

Collectivités territoriales

Collection
LAMY
COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES

L'AFIL, plus que jamais nécessaire

Par Olivier LANDEL

Chronique de droit pénal
des collectivités territoriales

Par Yves MAYAUD

Un lieu incertain (regard dubitatif
sur le « nouveau » domaine public)

Par Philippe YOLKA

Emprunts toxiques des collectivités
territoriales : l'indexation sur le franc
suisse est-elle licite ?

Par Mathias AUDIT et Frédéric RAIMBAULT

ÉTUDE

La tarification de la mise à disposition
des données publiques électroniques
des collectivités territoriales

Par William GILLES

76



Lamy

une marque Wolters Kluwer

sommaire

Actualités

Opinion

- 11 > **L'AFIL, plus que jamais nécessaire**

Par Olivier LANDEL

Gestion et finances

- 13 > **Emprunts toxiques des collectivités territoriales : l'indexation sur le franc suisse est-elle licite ?**

Par Mathias AUDIT et Frédéric RAIMBAULT

- 15 > **Le FPIC ou les nouveaux contours de la péréquation horizontale**

Par Vincent AUBELLE

- 19 > Dotations du FCTVA et droits acquis

Fonction publique territoriale

- 21 > Recul de la limite d'âge et maintien en activité
21 > Détachement et indice de départ à la retraite
22 > Relèvement du minimum de traitement dans la fonction publique
22 > Installation du Conseil commun de la fonction publique

Responsabilités

- 24 > **Nullité d'un contrat et indemnisation du cocontractant : modeste *vade-mecum* jurisprudentiel à l'attention de l'administrateur blâmable...**

Par Olivier CARTON

- 28 > Responsabilités quasi-délictuelle et quasi-contractuelle

Repères

Contrats et marchés publics

- 29 > **Référé contractuel et nullité du contrat**

Par Emmanuel GLASER

Urbanisme

- 33 > Concessions d'aménagement et droit communautaire

Environnement

- 34 > **L'évolution conjoncturelle de la définition de la notion de cours d'eau**

Par Fortuné AHOULOUMA

Domaine public

- 40 > **Un lieu incertain (regard dubitatif sur le « nouveau » domaine public)**

Par Philippe YOLKA

- 43 > **Le cimetière n'est pas un lieu de polémique**

Par Philippe DUPUIS

- 46 > Contraventions de grande voirie et prescription

Service public

- 47 > **Respect du principe de laïcité et commerçants titulaires de places sur les marchés**

Par Marie-Christine ROUAULT

Élections

- 51 > Élection des délégués d'une commune au conseil d'une communauté urbaine

Contentieux

- 52 > **Quel référé en cas de péril pour la vie des personnes ?**

Par Marie-Christine ROUAULT

Pénal

- 56 > **Chronique de droit pénal des collectivités territoriales**

Par Yves MAYAUD

Europe

- 65 > Marchés publics dans l'Union européenne : de nouvelles directives pour clarifier, moderniser et simplifier les règles (suite)...
- 66 > Le cadre européen des services d'intérêt économique général (suite)...
- 68 > Ententes et abus de position dominante : ouverture d'une enquête dans le secteur de l'eau en France

La Revue Lamy des Collectivités Territoriales actualise, dans sa première partie « Actualités », les trois ouvrages de la Collection Lamy Collectivités Territoriales : le Lamy Gestion et finances des collectivités territoriales, le Lamy Collectivités territoriales - Responsabilités et le Lamy Fonction publique territoriale.

Perspectives

71 Études

71 > Le référé contractuel : enseignement de huit décisions du Conseil d'État

Par Louis RENOUD

75 > La tarification de la mise à disposition des données publiques électroniques des collectivités territoriales

Par William GILLES

80 > En attendant le Code des contrats publics...

Par Pascal CADIEU

88 > L'engagement partenarial

Par Gérard LE DOUCE

DIRECTEURS SCIENTIFIQUES

Emmanuel GLASER

Avocat associé, cabinet Veil Jourde



Yves MAYAUD

Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II



Gérard TERRIEN

Secrétaire général de la Cour des comptes



MEMBRES

Maryse DEGUERGUE

Agrégée des Facultés de droit
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I



Jean FACON

Directeur adjoint,
Chef du service juridique de la Fédération nationale
des collectivités concédantes et régies



Yvon GOUTAL

Avocat associé, cabinet
Goutal Alibert & Associés



Christophe GUETTIER

Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université du Maine



Jean-Pierre JOUGUELET

Conseiller d'État



Xavier MATHARAN

Avocat associé, cabinet
Matharan Pintat Raymundie



Stéphane PINTRE

Directeur général de la ville d'Antibes
et Président du SNDGCT



Collectivités territoriales

Éditeur : WOLTERS KLUWER FRANCE
SAS au capital de 300 000 000 €

Siège social :
1, rue Eugène-et-Armand-Peugeot
92856 Rueil-Malmaison Cedex
RCS Nanterre 480 081 306

Associé unique :
Holding Wolters Kluwer France

Directeur de la publication, Président
Directeur Général de Wolters Kluwer
France : Michael Koch

Directrice de la rédaction :
Bernadette Neyrolles

Rédacteur en chef :
Grégoire Mainçon-Vitrac
(gmainconvitrac@wolters-kluwer.fr)

Rédacteur en chef adjoint :
Rachel Mourier

Rédaction :
Selim Chihhi
Jeanne Gaillot

Réalisation PAO : Nord Compo

Imprimerie : Delcambre
BP 389 - 91 959 Courtabœuf Cedex

N° Commission paritaire :
0712 T 86890

Dépôt légal : à parution

N° ISSN : 1770-1775

Abonnement annuel : 359 € HT
(TVA 2,10 %), 366,54 € TTC

Prix au numéro : 33 € HT (TVA 2,10 %)
Périodicité mensuelle

Information et commande :
Tél. : 0 825 08 08 00 Fax : 01 76 73 48 09
Internet : <http://www.wkf.fr>

Cette revue peut être référencée de la manière suivante : RLCT 2012/76, n° 2012 (année/n° de la revue, n° du commentaire)

Wolters Kluwer
France

Par Mathias
AUDIT

Professeur de
droit, Consultant,
Cabinet Arago

Et Frédéric
RAIMBAULT

Avocat à la Cour,
Cabinet Arago

RLCT 2100

Emprunts toxiques des collectivités territoriales : l'indexation sur le franc suisse est-elle licite ?



Tout le système de financement de l'investissement public local est entré dans une zone de transformation (...) » (Auby J.-B., Le financement local dans la difficulté, Dr adm. déc. 2011, repère 11). Les différents rapports

rendus sur le sujet abondent en effet en ce sens. Le dernier en date, celui de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les produits financiers à risque souscrits par les acteurs publics locaux, ne fait que confirmer cette impression générale (Rapp., déc. 2011).

La genèse de cette situation est bien connue. D'un côté, l'engagement de l'État dans le financement local s'est raréfié ; de l'autre, la crise financière a fait son apparition et entraîné avec elle de nouvelles règles pour les banques, les obligeant à augmenter leurs provisions et fonds propres. L'accès au crédit bancaire classique des collectivités territoriales est devenu beaucoup plus difficile, parfois même impossible.

Cette période de resserrement du crédit fut propice à l'émergence de nouvelles formes de financement : les emprunts obligataires et les emprunts structurés. Les emprunts obligataires consistent, pour la collectivité emprunteuse, à émettre des titres – appelés obligations – représentant une fraction de l'emprunt sollicité. Le détenteur de ce titre est rémunéré sous forme d'intérêts. L'emprunt structuré, quant à lui, est un emprunt dont le coût évolue, pour partie au moins, selon des indices tels que, par exemple, le cours de devises étrangères. Il fonctionne, schématiquement, en deux temps : dans un premier temps, le taux d'intérêt est garanti à un niveau acceptable, voire même très intéressant. C'est la période de bonification d'intérêts qui couvre les premières années de l'emprunt. Dans un second temps, la formule arithmétique d'évolution de l'indice se met en œuvre et fait ainsi varier la valeur du taux d'intérêt. Lorsque l'emprunt est indexé sur des valeurs stables et sécurisées telles que l'Euribor, il y a peu à craindre de la variation du taux d'intérêt. En revanche, lorsque l'emprunt est indexé sur des valeurs plus « exotiques » (franc suisse, yen...), l'endettement peut prendre des proportions considérables⁽¹⁾. Dans ce dernier cas, on parle alors d'emprunt toxique⁽²⁾.

On le voit, le mode de variation du coût des emprunts structurés explique en grande partie les déboires rencontrés par nombre de collectivités. Plus encore, on constate que plus des deux tiers du stock de ces emprunts structurés ont été

souscrits auprès de la banque Dexia avec, en général, une indexation sur le franc suisse. C'est donc à la licéité de ce type d'indexation que nous nous intéresserons dans le cadre de la présente étude.

Les principes régissant l'indexation des emprunts des collectivités – contrats de droit privé (T. confl., 12 janv. 1987, n° 02440, Ville d'Eaubonne, Rec. CE tables 1987, p. 823) – sont fixés par le Code monétaire et financier (I). Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers, le principe d'interdiction d'une indexation à portée générale, à l'instar de celle sur le cours du franc suisse, était contourné par la possibilité de prévoir un indice « en relation directe avec l'objet (...) de la convention ou avec l'activité de l'une des parties ». Aussi est-il pertinent de valider l'application de cette dérogation à chacune des parties à l'emprunt : la banque Dexia d'un côté (II), les collectivités territoriales de l'autre (III).

I – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX RÉGISSANT LES CLAUSES D'INDEXATION

Ce sont des textes datant de l'avènement du nouveau franc (français), à savoir les ordonnances n° 58-1374 du 30 décembre 1958 et n° 59-246 du 4 février 1959, désormais codifiées aux articles L. 112-1 et suivants du Code monétaire et financier, qui ont posé le principe d'interdiction de toute indexation à portée générale, comme le serait une indexation sur le cours du franc suisse⁽³⁾.

Cette prohibition de principe s'explique par la volonté des pouvoirs publics de proscrire le recours à ces clauses aux effets jugés inflationnistes et faisant à ce titre courir un risque macroéconomique à l'échelle du pays.

Mais à cette interdiction de principe, les deux ordonnances ont dès l'origine apporté des exceptions, la principale d'entre

(1) Par exemple, pour un prêt indexé sur le franc suisse en octobre 2007, l'augmentation de la dette en novembre 2011 était de l'ordre de 30 %.

(2) Ce qui signifie que les notions d'emprunt structuré et d'emprunt toxique ne sont pas synonymes, contrairement à une idée largement répandue.

(3) Des contrats internes ont ainsi été invalidés : Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1988, n° 86-11.966 ; D. 1989, jur., p. 80, note Malaurie Ph. – Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1989, n° 87-16.341, Bull. civ. I, n° 311 ; D. 1990, jur., p. 167, note Ph. Malaurie ; JCP G 1990, II, n° 21393, note Lévy J.-Ph. ; Rev. crit. DIP 1990, p. 791.

elles étant la validité d'un indice en « *relation directe avec l'objet (...) de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* » (C. mon. fin., art. L. 112-2). Or, dans un emprunt bancaire, indexer la dette sur une monnaie étrangère – le yen en l'espèce – a été considéré comme étant en « *relation directe avec l'activité de banquier de l'un des contractants* » dans un arrêt célèbre rendu par la Cour de cassation en 2001 (Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.406, Bull. civ. IV, n° 98 ; D. 2001, AJ, p. 2127 ; Defrénois 2001, art., p. 1067, obs. Libchaber ; Dr & patr. 2001, n° 99, p. 115, note Mousseron P.). Quoi qu'en aient dit les juges du fond dans cette dernière affaire, le prêt avait toutefois une nature internationale puisqu'il avait été souscrit par des particuliers français auprès d'une banque belge. Mais il n'en reste pas moins que la validité de l'indexation sur une monnaie étrangère est aujourd'hui généralement considérée comme acquise, même pour les emprunts bancaires souscrits par un emprunteur français auprès d'une banque française (en ce sens : Rép. min. à QE n° 41962, JOAN Q. 19 mai 2009, p. 4894. – Pour un commentaire : Crédot F.-J. et Samin Th., Monnaie de compte étrangère, RD bancaire et fin. 2009, n° 5, p. 28).

II – L'EXAMEN DE L'ACTIVITÉ DE DEXIA AU REGARD DE L'INDEXATION SUR LE FRANC SUISSE

À la lecture de la décision susvisée de la Cour de cassation, la messe paraît donc être dite pour les collectivités territoriales françaises ayant – bien imprudemment parfois – accepté des clauses d'indexation sur le franc suisse à l'occasion de contrats souscrits auprès de Dexia Crédit Local ; ces clauses bénéficient de la jurisprudence de 2001. Pourtant, à l'analyse, on ne peut s'empêcher de trouver curieux que le choix du franc suisse puisse être considéré comme étant en « *relation directe* » avec « *l'activité* » de cette banque française au sens de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier. La lecture de son rapport annuel pour l'année 2010 est, de ce point de vue, très instructif. La description du « *Profil Dexia Crédit Local* » est introduite dans les termes suivants : « *En France, Dexia concentre son activité sur le financement des équipements collectifs et les services financiers du secteur public local. Partenaire historique du développement local, Dexia mobilise son savoir-faire dans l'ensemble des régions pour répondre aux enjeux de la vie locale* » (Rapp. annuel 2010, Dexia Crédit Local, p. 5).

À cette lecture, on se demande comment une activité tout entièrement tournée vers le « *local* » peut néanmoins être « *en relation directe* » avec le marché international des devises ? Il est vrai que la question ne se pose toutefois que pour les emprunts souscrits avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009, dont l'article 6 a en effet inséré dans le Code monétaire et financier un article L. 112-3-1 aux termes duquel « *nonobstant toute disposition législative contraire, l'indexation des titres de créance et des contrats financiers (...) est libre* ».

III – L'EXAMEN DE L'ACTIVITÉ DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AU REGARD DE L'INDEXATION SUR LE FRANC SUISSE

À l'instar de l'analyse menée à l'égard de Dexia, l'on doit déterminer si une clause d'indexation sur le franc suisse est

susceptible d'être considérée comme étant « *en relation directe* » avec « *l'activité* » des collectivités territoriales au sens de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier.

Autrement dit, la question qui se pose est celle de savoir si l'activité des collectivités territoriales est en relation directe avec le marché international des devises.

Or, cette activité se définit comme la mise en œuvre concrète de leurs compétences. En matière internationale, les compétences des collectivités territoriales sont « *bornées* ». D'une part, l'action extérieure des collectivités ne saurait remettre en cause les prérogatives de l'État dans la conduite des relations internationales (Cons. const., 7 déc. 2000, n° 2000-435 DC, Loi d'orientation pour l'outre-mer, JO 14 déc., p. 19830). D'autre part, l'action des collectivités territoriales obéit au principe de territorialité : leurs activités ont pour vocation première de se déployer dans la limite de leurs territoires respectifs, l'action extérieure n'étant qu'une exception à ce principe.

Les activités des collectivités territoriales en matière internationale ont ainsi un caractère nécessairement résiduel et marginal. L'action extérieure des collectivités territoriales repose principalement sur deux compétences : la coopération décentralisée et le développement économique. « *La coopération décentralisée est une compétence expresse spécifique et non plus une compétence impliquée par les compétences internes existantes* » (Combeau P., La coopération décentralisée : un cadre juridique enfin sécurisé par le juge administratif, JCP A 2008, n° 2044), et ce depuis la refonte de l'article L. 1115-1 du Code général des collectivités territoriales⁽⁴⁾ opérée en 2007. Les activités fondées sur la compétence relative à la coopération décentralisée peuvent prendre la forme de jumelages, d'échanges techniques, de projets de développement... Les collectivités peuvent également mener des activités qui n'entrent pas dans le cadre de la coopération décentralisée mais dans celui, plus global et générique, d'action extérieure et qui répondent à un but d'intérêt local. Ces activités sont alors, pour l'essentiel, fondées sur la compétence relative au développement économique : présence à des foires-expositions, actions de promotion économique du territoire, ouverture de bureaux dans des pays étrangers pour mettre en relation les intervenants économiques...

Au terme de cet examen de l'action extérieure des collectivités territoriales, l'on constate que, manifestement, l'activité des collectivités territoriales n'est en aucun cas en relation directe avec le marché international des devises.

Comme l'activité de Dexia ne paraît pas non plus être directement en lien avec ce même marché, la question de la licéité – ou plutôt de l'illicéité – des clauses d'indexation sur le franc suisse figurant dans les emprunts souscrits aux collectivités avant le 10 janvier 2009 est donc, plus que jamais, bel et bien posée. ♦

(4) CGCT, art. L. 1115-1 : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, dans le respect des engagements internationaux de la France, conclure des conventions avec des autorités locales étrangères pour mener des actions de coopération ou d'aide au développement. Ces conventions précisent l'objet des actions envisagées et le montant prévisionnel des engagements financiers. Elles entrent en vigueur dès leur transmission au représentant de l'État dans les conditions fixées aux articles L. 2131-1, L. 2131-2, L. 3131-1, L. 3131-2, L. 4141-1 et L. 4141-2. Les articles L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 leur sont applicables. « En outre, si l'urgence le justifie, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre en œuvre ou financer des actions à caractère humanitaire ».