

# Emprunts toxiques

## L'ISSUE DE LA CRISE PASSE PAR UNE LIBERTÉ CONTRACTUELLE « ENCADRÉE » DES COLLECTIVITÉS LOCALES

### Analyse du cadre légal et réglementaire (partie 2)



**FRANÇOIS MORARD**  
Responsable  
de l'unité Droit  
des sociétés/  
Fonds propres  
Pôle Juridique et  
Conformité

Crédit Agricole  
SA

La loi de séparation et de régulation bancaire du 26 juillet 2013 a, pour la première fois, défini les bases d'un régime juridique global applicable au recours à l'emprunt par les entités publiques, en encadrant strictement les conditions de ce recours à l'avenir et en mettant fin *de facto* au dispositif Gissler. Mais l'issue de la crise des emprunts toxiques a nécessité également une action de l'État sur le stock d'emprunts structurés les plus sensibles. Suite au Pacte de confiance et de responsabilité du 16 juillet 2013, l'État a mis en place un fonds de soutien aux collectivités locales, et a initié un projet de loi relatif à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public, en vue de mettre un terme aux contestations fondées sur le TEG découlant de la jurisprudence du TGI de Nanterre.

**À** la suite des décisions rendues par le TGI de Nanterre en matière de TEG, l'État se trouve confronté, au travers de DEXIA et de la SFIL, à un risque financier sans précédent, dont l'ampleur est estimée à environ 17 milliards d'euros. À cette menace

pesant sur les finances publiques au niveau national s'ajoutent les conséquences financières lourdes que représentent sur les budgets locaux les charges d'intérêt liées aux emprunts dits « toxiques », souscrits avant la crise financière par certaines collectivités publiques.

Les réponses que tentent d'apporter les pouvoirs publics à cette crise des emprunts « toxiques » se situent à deux niveaux :

- pour l'avenir, l'objectif est de doter le recours à l'emprunt des entités publiques d'un cadre légal et réglementaire global : c'est l'objectif poursuivi par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013 ;

- pour remédier aux difficultés actuelles et gérer le stock d'emprunts toxiques, l'objectif est d'apporter une aide financière aux collectivités publiques en difficulté mais aussi de stopper l'inflation des contentieux : à cet égard, le « Pacte de confiance et de responsabilité », conclu le 16 juillet 2013 entre l'État et les collectivités territoriales, a affirmé la volonté du Gouvernement « d'apporter une solution pérenne et globale au problème des emprunts structurés les plus sensibles ». Le dispositif mis en place passe par la sécurisation juridique des contrats de prêt en cours, afin de mettre un terme aux assignations auxquelles sont exposées la SFIL et Dexia, et par la création d'un fonds de soutien aux collectivités publiques ayant souscrit les emprunts structurés les plus sensibles.

#### I. LA MISE EN ŒUVRE PROGRESSIVE D'UN CADRE JURIDIQUE GLOBAL RÉGLEMENTANT LES EMPRUNTS PUBLICS LOCAUX

Suite à la signature de la charte de bonne conduite par certains établissements bancaires, dite « charte Giss-

La première partie  
de cet article a été publiée  
dans le précédent numéro  
de Banque et Droit, n° 154,  
p. 10.

ler », et suite à la publication de la circulaire du 25 juin 2010 relative aux produits financiers offerts aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, les pouvoirs publics ont entrepris de mettre en place un dispositif à caractère réglementaire à destination d'autres entités du secteur public, connaissant elles aussi une crise de leurs finances (1.).

Mais, soucieux d'apporter une réponse plus globale à la crise « des emprunts toxiques » que connaissent les collectivités publiques depuis 2009, le législateur est plus récemment intervenu afin de doter le recours à l'emprunt des collectivités publiques d'un cadre légal global (2.).

### 1. De la mise en place d'un dispositif à caractère réglementaire pour certaines entités du secteur public...

Les collectivités territoriales et leurs groupements n'ont pas été les seules entités du secteur public à connaître des difficultés financières. En effet, face à une augmentation constante de l'endettement des établissements publics de santé (EPS), les pouvoirs publics ont décidé d'encadrer leur recours à l'emprunt (1.1.).

L'État a instauré également des règles précises pour les offices publics de l'habitat (OPH), à travers la circulaire du 29 janvier 2013 relative à la gestion de la dette des OPH, applicable à compter de l'exercice comptable 2012<sup>1</sup> (1.2.).

#### 1.1. Les établissements publics de santé (EPS)

L'article L. 6141-2-1 du Code de la santé publique a été complété par la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 afin de préciser que « les ressources des établissements publics de santé peuvent comprendre : 6° Les emprunts et avances, dans les limites et sous les réserves fixées par décret ».

Les décrets du 14 décembre 2011 et du 7 mai 2012 sont venus préciser les limites et réserves introduites par la loi du 28 décembre 2010. Ces décrets ont ainsi créé une nouvelle partie réglementaire dans le Code de la santé publique, limitant et encadrant le recours à l'emprunt des EPS.

#### a. Soumission de l'emprunt à l'accord préalable du directeur général de l'Agence Régionale de Santé (ARS) pour certains EPS (art. D. 6145-70 CSP)

Désormais, les emprunts des EPS répondant à certains critères financiers doivent recueillir l'autorisation préalable de leur autorité de tutelle. Ainsi, est subordonné à l'autorisation préalable du directeur général de l'ARS le recours à l'emprunt des établissements dont la situation financière présente deux au moins des trois caractéristiques suivantes :

« – le ratio d'indépendance financière, qui résulte du rapport entre l'encours de la dette à long terme et les capitaux permanents, excède 50 % ;

– la durée apparente de la dette excède 10 ans ;

– l'encours de la dette, rapporté au total de ses produits toutes activités confondues, est supérieur à 30 % »<sup>2</sup>.

Ces critères sont calculés à partir du compte financier du dernier exercice clos de l'établissement concerné, selon des modalités définies par arrêté des ministres chargés du budget, de la santé et de la sécurité sociale. L'arrêté du 7 mai 2012 relatif aux limites et réserves du recours à l'emprunt par les établissements publics de santé précise les modalités de calcul de ces trois critères.

Cette procédure d'autorisation n'est cependant pas applicable aux emprunts dont le terme est inférieur à douze mois.

Quelques précisions nous semblent devoir être apportées quant à l'application de cette réglementation.

#### Silence du directeur général de l'ARS malgré une saisine régulière par le directeur de l'EPS

Le directeur général de l'ARS dispose d'un délai de trois semaines pour notifier sa décision à compter de la réception de la demande d'autorisation. Le décret est cependant muet sur les conséquences d'un éventuel silence gardé par le directeur général de l'ARS au cours de ce délai. Le directeur de l'EPS se trouve en effet face à une décision implicite de l'administration. Mais s'agit-il d'une décision implicite de rejet ou d'acceptation ? Il convient, à notre sens, de se référer ici aux règles générales du droit administratif.

Ces règles ont été modifiées par la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'Administration et les citoyens. Jusqu'alors, en l'absence de dérogations spécifiques, le silence de l'administration valait rejet implicite de la demande (sauf suspension ou interruption du délai à la suite de demande d'informations ou de renseignements de l'administration). L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 12 novembre 2013 a inversé le sens du silence gardé par l'Administration, en prévoyant que « le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation ». Cette règle paraît devoir être applicable à la procédure d'autorisation par le directeur général de l'ARS, mais ce point est toutefois incertain compte tenu des nombreuses exceptions prévues par le texte, et le renvoi à de non moins nombreux décrets d'application. Il convient donc d'attendre par prudence que le gouvernement précise la portée exacte de la règle avant d'en tirer une conclusion trop hâtive.

#### Emprunt en cas de non-respect de la procédure d'autorisation et/ou de la décision du directeur général de l'ARS

Le décret n'évoque ni l'hypothèse du non-respect de la procédure d'autorisation devant le directeur général de l'ARS, ni le non-respect de la décision de ce dernier, et ne précise pas a fortiori la sanction applicable.

Toutefois, dans le contexte actuel, il nous semble probable que le juge sanctionne le non-respect de la

1. Circulaire du 29 janvier 2013 - NOR ETL1225918C.

2. Art. D. 6145-70 du Code de la santé publique.

procédure d'autorisation ainsi que le non-respect de la décision du directeur général de l'ARS par la nullité de la décision d'emprunt pour vice de forme et, en conséquence, par la nullité de la convention d'emprunt sur laquelle elle s'appuie, ce qui aurait pour conséquence une remise en l'état des parties (remboursement du prêt par l'emprunteur et remboursement des intérêts, frais, commissions et autres par le prêteur).

#### **b. Encadrement de l'emprunt pour l'ensemble des EPS**

Le décret du 14 décembre 2011 ainsi que celui du 7 mai 2012 précisent les nouvelles règles encadrant et limitant le recours à l'emprunt de l'ensemble des EPS, que ceux-ci soient soumis ou non à la procédure d'autorisation par le directeur général de l'ARS décrite ci-dessus.

#### **Nouvelle réglementation des emprunts (art. D. 6145-71 CSP)**

Ce texte dispose que : « Les EPS peuvent souscrire des emprunts auprès des établissements de crédit dont le taux d'intérêt est fixe ou variable ».

Concernant les emprunts à taux variable, sont uniquement autorisés :

- ceux dont le taux d'intérêt varie en application d'une clause d'indexation qui porte sur un taux usuel du marché interbancaire, du marché monétaire de la zone euro ou du marché des valeurs de l'État français ;

- ceux dont le taux d'intérêt varie en application d'une clause d'indexation sur l'indice du niveau général des prix, ou sur l'indice harmonisé des prix à la consommation de la zone euro, définis à l'article D. 112-1 du code monétaire et financier ».

Cette nouvelle réglementation prévoit également une règle de plafonnement pour les emprunts à taux variable, puisqu'en effet « les EPS ne peuvent souscrire d'emprunt dont le taux d'intérêt variable peut, durant la vie de l'emprunt, devenir supérieur au double du taux d'intérêt nominal appliqué au cours de la première période de l'emprunt ».

Cette règle connaît deux exceptions et n'est donc pas applicable :

- lorsque le taux d'intérêt variable est défini comme la simple addition du taux usuel de référence défini au point 1 ci-dessus et d'une marge fixe exprimée en point de pourcentage ;

- lorsque le taux d'intérêt est révisé en fonction d'un des indices définis au point 2 ci-dessus.

#### **Nouvelle réglementation des contrats financiers (art. D. 6145-72 CSP)**

Désormais, « les EPS ne peuvent souscrire de contrats financiers que lorsqu'ils sont liés à un emprunt ». Trois types de contrats financiers sont autorisés :

- les contrats d'option relatifs à des taux d'intérêt ;
- les contrats d'échange relatifs à des taux d'intérêt ;
- les accords de taux futurs.

Ces contrats financiers se voient appliquer la même réglementation que celle applicable aux emprunts à taux variable exposée ci-dessus. En conséquence, les autres catégories de contrats financiers ne sont pas autorisées, et sont donc prohibées.

#### **Dérogation temporaire possible sur autorisation du DG de l'ARS**

La nouvelle réglementation prévoit une dérogation aux articles D. 6145-71 et D. 6145-72 du Code de la santé publique :

« Pour une période de cinq ans à compter de la publication du décret du 7 mai 2012, les établissements publics de santé peuvent être autorisés à déroger aux conditions prévues aux articles D.6145-17 et D. 6145-72 du Code de la santé publique par le directeur général de l'agence régionale de santé lorsque la souscription d'un emprunt, par voie d'avenant ou d'un nouveau contrat, a pour effet de réduire le risque associé aux contrats d'emprunt ou aux contrats financiers souscrits antérieurement à l'entrée en vigueur du présent décret ».

En conséquence, les EPS ayant souscrits des contrats d'emprunt ou contrats financiers à risque élevé avant le 16 décembre 2011 sont autorisés, avec l'accord du directeur général de l'ARS, à déroger aux nouvelles règles de recours à l'emprunt visées ci-dessus, à condition que le seul objectif de cette dérogation soit de réduire le risque associé à leurs contrats. Une telle dérogation demeure possible jusqu'au 8 mai 2017.

L'édition d'une telle réglementation encadrant le recours à l'emprunt des EPS assortie d'une faculté de dérogation sur une période de cinq ans, met clairement en évidence la volonté des pouvoirs publics de traiter efficacement les difficultés financières de ces organismes.

#### **Sanctions (art. D. 6145-73 CSP)**

La nouvelle réglementation prévoit que « le non-respect des règles de gestion énoncées à la présente section est passible des dispositions prévues par le livre III du Code des juridictions financières, notamment ses articles L. 311-1 à L. 313-14 ». Ainsi, en cas de non-respect de cette nouvelle réglementation, le directeur de l'EPS engage sa responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

Tout comme ce qui concerne la procédure d'autorisation préalable, la nouvelle réglementation est muette quant à la sanction à appliquer à un emprunt ne respectant pas les nouvelles règles de gestion. Néanmoins, de la même manière, il nous semble probable que le juge sanctionne ce non-respect par la nullité de la convention d'emprunt entraînant une remise en l'état des parties (remboursement du prêt par l'EPS et remboursement des intérêts, frais, commission(s) et autre par le prêteur).

#### **1.2. Offices publics de l'habitat**

Depuis plusieurs années, la crise dite « des emprunts toxiques » ne concerne pas exclusivement les collectivités territoriales mais également des organismes de logement social, dont les offices publics de l'habitat (OPH). C'est la raison pour laquelle les pouvoirs publics sont intervenus au début de l'année 2013 afin d'établir des règles précises quant à la gestion de la dette de ces organismes (voir la circulaire précitée du 29 janvier 2013, applicable depuis l'exercice comptable 2012).

La circulaire rappelle que ces organismes « ont accès à des produits particuliers pour financer leur activité immo-

bilire. Il s'agit en premier lieu des prêts accordés par les organismes financeurs du logement social, dont la rémunération est généralement liée à l'évolution du livret A, mais aussi de ceux que peuvent accorder les collectivités locales et les collecteurs 1 %. À côté de ces ressources, les OPH peuvent également librement négocier des emprunts auprès des établissements de crédit ou contracter des produits de couverture visant à limiter l'impact des variations de taux d'intérêt sur leur compte d'exploitation ». La circulaire poursuit en indiquant que la crise financière a eu pour conséquence directe d'augmenter la variabilité des taux sur laquelle est fondée une partie des emprunts ou produits structurés souscrits par les OPH, et ainsi d'augmenter leurs charges financières, parfois de manière significative.

Au même titre qu'en 2008 pour les collectivités territoriales, la circulaire a pour objet d'attirer l'attention des OPH sur les risques inhérents à leur gestion active de la dette et de rappeler l'état du droit sur le recours aux produits financiers, dont ceux utilisés pour la couverture du risque financier.

Cette circulaire s'applique, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, aussi bien aux OPH soumis aux règles de la comptabilité publique qu'à ceux fonctionnant selon les règles de la comptabilité commerciale.

D'une manière générale, cette circulaire est identique à celle du 25 juin 2010 relative aux produits financiers souscrits par les collectivités territoriales, à l'exception près qu'elle est adaptée aux statuts des OPH. C'est la raison pour laquelle nous n'en détaillerons pas le contenu et émettrons simplement quelques remarques à son sujet.

Premièrement, cette circulaire précise très clairement que les OPH ont l'interdiction de spéculer dans la mesure où ils ne peuvent légalement agir que dans le cadre de leur objet. « L'engagement des finances des offices dans des opérations de nature spéculative ne relève pas des compétences qui leur sont reconnues par la loi. Les actes ayant un tel objet sont déferés par le représentant de l'État au juge administratif, sur le fondement notamment de l'incompétence et du détournement de pouvoir ».

On doit en conclure que les OPH, comme les collectivités locales, ne peuvent pratiquer une politique de gestion active de leur dette, que dans l'objectif de réduire la charge de taux d'intérêt que représente leur endettement.

Ensuite, la circulaire indique expressément que les OPH ne font pas partie du périmètre de la charte « Gissler ». Toutefois, le texte fait référence à plusieurs reprises à la classification édictée par cette charte, manifestant ainsi la volonté des pouvoirs publics d'aligner le régime des emprunts souscrits par les OPH sur celui applicable aux emprunts souscrits par les collectivités locales.

Enfin, nous pouvons nous demander pour quelle(s) raison(s) la circulaire ne vise que les OPH et non pas l'ensemble des organismes d'HLM mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation<sup>3</sup>. Bien que ces organismes ne soient pas tous

des établissements publics, leur exclusion du champ d'application de la circulaire nous paraît étonnante, car tous, quelle que soit leur nature juridique, poursuivent un but d'intérêt général (tel que, par exemple, la construction et la gestion de logements sociaux). Cette « omission » a toutefois été corrigée par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013, qui, comme nous le verrons, soumet désormais « les organismes d'habitations à loyer modéré » à une réglementation spécifique en matière d'emprunt.

## 2. ...à l'avènement d'un cadre législatif global

Avec la loi n° 2013-672 de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013, le législateur a entendu édifier un cadre juridique global réglementant à l'avenir le recours à l'emprunt des entités publiques. La loi instaure ainsi un encadrement des conditions d'emprunt des collectivités territoriales et de leurs groupements, mettant fin *de facto* au dispositif Gissler qui prévalait jusqu'alors sur une base consensuelle (art. 32 à 35 - Titre VII).

S'inspirant de la réglementation applicable aux établissements publics de santé, la loi du 26 juillet 2013 a introduit dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT) un nouvel article L. 1611-3-1, qui définit les emprunts que les collectivités territoriales, leurs groupements et les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) sont désormais autorisés à souscrire auprès des établissements de crédit<sup>4</sup>. Pour ces entités publiques, la loi encadre désormais le recours à l'emprunt de deux manières :

– s'agissant de la devise de l'emprunt tout d'abord : la loi autorise les emprunts libellés en euros ou en devises étrangères. Mais elle précise que, pour les emprunts libellés en devises étrangères, « un contrat d'échange de devises contre euros doit être conclu lors de la souscription de l'emprunt pour le montant total et la durée totale de l'emprunt ». Par cette disposition, le législateur entend obliger les entités publiques concernées à couvrir intégralement leur risque de change ;

– s'agissant ensuite de la structure du taux de l'emprunt : la loi précise que le taux d'intérêt peut être fixe ou variable et renvoie à un décret en Conseil d'État qui aura pour objet de déterminer « les indices et les écarts d'indices autorisés pour les clauses d'indexation des taux d'intérêt variables ».

Toutefois, la loi précise que « la formule d'indexation des taux variables doit répondre à des critères de simplicité ou de prévisibilité des charges financières » et renvoie également à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les conditions d'application de cette disposition.

coopératives de production et les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré et enfin les fondations d'habitations à loyer modéré.

4. Pour une étude complète sur les nouveautés introduites par la loi du 26 juillet 2013, voir Julien Martin, « La loi de séparation des activités bancaires et les emprunts des collectivités territoriales : en attendant la suite », *Revue de droit bancaire et financier* n° 6, novembre 2013, dossier 58. Voir également Jérôme Lasserrre Capdeville, « Loi de séparation et de régulation des activités bancaires et emprunts des collectivités territoriales », *AJ Collectivités Territoriales* 2013, p. 372.

3. Selon ce texte, les organismes HLM comprennent les offices publics de l'habitat, les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré, les sociétés anonymes

Soucieux d'agir également sur le « stock » d'emprunts structurés sensibles, le législateur permet aux collectivités publiques ayant souscrit un emprunt à risque avant l'entrée en vigueur de la loi, de déroger aux règles précédentes, dans le cadre d'une renégociation de cet emprunt, mais uniquement si cette renégociation a pour effet de réduire le risque de cet emprunt. À ce titre, l'établissement de crédit devra « fournir, au plus tard lors de la conclusion du nouveau contrat ou de l'avenant au contrat, un document explicitant la baisse de risque induite par cette renégociation ».

Enfin, la loi autorise les entités publiques visées à souscrire un contrat financier adossé à un emprunt, à condition que ce contrat n'ait pas pour conséquence de déroger à l'encadrement de la structure de taux tel que défini précédemment. Cette précision est très utile, car la souscription de dérivés par les collectivités publiques, très fréquente, aurait aisément permis de contourner le nouvel encadrement de la structure de taux mis en place par le législateur. Certains de ces contrats financiers se sont en effet révélés hautement « toxiques » et, même s'ils avaient pour but d'optimiser la gestion de la dette sur laquelle ils étaient adossés, avaient conduit certaines collectivités à supporter des charges financières considérables, motivant souvent une action contentieuse à l'égard de l'établissement de crédit cocontractant.

Outre les collectivités territoriales, leurs groupements et les services départementaux d'incendie et de secours, le législateur (art. 34 de la loi du 26 juillet 2013, insérant un article L. 423-17 dans le Code de la construction et de l'habitation) rend désormais applicable ce cadre juridique du recours à l'emprunt aux « organismes d'habitations à loyer modéré, leurs groupements, les sociétés et organismes, quel qu'en soit le statut, soumis à leur contrôle, au sens du III de l'article L. 430-1 du Code de commerce, les sociétés anonymes de coordination d'organismes d'habitations à loyer modéré ainsi que les groupements d'intérêt économique prévus à l'article L. 251-1 du même code, les structures de coopération prévues à l'article L. 423-6 du présent code et les associations de gestion mentionnées au troisième alinéa de l'article L. 451-1, qui comprennent, directement ou indirectement, parmi leurs membres au moins un organisme ou société précité peuvent souscrire des emprunts auprès des établissements de crédit ». Par cette extension au secteur du logement social, le nouveau cadre de recours à l'emprunt prévu par le législateur pour les collectivités publiques et leurs groupements a vocation à s'appliquer de manière plus globale et vient compléter la réglementation déjà existante concernant les établissements publics de santé (cf supra).

Cependant, le décret en Conseil d'État précisant les modalités d'application des dispositions introduites par la loi du 26 juillet 2013 n'a à ce jour pas encore été publié, retardant l'entrée en vigueur effective de ces dispositions législatives.

Ce décret devra préciser les conditions de souscription d'emprunt et de contrats structurés par les collectivités territoriales, leurs groupements et les SDIS, afin de les protéger des emprunts structurés à fort risque. À

cet effet, il devrait énumérer de manière limitative les indices et écarts d'indices autorisés pour les clauses d'indexation des taux d'intérêt variables et fixer les critères devant être respectés par les formules d'indexation afin d'être considérées comme suffisamment simples ou prévisibles pour être conformes à la loi.

## II. LE DISPOSITIF DESTINÉ À REMÉDIER AUX DIFFICULTÉS POSÉES PAR LE STOCK D'EMPRUNTS « TOXIQUES »

Au travers du projet de loi de finances pour 2014, le législateur a souhaité remédier aux difficultés actuelles soulevées par le dossier des emprunts « toxiques » de deux manières :

– tout d'abord en « sécurisant » les contrats de prêts existants, pour mettre un terme aux contentieux en cours et éviter la propagation des assignations (article 92-II). Toutefois, suite à la censure de cette disposition par le conseil constitutionnel, le gouvernement a été conduit à adopter le 23 avril 2014, en conseil des ministres, un nouveau projet de loi « relatif à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public », qui a été déposé le même jour au Sénat (1.) ;

– ensuite en instaurant un fonds de soutien en faveur des collectivités locales, de leurs groupements et de certains établissements publics ayant souscrit des produits structurés à risque (2.).

### 1. Le sujet de la sécurisation du stock d'emprunts « toxiques »

Fortement impacté par la crise des emprunts dits « toxiques », l'État tente actuellement de mettre rapidement un terme au risque financier que cette crise fait peser sur les finances publiques. Pour mémoire, l'État, via le groupe Dexia et la SFIL<sup>5</sup>, a repris les activités « secteur public » de Dexia et hérite, en conséquence, d'un stock important de crédits dits « sensibles ».

Les décisions du TGI de Nanterre de février 2013<sup>6</sup> ont, comme on l'a vu, fourni un important motif de contentieux en matière d'emprunts structurés, en assimilant les fax de confirmation, par lesquels le prêteur fige les conditions financières de l'emprunt, à de véritables contrats de prêt, et en imposant en conséquence qu'y soit mentionné le TEG, sous peine de substitution du taux d'intérêt légal à l'intérêt conventionnel. Cette jurisprudence conduit à un accroissement du nombre de contentieux à l'encontre des établissements de crédit, et particulièrement à l'encontre de la SFIL, et laisse planer la menace de nombreux contentieux futurs. Plus récemment, une décision du TGI de

5. L'État est actionnaire du groupe DEXIA (via la société holding Dexia SA) à hauteur de 44 % et de la SFIL (Société de Financement Local) à hauteur de 75 %.

6. Jugements du TGI Nanterre en date du 8 février 2013 – n° 11/03778, 11/03779 et 11/03780.

Nanterre en date du 7 mars 2014<sup>7</sup> a aggravé le risque de contentieux en élargissant les motifs permettant au juge de substituer le taux d'intérêt légal au taux d'intérêt conventionnel. Dans ce jugement en effet, le TGI a considéré que l'obligation de communication du taux et de la durée de période (prévue à l'article R. 313-1 du Code de la consommation) s'appliquait à un contrat conclu entre une banque et une personne morale de droit public, et a sanctionné ce défaut de communication en substituant le taux d'intérêt légal à la stipulation conventionnelle d'intérêts.

Dans un communiqué de presse en date du 18 juin 2013, Pierre MOSCOVICI avait d'ores et déjà annoncé que Bercy comptait arrêter les assignations liées à l'absence de TEG dans les fax de confirmation. Voulant « apporter une solution pérenne et globale au problème des emprunts structurés les plus risqués », l'État a décidé de soutenir les collectivités en favorisant notamment le déboucement des produits structurés les plus sensibles.

Ce soutien, annoncé à l'occasion de la conclusion du Pacte de confiance et de responsabilité entre l'État et les collectivités locales le 16 juillet 2013<sup>8</sup>, repose essentiellement sur la sécurisation des contrats de prêt souscrits par des personnes morales avant l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2014, et impactés par la jurisprudence du TGI de Nanterre, mais aussi, comme on le verra, par la création d'un fonds de soutien aux collectivités publiques ayant contracté des produits structurés (voir point 2 ci-dessous).

S'agissant de la sécurisation des contrats de prêts, le gouvernement a souhaité légiférer dès la loi de finances pour 2014. L'objectif poursuivi est en effet de mettre un terme au risque systémique provoqué par la jurisprudence du TGI de Nanterre, dû aux provisions devant être comptabilisées par les établissements de crédit et au nécessaire soutien financier que l'État devrait apporter à la SFIL afin de couvrir ses pertes directes potentielles (de l'ordre de 10 milliards d'euros selon le gouvernement<sup>9</sup>).

### 1.1. La tentative de validation des contrats de prêt impactés par la jurisprudence du TGI de Nanterre dans la loi de finances pour 2014

Dans un contexte d'augmentation du nombre de contentieux résultant de la jurisprudence du TGI de Nanterre, l'État a mis en avant que celle-ci faisait naître « un risque très significatif pour l'ensemble des établissements de crédit ayant utilisé des documents précontractuels pouvant

présenter des caractéristiques identiques ou comparables de celles sanctionnées par le juge en première instance, particulièrement dans le cas des contrats portant sur des produits structurés<sup>10</sup> ».

Ainsi, l'article 92-II du projet de loi de finances pour 2014 prévoyait une validation rétroactive des contrats de prêt ne mentionnant pas le TEG, et souscrits antérieurement à la publication de loi, à condition qu'ils comportent toutes les informations permettant aux emprunteurs de connaître précisément les conditions de leur engagement.

Projet d'article 92 - II : « Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, sont validés les contrats de prêt et les avenants à ces contrats conclus antérieurement à la publication de la présente loi entre un établissement de crédit et une personne morale [...], en tant que la validité de la stipulation d'intérêts serait contestée par le moyen tiré du défaut de mention du taux effectif global prescrite par l'article L. 313-2 du Code de la consommation, dès lors que ces contrats et avenants indiquent 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 ».

À noter que le texte ne visait que les contrats de prêt, et non les documents précontractuels, dans la mesure où le TGI de Nanterre a reconnu une valeur contractuelle à certains de ces documents. La validation législative était censée ainsi produire son plein effet.

À noter également que cette disposition ne visait pas uniquement les collectivités territoriales mais l'ensemble des personnes morales, aussi bien de droit public que de droit privé, compte tenu du risque systémique global que la jurisprudence du TGI de Nanterre était accusée de faire planer sur le monde du crédit.

### 1.2. La censure du Conseil constitutionnel

C'est précisément le caractère très général de cette validation rétroactive que le Conseil constitutionnel est venu sanctionner dans sa décision du 29 décembre 2013<sup>11</sup>. S'appuyant sur le fait que l'article 92-II a vocation à s'appliquer à tous les contrats de prêt et à toutes les personnes morales, le Conseil constitutionnel censure cette disposition au motif d'une part, que les critères utilisés par la loi ne sont pas en adéquation avec l'objectif poursuivi, et que, d'autre part, sa portée très large porte une atteinte injustifiée aux droits des personnes morales ayant souscrit un emprunt (même s'il est permis de s'interroger sur la pertinence de la mention du TEG pour les personnes morales).

Une telle décision n'est pas surprenante de la part du Conseil constitutionnel. En effet, si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, une jurisprudence constante de celui-ci subordonne cette possibi-

7. TGI Nanterre, 6<sup>e</sup> ch., 7 mars 2014, n° 12/06737.

8. Le 16 juillet 2013, le Premier ministre a reçu les présidents des associations d'élus locaux, le président du comité des finances locales et les présidents et rapporteurs généraux des commissions des finances du Sénat et de l'Assemblée nationale pour une réunion consacrée au pacte de confiance et de solidarité. Ce pacte élaboré par l'État a vocation à trouver des solutions en liaison avec les collectivités locales sur plusieurs chantiers : répartition des efforts d'économie ; dépenses contraintes et normes ; ressources des collectivités locales ; péréquation ; accès au crédit et traitement du dossier des emprunts structurés ; contractualisation et fonds européens ; association des collectivités locales aux évaluations des politiques publiques.

9. L'AGEFI Quotidien du 31 décembre 2013.

10. Extrait de l'exposé des motifs de l'article 92-II du projet de loi de finances pour 2014.

11. Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, précitée.

lité à la réunion de trois conditions lorsqu'un principe de valeur constitutionnelle est en cause<sup>12</sup> :

- l'atteinte au principe doit être justifiée par des motifs d'intérêt général ;
- cette atteinte doit être nécessaire ;
- et l'atteinte en question doit être proportionnée aux motifs d'intérêt général identifiés.

Était en cause ici le principe de la garantie des droits, ou principe de sécurité juridique, contenu à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789. L'existence d'un motif d'intérêt général, ici la prévention d'un risque systémique et la protection des finances publiques, n'est pas remise en cause par le Conseil constitutionnel. L'appréciation de l'existence d'un tel motif revient en effet au législateur. En revanche, le Conseil constitutionnel vérifie que le motif d'intérêt général invoqué est suffisant pour justifier une atteinte au principe de la garantie des droits, autrement dit que cette atteinte est nécessaire. La garantie des droits se matérialise ici, en faveur de l'emprunteur, par l'obligation faite aux banques, en application de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, de mentionner le TEG dans tout écrit constatant un contrat de prêt, cette mention étant analysée par la jurisprudence comme constituant un élément essentiel de l'information de l'emprunteur. Pour y porter atteinte, les critères utilisés doivent être en adéquation avec l'objectif poursuivi. Tel n'est pas le cas en l'espèce pour le Conseil constitutionnel, compte tenu de l'objectif affiché du gouvernement de prémunir avant tout l'État d'un soutien financier massif à la SFIL. Autrement dit, l'adéquation de la mesure avec l'objectif poursuivi aurait nécessité, au regard de l'atteinte portée au droit de l'emprunteur, que la validation législative ne vise que les emprunts souscrits par les collectivités locales et leurs groupements.

Enfin, l'application du principe de proportionnalité dans l'atteinte portée aux droits a conduit le Conseil constitutionnel à considérer, pour les mêmes raisons, que le législateur n'avait pas porté une atteinte strictement nécessaire à l'objectif poursuivi. De ce point de vue, il est probable que le principe de proportionnalité aurait été respecté si le législateur n'avait entendu valider rétroactivement que les emprunts structurés souscrits par les collectivités locales et leurs groupements avant la publication de la loi.

Suite à cette décision, et sauf à envisager une réforme en profondeur du TEG, la portée de la jurisprudence du TGI de Nanterre demeure entière. Le gouvernement a donc été conduit à reformuler un texte législatif de validation avec un périmètre plus restreint.

### 1.3. Le projet de loi relatif à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public

Adopté en conseil des ministres le 23 avril 2014, le

12. Voir pour un exemple de reconnaissance d'un intérêt général suffisant : Décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006 (Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007).

texte du projet de loi a été immédiatement déposé au Sénat. Le Gouvernement a demandé la procédure accélérée sur ce texte, compte tenu de l'ampleur du risque financier que les décisions du TGI de Nanterre font peser sur les finances publiques. Ce risque financier et son impact sur l'économie tout entière constituent des motifs impérieux d'intérêt général justifiant le recours à une loi de validation. L'étude d'impact détaille les deux composantes de ce risque, dont l'ampleur maximale est évaluée pour l'État à environ 17 milliards d'euros :

- le risque financier direct, correspondant aux pertes subies par la SFIL et DEXIA et correspondant au provisionnement des risques contentieux dans chacun de ces établissements rendant nécessaire leur recapitalisation par l'État (10 milliards d'euros au total) ;
- le risque financier indirect, estimé à 7 milliards d'euros, correspondant au surcoût occasionné par la mise en extinction de la SFIL, qui serait imposée par la Commission européenne suite à la recapitalisation de la structure par l'État.

Afin de tenir compte des motifs de censure exprimés par le conseil constitutionnel dans sa décision du 29 décembre 2013, le nouveau projet de loi comporte deux mesures de validation des clauses de stipulation d'intérêt :

- l'une relative aux contrats de prêt qui ne mentionneraient pas le TEG, le taux de période ou la durée de période (article 1<sup>er</sup>) ;
- l'autre relative aux contrats de prêt comportant des erreurs de calcul du TEG, du taux de période ou de la durée de période (article 2) ; toutefois, dans l'hypothèse où le TEG mentionné dans le contrat est inférieur au TEG déterminé conformément à l'article L. 313-1 du Code de la consommation, il est prévu que l'intérêt conventionnel reste dû par l'emprunteur, mais que celui-ci a droit au versement par le prêteur de la différence entre ces deux taux, appliquée au capital restant dû à chaque échéance<sup>13</sup>.

Ces mesures de validation ont cependant une portée désormais réduite, puisqu'elles ne concernent que les contrats de prêts souscrits par les personnes morales de droit public antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, et uniquement les contrats de prêts structurés (article 3), à l'exclusion par conséquent des contrats comportant un taux fixe ou un taux variable défini comme la simple addition d'un indice et d'une marge fixe exprimée en points de pourcentage. On notera au passage que, pour la première fois, il est donné une définition légale de ce qu'est un prêt structuré, même si on peut regretter que cette définition soit purement négative, l'article 3 du projet de loi se limitant à indiquer ce que n'est pas un prêt structuré.

13. L'article 92-III du projet de loi de finances pour 2014, censurée par le Conseil constitutionnel, contenait déjà cette disposition, mais l'article 2 du projet de loi ne comporte plus de modification du Code de la consommation pour l'avenir puisqu'il ne s'applique qu'aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Dans sa décision du 29 décembre 2013, le conseil constitutionnel avait en effet censuré l'article 92-III, applicable aux contrats en cours à la date de publication de la loi et modifiant le Code de la consommation, au motif qu'il constituait un « cavalier législatif ».

Avec ce nouveau projet de texte, le gouvernement entend tenir compte de la décision du conseil constitutionnel qui avait censuré le texte initial en raison de sa portée trop générale (l'article 92-II du projet de loi de finances pour 2014 avait vocation à s'appliquer à tous les contrats de prêt et à toutes les personnes morales, sans distinction).

Enfin, comme le texte initial le prévoyait déjà, le projet de loi subordonne la régularisation des contrats de prêt à l'indication de trois informations : « 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 ». De ce fait, la régularisation se limite aux contrats contenant les informations permettant à l'emprunteur de prendre une décision éclairée.

Le Sénat a amendé le projet de loi en première lecture le 13 mai 2014, en ajoutant un article 4 prévoyant que, dans un délai de huit mois suivant la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remettra un rapport au Parlement sur la réforme du TEG. Selon cet article, « ce rapport s'attachera à proposer, au regard des jurisprudences récentes, des évolutions permettant de garantir l'information et la protection des emprunteurs professionnels ou personnes morales, en examinant notamment la possibilité d'obliger les prêteurs à indiquer le taux effectif global maximal que l'emprunteur pourrait être amené à payer ». Cet amendement fait écho au débat qui s'est instauré à la suite des décisions rendues par le TGI de Nanterre sur l'utilité et la pertinence du TEG en tant qu'élément d'information de l'emprunteur, et qui plaide pour une réforme en profondeur de cette question<sup>14</sup>. Mais il conviendra d'être particulièrement vigilant sur le contenu des propositions de ce rapport, afin d'éviter que la réforme annoncée sur le sujet du TEG ne soulève plus de questions qu'elle n'est censée en résoudre. Ainsi, le fait pour le prêteur d'indiquer « le taux effectif global maximal que l'emprunteur pourrait être amené à payer » se révèle parfaitement incompatible avec l'économie d'un contrat de prêt, notamment le caractère variable d'un taux et le caractère prévisionnel des frais à engager par le client.

## 2. La création d'un fonds de soutien aux collectivités territoriales (article 92-I de la loi de finances pour 2014)

La seconde mesure importante instaurée par la loi de finances pour 2014, qui n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel, est la création d'un fonds de soutien aux collectivités territoriales ayant contracté des produits structurés (article 92-I), dont les modalités de fonctionnement ont été précisées par décret en Conseil d'État<sup>15</sup>.

D'un point de vue institutionnel, ce fonds est doté d'un comité national d'orientation et de suivi, com-

posé de représentants de l'État, de parlementaires, de représentants des collectivités territoriales et de personnalités qualifiées. Ce comité est chargé d'émettre des recommandations sur les modalités d'intervention du fonds et de publier un rapport annuel sur les aides versées à destination du Gouvernement et du parlement.

Le fonds de soutien, qui doit être doté chaque année d'un montant de 100 millions d'euros pendant une durée maximale de 15 ans (soit un niveau cible de 1,5 milliard d'euros), a cependant un périmètre d'intervention réduit.

Tout d'abord, il n'a vocation à bénéficier qu'aux collectivités territoriales, à leurs groupements, aux établissements publics locaux, aux Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) ainsi qu'aux collectivités d'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie. Mais sont curieusement exclus du champ d'application de ce dispositif les établissements publics de santé ainsi que les organismes de logement social, alors que ces entités sont comprises dans le périmètre des entités « régulées » par la loi du 26 juillet 2013. Toutefois, à l'issue du Conseil des ministres du 23 avril 2014, le gouvernement a annoncé la mise en place d'un dispositif d'accompagnement spécifique en faveur des hôpitaux les plus exposés par des emprunts structurés. Ce dispositif prendra la forme d'aides nationales accordées aux hôpitaux pour faciliter leur sortie de ces prêts. Le montant total de ces aides pourra atteindre jusqu'à 100 millions d'euros, et les banques seront appelées à participer au financement de ce dispositif.

Ensuite, le fonds de soutien n'est destiné à intervenir qu'en faveur des entités précitées ayant souscrit les produits les plus toxiques, à savoir, pour reprendre la formulation de la loi, « les emprunts les plus sensibles et les contrats de couverture qui leur sont liés ». Le décret d'application du 29 avril 2014 a défini cette notion de manière négative, c'est-à-dire en listant les contrats de prêt utilisant certaines formules d'indexation et certains indices et écarts de taux rendant ces contrats non éligibles au fonds de soutien. La notice de présentation du décret résume les contrats exclus de cette liste, et donc éligibles au fonds de soutien, par référence à la Charte Gissler<sup>16</sup>, en indiquant que les contrats concernés sont les contrats hors charte ainsi que les contrats classés 3<sup>e</sup>, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> dans la classification Gissler.

S'agissant du financement, le fonds de soutien sera alimenté pour moitié par une contribution du secteur bancaire, au moyen d'une majoration du taux de la taxe sur les risques systémiques<sup>17</sup>, et pour moitié par l'État via un report des crédits existants dans le fonds de soutien créé par la loi de finances rectificative pour 2012<sup>18</sup>, soit 50 millions d'euros.

Le fonds de soutien a pour objet de verser aux collectivités bénéficiaires une aide en vue d'un rembourse-

16. Pour mémoire, la Charte Gissler figure à l'annexe IV de la circulaire interministérielle IOCB1015077C du 25 juin 2010 relative aux produits financiers offerts aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.

17. Créée par l'article 42 de la loi de finances pour 2011 n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 (article 235 ter ZE du CGI).

18. Article 4 de la loi n° 2012-1510.

14. Voir les développements contenus dans le rapport établi le 7 mai 2014 au nom de la Commission des finances du Sénat par le sénateur Jean Germain, pages 36 à 38.

15. Décret n° 2014-444 du 29 avril 2014, JO du 2 mai 2014.

sement anticipé des produits « toxiques » éligibles. Le montant de l'aide est cependant limité à 45 % de l'indemnité de remboursement anticipé (IRA). Toutefois, deux aménagements sont apportés à ce principe. D'abord, une part de l'aide peut permettre à la collectivité de supporter les charges financières relatives aux emprunts ou instruments éligibles, pour une période initiale de 3 ans à compter de la demande à bénéficier du fonds<sup>19</sup>. Ensuite, pour les entités éligibles dont la population est inférieure à 10 000 habitants, l'aide peut financer des prestations d'accompagnement de la gestion de l'encours de dette structurée, dans la limite de 50 % des frais engagés et de 2,5 millions d'euros par an pour l'ensemble du fonds.

Afin de bénéficier de l'aide, les entités éligibles au fonds de soutien doivent déposer une demande auprès du préfet avant le 15 mars 2015, et justifier de la conclusion préalable avec l'établissement de crédit d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil<sup>20</sup>, transaction valant renonciation à tout contentieux né ou à naître. Le montant de l'aide est déterminé conjointement par le ministre chargé du budget, et selon le cas, le ministre en charge des collectivités territoriales ou le ministre en charge de l'outre-mer, sur la base de critères liés à l'endettement du bénéficiaire et à son potentiel de ressources.

19. Cette période de 3 ans peut être renouvelée jusqu'au terme des emprunts ou instruments financiers, dans les conditions déterminées par le comité national d'orientation et de suivi.

20. Art. 2044 C. civil : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

## CONCLUSION

Dans la perspective de trouver une issue rapide et favorable à la crise dite des emprunts « toxiques », et face à la multiplication des contentieux, les pouvoirs publics agissent rapidement pour mettre en place des solutions de sortie de crise, mettant effectivement à contribution l'État et le secteur bancaire. Mais surtout le législateur a dû intervenir pour bâtir un nouveau cadre juridique global du recours à l'emprunt par les collectivités publiques.

La loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013 constitue l'aboutissement de cette démarche s'agissant des collectivités locales et des organismes HLM.

En limitant les conditions de recours à l'emprunt des collectivités publiques, le législateur a été contraint de revenir sur le régime de liberté qui prévalait jusqu'alors, en application du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales. Face à l'importance des enjeux financiers et à l'urgence de la situation, chacun des acteurs de la crise (l'État, les collectivités locales, les banques...) a été contraint d'accepter un aménagement de ce principe afin d'éviter de reproduire à l'avenir les dysfonctionnements du passé.

Le nouveau cadre juridique du recours à l'emprunt des collectivités publiques, issu de la loi du 26 juillet 2013, se présente comme le résultat d'un compromis entre le régime de tutelle de l'État sur les collectivités locales antérieur à la décentralisation, et le régime de totale liberté des collectivités locales issue des lois Defferre de 1982. Néanmoins, en revenant sur le dispositif Gissler qui avait fait pourtant consensus, il a vocation à limiter très fortement les possibilités d'emprunt des collectivités publiques en s'inscrivant très clairement dans un objectif à long terme de protection des finances publiques. ■