

Comité de rédaction

Bruno WERTENSCHLAG

Olivier POINDRON

Fidal PARIS
14 boulevard du Général Leclerc
92200 Neuilly-sur-Seine
Tél. : 01.47.38.89.33
Fax : 01.47.38.87.22

bruno.wertenschlag@fidal.fr

olivier.poindron@fidal.fr

www.fidal.fr

Les contrats de prêt « structurés » conclus par les acteurs publics peuvent présenter des failles permettant de les remettre en cause.

Parmi celles-ci, il y a lieu de relever le non-respect par la banque de ses obligations relatives au Taux Effectif Global (T.E.G.)¹. Ces obligations sont définies aux articles L. 313-4 du Code monétaire et financier, L. 313-1, L. 313-2 et R. 313-1 du Code de la consommation, et 1907 du Code civil.

Ces règles s'imposent au banquier prêteur tant en matière d'emprunts à taux fixe, que d'emprunts à taux variable².

La sanction de la violation d'une des obligations relatives à la communication du T.E.G. est très forte : elle consiste dans la substitution de l'intérêt légal³ au taux contractuel.

Parmi les erreurs commises par les banques en matière de T.E.G. lors de la conclusion de ces contrats, on distingue essentiellement (i) l'omission de la mention du T.E.G. par le prêteur dans l'« écrit constatant [le] prêt »⁴ et (ii) la communication par le prêteur d'un T.E.G. erroné.

(i) Sur l'omission du T.E.G. :

Le T.E.G. est omis s'il n'est pas communiqué par le banquier.

Il arrive, notamment en matière de « prêts structurés », que le banquier ne communique à aucun moment à l'emprunteur le T.E.G. du prêt.

Par ailleurs, tout avenant à un prêt modifiant le coût de celui-ci doit comporter la mention du T.E.G. du contrat ainsi modifié. Là encore, il arrive que le T.E.G. ne figure pas à l'avenant modifiant un « prêt structuré », notamment lors de « gels de coupon »⁵, pour reprendre une expression utilisée par les banquiers.

Enfin, le banquier doit communiquer le T.E.G. dans « l'écrit constatant le prêt », soit lors de la conclusion du contrat, et non après. Or les prêts « structurés » conclus par les acteurs publics sont en général conclus par « topage » téléphonique, lequel est documenté par un échange de

¹ A noter : ces obligations n'existent qu'en matière de prêt, et ne s'appliquent pas aux contrats de swap.

² Les contrats à taux « structuré » sont des emprunts à taux variable, quand bien même ils ont pu être présentés par certaines banques comme des prêts à « taux fixe » « structuré ». Un taux susceptible de varier n'est pas fixe.

³ Un tableau présentant l'évolution du taux de l'intérêt légal est joint en Annexe.

⁴ L'article L. 313-2 du Code de la consommation prévoit que le « taux effectif global [...] doit être mentionné dans tout écrit constatant un prêt [...] ».

⁵ Ces opérations appellent la plus grande vigilance, et doivent impérativement faire l'objet d'un accompagnement juridique et financier. Si ces opérations sont souvent présentées par les banques comme la possibilité de « sécuriser » un prêt, elles peuvent avoir pour conséquence (i) d'accroître le risque financier emporté par une opération, (ii) de permettre à la banque de réaliser une nouvelle marge au détriment de son client, et (iii) de fragiliser le client dans ses relations avec la banque.

télécopies, qui comportent rarement la mention du T.E.G. correspondant⁶.

(ii) Sur l'indication d'un T.E.G. erroné :

Nous nous proposons de développer, dans le présent Focus, des exemples de communication de T.E.G. erroné.

Un T.E.G. est jugé « erroné » si les éléments communiqués ne sont pas conformes aux prescriptions des articles L. 313-1 et R. 313-1 du Code de la consommation.

Le T.E.G. est ainsi « erroné » s'il est mathématiquement inexact et/ou si les mentions s'y rapportant sont incomplètes.

En particulier, le banquier doit impérativement communiquer le « taux de période » et la « période » sur lesquels repose le calcul du T.E.G. Cette obligation a été massivement méconnue par certains établissements.

Les développements qui suivent traiteront de l'indication d'un T.E.G. erroné.

Après qu'auront été définis les principaux termes utilisés (1.), une revue des erreurs rencontrées en matière de communication de T.E.G. sera effectuée, qu'il s'agisse d'erreurs de forme (les éléments communiqués ne sont pas les bons) (2.), ou d'erreurs de calcul (les éléments communiqués sont mathématiquement erronés) (3.). La communication d'un T.E.G. erroné est assimilée à l'omission de la mention du T.E.G. et sanctionnée de la même façon (4.). L'attention du lecteur doit être attirée sur la prescription de l'action fondée sur la communication d'un T.E.G. erroné (5.).

Les développements qui suivent résultent des textes s'appliquant à tous les contrats de prêt conclus par des acteurs publics : ils ne concernent donc pas les seuls « prêts structurés ».

1. Définitions :

a) Le T.E.G. :

Le T.E.G. a été institué par le législateur en vue de permettre à l'emprunteur d'apprécier le coût du crédit qui lui est proposé selon une norme uniforme⁷. Il s'agit en particulier :

- D'assurer que les conventions de calcul d'intérêts ne troublent pas la perception par l'emprunteur du coût du crédit⁸ (il s'agit du caractère « effectif » de ce Taux),

⁶ Voir notre article relatif à l'omission du T.E.G. dans les télécopies constatant la formation des prêts "structurés" : « Omission du T.E.G. dans la formation des "emprunts toxiques" », A.J.D.I., avril 2012, Bruno Wertenschlag, Olivier Poindron, Margaux Azoulay, Gilles Sébé et Charlotte Valette.

⁷ S'agissant des crédits à la consommation, c'est le Taux Annuel Effectif Global (T.A.E.G.) qui doit être communiqué par le banquier. La définition du T.A.E.G. diffère légèrement du T.E.G. En synthèse, il s'agit d'un taux actuariel, quelle que soit la périodicité des échéances du prêt.

⁸ Exemple : le taux d'intérêts exprimé en « base Exact/360 » est facialement inférieur au taux d'intérêt annuel réellement supporté par un emprunteur. Soit un taux fixe de 5,00% s'appliquant par convention

- Et d'intégrer à cet indicateur l'ensemble des coûts supportés par un emprunteur à raison du crédit qu'il a contracté⁹ (il s'agit du caractère « global » de ce Taux).

Il s'agit d'un taux annuel, proportionnel au « taux de période »¹⁰.

b) Le « taux de période » :

Le « taux de période » est lui-même défini comme étant le taux « *calculé actuariellement, à partir d'une période unitaire correspondant à la périodicité des versements effectués par l'emprunteur* »¹¹.

On remarque que le « taux de période » est un taux actuariel, et que le T.E.G. n'est un taux actuariel qu'à la seule condition que la « période » soit annuelle (cf. d) *infra*).

c) La « période » :

La « période » correspond au plus petit intervalle séparant deux versements. *A priori*, il s'agit de l'intervalle séparant deux versements de l'emprunteur au prêteur¹².

⇒ **Le T.E.G. d'un contrat de prêt est ainsi égal à n fois le taux de période,** où n désigne le nombre de périodes comprises dans une année.

d) Mathématiques financières :

Nous renvoyons aux ouvrages de référence en la matière. En quelques mots, observons que des confusions peuvent être commises s'agissant des notions de taux actuariel et de taux proportionnel.

- Le taux stipulé est en général un taux proportionnel,
- Le « taux de période » servant de base au calcul du T.E.G. est un taux actuariel.

2. La violation des mentions obligatoires relatives au T.E.G. (erreurs de forme) :

La violation des mentions obligatoires relatives au T.E.G. recouvre plusieurs hypothèses, dont notamment celle où le banquier n'aurait pas communiqué les différentes composantes du T.E.G. (a), et celles où le banquier ne communique pas le T.E.G. du contrat, mais des « T.E.G. » successifs, quand la définition du T.E.G. suppose que celui-ci est unique (b).

au nombre de jours exact compris dans une année civile, rapporté à 360 jours : à ce taux apparent de 5,00% correspondent des intérêts calculés sur la base de $5\% \times 365 / 360$, soit un taux « effectif » de 5,07% (hypothèses : échéances annuelles et aucun frais en sus des intérêts conventionnels).

⁹ L'article L. 313-1 du Code de la consommation précise ainsi que « *les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires [...]* » viennent en majoration des intérêts conventionnels pour le calcul du T.E.G.

¹⁰ Article R. 313-1 du Code de la consommation.

¹¹ Voir la note de bas de page précédente.

¹² A noter : le plus petit intervalle de calcul ne peut cependant être inférieur à un mois.

a) Omission du « taux de période » et de la durée de la « période » :

L'article R. 313-1 du Code de la consommation dispose que l'emprunteur doit se voir communiquer non seulement (i) le T.E.G. du prêt, mais également (ii) le « taux de période » et (iii) la durée de la « période ».

Le « taux de période », et le nombre de périodes comprises dans une année sont en effet – par définition – nécessaires au calcul du T.E.G.

Si la banque ne communique pas le taux de période, et/ou la durée de la période, alors elle viole l'article R. 313-1 du Code de la consommation. Le T.E.G. communiqué est incomplet et partant erroné¹³.

⇒ Nous invitons donc à un examen attentif des clauses se rapportant au T.E.G., dans la mesure où celles-ci sont souvent incomplètes.

La sanction de l'omission du « taux de période » et de la durée de la « période » est la substitution de l'intérêt légal au taux contractuel (sanction de la communication d'un T.E.G. erroné)¹⁴.

b) Communication de plusieurs T.E.G. successifs :

Par définition, le T.E.G. d'un contrat est l'indicateur synthétique du coût de celui-ci.

Il est calculé à partir du « taux de période », lequel est un taux actuariel **unique**.

En d'autres termes, le T.E.G. d'un contrat est nécessairement unique.

Les contrats de prêt « structurés » conclus par les acteurs publics comportent fréquemment plusieurs « phases ». Ainsi par exemple, à une phase durant laquelle le taux est dit « bonifié »¹⁵, succède une phase durant laquelle le taux est susceptible de se « dégrader ».

Il arrive que le prêteur communique dans le « contrat de prêt » plusieurs « T.E.G. » successifs, correspondant aux phases successives d'un même contrat (exemple : « T.E.G. » de la phase « bonifiée », puis « T.E.G. » de la phase « structurée »).

Il s'agit là, à notre sens, d'une erreur, et les « T.E.G. » ainsi communiqués, qui ne répondent pas à l'exigence de communication d'un T.E.G. unique, le sont en violation de l'article R. 313-1 du Code de la consommation.

Là encore, la sanction d'une telle irrégularité doit être la substitution de l'intérêt légal au taux contractuel (sanction de la communication d'un T.E.G. erroné).

La communication d'éléments non conformes aux exigences de l'article R. 313-1 du Code de la consommation n'exclut pas que la banque ait, par ailleurs, commis une erreur dans le calcul du T.E.G. communiqué.

¹³ Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2007, n° 06-18.924 ; CA Colmar, 1^{ère} Ch. Civ. B, 24 août 2004, jurisdata n°252510.

¹⁴ Voir la note de bas de page précédente.

¹⁵ Le terme « bonifié » semble abusif : le niveau apparemment bas du taux « bonifié » ne résulte pas d'une « bonification » à proprement parler, mais de la structuration financière du contrat, qui repose – en termes financiers – sur la vente d'options financières par le client de la banque à cette dernière.

3. Le T.E.G. mathématiquement erroné (erreurs dans le calcul du T.E.G.) :

Le T.E.G. communiqué doit être exact, c'est-à-dire calculé conformément aux dispositions de l'article R. 313-1 du Code de la consommation.

Autrement, il est « erroné », et le taux contractuel doit être annulé, pour qu'y soit substitué le taux de l'intérêt légal.

a) Calcul du T.E.G. :

Le T.E.G. est défini par l'article R. 313-1 du Code de la consommation comme un taux annuel, proportionnel au « taux de période », lequel est lui-même actuariel. Il doit intégrer tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt, en capital, intérêts et frais divers.

L'Annexe de l'article R. 313-1 du Code de la consommation détaille le mode de calcul du T.E.G. Il ne nous appartient pas de détailler ici ce calcul, qui peut être très complexe, en fonction des caractéristiques de chaque contrat¹⁶.

Un T.E.G. peut être qualifié d'inexact, soit en cas d'erreur de calcul, soit parce qu'un élément légalement compris dans ce Taux a été omis.

Attention, le T.E.G. obéit à une définition juridique très stricte, qui n'est pas intuitive. En particulier, il repose sur le « taux de période », taux actuariel correspondant à la durée de la « période ».

Pour cette raison notamment, les T.E.G. des contrats de prêt doivent systématiquement être vérifiés par des experts financiers spécialisés.

b) T.E.G. et taux variable :

Comme évoqué *supra*, l'obligation de communiquer le T.E.G. s'applique tant aux contrats à taux fixe qu'aux contrats à taux variable.

Dans ce dernier cas, le banquier doit donner au moins un exemple de T.E.G., en définissant des hypothèses auxquelles il doit se tenir.

Ces hypothèses doivent être suffisamment précises pour pouvoir vérifier le calcul du T.E.G. communiqué.

Nous constatons régulièrement des erreurs résultant de ce que (i) le banquier ne précise pas les hypothèses sur lesquelles repose le calcul du T.E.G. communiqué, et/ou de ce que (ii) le banquier ne respecte pas, pour le calcul du T.E.G., les hypothèses qu'il a lui-même définies.

Il en est ainsi par exemple de la clause qui énonce que le T.E.G. communiqué résulte de l'hypothèse selon laquelle « le dernier cours de change connu » ou « le dernier

¹⁶ Pour un exposé complet de ce calcul, se reporter par exemple au Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz 2012.

cours de change publié » à la date d'« émission »¹⁷ du contrat se maintiendrait jusqu'au terme du contrat.

En pratique, la vérification des T.E.G. ainsi communiqués est difficile, voire impossible, dans la mesure où :

- Les indices auxquels il est fait référence peuvent être cotés en continu, de sorte qu'il peut être fait référence à une infinité d'indices pour une date donnée,
- Et où, à la date d'émission d'un contrat, le « dernier cours de change publié » est, à strictement parler, celui du jour même, quand la banque retient en général l'indice publié la veille de la « date d'émission », contrairement à l'hypothèse qu'elle prétend retenir.

Dès lors, les T.E.G. communiqués sur ces bases nous semblent erronés.

La bonne pratique en la matière consiste à identifier précisément l'indice auquel on se réfère, en précisant la source, la date et l'heure de sa publication (s'agissant par exemple des taux monétaires usuellement retenus pour l'indexation d'un taux variable).

c) T.E.G. mathématiquement faux :

(i) Le degré de précision du T.E.G. et le sens de l'erreur :

Le prêteur est tenu de communiquer un T.E.G. comprenant au moins une décimale. Le banquier est tenu par le nombre de décimales qu'il a donné.

En l'état de la jurisprudence, une erreur, **même minime**, sur le T.E.G. communiqué, engage la banque.

Ainsi, dans une espèce connue¹⁸, il a été jugé qu'une erreur de 1,4 point de base permettait de qualifier le T.E.G. communiqué d'erroné.

Le sens de l'erreur commise est sans incidence : si le T.E.G. communiqué est supérieur au T.E.G. réel correspondant au contrat, la banque est sanctionnée¹⁹.

(ii) L'erreur mathématique de calcul :

Comme indiqué plus haut, l'Annexe de l'article R. 313-1 du Code de la consommation détaille le mode de calcul du T.E.G., lequel peut être très compliqué.

¹⁷ Le terme d'« émission » d'un « contrat » n'a pas de signification particulière en droit, pas plus qu'en finance. Il s'agit de la date que retient le « *back office* » d'une banque pour éditer un document intitulé « contrat », étant précisé que cette date ne correspond pas à la date de conclusion du contrat, lequel peut être conclu avant cette date d'« émission ».

¹⁸ Cass. 1ère civ., 30 sept. 2010, n° 09-67.930. Dans cette espèce, le T.E.G. affiché par la banque, égal à 11,86%, était supérieur au T.E.G. calculé par l'expert, égal à 11,84585 %.

¹⁹ Voir la note de bas de page précédente.

Nous avons rencontré plusieurs cas où le T.E.G. communiqué par la banque, s'agissant de conventions financièrement complexes, s'est avéré erroné, après vérification de celui-ci par un expert.

Les T.E.G. des contrats de prêt doivent ainsi systématiquement être vérifiés par des experts financiers spécialisés. En cas de recours contentieux, l'attestation d'un actuaire à l'appui de l'argumentaire du client de la banque constituera un atout.

Les sources d'erreur peuvent correspondre notamment à une méconnaissance des frais occasionnés par la souscription ou le réaménagement d'un contrat, à une erreur sur la définition de la période²⁰, ou encore à une pure erreur de calcul.

Ces erreurs, même minimales, doivent être mises en avant. Les banques sont en effet au fait de la jurisprudence en la matière, dont la sévérité n'est plus à démontrer.

d) Les erreurs fréquentes en matière de T.E.G. :

Sans rentrer dans la complexité du calcul du T.E.G., nous pouvons évoquer quelques erreurs que nous rencontrons fréquemment, s'agissant en particulier des contrats de prêt « structurés » conclus par les acteurs publics.

(i) Le T.E.G. exprimé en « base Exact/360 » :

Un usage bancaire consiste à convenir de ce que les intérêts conventionnels seront calculés en rapportant le nombre exact de jours compris dans une année à 360 jours.

Selon une jurisprudence constante, le T.E.G. doit être calculé en base « Exact/Exact », ce qui signifie qu'un taux exprimé en « base Exact/360 » doit être « rebasé » pour correspondre à un taux d'intérêt calculé sur le nombre de jours réels compris dans une année civile.

Ainsi, quelle que soit la convention retenue pour le calcul du taux d'intérêt conventionnel, le T.E.G. doit être calculé sur une base exacte de 365 jours (ou 366 jours) et non pas sur l'année bancaire qui en comporte 360²¹, faute de quoi le T.E.G. est erroné.

(ii) La communication d'un T.E.G. ne correspondant pas au taux de période :

Par définition, le T.E.G. est égal au « taux de période » multiplié par le nombre de périodes comprises dans une année.

Nous avons constaté que le T.E.G. des contrats « structurés » communiqué par la banque n'est pas toujours le résultat exact de l'équation : $T.E.G. = n \times \text{« taux de période »}$, où n est le nombre de périodes comprises dans une année.

²⁰ Ce n'est pas parce que les échéances d'un contrat sont annuelles que le « taux de période » est nécessairement annuel.

²¹ Cass. com., 10 janv. 1995 ; Cass. com. 17 janvier 2006 ; Cass. com., 24 mars 2009.

Exemple : soit un contrat indiquant que le T.E.G. est égal à « 4,15% », pour un taux de période de « 0,35% », et une durée de période mensuelle. Le T.E.G. étant calculé à partir du taux de période, il doit nécessairement être égal à $0,35\% \times 12$, soit 4,20%. Dans un tel exemple, le T.E.G. communiqué doit être considéré comme erroné.

4. Sanction :

Le T.E.G. doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt²².

La mention du T.E.G. étant une condition de validité de la stipulation d'intérêts, son omission est sanctionnée par la nullité du taux stipulé et la substitution du taux d'intérêt légal au taux d'intérêt conventionnel pendant toute la durée du contrat : la banque doit rembourser les intérêts qu'elle a perçus en excès du taux de l'intérêt légal, et ce **rétroactivement**, dès la conclusion du contrat.

La mention d'un T.E.G. erroné est assimilée par les juges à son omission et pareillement sanctionnée²³.

Cette sanction, au cas particulier des emprunts « structurés », semble particulièrement adaptée, en ce que le taux contractuel structuré disparaît, pour faire place au taux de l'intérêt légal.

Le risque encouru par le client de la banque à raison de la « structuration » du contrat disparaît²⁴.

La « valeur » du contrat peut devenir nulle, voire négative : l'emprunteur se finance en effet à des conditions plus favorables que celles offertes par le marché.

5. Prescription :

Il faut être particulièrement attentif à la prescription de l'action qui serait fondée sur le caractère erroné du T.E.G. communiqué par le banquier.

L'action en nullité du taux d'intérêt conventionnel fondée sur la communication d'un T.E.G. erroné est soumise à la prescription quinquennale. Le point de départ de cette prescription se situe au jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'irrégularité entachant le T.E.G. communiqué.

Attention, dans certains cas, le point de départ de la prescription peut remonter au jour de la conclusion du contrat.

Pour apprécier la date à laquelle commence à courir la prescription quinquennale, il y a lieu de prendre en compte chacune des restructurations de la convention d'origine²⁵.

²² Articles 1907 du Code civil, L. 313-4 du Code monétaire et financier, L. 313-1 et L. 313-2 du Code de la consommation.

²³ Cass. com., 12 avr. 1988 ; Cass. com., 17 janv. 2006.

²⁴ Pour être précis, l'emprunteur supporte alors le risque lié à l'évolution du taux de l'intérêt légal, étant précisé que ce taux a vocation à compenser l'érosion monétaire.

²⁵ Il s'agit par exemple des avenants apportés à un contrat « structuré » en vue de « geler » un coupon. Nous réitérons nos préventions à l'égard de ces réaménagements, qui doivent faire l'objet d'un

Annexe : Taux de l'intérêt légal²⁶ depuis 2005

Année	Taux de l'intérêt légal
2012	0,71%
2011	0,38%
2010	0,65%
2009	3,79%
2008	3,99%
2007	2,95%
2006	2,11%
2005	2,05%

FIDAL – Société d'avocats
Société d'exercice libéral par
actions simplifiée à directoire et
conseil de surveillance

Capital : 6 000 000 Euros
RCS 525031522 Nanterre
TVA Union Européenne
FR 42 525 031 522 – NAF 6910Z

Siège social :
12, bd du Général Leclerc
92200 Neuilly-sur-Seine France
Tél : 01 47 38 54 00 – www.fidal.fr
Barreau des Hauts-de-Seine

accompagnement spécifique, par des conseils juridiques et financiers spécialisés. A cet égard, l'intervention du « médiateur pour les emprunts toxiques des collectivités territoriales » nommé par M. Fillon en 2009 doit faire l'objet de précautions accrues – « Emprunts toxiques : attention à la médiation ! », La Lettre du cadre territorial, n°443, 15 mai 2012, Bruno Wertenschlag, Olivier Poindron et Thibaut Geib.

²⁶ Source : <http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux/le-taux-de-linteret-legal.html>.