

Plaidoyer pour la suppression totale de la réglementation du TEG pour les entreprises

Après la réforme opportuniste du taux effectif global pour les prêts toxiques précédemment consentis aux entreprises et collectivités publiques, le Conseil de simplification devrait proposer une réforme plus globale et opportune pour l'ensemble des entreprises.



Par Etienne Gentil,
avocat associé,
Latham & Watkins

En 2003, la réglementation de l'usure pour les crédits consentis aux entreprises fut supprimée, mais l'obligation de mention du TEG fut malheureusement maintenue.

La loi dite «relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public¹», entrée discrètement en vigueur fin juillet dernier après une première tentative infructueuse sur le sujet dans le cadre de la loi de finances 2014 (qui avait été retoquée sur ce point par

le Conseil constitutionnel²), a réformé partiellement le régime du taux effectif global (TEG) en ce qui concerne les entreprises publiques.

Il est rappelé que cette réglementation, issue du Code de la consommation, mais appliquée par renvoi aussi aux entreprises publiques et privées, oblige un prêteur à mentionner le TEG dans tout écrit «constatant un contrat de prêt». Le TEG doit

être déterminé en tenant compte non seulement du taux d'intérêt contractuel, mais aussi de ses modalités d'amortissement et des frais, commissions ou rémunérations de toute nature. L'absence de mention ou une mention d'un TEG incorrectement calculé constituent une infraction pénale, qui annule le taux d'intérêt convenu entre les parties, de sorte que le taux d'intérêt légal (0,04 % en ce moment !) lui est substitué.

Cette réglementation est une relique de l'époque où l'Etat régenterait le taux maximum pour les crédits aux entreprises. Le TEG d'un prêt ne devait pas dépasser d'un tiers un taux moyen de marché constaté par l'administration. Le calcul du TEG était donc nécessaire pour vérifier, par comparaison, si le crédit était ou non «usuratoire». En 2003, la réglementation de l'usure pour les crédits

consentis aux entreprises fut supprimée, mais l'obligation de mention du TEG fut malheureusement maintenue.

La nouvelle loi réforme la réglementation du TEG en validant les contrats de prêt conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de finances entre un établissement de crédit et une personne morale de droit public, lorsque la validité de la clause d'intérêts serait contestée du fait du défaut de mention du TEG dès lors que ces contrats indiquent «le montant ou le mode de détermination des échéances de remboursement du prêt en principal et intérêts, la périodicité de ces échéances et le nombre de ces échéances ou la durée du prêt». Lorsque l'écrit mentionne un TEG inférieur au TEG tel qu'il aurait dû être correctement calculé, l'emprunteur a droit au versement par le prêteur de la «différence entre ces deux taux». En revanche, sont exclus du champ de la loi les contrats de prêts comportant un taux d'intérêt fixe ou un taux d'intérêt variable (ex. Euribor augmenté d'une marge).

Ces dispositions ont été introduites afin de sécuriser a posteriori certains contrats de prêts structurés dits «toxiques» précédemment consentis à diverses collectivités locales par Dexia ou la Société de financement local. L'Etat devrait massivement recapitaliser ces entités aux frais du contribuable si la validité des clauses d'intérêt des nombreux prêts qu'elles ont consentis venait à être remise en cause. Cela découlant de deux récentes décisions du TGI de Nanterre (dite «jurisprudence Dexia³») ; une de ces décisions a considéré que, dans le contexte de la mise en place d'un financement structuré, un échange entre un établissement de crédit et une collectivité territoriale emprunteuse de documents préalables contenant «toutes les caractéristiques essentielles du prêt» constituait un véritable contrat de prêt. Cette appréciation a conduit le juge à annuler la stipulation de l'intérêt conventionnel

1. Loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 publiée au JORF n°0174 du 30 juillet 2014.

2. Décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2013.

3. TGI Nanterre, 8 février 2013 ; TGI Nanterre, 7 mars 2014.

pour défaut de la mention obligatoire du TEG et à lui substituer le taux d'intérêt légal.

Il n'appartient pas à un simple praticien comme moi de juger de l'opportunité politique d'avoir réglé un problème juridique – potentiellement extrêmement coûteux pour les finances de l'Etat, il est vrai – par une loi aux effets rétroactifs, qui une fois encore donne l'impression d'un

Etat français où les règles de fonctionnement sont perpétuellement remises en question, y compris rétroactivement, ce qui n'est pas de nature à rassurer les investisseurs. On peut toutefois réfléchir à la logique qui justifierait ces nouvelles dispositions et en tirer ses conséquences, ce que le législateur ne semble pas avoir fait – bien au contraire.

La loi envisage une situation où l'emprunteur, personne publique, avait en sa possession tous les éléments nécessaires – «le montant ou le mode de détermination des échéances de remboursement du prêt en principal et intérêts, la périodi-

cité de ces échéances et le nombre de ces échéances ou la durée du prêt» – pour déterminer lui-même le coût véritable de son emprunt. Il ne perdrait donc rien à ce qu'on le prive rétroactivement de la protection – assez illusoire, comme on le verra – de la mention obligatoire du TEG par son prêteur. Or, s'il ne semble pas choquant au législateur de priver l'emprunteur rétroactivement de cette protection pour des situations passées, pour quelle raison serait-il nécessaire, lorsque ces mêmes conditions s'appliqueraient dans le futur, de continuer à lui donner cette prétendue protection ?

La loi vise à régulariser rétroactivement, nonobstant le défaut d'information, la nullité des clauses d'intérêts dans des financements structurés extrêmement complexes. Pourquoi ne pas avoir fait la même chose pour les financements à taux fixe ou à taux variable, pour lesquels il est infiniment plus simple pour l'emprunteur de déterminer son vrai coût de financement, et où cette «protection» se justifie donc d'autant moins ?

Le prêteur serait moins protégé par cette loi rétroactive lorsqu'il a fait mention d'un TEG erroné (car trop bas) que lorsqu'il n'a pas du tout tenté de satisfaire à son obligation de mention du TEG ! La raison de cet arbitrage étonnant pourrait être que les situations de fait que le législateur cherche à régler par cette loi rétroactive sont pour la plupart des situations où il n'y avait pas eu du tout de mention du TEG alors que, selon la jurisprudence Dexia, elle était requise.

Et que dire de la sanction retenue lorsque le TEG mentionné était trop bas ? Les crédits structurés consentis

aux entreprises publiques l'étaient sur la base de variables d'ajustements qui faisaient qu'il était impossible de calculer le TEG autrement que sur la base d'hypothèses. Comment, en cas d'erreur dans le calcul du TEG, serait-il possible de déterminer ce qui doit être remboursé à l'entité publique emprunteuse ? La différence entre le montant d'intérêt réel pendant la vie du contrat et le TEG correctement calculé... mais sur la base d'hypothèses qui, par définition, ne sont que des hypothèses ?

La nouvelle loi règle rétroactivement le problème pour les quelques banques «publiques» qui ont par le passé consenti des financements aux collectivités publiques en ne respectant pas la réglementation, telle que celle-ci est appliquée par la jurisprudence Dexia. Or, de nombreux autres établissements de crédit se voient maintenant contester les clauses d'intérêts par leurs clients, entreprises privées, sur les mêmes bases : pourquoi n'ont-ils pas droit à la même mansuétude rétroactive du Parlement ? En outre, le maintien de la réglementation du TEG pour les entreprises privées pose un certain nombre de problèmes importants, au-delà du fait qu'elle crée un risque pénal pour les établissements de crédit dans un domaine qui ne justifie certainement pas l'intrusion du pénal dans les relations d'affaires.

En ce qui concerne la jurisprudence Dexia, déjà. Tout praticien actif dans le domaine des financements aux entreprises sait qu'il y a un monde entre un accord sur les «caractéristiques essentielles d'un prêt» et sa conclusion définitive : tant que le détail de la documentation n'a pas été négocié et finalisé, et les diverses conditions préalables à sa signature même n'ont pas été remplies, personne ne peut considérer qu'il existe un véritable contrat de prêt entre l'emprunteur et son ou ses prêteurs, et la mention du TEG ne devrait pas déjà être requise.

Le calcul même du TEG peut poser problème dans de nombreux cas. Ainsi, lorsqu'un ensemble de contrats de financement est mis en place dans une opération complexe, il est quasiment impossible de déterminer à quel prêt correspond telle commission, tel coût mis à la charge de l'emprunteur ; et ce, alors même que la législation exige de les prendre en compte dans le calcul du TEG pour chaque prêt séparé. D'ailleurs, les modalités de calcul imposées sont tellement sujettes à interprétation que deux banques différentes ne calculeront pas nécessairement le même TEG pour une même situation donnée.

Lorsque le taux d'intérêt ou l'utilisation du financement qui sera fait par l'emprunteur varieront dans le temps, le TEG ne peut être donné qu'à titre indicatif, comme expliqué précédemment. Est-ce que l'emprunteur est protégé en étant informé que, si certaines hypothèses s'appliquent, le TEG serait de x %, alors même que d'autres circonstances pourraient faire que le taux d'intérêt applicable en pratique serait le double ?

Les entreprises gèrent chaque jour de multiples problèmes au moins aussi compliqués, dans leurs relations avec leurs clients, leurs fournisseurs, leurs salariés, les administra-

Le maintien de la réglementation du TEG pour les entreprises privées pose un certain nombre de problèmes importants, au-delà du fait qu'elle crée un risque pénal pour les établissements de crédit dans un domaine qui ne justifie certainement pas l'intrusion du pénal dans les relations d'affaires.

tions, leurs concurrents. Ne peut-on leur faire confiance pour calculer elles-mêmes le coût des financements qu'elles contractent ? Pourquoi ne pas permettre aussi aux entreprises de contester leurs obligations fiscales ou sociales au motif qu'elles sont trop compliquées à comprendre ? Si le financement est tellement structuré et complexe que l'entreprise emprunteuse et ses conseils

ne sont pas capables d'en comprendre le coût véritable, la solution devrait surtout être qu'elle évite de le contracter, et non pas de mettre à la charge de ses prêteurs une obligation d'information qui a été conçue dans une optique de protection des consommateurs.

La loi prévoit dans son dernier article que, dans un délai de huit mois, le gouvernement remette un rapport au Parlement sur la réforme du TEG, rapport qui s'attacherait «à proposer, au regard des

jurisprudences récentes, des évolutions permettant de garantir l'information et la protection des emprunteurs professionnels ou personnes morales, en examinant notamment la possibilité d'obliger les prêteurs à indiquer le TEG maximal que l'emprunteur pourrait être amené à payer». Comme on l'a vu, le TEG ne donne le plus souvent aucune «information» utile aux entreprises. Et

cette réglementation ne leur apporte aucune «protection» – sauf à compter sur l'effet jackpot de l'annulation éventuelle de la clause d'intérêt dans des situations où le prêteur a omis de communiquer dans les formes et les délais cette information essentiellement inutile, ce qui ne peut en aucun cas être une base pour une conduite sereine de la vie des affaires dans un monde moderne.

Incidentement, que recouvre cette possibilité évoquée par la loi «d'obliger les prêteurs à indiquer le TEG maximal que l'emprunteur pourrait être amené à payer» ? Comment pourrait-on être tenu d'indiquer un TEG «maximal», alors que la grande majorité des financements à taux variable ne prévoit pas de montant maximum de taux d'intérêt, celui-ci étant déterminé par l'évolution des taux interbancaires, qui eux-mêmes varient en fonction des conditions de marché ? C'est bien mal connaître la réalité de la vie des affaires que d'envisager une telle obligation. Et comme il n'y a pas d'obligation effective sans sanction, quelle serait la sanction de cette obligation : une limitation du taux d'intérêt conventionnel ?

Outre la France, il n'y a que deux Etats (l'Italie et la Croatie), sur les 28 que compte l'Union européenne, qui ont une réglementation du TEG qu'ils appliquent aux entreprises – il doit bien y avoir une raison ! A un moment où le gouvernement a créé un Conseil de simplification pour «aider notre économie à innover, être compétitive et créer des emplois», on peut espérer qu'après réflexion le gouvernement proposera au Parlement la suppression pure et simple pour les financements aux entreprises de cette réglementation inutile, inefficace et facteur d'insécurité juridique. ■

Outre la France, il n'y a que deux Etats (l'Italie et la Croatie), sur les 28 que compte l'Union européenne, qui ont une réglementation du TEG qu'ils appliquent aux entreprises.