vue de l'UE, ce qui n'est qu'un premier aspect ne devant toutefois pas masquer un second qui est celui de l'interventionnisme public local par le financement bancaire et posant des questions éduotables de soumission desdits services à la réglementation des marchés publics d'où découlent des interrogations majeures de droit administratif général et plus précisément de droit public économique (la directive de février 2014 sur les services ne parvenant pas à mettre fin à une longue période d'incertitude et évitant ainsi la qualification de contrat administratif par détermination de la loi) et enfin de financement par la spéculation, inhérente aux produits structurés proposés. Tout cela induit une gestion risquée des finances publiques qui, dans sa période de crise, a ouvert une large comparaison à celle des *subprimes* dont les produits financiers souscrits par les personnes privées ont eu des conséquences désastreuses sur leur situation patrimoniale comme sur l'économie mondiale.
5. Derrière ces interrogations persistantes qui conditionnent l'emprunt local dans sa dimension économique et juridique, je voudrais revenir sur deux points essentiels : l'impact du mécanisme de validation législative en date du 29 juillet 2014 sur le contentieux des emprunts toxiques et enfin, sur une question plus générale de droit administratif – que pose nécessairement cette validation – qui est celle des contrats publics relevant du droit privé appliqués ici à l'emprunt bancaire. Cette dernière interrogation est consubstantielle à cette loi de validation, figeant une qualification et un



régime juridique sans pour autant permettre une sanction – problématique – par le juge judiciaire. Cette actualité résulte d'un article récemment paru à l'AJCT 2014 p.490 de Monsieur Jérôme Lasserre-Capdeville sur ladite loi et ces implications, que je tâcherai de développer dans un premier point (I), et d'un rapport sur les finances publiques locales de la Cour des Comptes en date du 14 octobre 2014 pointant – presque logiquement – le retour de l'attractivité du marché bancaire des collectivités territoriales, ce qui constituera mon second point sur les enjeux et conséquences de cette loi (II).

*
* *

I- L'impact du mécanisme de validation législative sur le contentieux : la loi n°2014-844 du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public.

Je vais d'abord fixer le cadre de la loi et son dispositif avant d'expliquer plus en profondeur les enjeux juridiques qui tentent d'être neutralisés par ladite loi à savoir, faut-il le dire tout de suite, les recours devant les juridictions judiciaires pour défaut de taux effectif global (TEG) dans le contrat de prêt.

A- Champ d'application

Les contrats ou avenants visés par cette loi sont ceux conclus « *entre un établissement de crédit et une personne morale de droit public* ». On note ainsi deux conditions d'application fondamentales, restreignant le champ d'application de la loi de validation dans la mesure où celle-ci ne doit-être, en vertu des exigences du Conseil Constitutionnel, trop générale (on ne reviendra pas sur les conditions dégagées par ce dernier dans cette chronique). Rappelons à ce stade qu'une loi de validation de 2013 avait été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil eu égard à sa trop grande portée et qui implique donc une « *atteinte injustifiée aux droits des personnes morales ayant souscrit un emprunt* » (déc.n°2013-684 DC, du 29 décembre 2013).

1- Personnes morales de droit public

Cette restriction organique n'est guère surprenante car les emprunts toxiques souscrits couvrent en réalité les collectivités territoriales et leurs groupements ainsi que les établissements publics de santé, principaux contractants de ces derniers et qui donc, sont susceptibles d'exercer une action en justice.

2- Emprunts « structurés » auprès d'établissements bancaires

Cette précision « d'établissements bancaires » exclu les « sociétés de financement » eu égard à leur apparition postérieure à la crise des emprunts toxiques. Les « emprunts structurés » sont quant à eux des contrats de prêts passés entre une collectivité territoriale et un établissement bancaire comprenant une composition complexe : il ne s'agit pas en outre de « prêts simples » à taux fixe ou à taux variable. L'article 3 de ladite loi prévoit ainsi que sont exclus les prêts ayant « un taux d'intérêt fixe ou un taux d'intérêt variable défini comme l'addition d'un indice et d'une marge fixe exprimée en points de pourcentage ». Les emprunts structurés comprennent des formules complexes incluant ainsi un emprunt et des produits financiers dérivés se traduisant le plus souvent dans la prise d'option(s) par l'emprunteur. La difficulté est que la vente de telles options produit une bonification à court terme du taux d'intérêt, attractive pour la collectivité emprunteuse, mais les établissements bancaires, ayant leurs intérêts, ont le plus souvent parié contre ces options qui vont être évaluées ensuite à la baisse car indexées sur des indices



exotiques. Ces produits sont, selon la Cour des Comptes, « opaques ». Le contentieux prévenu par la loi est, vous me voyez venir, celui du au défaut de mention du TEG ou le caractère erroné de celui-ci. Pour mémoire, le TEG comprend, en vertu de l'article L.313-1 du code de la consommation, outre les intérêts conventionnels, « les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects ». Cette variabilité du taux va faire grimper l'endettement d'une collectivité de façon considérable. On imagine bien qu'avec le nombre de recours potentiels, dépendant du nombre de contrats souscrits, les établissements bancaires sont en sursis et les magistrats ont une véritable bombe à retardement entre les mains.

B- Dispositif

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre, dans une décision en date du 8 février 2013, a ouvert le contentieux des emprunts toxiques en condamnant un établissement bancaire pour défaut de TEG, eu égard à la violation de l'article L.313-2 du code de la consommation, en substituant le taux conventionnel par le taux légal, actuellement assez bas. Il n'est guère besoin d'en dire plus pour comprendre l'enjeu financier considérable qu'implique cette décision : suite à la faillite de Dexia et à la reprise de ses prêts par la SFIL, dont l'Etat est actionnaire à 75% et « *dans l'hypothèse ou l'ensemble des contentieux potentiels devraient être provisionnés à 100 %, les provisions cumulées de SFIL et Dexia atteindraient 10,6 milliards d'euros dont 7,5 milliards pour SFIL* ». D'où le dispositif de la loi, visant à éviter un tel risque contentieux (intéressant du point de vue de l'impact du secteur bancaire sur l'intérêt général), que je structurerai en deux points :

1- En cas de TEG non mentionné par écrit.

Aux termes de l'article L. 313-2 du code de la consommation, « le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section », la sanction de la violation dudit article étant la substitution du taux conventionnel au taux légal ainsi qu'une amende pénale. Pour ce faire, l'article 1er de la loi valide rétroactivement « *la stipulation d'intérêts prévue par tout écrit constatant un contrat de prêt ou un avenant conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi entre un établissement de crédit et une personne morale de droit public, en tant que la validité de cette stipulation serait contestée par le moyen tiré du défaut de mention (...) du taux effectif global (...) des lors que cet écrit constatant un contrat de prêt ou un avenant indique de façon conjointe :*

1° *Le montant ou le mode de détermination des échéances de remboursement du prêt en principal et intérêts ;*

2° *La périodicité de ces échéances ;*

3° *Le nombre de ces échéances ou la durée du prêt. »*

Ainsi, le principe du recours aux emprunts structurés est validé sans toutefois porter atteinte au droit au recours contre les contrats abusivement ou mal rédigés, auquel cas la contestation devant le juge judiciaire sera toujours possible. En effet, ce qui est sanctionné ici est la rédaction peu claire et non l'emprunt structuré qui est souvent souscrit pour une de ces « facettes » faisant son attractivité.

2- En cas de TEG erroné.

La Cour de cassation avait assimilé cela à un défaut de mention du TEG : la sanction était la même que pour ce dernier vice (Civ.1re, 7 mars 2006, n° 04-10.876, *Bull. civ. I*, n° 135 ; D. 2006. 913, obs. V. Avena-Robardet). La technique de validation rétroactive joue à ce stade également en vertu de l'article 2 de la loi de validation, sans porter atteinte, à l'instar de l'article 1er, à l'autorité de la chose jugée concernant les décisions déjà rendue dans ce domaine. Toutefois, une sanction civile est instituée en cas d'erreur du TEG institué, en faveur de l'emprunteur, qui se serait vu



appliquer un TEG supérieur à celui qui aurait du lui être exigé. Celui-ci aurait le droit en outre de demander le paiement de la différence qui résulte de celle entre les deux taux, appliquée au capital restant du à chaque échéance : soit une minoration des échéances de l'emprunteur en proportion de l'erreur commise.

Suite à l'analyse de cette loi, je souhaiterais vous préciser les enjeux juridiques d'une telle loi, bien que ceux-ci ont pu être sous-entendus à travers son analyse. En effet, vous vous demandez sans doute le lien de telles dispositions avec le droit administratif : or, c'est bien le problème crucial qui se pose, celui de la mutation des moyens et du contentieux relatif aux rapports contractuels de l'administration et ce, appliqué aux finances locales, touchant directement les administrés. C'est donc tant les moyens et le contentieux de la vie administrative que les finances locales impactant des projets politiques concrets qui sont en jeu. A ce titre la Cour des Comptes invite à trouver « *une solution globale (...) au problème des emprunts structurés et de s'assurer de la cohérence des dispositifs publics a un moment ou la baisse programmée des dotations de l'Etat conduira les collectivités a arbitrer entre les différents leviers a leur disposition* ».

*

**

II- L'emprunt bancaire des collectivités territoriales : contrat de droit privé suscitant des interrogations de fond persistantes

Je vais vous livrer quelques réflexions de fond que pose, *in fine*, la loi de validation et qui ont été posées auparavant. L'enjeu fondamental est l'application d'un régime juridique de droit public ou de droit privé ayant pour incidence des rapports contractuels différents entre les co-contractants. On peut supposer que le lobby bancaire, pour ces dernières raisons ainsi que pour celles résultantes de la concurrence européenne, est fermement opposé à une quelconque évolution en terme de soumission à la réglementation des marchés publics et, *de facto*, d'application d'un régime de droit des contrats administratifs.

A- Régime de droit privé : application du droit bancaire et du droit de la consommation à l'administration

Comme vous avez pu le constater, l'application d'un régime de droit privé à des contrats de l'administration pose un certains nombre d'apories de part la formulation même du constat. Il convient d'analyser plus précisément de telles antinomies apparentes.

1- L'administration, consommateur des emprunts bancaires ?

La question de l'application du droit de la consommation doit-être nettement relativisée dans la mesure où l'administration n'est pas à proprement parler un consommateur au sens du code de la consommation, mais bien plus un « professionnel ». Celle-ci s'était posée dans le cadre très spécifique des services publics industriels et commerciaux (SPIC) où l'utilisateur du service est placé dans une situation contractuelle de droit privé ; voir à ce titre l'arrêt CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*. Ainsi, l'espèce montrait bien que le rapport soumis au droit de la consommation n'était pas du tout le même que celui susvisé. En effet, le Conseil d'Etat protégeait l'utilisateur-consommateur contre les « ventes forcées » (prestations subordonnées) en consacrant l'applicabilité de l'article L.122-1 du code de la consommation au service public des transports SNCF et RATP, s'agissant, *in fine*, d'un acte d'organisation du service de part la fixation des tarifs de celui-ci.

Le rapport que l'on vise dans l'hypothèse des emprunts toxiques est celui entre l'administration et



l'établissement bancaire. Il apparaît nettement plus contestable de considérer l'administration comme un consommateur non averti qu'il conviendrait de protéger au regard notamment de sa situation sur le marché, la relative élasticité des dépenses publiques (au sens des possibilités de dépassement par les collectivités) ainsi que sa capacité à donner un consentement éclairé en dépit de l'absence de procédure de passation de marché public de services bancaires.

2- L'administration, emprunteur non averti ?

Il s'agit là d'un angle mort de la loi, permettant la contestation des emprunts structurés devant le juge judiciaire (non pas sur le fondement du défaut ou de l'erreur de TEG, on l'a vu mais) sur le fondement de la violation du devoir de mise en garde du prêteur (lequel jouant sous réserve de la satisfaction de deux conditions cumulatives : la présence d'un emprunteur « non averti » et l'existence d'un risque caractérisé d'endettement), se situant entre le devoir d'information de l'établissement bancaire, ne devant pas se muer en véritable injonction, et le devoir de non immixtion dans les affaires de l'emprunteur. Encore une fois, les collectivités territoriales et autres personnes morales de droit public peuvent-elles être considérées comme des emprunteurs non avertis agissant sur le marché bancaire ? La difficulté réside dans les moyens dont dispose l'administration, comparé à ceux dont la personne privée ne dispose pas. Néanmoins, cette solution pose nécessairement une autre question qui constitue le point névralgique du problème : celui du rapport juridique entre personnes publiques et établissements bancaires circonscrit dans le cadre du régime juridique applicable au contrat.

B- Régime de droit privé justifié par des enjeux juridiques impactant l'économie du contrat

Le point névralgique se situe exactement au niveau du régime du contrat, impactant sur le rapport contractuel ultérieur et *in fine* sur l'attractivité du marché bancaire. Effectivement la question de l'application du régime de droit commun du droit des obligations ou du régime exorbitant du droit des contrats administratifs a pour effet peser lourdement sur la nature du rapport contractuel et sur les recettes budgétaires locales. Plus généralement, cela revient à poser la question de la compatibilité de l'exorbitance du droit public avec des secteurs économiques dynamiques et aux enjeux financiers conséquents.

1- Exorbitance du contrat administratif dans le secteur bancaire ?

Le contrat administratif, qui résulterait notamment d'une soumission desdits services à la réglementation des marchés publics (par détermination de la loi du fait de la soumission au code des marchés publics ; voir à ce titre les premières dispositions de la loi MURCEF de 2001) serait problématique dans la mesure où les établissements bancaires se verraient dans un rapport contractuel déséquilibré où l'administration aurait des pouvoirs de direction et de contrôle, de résiliation unilatérale et de sanction. Au regard de la situation des banques dans l'économie, ce rapport contractuel leur paraîtrait ubuesque et ce d'autant plus qu'il serait combiné à une procédure spéciale de passation *a priori* qui les mettrait en concurrence. Cette question s'était posée avec la soumission des contrats d'assurance au droit des marchés publics. Bien plus, certaines dispositions du code des marchés publics ayant valeur réglementaire, risquaient d'entrer en contradiction avec celles du code des assurances, à valeur législative, dont certaines sont d'ordre public. Or, il n'est pas possible, pour contourner la contrariété des dispositions, d'appliquer en faveur du régime des contrats administratifs (exorbitant du droit commun) la règle *specialia generalibus derogant*. (Pour de plus amples développements sur cette question, voir la thèse de Frédéric Allaire sur les marchés publics d'assurance). Néanmoins, il n'est apparemment pas de même avec les dispositions du code monétaire et financier, ne menant *a priori* pas à de telles contradictions. Toujours est-il que les considérations économiques vont sans doute



largement déterminer les règles juridiques sur ce point du fait du poids dudit secteur. Cela pose toutefois la question de l'asymétrie d'information, conséquence logique de l'application d'un régime juridique de droit commun.

2- Asymétrie d'information : enjeux de l'application d'un régime exorbitant du droit commun

On a évoqué les difficultés inhérentes à la question de l'application du droit de la consommation et du droit bancaire à la personne publique au sens où celle-ci reviendrait à dénaturer ou, pour le moins, opérer une distorsion entre la lettre et l'esprit. Toutefois, cela pose la question de l'asymétrie d'information jouant à la défaveur des emprunteurs qui ne bénéficient pas d'une procédure, certes lourde et peu réactive au marché bancaire, de publicité et de mise en concurrence qui viserait à donner une information complète aux quant au choix de l'offre bancaire. L'optimisation d'un tel choix se répercuterait mécaniquement sur les finances publiques par l'utilisation optimale des deniers publics se répercutant *in fine* sur les administrés.

Effectivement, le jeu de la libre concurrence, dont est imprégné le droit de la commande publique, doit garantir une allocation optimale des ressources entre les acteurs du marché. Cela se traduit alors, en premier lieu, par le fait que la demande publique va s'orienter naturellement vers l'offre économique la plus avantageuse (on en revient à un des premiers fondements du droit des marchés publics avant son influence économique instillée par le droit de l'UE) ce qui implique en second lieu, un achat public qui, effectué dans un tel contexte, diminue normalement le poids de la dépense publique et facilite l'allègement des charges de la collectivité. (Il s'agit en outre d'effets en cascade). Bien plus, cette soumission à la réglementation des marchés publics, en dépit de la lourdeur évidente, verrait lesdits contrats qualifiés de contrats administratifs soumis automatiquement au contrôle du représentant de l'Etat pouvant déférer un tel acte s'il le juge illégal. Il s'agirait bien plus d'un facteur supplémentaire de sécurisation de l'emprunt public, bien que l'on puisse relativiser une telle affirmation au regard du contrôle déjà effectué par le Préfet sur le budget local (relativement, à certains égards inepte).

(Sur l'aspect économique de la théorie de l'asymétrie de l'information, cf l'article de l'économiste G. Akerlof *Market of lemons* sur cette dernière et le phénomène d'anti-sélection des biens sur le marché : le droit des marchés publics pourrait résoudre ce problème par la concurrence et la transparence des procédures au prix d'une chute considérable de l'offre bancaire).

*

**

On ne peut que constater au regard de ces quelques éléments qu'il n'y a pas, malgré les remarques du rapport de la Cour des Comptes, de réponse globale au problème des emprunts structurés des collectivités territoriales dans la mesure où le régime applicable est celui du droit privé, construit par vagues successives (mais se renforçant *de facto* de manière empirique), amenant à certaines difficultés qui, c'était le point de départ de cette chronique, impliquent l'intervention d'une loi de validation afin de « sécuriser » assez paradoxalement le marché bancaire par l'immunisation d'illégalités. Toujours est-il que cet exemple est une illustration de l'imprégnation économique de branches du droit par une distorsion plus que par une véritable intégration.