

EMPRUNTS TOXIQUES ET COLLECTIVITÉS PUBLIQUES : L'ÉTAT DES CONTENTIEUX

DIDIER SEBAN*
JEAN-LOUIS VASSEUR*

Si les emprunts structurés à risque – les emprunts toxiques – avaient fait leur apparition plusieurs années auparavant, ce n'est vraiment qu'avec la publication du rapport public annuel de février 2009 de la Cour des comptes que la portée de leur développement dans les collectivités territoriales et autres acteurs publics a pu être pleinement mesurée.

Pour la première fois, la Cour des comptes, consacrant un chapitre aux « risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunts », mettait en évidence les risques inhérents à l'essor de ces produits et leurs conséquences parfois désastreuses.

D'emblée, elle notait que : « Les emprunts structurés sont potentiellement risqués, même si le risque qu'ils induisent n'est pas de même importance d'un produit à l'autre. Ils sont également opaques et d'un intérêt financier discutable. »

Elle s'interrogeait aussi sur « quels fondements économiques et financiers peuvent conduire des collectivités et des établissements publics locaux à décider d'indexer les taux d'intérêt de leur dette sur l'évolution d'une parité monétaire, d'un écart entre deux taux d'inflation ou sur la pente de la courbe des taux du marché interbancaire ».

Et elle ajoutait : « De tels choix révèlent la réalisation d'opérations consistant à parier avec un banquier sur l'évolution d'indices ou de valeurs économiques sans lien avec l'activité ou le financement de l'emprunteur. Ils s'apparentent à une démarche spéculative et, de ce fait, sont critiquables. »

Elle n'a eu de cesse de revenir sur ce thème depuis lors, que ce soit dans son rapport public annuel de février 2010, dans son rapport public thématique de juillet 2011, ou encore, au travers de l'étude menée sur le cas de la banque Dexia, dans son rapport thématique de 2012.

* Avocat à la Cour, SCP SEBAN & Associés.

En outre, les difficultés rencontrées par les acteurs publics sont apparues suffisamment importantes pour qu'une commission d'enquête parlementaire soit créée par une résolution du 8 juin 2011 de l'Assemblée nationale, la proposition de résolution ayant été adoptée à l'unanimité par la Commission des finances.

Son rapport a été rendu au mois de décembre 2011. Il a notamment débouché sur des dispositions incluses dans la loi de régulation bancaire du 26 juillet 2013. Il a sans doute également abouti à la mise sur pieds d'un fonds de soutien des collectivités victimes des emprunts structurés.

Il est certain que les emprunts toxiques, qui représentent près de 30 Md€ à 35 Md€, dont 12 Md€ au moins, sont porteurs d'un risque potentiel élevé, qui commence à se réaliser depuis quelques années, et d'un risque latent pour de nombreuses années encore compte tenu de la durée particulièrement longue des emprunts en question, devenus ainsi la source de problèmes considérables pour les collectivités.

Entre-temps, de nombreuses collectivités, établissements publics locaux, établissements publics de santé, faute de parvenir à obtenir de leurs banques des réaménagements de leurs emprunts et animés du souci de préserver leurs droits, ont engagé des contentieux devant le juge civil.

Ces contentieux tendent à obtenir soit l'annulation du taux d'intérêt contractuel et son remplacement par le taux d'intérêt légal, ou le taux d'usure, sur le fondement de manquements des banques aux dispositions relatives au taux effectif global (TEG) et au taux d'usure, soit l'annulation du contrat d'emprunt, soit, enfin, la mise en cause de la responsabilité de la banque et des réparations.

Ils donnent, parfois, l'occasion d'engager aussi des négociations.

L'ÉTAT DES CONTENTIEUX

Ces contentieux en sont, souvent encore, à leurs débuts. Mais plusieurs jugements ont d'ores et déjà été rendus. Et leurs résultats apparaissent, à l'heure actuelle, dans l'ensemble encourageants pour les acteurs publics.

C'est le cas notamment des trois jugements rendus le 8 février 2013 par le tribunal de grande instance de Nanterre dans des affaires opposant le département de Seine-Saint-Denis à la banque Dexia, substituant aux taux structurés de plusieurs emprunts le taux d'intérêt légal pour sanctionner l'absence de mention du TEG des prêts sur des documents contractuels. Ces décisions sont pendantes devant la Cour d'appel de Versailles.

C'est également le cas du jugement rendu le 28 janvier 2014 par le tribunal de grande instance de Paris dans une affaire opposant Lille métropole communauté urbaine à Royal Bank of Scotland. Dans ce dossier concernant trois contrats

de *swaps*, le juge a estimé que la banque avait manqué à son obligation d'information lors de la conclusion des trois *swaps* et, dans l'un des trois cas, également à son devoir de conseil.

On peut ensuite mentionner le jugement rendu le 7 mars 2014, par le tribunal de grande instance de Nanterre, dans une affaire opposant la commune de Saint-Maur des Fossés à la banque Dexia et à la SFIL (Société de financement local). Dans ce dossier, le juge a annulé le taux d'intérêt contractuel et lui a substitué le taux d'intérêt légal en raison de l'omission par la banque dans le contrat de la mention du taux et de la durée de la période, données dont la communication est obligatoire pour permettre la vérification du TEG.

Dans un jugement rendu le 25 mars 2014 à propos d'une affaire opposant le département de Seine-Saint-Denis à la banque Depfa, le tribunal de grande instance de Paris a fait droit à la demande du département tendant à l'annulation du taux d'intérêt contractuel et à son remplacement par le taux d'intérêt légal en raison de l'omission par la banque de la mention du TEG dans un avenant modifiant le taux d'intérêt applicable au prêt.

On observera que si les jugements obtenus l'ont souvent été sur le fondement de l'absence de mention du TEG sur le contrat ou de l'absence de mention du taux et de la durée de la période sur les documents contractuels, il n'en est pas de même de la décision rendue le 28 janvier 2014 par le tribunal de grande instance de Paris où, cette fois, la responsabilité de la banque est mise en cause à propos de la conclusion de trois contrats de *swaps* pour manquement à ses obligations d'information et de conseil.

Le juge a ainsi démontré qu'il pouvait, en matière de contrats d'emprunt structuré conclus par des acteurs publics, même d'envergure, aussi bien tenir compte des moyens liés à la méconnaissance, par l'établissement bancaire, des dispositions relatives au TEG qu'au manquement à ses autres obligations (d'information ou de conseil en particulier).

Ces faits rendent d'autant plus intéressante la réflexion sur les arguments susceptibles d'être développés par les collectivités à l'appui de leurs assignations à l'encontre des banques et ceux opposés, en défense, par ces dernières. Le premier des arguments étant le plus souvent lié au fait de savoir si les collectivités publiques étaient ou non susceptibles d'évaluer les risques lors de la conclusion des contrats.

LES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES ÉTAIENT-ELLES CAPABLES D'ÉVALUER LES RISQUES ?

Les actions engagées par les acteurs publics à l'encontre d'une banque, en matière d'emprunts structurés risqués, reposent naturellement sur cet argument selon lequel ils n'étaient pas en mesure d'évaluer les risques inhérents aux emprunts

structurés proposés par les banques et qu'ainsi, ils ont été induits en erreur sur la nature et les caractéristiques réelles des contrats proposés.

L'argument se heurte systématiquement à l'objection de la part du banquier selon laquelle la collectivité était au contraire parfaitement en mesure d'évaluer les risques encourus.

Les banques concernées invoquent généralement à cet égard, pour écarter leur responsabilité pour manquement à leurs obligations d'information, de mise en garde et de conseil, le caractère d'emprunteur averti de la collectivité.

La collectivité serait nécessairement un emprunteur averti parce qu'elle effectue régulièrement des emprunts, parce qu'en tant que collectivité, elle est compétente pour emprunter, parce qu'elle dispose d'un personnel qualifié pour traiter d'emprunts.

Or, disent ces banques, le caractère averti de la collectivité ne les obligeait qu'à fournir de simples informations sur les caractéristiques du produit, et non à les mettre en garde contre le risque que ce produit leur faisait courir.

Un tel raisonnement est critiquable dans la mesure où le caractère averti d'un emprunteur, quel qu'il soit, fût-il un professionnel, doit être, aux termes d'une jurisprudence constante, déterminé *in concreto*, au cas par cas, en fonction de ses compétences en termes de diplômes ou d'expériences.

Si le nombre d'opérations d'emprunts d'une collectivité peut être pris en considération dans les critères destinés à établir si elle est un emprunteur averti ou non, ce fait ne saurait suffire dans la mesure où l'emprunteur n'ayant jamais eu l'expérience des contrats d'emprunt structuré à risque ne peut être considéré averti, puisqu'il n'est pas en mesure d'en mesurer la spécificité, la portée et le risque.

Le seul fait qu'une collectivité dispose, lors de la conclusion d'un contrat d'emprunt structuré indexé sur l'écart de parités monétaires, d'un service financier de quelques personnes chargées d'effectuer régulièrement des emprunts ne signifie pas qu'elle soit avertie si ce service n'a jamais effectué jusque-là d'opérations d'emprunts structurés risqués, si son personnel ne dispose pas d'une formation à la finance de marché, d'une expérience bancaire spécialisée.

Or, comme le révèlent de nombreux cas de collectivités aux prises avec des emprunts toxiques, personnels et élus à qui ils ont été présentés n'en avaient alors aucune connaissance préalable, ne disposaient pas de formations nécessaires pour cela, n'en avaient aucune expérience. Ils n'étaient donc pas avertis.

Ces faits ne valent d'ailleurs pas que pour les petites collectivités qui sont peu équipées et ne peuvent compter un personnel très spécialisé. Ils valent aussi pour les autres collectivités dès lors qu'elles ne réunissent pas, au moment de la conclusion des contrats d'emprunt considérés et en ce qui concerne ces contrats, les compétences, l'expérience permettant de parler d'emprunteurs avertis.

C'est pourquoi on peut le plus souvent répondre par la négative à la question de savoir si les collectivités territoriales étaient capables d'évaluer les risques inhérents aux contrats d'emprunt structuré risqué, au moment où est intervenue leur conclusion.

On le peut d'autant plus souvent que l'on s'aperçoit fréquemment que les collectivités publiques n'ont pas seulement été mal informées, mais aussi délibérément trompées par certains établissements bancaires.

LES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES ONT-ELLES ÉTÉ TROMPÉES ?

Il n'est pas exagéré de considérer qu'un grand nombre de collectivités publiques amenées à conclure des contrats d'emprunt structuré à risque ont été, en effet, trompées. Le fait que la Cour des comptes intitule l'un des chapitres de son rapport public thématique de juillet 2011 « Le piège des emprunts structurés » est déjà révélateur. Il s'agit bien, en effet, pour la plupart des collectivités concernées, d'un piège.

Pour beaucoup de ces collectivités, de leurs élus et de leurs agents, les emprunts structurés risqués ne se présentaient pas, tout d'abord, pour ce qu'ils étaient : un mélange complexe entre un prêt et une opération purement financière (la vente d'une option).

Les emprunteurs se voyaient proposer un contrat de prêt dont le taux initial était, pour une période de quelques années, extrêmement avantageux parce qu'inférieur au marché. Pour la suite, soit souvent une trentaine d'années car il s'agissait de prêts à très long terme, une formule de taux d'intérêt complexe indexée sur des écarts de taux ou de parités se substituait, d'où il ressortait que le taux initial continuerait, en principe, de s'appliquer, sauf si certaines conditions se réalisaient, telles que le dépassement d'un seuil, d'une valeur pivot.

Ce que ne pouvaient voir les collectivités emprunteuses était le fait qu'il leur était proposé en réalité un véritable pari avec le banquier : ce dernier prêtait à la collectivité à un taux très modeste pendant une période initiale en contrepartie de quoi la collectivité lui vendait une option lui permettant, si certaines conditions se réalisaient, d'imposer un taux beaucoup plus élevé à la collectivité.

Le pari réside dans le fait pour la collectivité de continuer à bénéficier du taux bonifié le plus longtemps possible et pour la banque de bénéficier du taux d'intérêt le plus important, c'est-à-dire que les conditions pour que le taux du prêt s'envole longtemps se réalisent.

Comme le relève la Cour des comptes dans son rapport public thématique de juillet 2012 : « Dans ce schéma, il n'y a pas de symétrie entre les risques pris par l'emprunteur et le prêteur, le premier garantissant au second de lui verser un taux non plafonné si certaines conditions sont réunies. »

Mais, en tout état de cause, l'existence d'un tel pari n'est jamais explicitée à la collectivité dans les contrats ou les documents précontractuels. Bien au contraire, elle est totalement dissimulée et de plus, tout est fait en général

pour que l'emprunteur soit gagné par l'assurance que le taux d'intérêt qu'il aura à payer sera, tout au long du prêt, un taux fixe égal au taux initial.

Non seulement l'attention de la collectivité n'est pas attirée sur les risques d'augmentation illimitée du taux durant la période structurée, mais aussi la documentation fournie avant la souscription du contrat ne contient souvent que des éléments d'information rassurants : un historique des variations des index montrant qu'ils n'ont jamais franchi les seuils ou les valeurs pivot du contrat et que le taux demeurera donc fixe, un éventuel tableau de *stress test* où dominent les cas de maintien du taux fixe.

Comme le note la Cour des comptes dans son rapport annuel de février 2009 : « Des informations exagérément optimistes, voire erronées, ont été données aux emprunteurs, leur garantissant une quasi-absence de risque ou bien que l'évolution de leur index leur serait nécessairement favorable. »

Est-il besoin d'ajouter que bien des contrats de prêt portent le nom franchement trompeur de « Tofix » alors qu'il n'en est rien, le taux étant susceptible de varier sans plafond, et que l'existence d'un tel taux tout au long du contrat est d'autant moins probable que sa durée est longue ? Lorsqu'ils existent, les documents pré-contractuels fournis contiennent bien souvent des schémas du mécanisme de l'emprunt faisant ressortir en gras et en grands caractères l'hypothèse « taux fixe » et en petits caractères simples et en pointillés les autres hypothèses – pourtant infiniment plus vraisemblables.

On ajoutera, pour finir, qu'à aucun moment, à l'occasion de la conclusion de l'emprunt, l'attention de la collectivité n'est attirée sur l'importance du montant que peut atteindre l'indemnité de remboursement anticipé du prêt qui atteint un niveau tel, lorsque le taux d'intérêt s'envole, qu'il n'est pas question précisément à ce moment de rembourser l'emprunt devenu exorbitant.

À cet instant, prise en étau entre l'indemnité de remboursement considérable et les échéances qui enflent démesurément, la collectivité réalise, mais trop tard, qu'elle est prise au piège, comme le dit la Cour des comptes, un piège qui permet alors à la banque de lui imposer les solutions qu'elle désire et qui passent, l'expérience le montre régulièrement, par un renouvellement du contrat d'emprunt dont les caractéristiques se sont déjà révélées si funestes, moyennant le gel d'une ou deux échéances.

On voit ainsi qu'il n'est pas exagéré de parler souvent de tromperie dans le cas des collectivités publiques s'étant vu proposer des emprunts structurés risqués.

Il convient de préciser que la plupart des contrats d'emprunt structuré risqué ont été conclus entre 2006 et 2007 à un moment où les difficultés auxquelles ils étaient susceptibles d'exposer les différents acteurs publics concernés n'étaient pas encore connues, puisque ce n'est qu'en 2009 que la Cour des comptes a rendu son premier rapport annuel public alertant sur les risques présentés par ces emprunts et que c'est à la fin de cette même année que la charte de « bonne conduite » – certains établissements bancaires étaient donc bien susceptibles de

reproches auparavant –, rédigée par le médiateur Éric Gissler, a été proposée par ce dernier à la signature des établissements bancaires.

Il n'existe donc pas de doute sur le fait que de nombreuses collectivités ont pu être trompées par certaines banques à l'occasion de la signature de contrats d'emprunt structuré à risque.

Cela ne fait qu'accroître la responsabilité des banques concernées.

QUELLES RESPONSABILITÉS DANS LES SITUATIONS CRITIQUES CRÉÉES PAR CES PRODUITS ?

Elles ne sauraient, d'une manière générale, qu'être le fait des banques ayant proposé aux collectivités publiques ces produits si peu adaptés à leurs besoins. Professionnels financiers, ces établissements bancaires savaient parfaitement que les contrats d'emprunt structuré risqué qu'ils leur recommandaient de souscrire ne correspondaient pas à la vocation des personnes publiques concernées.

Ces banques connaissaient tout d'abord fort bien la circulaire du 15 septembre 1992 qui énonçait, en termes de principe, l'interdiction pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics de conclure des instruments financiers à terme spéculatif. Or les produits structurés risqués ayant une composante spéculative ne pouvaient être proposés aux collectivités publiques.

L'intérêt général, qui doit inspirer les décisions des acteurs publics, ne s'accommode pas du recours à des contrats mêlant le crédit et l'opération sur instrument financier. Le cas est particulièrement flagrant lorsqu'un contrat d'emprunt ne vise qu'à refinancer un emprunt préexistant, sans mouvement de fonds, avec pour seule conséquence de modifier la formule du taux d'intérêt, en substituant, par exemple, à un taux fixe ou variable classique (indexé sur Euribor, sur Eonia) une formule de taux complexe et opaque d'où l'on peut seulement apercevoir une indexation sur des monnaies étrangères, un effet de levier, ou *snowball*.

Or en présentant le contrat concerné, baptisé « Tofix » comme un contrat assurant un taux fixe garanti pendant une première période, puis ayant toutes les chances de demeurer le même pendant le reste de la durée du prêt, ces banques ont pris la responsabilité de tromper les collectivités sur la nature réelle, spéculative, et donc interdite, du contrat.

En ne fournissant pas les informations nécessaires aux collectivités publiques sur les risques attachés à la signature de ces contrats d'emprunt, elles ont méconnu leurs obligations professionnelles qui auraient dû les conduire à informer leurs clientes des risques encourus, à les mettre en garde contre ces risques.

Ces obligations d'information et de mise en garde étaient d'autant plus importantes qu'il s'agissait de conclure avec des emprunteurs généralement non avertis des contrats complexes, exigeant notamment que les banques vérifient

si ces emprunteurs pouvaient faire face à des échéances énormes dans le cas où les taux s'élèveraient de façon considérable, sinon illimitée.

Même dans le cas où ces emprunteurs seraient considérés comme avertis, les banques se devaient de les informer et de les mettre en garde dans la mesure où elles détenaient, en matière d'emprunts structurés risqués, des informations sur les risques encourus que les emprunteurs ne pouvaient connaître, telles les anticipations relatives aux index liés au taux d'intérêt, ou l'ampleur susceptible d'être atteinte par l'indemnité de remboursement anticipé, ou encore l'association de l'emprunt à l'option, qui n'apparaît pas dans les contrats.

À cet égard, remédier à l'asymétrie d'information entre les collectivités publiques et les banques relevait d'autant plus de leur responsabilité que la Commission d'enquête parlementaire (rapport n° 4030 du 6 décembre 2011) a fait le constat d'une qualification globalement insuffisante des services des collectivités pour gérer des produits financiers complexes et de l'inefficacité des services préfectoraux et des comptables publics à jouer un rôle de conseil aux collectivités en matière d'emprunts.

En outre, les banques proposant aux collectivités des contrats de prêt assortis d'une vente d'option ou d'un contrat de *swaps*, agissant en qualité de prestataires de services d'investissement (PSI) au regard du Code monétaire et financier, les contrats d'emprunt structuré risqué et les *swaps* constituant des services d'investissement, elles avaient la responsabilité de les informer avec une précision particulière des risques encourus, de leur fournir une mise en garde spéciale.

Faute d'avoir satisfait à ces obligations, la responsabilité des banques concernées dans les difficultés rencontrées par les collectivités publiques s'est avérée et est très lourde.

QUELLE EST L'EFFICACITÉ DE LA CHARTE GISSLER ?

Elle a eu le mérite de donner aux collectivités publiques, à partir de sa signature à la fin de 2009, des critères pour mesurer le degré de dangerosité d'un emprunt ou d'un *swap*. Avec, en particulier, la grille des risques de la charte de « bonne conduite », elles disposent d'une classification des risques induits par les produits bancaires, double et croisée, à raison de l'indice ou des indices sous-jacents, d'une part, et en fonction de la structure du produit, d'autre part.

Seules les banques signataires se sont engagées à présenter leurs propositions aux collectivités locales selon cette classification, mais cette dernière a eu une influence sur les présentations des propositions des autres banques à partir de son entrée en vigueur au début de 2010.

Il n'a pas été sans conséquences de la même manière que les établissements signataires renoncent à proposer aux collectivités territoriales tout produit exposant à des risques sur le capital ou reposant sur certains indices à risques élevés

et s'engagent à ne plus proposer de produits avec des effets de structure cumulatifs (*snowballs*). Il n'a pas été sans effets non plus qu'ils promettent aussi de mentionner, dans leurs documentations précontractuelles, les avantages et les inconvénients des stratégies proposées, de fournir des *stress scenarii* et de communiquer la valorisation des produits.

Ces faits ont contribué à une prise de conscience plus rapide chez les élus et les personnels des collectivités de ce qu'ils pouvaient exiger de leurs banquiers lors des négociations avec ces derniers.

L'efficacité de la charte Gissler, dont le simple contenu a permis aussi de constater la réalité des pratiques de beaucoup de banques, a cependant été limitée en raison du faible nombre d'établissements signataires – il y en a eu quatre – et du caractère non contraignant du document.

De plus, la grille élaborée dans la charte n'écarte pas tous les produits dangereux pour les emprunteurs, comme les indices ou les écarts d'indice hors de la zone euro. Elle n'écarte ni le principe de la bonification d'intérêt sur une partie de la durée du contrat alors qu'il crée un déséquilibre dans les conditions d'exécution des contrats, ni celui d'une structuration d'un produit autour d'un effet de levier.

Enfin, les banques signataires n'ont pris qu'un engagement moral vis-à-vis des collectivités publiques. Plusieurs d'entre elles n'ont pas hésité, à l'occasion d'une proposition de refinancement d'un emprunt toxique, en contrepartie du gel de quelques échéances, à suggérer à leur client de signer à nouveau un contrat d'emprunt « hors charte ».

Si elle a permis un pas dans le sens d'une meilleure appréhension des dangers inhérents aux contrats structurés risqués, la conclusion de la charte n'a pas suffi à mettre un terme aux initiatives critiquables de certaines banques en la matière.

De nouveaux pas en avant se sont vite avérés nécessaires pour mieux assurer la protection des collectivités vis-à-vis des banques.

QUELLE PROTECTION POUR L'AVENIR ?

La crise des emprunts toxiques a eu des répercussions suffisamment graves pour que soient prises des initiatives destinées à protéger les acteurs publics contre le renouvellement à l'avenir d'une telle expérience.

Il y a d'abord eu les initiatives « curatives », comme celle consistant en 2009 pour l'État à désigner un médiateur, chargé de favoriser la recherche d'accords entre les collectivités et les banques concernées, dont les résultats se sont vite révélés plutôt minces. Si quelques solutions amiables ont pu être trouvées dans ce cadre, la médiation mise en place s'est le plus souvent heurtée au refus que les banques opposaient déjà aux demandes de réaménagement de la dette des collectivités.

On mentionnera ensuite les travaux de la Cour des comptes et de la Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée nationale, évoqués *supra*, qui ont permis une meilleure mesure du phénomène et l'élaboration de propositions.

Une autre initiative a consisté dans le vote, dans le cadre de l'adoption du budget pour 2014, de la création d'un fonds de soutien pour permettre aux collectivités publiques de faire face aux dépenses de réaménagement de leurs emprunts toxiques. Fonds de soutien auprès duquel, rappelons-le, les collectivités concernées devront déposer une demande d'aide auprès du représentant de l'État dans le département avant le 15 mars 2015.

Cette initiative, qui n'a encore qu'un but réparateur, a permis de mieux faire reconnaître le préjudice subi par les collectivités publiques, même si elle était accompagnée en contrepartie d'un article de loi de validation tendant à effacer les fautes commises en matière de mention ou de calcul du TEG par les banques lors de la conclusion de nombreux contrats d'emprunt. Fort heureusement, ce dispositif a été censuré par le Conseil constitutionnel.

Enfin, dans le cadre de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, plusieurs dispositions ont été adoptées pour encadrer, cette fois, les conditions d'emprunt des collectivités territoriales, de leurs groupements et des organismes HLM. La loi pose également les bases d'une future agence de financement des collectivités locales pour leur permettre de bénéficier de financements alternatifs au crédit bancaire.

Le Code général des collectivités territoriales définit désormais les emprunts que les collectivités territoriales, leurs groupements et les services départementaux d'incendie et de secours peuvent souscrire auprès des établissements de crédit. Les emprunts en devises étrangères ne sont autorisés, par exemple, que si un contrat d'échange de devises contre euros est conclu pour le montant total et la durée totale de l'emprunt concerné.

Un décret en Conseil d'État déterminera pour les emprunts à taux variable les indices et les écarts d'indices autorisés pour les clauses d'indexation du taux d'intérêt. La formule d'indexation des taux variables doit répondre à des critères de simplicité ou de prévisibilité des charges financières des entités concernées, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.

Un socle législatif est ainsi apparu pour mieux assurer la protection des collectivités publiques par rapport aux banques. L'entrée en vigueur effective de ces dispositions est toutefois conditionnée par la parution du décret en Conseil d'État prévu pour leur application. Leur efficacité sera bien évidemment en grande partie liée au contenu des décrets en Conseil d'État.

Il serait dommage qu'au moment où s'érige un tel socle, une loi vienne en sens contraire affaiblir les collectivités publiques face aux établissements bancaires. C'est pourtant ce qu'évoque l'adoption récente en Conseil des ministres de la deuxième mouture du texte législatif censé effacer, rétroactivement, les conséquences des omissions de mention du TEG ou des erreurs de calcul du TEG dans les contrats de prêt conclus avec les seules personnes morales

de droit public. Les contentieux en cours concernant les emprunts toxiques et fondés sur la méconnaissance par les banques de dispositions d'ordre public relatives au TEG seraient ainsi balayés, semble-t-on espérer. Il est cependant bien difficile de considérer, s'agissant du nombre des collectivités publiques victimes des emprunts toxiques, que l'intérêt général, seul à pouvoir justifier un tel retour sur la loi protectrice, aboutisse à octroyer aux banques une semblable impunité. Le projet de loi va devoir, sans nul doute, affronter, comme les dispositions de même nature de l'article 92 (devenu article 60) du projet de loi de finances 2014, déjà censurées par le Conseil constitutionnel en décembre 2013, une forte opposition.

Opposition que ne manqueront pas de relayer les acteurs publics si la loi était adoptée, notamment dans le cadre des contentieux engagés, en recourant aux différents moyens que le droit offre : de l'utilisation des questions prioritaires de constitutionnalité à l'invocation des textes de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne, dont les critères en matière de loi rétroactive s'avèrent particulièrement exigeants.

