

Actualités

EMPRUNTS STRUCTURÉS

L'absence de TEG pourrait ne plus être plaidée par les entreprises

» L'Assemblée nationale a adopté la validation rétroactive des emprunts structurés ne mentionnant pas le TEG

» Les personnes morales devraient invoquer d'autres fondements pour engager la responsabilité de leur banque

Sous couvert des principes d'égalité des personnes morales devant la loi et d'intérêt général, les entreprises ayant souscrit des emprunts toxiques au même titre que les collectivités locales pourraient se retrouver happées par le dispositif de validation rétroactive des contrats et ainsi privées d'exercer un recours contre leur banque sur le fondement d'une absence de taux effectif global (TEG). Elles se verraient appliquer également, en présence d'un TEG erroné, non plus le taux d'intérêt légal mais l'intérêt conventionnel.



« La fourniture d'un instrument financier, même si ce dernier est adossé à un prêt classique, est indissociable d'une prestation de conseil en investissement, reconnue en tant que service d'investissement par la directive MIF »

JOHANN LISSOWSKI, AVOCAT

Vers une validation rétroactive des prêts dans le PLF.

En effet, l'article 60 du projet de loi de Finances pour 2014, adopté en première lecture par les députés, prévoit que « les contrats de prêts et leurs avenants », conclus antérieurement à la publication de la présente loi, sont validés dès lors que la stipulation d'intérêts est contestée par le moyen du défaut de mention du TEG. Une telle mesure, contrecarrant la jurisprudence du tribunal de grande instance de Nanterre de février dernier défavorable aux banques, vise « à prévenir des pertes massives et conjointes susceptibles de porter atteinte à des établissements financiers de premier plan, les coûts d'une intervention de l'Etat qui serait nécessaire pour assurer la continuité d'exploitation de la Sfil (Ndlr : Société de financement local) et du groupe Dexia, et la déstabilisation du marché des prêts aux collectivités territoriales ».

Selon le gouvernement, le TEG n'est pas un critère de décision opérationnel en matière de prêts à taux variable alors même que l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier en fait une mention obligatoire dans les contrats. Pour cette raison, il estime qu'il est légitime d'inclure les prêts aux entreprises dans le périmètre de la validation à la stricte condition que les caractéristiques essentielles du prêt, c'est-à-dire le montant ou le mode de détermination des échéances de remboursement du prêt en principal et en intérêts, la périodicité de ces échéances, le nombre de celles-ci ou la durée du prêt soient clairement explicitées dans les documents contractuels. « La jurisprudence récente a des effets disproportionnés sur l'équilibre des contrats qu'il convient de corriger », affirme clairement le gouvernement.

Enfin, cet article instaure une « sanction civile » pour les erreurs de calcul de TEG se traduisant par le maintien du taux conventionnel et le versement par le prêteur de la différence entre les deux taux appliqués au capital restant dû à chaque échéance. Le risque d'une augmentation des TEG présentés par les établissements de crédit par crainte de devoir rembourser les

emprunteurs en cas d'erreur à la baisse est pointé du doigt. Cette sanction contribuerait « à participer au renchérissement des TEG pour les entreprises briguant un crédit ».

Inconstitutionnalité. Plusieurs députés, dont Charles de Courson, ont souligné les risques d'inconstitutionnalité du dispositif : « L'intangibilité des contrats est un élément de la défense du droit de propriété, principe constitutionnel. Il existe un risque d'annulation à la suite d'un recours devant le Conseil constitutionnel, soit du fait d'une saisine par l'opposition, soit dans le cadre d'une Question prioritaire de constitutionnalité. Au-delà de la défense du droit de propriété et de l'intangibilité des contrats, j'aimerais citer d'autres principes constitutionnels, parmi lesquels la libre administration et la liberté, dont la contrepartie est la responsabilité. » Les défenseurs de ce dispositif affirment que les entreprises pourront toujours tenter une action sur d'autres fondements que le TEG.

Cependant, il sera moins aisé de fonder la responsabilité de la banque pour défaut de mise en garde et de conseil. Pour s'en tenir à la position du tribunal de Nanterre qui s'en réfère à une jurisprudence constante, la responsabilité du prêteur est écartée au motif que l'emprunteur était particulièrement averti en matière d'emprunts structurés, menant depuis plusieurs années une gestion volontairement active de son endettement.

Les opportunités de la directive MIF.

En revanche, Johann Lissowski, avocat, souligne qu'une autre voie permet de mettre en cause la responsabilité de l'établissement financier : « Les emprunts structurés font coexister au sein d'un même contrat un emprunt classique et un instrument financier, généralement une option, un pari sur l'évolution d'un sous-jacent. La fourniture d'un instrument financier, même si ce dernier est adossé à un prêt classique, est indissociable d'une prestation de conseil en investissement, reconnue en tant que service d'investissement par la directive MIF. »

La Cour des comptes suit ce raisonnement en affirmant que le caractère accessoire du produit « ne peut exempter les établissements de crédit

des obligations prévues par la directive MIF ». Or, cette directive impose aux banques de classer leurs clients et de le leur signifier par écrit. Ce sera tout d'abord au titre du non-respect de ce formalisme que la responsabilité de l'établissement financier pourra être recherchée.

Johann Lissowski ajoute que « si les professionnels bénéficient d'une protection moindre

comparativement à des clients de détail, il existe une exception en matière d'opérations de couverture de change pour lesquelles les banques doivent s'enquérir de la situation financière de l'entreprise, les objectifs d'investissements le requérant ». En effet, dans sa position 2012-2013 « Exigences relatives à l'adéquation pour un client de services d'investissement ou d'instruments financiers », l'AMF précise que « lorsque le client cherche à couvrir un risque, le PSI doit disposer d'informations détaillées sur ce risque pour être en mesure de proposer un instrument financier de couverture efficace ». Au final, la notion de client professionnel et la protection qui lui est attachée vient se juxtaposer à celle, jurisprudentielle, d'opérateur averti, plus subjective, la première n'ayant pas supplanté la seconde.

Prise en compte de la complexité. Par ailleurs, cette qualification d'opérateur averti, à ce jour défavorable aux sociétés dans la mesure où les tribunaux en ont une conception extensive, commence à évoluer. « Les juridictions adoptent une conception plus souple de l'opérateur averti à l'égard des entreprises en tenant compte de la complexité des produits financiers souscrits », observe Johann Lissowski. Dernièrement, le tribunal de commerce de Paris (1) a retenu la responsabilité d'une banque pour défaut de mise en garde « en n'attirant pas par écrit l'attention du client sur le risque encouru en raison principalement de l'évolution possible de la parité franc suisse/euro susceptible d'annuler complètement l'avantage procuré par un taux d'intérêt plus faible en francs suisses qu'en euros, et même de conduire, comme dans le cas présent, à une perte importante, et cela contrairement à la préconisation très explicite du comité du crédit de la Banque ». A noter que les juges avaient préalablement relevé que le client avait une expérience des emprunts en devises étrangères et qu'il connaissait même les opérations de change à terme. Le tribunal a condamné la banque à payer la somme de 500.000 euros correspondant au montant total des commissions perçues par celle-ci au titre de l'opération de crédit.

ANNE SIMONET

EN BREF

Déclaration préalable des capitaux décès par les assureurs

La commission des Finances de l'Assemblée nationale vient d'adopter un amendement qui intègre à l'article 806 du Code général des impôts une nouvelle obligation de taille à la charge des assureurs. Ces derniers « ne peuvent se libérer des sommes, rentes ou valeurs quelconques dues par eux, à raison du décès de l'assuré, à tout bénéficiaire qu'après avoir déclaré à l'administration des impôts le dénouement mentionné au I de l'article 1649 ter ». Ce nouvel article vise les assureurs établis en France qui déclarent par ailleurs la souscription et le dénouement des contrats de capitalisation ou des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance vie. Par ailleurs, ils devront déclarer chaque année pour les contrats d'assurance vie non rachetables, s'ils sont souscrits depuis le 20 novembre 1991, le montant cumulé des primes versées entre le soixante-dixième anniversaire du souscripteur et le 1^{er} janvier de l'année de la déclaration. Pour les autres contrats, quelle que soit leur date de souscription, devront être déclarés le montant cumulé des primes versées au 1^{er} janvier de l'année de la déclaration et la valeur de rachat, ou le montant du capital garanti, y compris sous forme de rente, à la même date. Lorsque ces contrats sont souscrits auprès d'organismes établis hors de France, les souscripteurs sont tenus de déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus, les références des contrats ou placements concernés, la date d'effet et la durée de ces contrats ou placements, les opérations de remboursement et de versement des primes effectuées au cours de l'année précédente et, le cas échéant, la valeur de rachat ou le montant du capital garanti, y compris sous forme de rente, au 1^{er} janvier de l'année de la déclaration. Ces mesures s'appliqueront à compter du 1^{er} janvier 2016. Les contrats souscrits avant cette date et non dénoués à cette même date devront être déclarés au plus tard le 15 juin 2016.

Résiliation annuelle de l'assurance emprunteur

Le projet de loi relatif à la Consommation sera discuté en seconde lecture à l'Assemblée nationale à partir du 9 décembre. Deux amendements ont été retirés dans l'attente du rapport de l'Inspection générale des finances sur le sujet qui devrait être remis très prochainement. Certaines sources évoquent plusieurs pistes, à savoir : une labellisation des contrats, un délai de plusieurs mois pour choisir son assurance emprunteur et éventuellement en changer après la conclusion du prêt, la possibilité de résilier annuellement son contrat, une solution pour réguler les montants de participations aux bénéficiaires et, enfin, la création d'une branche à part entière du Code des assurances.

Retrouvez l'ensemble des brèves du patrimoine sur le site de L'Agefi Actifs www.agefiactifs.com