

« Emprunts toxiques : les vraies et les fausses négociations »

Certains intermédiaires peu scrupuleux proposent aux collectivités de les aider à renégocier leurs contrats toxiques avec les banques. Le problème est qu'il semble qu'ils soient rémunérés par ces dernières. Peu étonnant donc que les collectivités risquent de sortir perdantes sur tous les tableaux. Une bonne négociation, ce n'est pas ça.

Nous avons eu écho d'un certain nombre de renégociations effectuées à valeur de marché constante. Ces renégociations sont équivalentes à perdre un contentieux sans même l'avoir mené. C'est là une solution qu'un conseil juridique ou financier sérieux ne peut pas donner : en matière de prêts structurés, l'impunité n'est plus de mise (1).

À cet égard, on constate le retour du terme « médiation », dont certains abusent sans scrupule, pour organiser des pseudo-médiations (2) privées, au seul profit, semble-t-il, des banques.

PILE TU PERDS, FACE TU PERDS

Nous constatons que des banquiers, ayant commercialisé des contrats structurés « toxiques », se targuant de liens privilégiés avec les banques, et se posant comme « conciliateurs », ou encore comme « médiateurs », proposent à certaines collectivités des négociations qui n'en sont pas, ces dernières étant systématiquement amenées, au terme de ces pseudo-négociations, à supporter sous une forme ou sous une autre la totalité des indemnités contractuelles qui auraient été dues, à supposer que les contrats « toxiques » soient licites.

Qu'une collectivité locale décide de payer 100 % de la valeur de marché d'un contrat à une banque ne nous choque pas, à condition que cela lui ait été clairement expliqué, et que l'organe délibérant en soit informé. Il reste que la démarche peut sembler inopportune, en particulier pour ce qui concerne les prêts conclus par télécopie (sans TEG), puisque, dans ces cas, aucune IRA ne peut être due. Dès lors, payer 100 % de la valeur de marché à une banque équivaut à perdre un procès, alors qu'assigner et gagner un procès conduit à payer 0 % de la valeur de marché.

Le problème est que ces intervenants semblent rémunérés par les banques, dans les pseudo-négociations qu'ils proposent. Leur seul intérêt réside dans la réalisation de l'opération, dans les meilleures conditions

possibles pour la banque. Comparativement à la médiation Gissler, le procédé est plus pervers : Monsieur Gissler, lui, ne se faisait pas rémunérer par les banques ! Cette pratique doit être dénoncée.

LA NÉGOCIATION EST UN AFFRONTEMENT

Il semble donc nécessaire de rappeler les prérequis d'une bonne négociation.

La négociation est un affrontement. Il n'est de transaction réussie qu'après confrontation des points de vue. Les professionnels le savent bien, la table des pourparlers est à elle seule un théâtre où se déroulent invariablement les scènes suivantes : exposé des griefs du demandeur, réplique du défenseur et, lorsque les parties sont de bonne volonté et solvables, rapprochement final sur un partage acceptable (et accepté) des conséquences financières d'une rupture amiable.

Cet exposé contradictoire, parfois feutré, parfois spectaculaire, est en tout cas le sas obligé vers une sortie négociée. Car en effet, pour transiger, encore faut-il savoir sur quoi.

Se méfier, donc, des réunions démarrant par une discussion sur les chiffres. En effet, s'abstenir d'une action contentieuse n'interdit pas pour autant une discussion sur le fond. Celle-ci est même indispensable car elle aboutira de toute manière à arrêter le « curseur » au moins psychologique du partage de responsabilités. Si les parties ne parviennent pas à se rapprocher un tant soit peu sur des erreurs assumées, la discussion sur les chiffres ne sera pas encadrée.

ON NÉGOCIE BIEN AVEC DES CONSEILS COMPÉTENTS ET INDÉPENDANTS

Suite logique du premier prérequis, une transaction saine est menée, accompagnée de ses conseils. En droit, une transaction (3) n'est valable qu'en présence de concessions effectives et réciproques, ceci à peine de nullité. Et c'est somme toute bien normal, puisque la transaction met fin à un litige né ou à naître et interdit aux parties d'engager un procès à ce sujet, après signature de la transaction.

“ Il n'est de transaction réussie qu'après confrontation des points de vue ”

Ce que Marc Bury se refuse de faire !!!

S'entourer donc de conseils compétents et indépendants. Compétence rime souvent avec spécialisation. Pour négocier la rupture de prêts « structurés » et d'instruments financiers à terme, il est donc conseillé de se faire assister d'avocats spécialisés en droit financier et de conseils financiers réellement rompus à la finance de marché. Indépendance signifie notamment que l'avocat et le conseil financier doivent être rémunérés par leur seul client et pas par la partie adverse. L'indépendance est en général la composante d'un statut, celui de l'avocat qui a prêté serment, celui du conseil financier indépendant, dont il faut vérifier qu'il n'est pas également rémunéré par la banque.

LA DISCRÉTION EST DE MISE

La négociation est un crédit fait à la bonne volonté, pas la garantie d'une sortie négociée. Il faut donc envisager le pire, c'est-à-dire l'échec des discussions, suivi de la reprise ou de l'introduction d'une procédure judiciaire. Dans l'optique de ce contentieux, s'assurer donc de la confidentialité des discussions, afin que l'autre partie prenante ne puisse pas faire valoir dans le contentieux ultérieur des éléments imprudemment communiqués pendant la négociation.

Cette confidentialité sera garantie par la loi si les négociations ont lieu dans le cadre d'une

Les règles de base d'une négociation réussie

- Respect de la confidentialité.
- Indépendance et statut des conseils. Des avocats spécialisés et des experts financiers compétents.
- Transparence des coûts des conseils : par qui sont-ils rémunérés ?
- Faire « pricer » les produits par son conseil financier. Attention, si la banque accepte d'emblée la valorisation proposée, se poser des questions et faire recalculer.
- Vérifier la réalité des concessions opérées.
- L'action contentieuse n'est jamais exclusive de négociations.

médiation judiciaire. Hors ce cas, il faudra faire signer aux parties et à leurs conseils un protocole de confidentialité.

LA NÉGOCIATION DOIT ÊTRE VIABLE

Enfin, ne pas s'épuiser dans des discussions, si l'on sait d'emblée que le partenaire n'a pas de marge de manœuvre sérieuse.

Ainsi, en l'état du droit relatif au taux effectif global et l'interprétation donnée par les tribunaux, une collectivité n'acceptera raisonnablement d'entrer en négociation qu'avec l'assurance de la capacité de la banque de partager au moins la moitié des suites financières de la rupture du contrat. Dès lors, s'il est avéré que la banque n'a pas les moyens ou la volonté d'assumer ces conséquences, l'étape négociation ne présente pas d'intérêt. Il faut donc se méfier du conseil donné de négocier avec une personne qui n'a pas les moyens de satisfaire l'autre partie dans des proportions significatives.

La négociation est un exercice exigeant, lieu de discussions sans complaisance, documentées, souvent âpres, menées en tout état de cause avec ses conseils dans un cadre confidentiel. En outre, la négociation n'est en rien exclusive d'une assignation. Au contraire, l'assignation marque souvent le début des négociations. ■

- (1) Jugements du TGI de Nanterre du 8 février 2013, RG n° 11/03778, RG n° 11/03779 & RG n° 11/03780 ; « Emprunts toxiques : le ver est dans le fruit », Bruno Wertenschlag - *La Gazette des communes*, Club finances (lagazette.fr), 13 février 2013 ; « Prêts toxiques : condamnation pour omission du TEG », Bruno Wertenschlag, Olivier Poindron, AJDI Dalloz, 26 février 2013.
- (2) « Emprunts toxiques : attention à la médiation ! », Bruno Wertenschlag, Olivier Poindron, Thibaut Geib, *La Lettre du cadre territorial* n° 443, 15 mai 2012.
- (3) Au sens de l'article 2044 du Code civil.

DOC
DOSSIER

À lire

Sur www.lettreducadre.fr, rubrique « au sommaire du dernier numéro » :

- Emprunts toxiques : pas de loi balai pour sauver les banques *La Lettre du cadre* n° 463, 1^{er} mai 2013.
- Peut-on arrêter de payer les intérêts d'un emprunt toxique ? *La Lettre du cadre* n° 460, 15 mars 2013.
- « Reprendre la situation en main plutôt que la subir » *La Lettre du cadre* n° 460 - 15 mars 2013.
- Emprunts toxiques : attention à la médiation ! *La Lettre du cadre* n° 443, 15 mai 2012.

Pour aller plus loin

« Après les emprunts toxiques : comprendre les contrats de prêts aux collectivités locales » (réf. DE744, 270 pages, version papier : 70€, version numérique : 50€, édition janvier 2013), un ouvrage de la collection Dossiers d'Experts des éditions Territorial <http://librairie.territorial.fr>