

COMM.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 25 mars 2020

Rejet non spécialement motivé

Mme MOUILLARD, président

Décision n° 10116 F

Pourvoi n° W 18-16.513

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 25 MARS 2020

Le syndicat mixte du Lac d'Annecy, syndicat intercommunal du Lac d'Annecy, dont le siège est [...] , a formé le pourvoi n° W 18-16.513 contre l'arrêt rendu le 16 février 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 6), dans le litige l'opposant à la société Depfa Bank, société de droit Irlandais, dont le siège est [...]), défenderesse à la cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Blanc, conseiller référendaire, les observations écrites de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat du syndicat mixte du Lac d'Annecy, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de la société Depfa Bank, et l'avis de Mme Henry, avocat général, après débats en l'audience publique du 4 février 2020 où étaient présents Mme Mouillard, président, M. Blanc, conseiller référendaire rapporteur, M. Rémercy, conseiller doyen, Mme Henry, avocat général, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers

précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu la présente décision.

1. Les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

2. En application de l'article 1014, alinéa 1er, du code de procédure civile, il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce pourvoi.

EN CONSÉQUENCE, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le syndicat mixte du Lac d'Annecy aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par le syndicat mixte du Lac d'Annecy et le condamne à payer à la société Depfa Bank la somme de 3 000 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-cinq mars deux mille vingt, signé par Mme Mouillard, président, et par M. Rémy, conseiller doyen, qui en a délibéré, en remplacement de M. Blanc, conseiller référendaire rapporteur, empêché.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils, pour le syndicat mixte du Lac d'Annecy

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le Syndicat Intercommunal du Lac d'Annecy de ses demandes et de l'avoir condamné à paiement de la somme de 10 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

I.- Aux motifs propres que, l'obligation de mise en garde, qui a pour but d'attirer l'attention du contractant sur les dangers de l'opération proposée et les risques encourus, n'est due qu'au client non averti ayant agi dans le cadre d'une opération spéculative ; qu'il résulte de ce qui précède que le SILA disposait d'une solide et ancienne expérience en matière de financements structurés et de contrats d'échange de taux, ayant à la date de conclusion du contrat contracté de nombreux engagements similaires, et qu'il ne peut sérieusement prétendre qu'il ne disposait pas des compétences techniques pour comprendre le mécanisme du contrat de swap et la méthode de calcul de la clause de résiliation, qui est précisément et clairement définie dans la convention cadre ; qu'il doit être rappelé que le SILA avait auparavant conclu des conventions-cadres similaires et dénoué des contrats de swap qui avaient donné lieu à paiement d'une soulte de résiliation ; que la circonstance que le paiement des soultes de résiliation précédentes ait eu lieu en faveur du SILA n'est pas de nature, ni à modifier sa qualité de client averti, ni à rendre l'opération spéculative ; que, tout d'abord, il y a lieu de rappeler la caractéristique fondamentale du contrat de swap qui est que tout contrat de swap est un pari financier autorisé par la loi et un contrat aléatoire, dès lors que l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat puisqu'il dépend d'un événement incertain ; que chaque partie fait le pari que l'exécution du contrat lui procurera une diminution de sa charge d'intérêt égale à la différence, qu'elle espère positive, entre les intérêts qu'elle doit supporter et ceux que l'autre doit lui payer ; qu'à la date de conclusion du contrat les parties ignorent qui sera débiteur ou créancier au moment du règlement des échéances ; qu'ensuite la cour, pour apprécier le caractère averti ou non averti du SILA et classer le contrat de swap en opération spéculative ne peut, comme le lui demande le SILA, se référer ni à la charte Gissler, qui classe les collectivités territoriales en client non professionnel financier, ni aux dispositions de la loi du 26 juillet 2013 qui interdit la conclusion de certains contrats aux collectivités territoriales en

raison de certaines indexations de leur taux d'intérêt, qui sont toutes deux postérieures au contrat litigieux; qu'elle doit se livrer à une analyse 'in concreto' pour qualifier le client ; qu'il doit être relevé que le SILA, a, dans tous les documents contractuels qu'il a signés, affirmé qu'il réalisait une opération de couverture conforme aux textes et notamment à la circulaire du 15 septembre 1992 et qu'il disposait des compétences lui permettant d'appréhender les caractéristiques du contrat, et les risques encourus et d'assumer ces derniers ; qu'il ne peut être sérieusement contesté que la circulaire précitée permettait de conclure un tel contrat, ce qu'au demeurant admet implicitement mais nécessairement le SILA puisqu'il ne conteste pas devant la cour la disposition du jugement qui a rejeté sa demande d'annulation du contrat fondée sur l'incompétence de son président à signer un contrat à caractère spéculatif non autorisé par la circulaire précitée ; qu'en toutes hypothèses, le contrat de swap litigieux ne peut constituer une opération spéculative en ce qu'il n'implique pas la recherche d'un profit à court terme, au prix de l'acceptation d'un risque particulier, compte tenu de la durée du contrat et du seul risque identifié, qui est celui, connu, de la volatilité des marchés ; qu'il résulte de ce qui précède que DEPFA BANK n'est débitrice d'aucune obligation de mise en garde sur les risques spécifiques de l'opération envisagée, puisque la double condition exigée n'est pas remplie, le SILA étant averti et l'opération envisagée n'étant pas une opération spéculative ; que le jugement déféré sera sur ce point confirmé ;

Et aux motifs adoptés que, sur l'obligation de mise en garde, que, quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques courus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance; que le contrat d'échange de conditions d'intérêts n° [...]4PL a été conclu dans un but de couverture et non dans une intention spéculative ; qu'il s'agit cependant d'un instrument financier à terme, structuré, non plafonné, qui présentait un risque particulier ; que le Syndicat mixte du lac d'Annecy gèrait activement sa dette ; qu'il avait souscrit, préalablement à la souscription du contrat en cause, plusieurs produits structurés, parfois sans plafonnement ; que deux de ces contrats ont été ultérieurement résiliés ; que les courriels échangés entre la banque et le directeur financier du syndicat confirment l'expérience de ce dernier en la matière ; qu'il a, en l'espèce, sollicité plusieurs propositions de la société Depfa Bank Public Limited Company; que le Syndicat mixte du lac d'Annecy, dont l'encours de dette était évalué en 2013 à plus de 105 millions d'euros, était en mesure d'apprécier le risque attaché à l'opération litigieuse, de sorte que la société Depfa Bank Public Limited Company n'était pas tenue à son égard d'un devoir de mise en garde ; au surplus, que la banque a souligné le risque illimité résultant d'un taux non plafonné ; qu'elle a insisté sur l'intérêt de convenir d'une décote afin de gagner en sécurité, le produit proposé comprenant une exposition indirecte au risque de change sur une durée assez longue, et les fluctuations sur les devises étant importantes;

1°) Alors que, une opération spéculative, pour laquelle le prestataire de services d'investissement est tenu d'une obligation spécifique de mise en garde auprès de son client non averti, est caractérisée par les risques accrus qu'elle fait courir à son auteur ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que le contrat d'échange de conditions d'intérêts n° [...]4PL conclu entre le SILA et la société Depfa Bank, était un instrument financier à terme, structuré, non plafonné, qui présentait un risque particulier, le produit proposé l'exposant indirectement au risque de change sur une durée assez longue, les fluctuations sur les devises étant importantes ; qu'en retenant qu'il ne s'agissait pas d'une opération spéculative pour en déduire que la société Depfa Bank n'était pas tenue à une obligation de mise en garde, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales s'évinçant de ses propres constatations, a violé les articles L. 533-4 du code monétaire et financier et 1147 du code civil, dans leur version applicable aux faits de la cause ;

2°) Alors que, une opération spéculative, pour laquelle le prestataire de services d'investissement est tenu d'une obligation spécifique de mise en garde auprès de son client non averti, est caractérisée par les risques accrus qu'elle fait courir à son auteur ; qu'en se bornant à relever, pour dire que le contrat de swap n'était pas une opération spéculative, qu'il n'impliquait pas la recherche d'un profit à court terme, au prix de l'acceptation d'un risque particulier, compte tenu de la durée du contrat et du seul risque identifié, celui de la volatilité des marchés, sans s'expliquer, comme elle y était invitée (conclusions du Sila, p.34 et s.), sur le fait que le contrat de swap exposait le SILA à des risques financiers considérables en ce que le taux structuré applicable à compter de l'année 2027 n'était pas capé, les intérêts d'emprunt s'élevaient à la somme de 3 142 509, 11 €, soit une augmentation de 48% par rapport à ceux du contrat sous-jacent conclu avec la Société Générale, et amplifiait le risque de variation du contrat sous-jacent à hauteur de 1,4 millions dès 2007, le risque de variation des valeurs du contrat sous-jacent étant de 1% tandis que celui du contrat de swap était de 30%, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 533-4 du code monétaire et financier et 1147 du code civil, dans leur version applicable aux faits de la cause ;

3°) Alors que, les juges du fond sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; que le Sila faisait valoir (conclusions, p.36) qu'à la différence du contrat sous-jacent qui était fondé sur le risque de volatilité de l'Euribor 12 mois, soit à une donnée économique stable, peu soumise aux variations, le contrat de swap litigieux était fondé sur la comparaison de parité monétaire EURUSD et EURCHF variant en fonction de la situation économique mondiale ; qu'en ne répondant pas à ce moyen qui était de nature à établir le caractère spéculatif du contrat de swap, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) Alors que, en écartant la qualification d'opération spéculative sans rechercher, comme elle était invitée à le faire (p.36), si les modalités de calcul du montant de l'indemnité de sortie ne faisaient pas obstacle à tout retrait du SILA du contrat, l'exposant à un risque illimité pendant l'essentiel de la durée du contrat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 533-4 du code monétaire et financier et 1147 du code civil, dans leur version applicable aux faits de la cause ;

5°) Alors que, la qualité d'opérateur averti, au regard de laquelle s'apprécie le devoir de mise en garde incombant au prestataire de services d'investissement, doit être déterminée au regard des particularités et risques spécifiques des opérations envisagées ; qu'en retenant, pour considérer que le SILA était un opérateur averti, qu'il avait déjà conclu par le passé des contrats de swap, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants à l'établir, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 533-4 du code monétaire et financier et 1147 du code civil, dans leur version applicable aux faits de la cause ;

6°) Alors que, le caractère averti d'un client s'apprécie in concreto au regard du produit qu'il a souscrit et de ses connaissances à la date où il a conclu l'opération litigieuse; qu'en retenant, pour dire que le SILA était un client averti, qu'il avait par le passé conclu de nombreux engagements similaires sans s'expliquer sur le fait qu'à la date de conclusion du contrat litigieux, la direction financière du syndicat était occupée par M. F... seul, lequel, titulaire d'un BTS comptabilité et gestion de l'entreprise, n'avait aucune connaissance en matière d'analyse financière, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 533-4 du code monétaire et financier et 1147 du code civil, dans leur version applicable aux faits de la cause ;

7°) Alors que, la qualité d'opérateur averti, au regard de laquelle s'apprécie le devoir de mise en garde incombant au prestataire de services d'investissement, doit être déterminée au regard des particularités et risques spécifiques des opérations envisagées ; qu'en relevant, pour considérer que le SILA n'avait pas la qualité de client non averti, qu'il avait indiqué dans tous les documents contractuels qu'il avait signés, qu'il disposait des compétences nécessaires pour appréhender les caractéristiques du contrat, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants à établir qu'il était averti, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 533-4 du code monétaire et financier et 1147 du code civil, dans leur version applicable aux faits de la cause ;

8°) Alors que, constitue un contrat aléatoire celui dans lequel les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ; qu'en retenant, pour limiter l'obligation de mise en garde de la société Depfa bank vis-à-vis du SILA, que le contrat de swap est un contrat aléatoire, quand la réalisation des obligations tenant à l'échange de taux ne dépendait d'aucun élément incertain, la cour d'appel a violé, ensemble, les articles 1147 et 1964 anciens du code civil ;

II.- Et aux motifs propres, sur l'obligation d'information, que la société DEPFA BANK était indiscutablement tenue d'une obligation d'information envers le SILA qui consiste à porter à la connaissance du client, averti ou non averti, des faits objectifs afin que celui-ci puisse se faire une idée suffisamment précise du produit qu'on lui propose de souscrire et qu'il s'engage ainsi en toute connaissance de cause; que dans le cas présent, d'une part, il doit être rappelé que sont applicables les « règles dites de bonne conduite », d'autre part, il ne peut être fait abstraction de l'information délivrée dans le cadre du précédent contrat de swap conclu quelques jours plus tôt ; que l'article L.533-4 du code monétaire et financier, dans sa rédaction applicable en l'espèce dispose que : « Les prestataires de services d'investissement et les personnes mentionnées à l'article L. 421-8 ainsi que les personnes mentionnées à l'article L. 214-83-1, sont tenus de respecter des règles de bonne conduite destinées à garantir la protection des investisseurs et la régularité des opérations. Ces règles sont établies par l'Autorité des marchés financiers. Elles portent, le cas échéant, sur les services connexes que ces prestataires sont susceptibles de fournir. Elles obligent notamment à : 1. Se comporter avec loyauté et

agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché ; 2. Exercer leur activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché ; 3. Etre doté des ressources et des procédures nécessaires pour mener à bien leurs activités et mettre en oeuvre ces ressources et procédures avec un souci d'efficacité ; 4. S'enquérir de la situation financière de leurs clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés ; 5. Communiquer, d'une manière appropriée, les informations utiles dans le cadre des négociations avec leurs clients ; 6. S'efforcer d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, veiller à ce que leurs clients soient traités équitablement ; 7. Se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de leurs activités de manière à promouvoir au mieux les intérêts de leurs clients et l'intégrité du marché. 8. Pour les sociétés de gestion de portefeuille, exercer les droits attachés aux titres détenus par les organismes de placement collectif en valeurs mobilières qu'elles gèrent, dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts de ces organismes de placement collectif en valeurs mobilières et rendre compte de leurs pratiques en matière d'exercice des droits de vote dans des conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. En particulier, lorsqu'elles n'exercent pas ces droits de vote, elles expliquent leurs motifs aux porteurs de parts ou actionnaires des organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Les règles énoncées au présent article doivent être appliquées en tenant compte de la compétence professionnelle, en matière de services d'investissement, de la personne à laquelle le service d'investissement est rendu » ; que le SILA incrimine plus spécialement le manquement aux obligations prévues aux paragraphes 4 et 5 ; que, sur le premier point, il y a lieu de rappeler que le représentant de la société DEPFA BANK avait, lorsqu'il travaillait au sein d'autres établissements de crédit, été déjà en contact avec le directeur financier du SILA qui avait conclu par son intermédiaire des emprunts structurés, que la société DEPFA BANK connaissait, par la communication du procès-verbal des délibérations du bureau syndical, la politique de gestion active de la dette qui avait été arrêtée pour l'année 2007 par le SILA, qu'elle a été saisie de demandes précises de la part du SILA, qui avait précisé ses objectifs, ainsi que cela a été indiqué ci-dessus, qui consistaient à réduire au maximum la charge d'intérêt de l'emprunt conclu avec la SOCIETE GENERALE, pour la neutraliser ; qu'ainsi que cela a été dit ci-dessus que dès la première offre, la société DEPFA BANK a proposé un montage qui permettait au SILA de bénéficier d'un taux d'intérêt à 0% pendant 20 ans puis 19 ans, en faisant supporter par la banque le taux d'intérêt prévu au contrat de prêt, ce qui répondait à la demande du SILA ; qu'elle a indiqué que la première période était une période d'observation, destinée à détecter une opportunité favorable qui ne pouvait être garantie, qu'elle a souligné les risques de la structuration proposée en précisant que la décote ne constituait pas une protection totale ; qu'elle a, à partir des informations du marché, effectué des simulations, tout en indiquant qu'une évolution défavorable pouvait se produire ; qu'elle a incité le SILA à vérifier les informations qu'elle lui transmettait auprès de ses conseils ; que pour que la formule du contrat de swap soit comprise la société DEPFA BANK a précisé ce qu'était EURUSD et EURCHF ; que pour caractériser l'information dont le SILA a bénéficié les jours précédents à l'occasion de la conclusion du premier contrat de swap, dont la formule est proche de celle du contrat litigieux, il suffit de reproduire le jugement rendu le 23 mars 2016 par le tribunal de grande instance de Paris, dont le SILA n'a pas interjeté appel « Attendu que la société Depfa Bank Public Limited Company a adressé une première proposition par courriel et télécopie du 12 septembre 2007 offrant, conformément aux demandes exprimées par le syndicat, d'échanger le taux d'intérêt payé par celui-ci avec un autre taux d'intérêt indexé sur la différence entre le cours de l'euro en dollar et le cours de l'euro en franc suisse : SILA. Reçoit : du 25/08/2007 au 25/08/2008 : 5,10 % du 25/08/2008 au 25/08/2020 : 5,10 % (si CMS 20 ans - CMS 1 an) >= 0,10 % 6,50 % ' 7*(CMS 20 ans - CMS 1 an) sinon SILA paie: Du 25/08/2007 au 25/08/2012 : 4,50 % Du 25/08/2012 au 25/08/2020 : 4,50 % + Max (0 ; EURUSD - EURCHF - 9,6 %) ; que la société Depfa Bank Public Limited Company rappelait les cours de l'euro; que des précisions étaient également apportées sur le fonctionnement de la formule, la banque indiquant expressément que le Syndicat intercommunal du lac d'Annecy pouvait être amené à verser un taux d'intérêt supérieur à 4,50 % ; que, sur 1e fondement d'informations historiques, la société Depfa Bank Public Limited Company constatait que la formule proposée devait raisonnablement permettre au syndicat de bénéficier du taux de 4,50 %, même lorsque les cours de chaque parité atteignaient des niveaux extrêmes (1,455 7 pour l'euro en dollar en 1992 et 1,445 3 pour l'euro en franc suisse en 2001), ou lorsque la différence entre les deux parités avait atteint son niveau record (-0,179 au 3 décembre 2004) ; que dans le courriel de transmission, la société Depfa Bank Public Limited Company indiquait enfin que la décote de 9,6 % était destinée à renforcer la sécurité de la formule proposée ; que la société Depfa Bank Public Limited Company relevait le caractère nécessairement relatif des simulations réalisées, en rappelant 'qu'aucun véritable scénario catastrophe n'est définissable sur les devises' et que si la différence entre le cours de l'euro en dollar et le cours de l'euro en franc suisse n'était jamais montée au-dessus de -0,179, cela ne voulait pas dire qu'elle ne monterait jamais ; qu'elle faisait expressément état des risques inhérents à l'absence de plafonnement de la clause de taux d'intérêt, en soulignant

que le 'profil de risque est illimité car le taux payé par le SILA n'est pas plafonné' ; qu'enfin, la société Depfa Bank Public Limited Company invitait le syndicat à se rapprocher de ses conseillers juridiques, fiscaux et financiers afin de vérifier les informations contenues dans la proposition qui lui était adressée ; que le 17 septembre 2007, la banque a adressé au Syndicat intercommunal du lac d'Annecy une nouvelle proposition de structuration du contrat d'échange, laquelle ne comportait cette fois pas de décote, conformément aux indications données par le syndicat, lequel souhaitait réduire davantage le taux d'intérêt payé ; que la clause d'intérêt de cette offre était libellée dans les termes suivants : SILA reçoit : Du 25/08/2007 au 25/08/2008 : 5,10 % Du 25/08/2008 au 25/08/2020 : 5,10 % (si CMS 20 ans - CMS 1 an $\geq 0,10$ %), 6,50 % - 7*(CMS 20 ans - CMS 1 an) sinon SILA paie : Du 25/08/2007 au 25/08/2012 : 3,62 % Du 25/08/2012 au 25/08/2020 : 3,62 % + Max (0 ; EURUSD - EURCHF) ; que la société Depfa Bank Public Limited Company rappelait de nouveau la définition des parités en cause et leurs cours respectifs ; qu'elle attirait expressément l'attention du syndicat sur les risques courus en rappelant que cette structuration comprenait une exposition indirecte au risque de change sur une durée assez longue ; qu'elle conseillait en conséquence au Syndicat intercommunal du lac d'Annecy d'opter pour une variante avec décote qui offrait d'avantage de sécurité» afin de se protéger du risque de fluctuation sur les devises ; que la société Depfa Bank Public Limited Company invitait une nouvelle fois le syndicat à se rapprocher de ses conseillers afin de vérifier les informations données ; qu'une troisième proposition de contrat d'échange a été adressée au Syndicat intercommunal du lac d'Annecy le 21 septembre 2007, afin de répondre à ses demandes ; que deux possibilités de structuration de la stipulation d'intérêt étaient formulées en ces termes : Alternative n° 1 SILA reçoit : Du 25/08/2007 au 25/08/2008 : 5,10 % Du 25/08/2008 au 25/08/2020 15,10 % (si CMS 20 ans - CMS 1 an $\geq 0,10$ %), 6,50 % - 7*(CMS 20 ans - CMS 1 an) sinon SILA paie : Du 25/08/2007 au 25/08/2012 : 2,30 % Du 25/08/2012 au 25/08/2020 : 2,30 % + Max (0 ; EURUSD - EURCHF) Alternative n° 2 SILA reçoit : Du 25/08/2007 au 25/08/2008 : 5,10 % Du 25/08/2008 au 25/08/2020 : 5,10 % (si CMS 20 ans - CMS 1 an $\geq 0,10$ %), 6,50 % - 7*(CMS 20 ans - CMS 1 an) sinon SILA paie : Du 25/08/2007 au 25/08/2012 : 4,30 % Du 25/08/2012 au 25/08/2020 : 4,30 % + Max (0 ; EURUSD - EURCHF - 13,50 %) ; que la société Depfa Bank Public Limited Company a attiré une nouvelle fois l'attention du Syndicat intercommunal du lac d'Annecy sur les risques de la structuration proposée et lui conseillait de recourir à une décote afin de limiter son exposition au risque ; qu'afin de permettre au syndicat de simuler les différents niveaux de taux payés au titre de cette proposition, la société Depfa Bank Public Limited Company lui a adressé, le même jour, un simulateur ; que ce fichier de calcul permettait de mesurer l'intérêt de la décote proposée et d'évaluer les risques auxquels s'exposait le syndicat en cas de variation défavorable des cours de l'euro ; que le Syndicat intercommunal du lac d'Annecy a été ainsi en mesure de réaliser le 24 septembre 2007 un document synthétisant les différentes offres formulées par la société Depfa Bank Public Limited Company, mais aussi par la Caisse d'épargne, afin de les comparer ; qu'ainsi, que le SILA a été spécialement informé de la spécificité de l'indexation sur les devises, de la grande volatilité du marché et de son imprévisibilité, du risque inhérent à l'absence de plafonnement, de la nécessité de restreindre le risque en ayant recours à une décote ; qu'il a reçu des informations sur le fonctionnement du produit, le contexte financier, ainsi qu'un simulateur lui permettant de prendre la mesure, par lui-même, du risque financier encouru ; qu'à la date de conclusion du contrat, ainsi que le souligne DEPFA BANK, le consensus économique réalisé par des analystes financiers travaillant pour le compte des principales banques et sociétés de courtages européennes, disponible sur Bloomberg, ne laissait entrevoir aucune évolution défavorable des parités EURUSD et EURCHF ; que ces parités sont demeurées stables et n'ont pas connu de variations significatives, que leur différentiel est demeuré négatif jusqu'à la fin 2008 ; que dès lors l'information donnée par la banque n'était pas erronée et que les estimations étaient fondées sur des données historiques irréfutables ; qu'il doit être relevé que le SILA indique lui-même (page 16 et 61) des conclusions) que 'à compter du 23 mars 2010, la parité EUR/CHF est passée sous la parité 1,44, ce qui était totalement imprévisible. A compter de mars 2011, sous la cotation de 1,20 (ce qui était totalement improbable) et dans la nuit du 14 au 15 janvier 2015, la Banque Centrale Suisse a décidé de ne plus soutenir sa monnaie, (ce qu'aucune banque centrale au monde n'avait anticipé) ce qui a eu pour effet d'entraîner la chute de la parité EUR/CHF en dessous de 1,20 et à osciller autour de 0,99....(qu')aucune des parties n'était en mesure de prévoir une telle évolution négative et structurelle du différentiel EURUSD-EURCHF (à son) détriment ' ; qu'il fonde sa demande subsidiaire sur l'événement de marché imprévisible que constitue l'évolution négative du différentiel ; qu'il admet donc que la société DEPFA BANK n'a pas fourni d'informations et d'anticipations erronées et qu'à la date de conclusion du contrat, son bouleversement futur était imprévisible ; que la société DEPFA BANK note à juste titre que la critique qui lui est faite de ne pas avoir communiqué de forwards est dépourvue de tout sérieux, dès lors qu'il est manifeste que ces données, qui sont hypothétiques, aléatoires et invérifiables au moment où elles sont fournies, à supposer qu'elles aient été transmises, n'auraient selon toute vraisemblance, pas permis d'anticiper la situation dont se plaint aujourd'hui le SILA, qui, au surplus ne les a pas réclamés ni non plus les stress tests, et disposait, en outre, d'un simulateur lui permettant de mesurer les conséquences d'une évolution défavorable du différentiel EURUSD-EURCHF ; que le SILA n'est

pas fondé non plus à soutenir qu'il n'a pas été informé que les conditions de sortie du contrat rendaient impossible toute résiliation anticipée du contrat ; qu'ainsi que cela a été dit plus haut, de par son expérience, le SILA, qui avait déjà conclu des contrats similaires, dont l'un comportait une clause strictement identique à la clause litigieuse, connaissait le mécanisme de résiliation mis en place par la convention- cadre élaborée par la Fédération Bancaire Française et les modalités de calcul du solde de résiliation qui était dépendant de la formule du contrat de swap ; qu'il avait déjà réalisé deux sorties de contrat de swap ; qu'ainsi, la société DEPFA BANK a fourni au SILA des informations portant sur des faits pertinents, utiles au cocontractant et de nature, à lui permettre de comprendre la nature et la portée de ses engagements et de l'éclairer dans ses décisions et, le cas échéant, de modifier son comportement ; qu'elle a respecté les règles dite de bonne conduite ; qu'elle a exécuté son obligation d'information avec neutralité, exactitude et loyauté, n'a pas éludé les caractéristiques les moins favorables du produit et les risques inhérents au contrat et s'est assurée de leur adéquation avec la situation du client et les attentes de celui-ci ; que la société DEPFA BANK, qui avait déjà informé le SILA dans les semaines, sinon les jours qui précédaient la conclusion du second contrat de swap, n'était pas tenue de fournir une information au SILA sur des faits déjà connus de lui ; qu'en conséquence qu'aucune faute n'est caractérisée ; que le jugement déféré sera confirmé sur ce point ; que le SILA sera débouté de ses demandes ;

Et aux motifs adoptés que, jugement (p.12 à 13, C/D) ; sur l'obligation d'information et de conseil, la société Depfa Bank Public Limited Company était tenue d'informer le Syndicat mixte du lac d'Annecy des caractéristiques de l'opération proposée ; qu'elle devait l'éclairer sur ses avantages et ses inconvénients; qu'il ressort des développements précédents que la défenderesse a satisfait à son obligation d'information ; qu'en effet, l'opération d'échange de conditions d'intérêts proposée par la société Depfa Bank Public Limited Company a connu plusieurs variantes au cours des négociations ; que la banque est demeurée à la disposition de sa cliente pour fournir des explications complémentaires ; qu'elle a expliqué le fonctionnement du contrat, et fourni plusieurs cotations indicatives ; qu'elle a exposé l'évolution probable de la conjoncture financière ; qu'elle a donné au syndicat le moyen d'envisager tout scénario de son choix ; en revanche, que les dispositions sus-rappelées ne mettent pas à la charge du prestataire de services d'investissement une obligation générale de conseil ; qu'il convient donc de rechercher si, dans le cas présent, une telle obligation a été contractée ; que, aux termes du contrat n° [...]4PL, chaque partie déclare et atteste : "Elle agit pour son propre compte, et a pris sa décision pour conclure cette transaction de manière indépendante ; elle s'est déterminée sur l'opportunité de conclure la présente transaction et sur son adéquation à ses besoins sur le fondement de son propre jugement et des avis reçus des conseils qu'elle a estimé nécessaire de recueillir. Elle ne se fonde aucunement sur le contenu des communications (écrites ou orales) échangées avec l'autre partie et ne les traite aucunement comme des conseils en investissement ou des recommandations de conclure la présente transaction, étant entendu que les informations et les explications relatives aux modalités de la présente transaction ne doivent pas être considérées comme constituant des conseils d'investissement ou des recommandations en vue de la conclusion de la présente transaction. [.] "Elle dispose de l'expérience et de la connaissance nécessaire pour évaluer les avantages et les risques encourus au titre de cette transaction après avoir fait sa propre analyse des aspects juridiques, fiscaux, comptables et réglementaires jugés nécessaires et ne s'en est pas remise pour cela à l'autre partie. Elle est en mesure d'assumer les risques de la présente transaction et déclare les assumer. "Aucune des parties n'est mandatée par l'autre comme conseil au titre de la présente transaction ni au titre d'une quelconque obligation fiduciaire" ; que ces dispositions ne mettent pas de devoir de conseil à la charge de la société Depfa Bank Public Limited Company; par ailleurs, qu'il ne ressort pas de la correspondance entre les parties que le Syndicat mixte du lac d'Annecy ait expressément demandé conseil à son cocontractant ; qu'il a conclu le contrat n° [...]4PL sur la foi de ses expériences précédentes en matière de contrats financiers et de gestion de la dette ; qu'il a souhaité se voir "garantir un taux fixe certain le plus bas possible pendant un nombre d'années significatif, à des conditions de risque hors cette période restant cohérentes" ; qu'un gain immédiat sur la charge de la dette, par une bonification d'intérêt pendant les premières années de l'emprunt, suppose, quoi qu'il en soit, l'existence d'une prise de risque d'autant plus importante que la bonification est importante ; que, sur la base des informations historiques et du consensus de marché disponible à l'époque, la société Depfa Bank Public Limited Company était fondée à ne pas anticiper une évolution défavorable de la différence entre les cours de l'euro en dollar et en franc suisse pour le syndicat ; que celui-ci reconnaît avoir perçu à ce jour la somme de 330 867,77 euros au titre du contrat n° [...]4PL ; que ce contrat a ainsi joué son rôle de couverture, et répond à la demande du Syndicat mixte du lac d'Annecy;

9°) Alors que, la motivation par voie de référence à une autre décision rendue dans une autre instance, constitue un défaut de motif ; qu'en considérant, par simple référence au jugement du tribunal de grande instance de Paris du 23 mars 2016 (RG 12/13531) rendu dans une affaire ayant opposé le SILA à la société Depfa Bank dans le cadre de

l'exécution d'un contrat de swap et d'un contrat sous-jacent différents de ceux faisant l'objet de la présente instance, que la société Depfa Bank avait rempli son obligation d'information vis-à-vis du syndicat, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

10°) Alors que, les juges du fond sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; qu'en retenant que la société Depfa Bank avait satisfait à son obligation d'information sans répondre au moyen du SILA (p.42 et s.) invoquant l'insuffisance et la partialité des informations délivrées par le prestataire de services d'investissement qui, en l'absence de courbes forwards, concernant tant le contrat sous-jacent que le contrat de swap, et de stress test, ne lui avaient pas permis de se rendre compte du risque du contrat souscrit lui faisant supporter un taux d'intérêt de plus de 40% par rapport à celui supporté par le contrat sous-jacent, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le Syndicat Intercommunal du Lac d'Annecy de sa demande subsidiaire tendant à ce que la société Depfa bank prenne en charge le montant du solde de la résiliation au-delà de la valeur de remplacement du 26 février 2010, soit au-delà de la somme de 3 933 424, 53 € au titre de dommages-intérêts, en cas d'exercice du droit de résiliation-compensation du contrat n°[...]4 exercé par le SILA, et de l'avoir condamné à paiement de la somme de 10 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

I.- Aux motifs propres que, sur la demande subsidiaire, le SILA ne peut sérieusement prétendre que le solde de résiliation est fixé unilatéralement par la société DEPFA BANK, dès lors que, certes l'article 8 de la convention cadre FBF du 16 janvier 2008 prévoit que « la charge de déterminer les valeurs de remplacement et montants dus est confiée à la partie non défaillante ou à la partie non affectée » mais que l'article 2 stipule que « la valeur de remplacement résulte, pour une transaction donnée, de l'application de la moyenne arithmétique des cotations fournies par au moins deux intervenants de marché de premier rang. Chacune de ces cotations permettra d'exprimer le montant que l'intervenant de marché verserait ou recevrait à la date de la résiliation s'il devait reprendre l'intégralité des droits et obligations financières de l'autre partie à compter de cette date au titre de la transaction concernée » ; qu'il est donc fixé par référence au marché, ce que sait pertinemment le SILA qui a déjà résilié deux contrats de swap ; que la société DEPFA BANK ne commet aucun abus de droit en se prévalant de ces stipulations contractuelles, que le SILA a acceptées en connaissance de cause, qui font la loi des parties et qui, au surplus, sont usuelles ; qu'ainsi que le soutient pertinemment la banque, la théorie de l'imprévision est inapplicable aux contrats aléatoires et donc au contrat de swap, contrat dans lequel chaque partie assume un risque, accepte de perdre, afin d'obtenir la chance de gagner ; qu'ainsi que le souligne la société DEPFA BANK, d'une part, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 n'a pas d'effet rétroactif, d'autre part, la théorie de l'imprévision qu'elle consacre en matière contractuelle, ne peut avoir pour conséquence de rendre rétrospectivement fautif le contractant qui refuse de renégocier un contrat conclu antérieurement à sa date d'entrée en vigueur, de troisième part, le nouvel article 1195 du code civil exclut de champ d'application les contrats aléatoires puisqu'il prévoit que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat » (souligné par la cour) ; qu'il a été dit plus haut que le SILA, parfaitement informé, avait accepté les risques inhérents au contrat ; que le SILA soutient que, « conformément à l'exigence de bonne foi et d'équité inhérentes aux relations contractuelles, DEPFA BANK est tenue de prendre en compte dans le calcul du solde de résiliation l'événement imprévisible qui a rendu le contrat particulièrement déséquilibré » (page 60 des conclusions) et en tire la conclusion que la banque devrait prendre à sa charge le montant du solde de résiliation au-delà de la somme de 3.393.424,53€, montant auquel était estimé la valeur de remplacement à la date du 26 février 2010" avant la survenue de l'événement imprévisible de mars 2010" ; que le fondement juridique d'une telle demande qui est présentée comme indemnitaire, est particulièrement obscur ; qu'en effet, le préjudice allégué par le SILA est purement hypothétique puisque le SILA n'a pas demandé la résiliation du contrat de swap et qu'il est vraisemblable qu'il ne le demandera pas avant 2028, date à laquelle, il commencera à verser des intérêts, étant à préciser qu'il a encaissé jusqu'à présent la somme de 357.152,42€ ; que la date de résiliation étant incertaine et future, la situation du marché, à cette époque, ne peut être déterminée ; que d'autre part, "l'événement de mars 2010", pour reprendre la terminologie utilisée par le SILA, étant qualifié par lui-même d'imprévisible, il n'est pas concevable qu'au nom des exigences de bonne foi, d'équité et de loyauté, le co-contractant, qui n'a commis aucune faute dans la réalisation du préjudice invoqué, soit financièrement sanctionné et que le juge d'autorité bouleverse l'équilibre contractuel ; que le jugement déféré sera confirmé sur ce point ; que le SILA sera

débouté de ses demandes ;

Alors que, constitue un contrat aléatoire celui dans lequel les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ; qu'en retenant, pour refuser de faire application de la théorie de l'imprévision au contrat de swap conclu entre le SILA et la société Depfa bank, qu'il s'agit d'un contrat aléatoire, quand la réalisation des obligations tenant à l'échange de taux ne dépendait d'aucun élément incertain, la cour d'appel a violé l'article 1964 ancien du code civil.